

Anderkant verstaatlikte konstitusionalisme

KOOS MALAN

Publiekreg

Universiteit van Pretoria

E-pos: Koos.Malan@up.ac.za

1. INLEIDING

Openbare regeringsgesag, wat binne 'n konstitusionele orde uitgeoefen word, is 'n deurlopende essensie van die politiek en die konstitusionele reg. Die huidige territoriale staat, waarin ons ons tans bevind, is bloot een van verskeie verskyningsvorme waarbinne openbare gesag uitgeoefen word.¹ Dit is nie permanent nie. Ingelui deur Engeland en Frankryk het die territoriale staat 'n duidelik aanduibare ontstaan gedurende die sestiende en sewentiende eeue beleef en as historiese verskynsel is dit onvermydelik bestem om ook tot 'n einde te kom. Diegene wat met die territoriale staat omgaan asof dit bykans a-histories en tydloos is, kan hulself gerus daaraan herinner dat selfs Thomas Hobbes wat die magtige Leviatan in goddelike terme beskryf het, darem begryp het dat dié god oplaas 'n tydelike – sterflike – god is.

In *Politokrasie: Die dwanglogika van die territoriale staat en gedagtes vir 'n antwoord daarop* (2011)² is die aanloop tot en vestiging van die territoriaalstaatlike orde uiteengesit. Daar is ook verduidelik hoe daar 'n staatlike paradigma in nadenke oor die politiek en die konstitusionele reg tot stand gekom het, wat tans nog teoretisering oor hierdie gebiede oorheers (Malan 2011: hoofstuk 3–5). Ofskoon die territoriale staat oor die afgelope dekades vanweë die druk van globalisering van die een kant en die aansprake van gemeenskappe aan die ander kant, begin besgee en die staatlike paradigma gepaardgaande daarmee krake begin toon, is dit steeds toonaangewend. Die paradigma baken 'n intellektuele *heelal* af van dit wat denkbaar en doenbaar is. Hierdie *heelal* is natuurlik gewaan want dit is allermins verteenwoordigend van wat oor die politiek en die konstitusionele reg te bedink is. Trouens, dit neig om oplaas 'n blote doktrine te wees, wat so eng afgegrens is dat dit in 'n intellektuele kerker ontaard. Daar in die kerker kan onderskrywers van die paradigma moontlik vaagweg bewus wees van 'n groter wêreld daar buite, dog steeds die verengde bestaan in die muurwêreld maar bekende noutes van die kerker vertroetel.

Kragtens die staatlike paradigma is al die sleutelkonsepte van die politiek en die konstitusionele reg verstaatlik. In bepaalde gevalle is nuwe denkbeelde binne die riglyne van die paradigma geskep en in ander gevalle is aan reeds bestaande konsepte nuwe betekenis verleen, wat territoriaal staatlik gekondisioneer is en die territoriaalstaatlike orde teen uitdagings wat dié orde mag ontwig, probeer beskerm. Die konsepte van nasieskap, demokrasie, individuele regte, nasieskap en dergelike ander, soos wat hulle tans verstaan word, is almal aan die hand van die staatlike paradigma ge(her)konseptualiseer om as verstaatlikte konsepte ten behoeve van die ongeskonde handhawing van die huidige staatlike orde diensbaar gestel te word (kyk Malan 2011: hoofstukke 6, 7 en 8 onderskeidelik).

¹ Dit word onder andere gedemonstreer deur die feit dat die begrip, *staat* met die betekenis wat dit tans het eers aan die begin van die sewentiende eeu op die voorgrond getree het. Vgl Skinner (1989:120-121).

² Die Engelse weergawe *Politocracy – An assessment of the coercive logic of the territorial state and ideas around a response to it* is in 2012 deur dieselfde uitgewers gepubliseer.

Sowel Andries Raath as Danie Strauss bevind hulle oplaas binne die mure van die staatlke paradigma en tree op as pleitbesorgers vir die ongeskonde instandhouding van die territoriaal-staatlke orde. Hulle ongemak met my en Danie Goosen spruit klaarblyklik hieruit voort. Hulle staan binne daardie paradigma terwyl ek dit versmorend vind en dit uitdaag. Dis klaarblyklik die rede waarom ons bymekaar verby skryf. Spesifiek Raath se artikel gee met respek nie werklike blyke dat hy *Politokrasie* of Goosen se *Gemeenskap en Plek* (2015) werklik onder oë gehad het nie. Strauss weer werk met 'n abstrakte, soms esoteriese skema, wat eweneens nie werklik poog om in debat met my of Goosen te tree nie. Vanweë hierdie abstraktheid is dit bowendien fataal uit voeling met die dinamika van die eietydse politiek en konstitusionele teorie. Meer nog, hulle toon 'n onthutsende argeloosheid teenoor territoriaalstaatlik geïnspireerde sentralisering en homogenisering se verwoesting van partikuliere gemeenskappe, meer bepaald kultuur- en taalgemeenskappe. In die lig hiervan loon dit nie die moeite om in besonderhede met hulle in debat te tree nie aangesien dit die aandag aflei van die belangriker kwessies wat, onder andere, in *Politokrasie* beredeneer is. Gevolglik benut ek hierdie geleentheid eerder om 'n verdere aspek van denke kragtens die staatlke paradigma naamlik die konsep van konstitusionalisme toe te lig. Die konsep van konstitusionalisme is naamlik ook tot staatlke konstitusionalisme verarm. En vra as't ware om aan die hand van 'n politokratiese sienswyse herstel te word.

2. KONSTITUSIONALISME

Kragtens die dissipline van die staatlke paradigma is die denkbeeld van konstitusionalisme verstaatlik sodat dit vandag 'n verengde verstaatlikte konstitusionalisme geword het. Verstaatlikte konstitusionalisme slaag nie daarin om die wesenlike doelwitte van konstitusionalisme te verwesenlik nie. Dit smoor meer verantwoordbare beskouings van konstitusionalisme wat bowendien die strewe na geregtigheid kortwiek. Die huidige toonaangewende staatlke konstitusionalisme is allermins 'n allesomvattende outentieke konstitusionalisme, maar wel 'n verengde staatlke denkbeeld wat daarop bereken is om die territoriaalstaatlke orde in stand te hou, teen kritiek te probeer verweer en teen verandering te verskans.

Hier volg nou eers 'n bondige samevatting van die denkbeeld van konstitusionalisme. Daarna word staatlke konstitusionalisme, dit wil sê, konstitusionalisme kragtens die staatlke paradigma, weergegee. Daaruit is dit duidelik hoe staatlke konstitusionalisme in die algemeen, met inbegrip van die Suid-Afrikaanse weergawe daarvan, ernstig tekortsiet en om verbetering vra, naamlik ingevolge 'n politokratiese sienswyse wat beter toegerus is om aan die konstitusionele idee uitdrukking te gee.

3. DIE PIT VAN DIE KONSTITUSIONELE IDEE

Konstitusionalisme het 'n vierledige essensie.

1. Dit is verbind tot die verwesenliking van geregtigheid;
2. Dit versinnebeeld die gedagte van fundamentele oftewel hoër reg;
3. Dit weerspieël die idee van regsoppergesag, wat kommunitêr gebaseer is, dit wil sê, van reg waaroor daar algemene gemeenskapseenstemmigheid heers en wat gevolglik vrywillig en gewoontelik nagekom word;
4. Dit funksioneer op die grondslag van die instandhouding van 'n veelvoud van gemeenskaps-begronde magsbassis, magsverdeling en magsewewig.

Die eerste en vierde aspekte van konstitusionalisme is hier besonder ter sake en kry daarom verdere aandag.

3.1 Konstitusionalisme impliseer 'n strewe na geregtigheid.

Dit spruit voort uit die onlosmaaklike verbintenis van reg en geregtigheid – *ius* en *iustitia* – soos wat reg aan die begin van die *Digesta* van die beroemde *Corpus Iuris Civilis* van Justinianus met verwysing na die klassieke juris, Celsus, verklaar is (Mommensen & Krueger et al. 1985).

Geregtigheid en konstitusionalisme is net so heg verbind soos reg en geregtigheid.³ Net soos reg is konstitusionalisme ook tot die verwesenliking van geregtigheid verbind. Konstitusionalisme veronderstel meer bepaald die strewe na geregtigheid op 'n omvattende skaal, dit wil sê, vir die geheel van politieke gemeenskap – vir die geheel van alle individue en gemeenskappe in die politieke gemeenskap. Ek vermy uitdruklik die woord, (territoriale) staat, en verkies die begrip, *politieke gemeenskap*, aangesien *staat* slegs een van verskeie soorte politiek-konstitusionele ordeninge verteenwoordig. Voorts word melding gemaak van geregtigheid teenoor alle individue én gemeenskappe, ten einde te beklemtoon dat die geregtigheid nie (soos kragtens die staatlike paradigma) tot individue beperk mag word nie. Presies wat geregtigheid behoort te behels, is natuurlik omstrede en nie binne die volledige bereik van (feilbare) mense nie. Juis daarom bly die strewe na geregtigheid onophoudelik die doelwit van konstitusionalisme.

3.2 Magsverdeling en magsewewig

Dit is die verantwoordelikheid van regerings – die openbare ampsbekleërs van die politieke gemeenskap – om geregtigheid te bewerkstellig deur tot die voordeel van die geheel te regeer. Wanneer slegs in die belang van 'n (kleiner of groter) deel in plaas van die geheel regeer word, word die doel van konstitusionalisme verydel naamlik om geregtigheid vir die geheel – en vir almal – te probeer bewerkstellig. Om dit te verhoed, moet die strewe na geregtigheid met die nodige magsapparaat gestut word. Dit behels dat politieke mag nooit op slegs een plek moet sentreer nie. Inteendeel, politieke mag moet versprei word en dus in 'n veelvoud van sentra

³ Die klassieke politieke denke was gevolglik gemik op die verwesenliking van geregtigheid. Michael Oakeshott merk op dat geregtigheid die vroedvrou van die polis was. Oakeshott verklaar: “No Greek, then, could fail to think first that the ‘image’ of ‘justice’ and ‘injustice’ was most profitably to be looked for in the structure of the polis.” (2006: 149). “Large tracts of Plato’s *Republic* concern the question of the polis as the way of answering the question of ‘What is justice?’” (2006: 149-150).

Politieke gesagsuitoefening is voorts vir baie lank vereenselwig met regspraak eerder as met regskepping (wetgewing). Naas die Middeleeuse vors se plig om die gemeenskap te beskerm, was sy funksies hoofsaaklik regsprekend van aard. Sy funksie was die van *ius dicere* op grond van bestaande gewoontereg van die gemeenskap, en nie van regskepping (*ius facere*) of die vervul van uitvoerende funksies nie. Sien hieroor verder Friedrich (1974: 122) en Friedrich (1963: hoofstuk 24). Middeleeuse en vroegmoderne (soos parlemente en cortes) was ook regsprekend van aard, eerder as regskeppend. Die Engelse parlement, wat tans volkome met die wetgewende funksie verbind word, was vroeër eerder as 'n regsprekende as 'n wetgewende liggaam, wat bestaande gemeneereg in bepaalde individuele gevalle toegepas het. Sien hieroor McIlwain (1910: 51, 70, 86, 94) sowel as die gedetailleerde bespreking op 109-256). Vir Edward Coke, verduidelik McIlwain (1910: 94) was die hoofverantwoordelikheid van die parlement en die koning (“the king in parliament”) judisieel- *ius dicere* en nie *ius dare* nie.

setel. Dit moet ook nie slegs verdeel word nie. Meer bepaald moet dit ook wedersyds gekontroleer en beperk word, ten einde absolutisme – konstitusionalisme se teenpool – te verhoed.⁴ Wedersydse kontrole en beperking van mag, het betrekking op dit wat ons vandag dikwels remme en teenwigte (*checks & balances*) noem. Die implikasie hiervan is dat die konstitusie soos wat dit volgens 'n lang tradisie in die politieke denke gestel is, *gemeng* en *in ewewig* moet wees.⁵ John Adams het die idee van magsverdeling, -balans en wedersydse kontrole as wesenlike element van konstitusionalisme soos volg treffend saamgevat: “Power must be opposed to power, force to force, strength to strength, interest to interest, as well as reason to reason” (2007:57).

4. KONSTITUSIONALISME KRAGTENS DIE STAATLIKE PARADIGMA

Die bedding van huidige verstaatlikte konstitusionalisme is gelyktydig met die verrysing van die territoriale staat voorberei. Dit het gebeur aan die hand van die werk van die grondleggende denkers van die staatlike paradigma, soos onder andere Jean Bodin, Thomas Hobbes en John Locke (kyk Malan 2011: hoofstuk 4). Wat ons tans as staatlike konstitusionalisme ken, het egter eers gedurende die laaste kwart van die agtiende eeu met die Franse en Amerikaanse rewolusies stewig gevestig geraak. Staatlike konstitusionalisme is heg met die lotgevalle van die territoriale staat verweef (Preuss 2007:23) en gemoeid met die beskerming van die territoriale staat. Die staatlike paradigma het sedertdien sy greep op die huidige diskoers oor die politiek en die konstitusionele reg der mate gemonopoliseer dat konstitusionele reg met die *reg van die staat* gelyk gestel word soos wat dit trouens uit die vakbenamings vir die konstitusionele reg in byvoorbeeld *Staatsrecht*, *staatsregt* en *staatsreg* in verskeie tale, meer bepaald ook in onderskeidelik Duits, Nederlands en Afrikaans blyk. My eie voorkeur met betrekking tot die benaming vanuit 'n perspektief buite die beperkings van die staatlike paradigma is *konstitusionele reg* aangesien dit die denkbeeld van konstitusionalisme buite die engtes van die territoriale staat moontlik maak. Buitendien is die denkbeeld van konstitusionalisme baie ouer as dié van territoriale staat.⁶

Vir die doeleindes van die huidige bespreking word twee wesenlike eienskappe van staatlike konstitusionalisme uitgesonder.

4.1 Die territoriale staat en die individu – ondeelbare staatlike soewereiniteit en individuele regte

In die doktrinêre heelal van staatlike konstitusionalisme word slegs twee entiteite erken: enersyds die territoriale staat beklee met onverdeelde soewereiniteit en andersyds, die individu.⁷ Die staat is 'n monistiese instelling wat alle politieke gesag monopoliseer. Die individu is

⁴ Juis om hierdie rede merk Vincent (1987: 4,5 en 79) op dat die konstitusionele teorie van regering daarop gemik was om absolutisme teen te staan.

⁵ Soos dikwels in die klassieke, Middeleeuse, en premoderne politieke denke bepleit is Sabine (1971: 77, 112-115 by Aristoteles; 154 by en Polybius; 155 en 163 by Cicero; 323 in Konsilie beweging; 521 by lord Halifax; 535 by Locke en verskeie ander).

⁶ Dienooreenkomstig merk Berman ((1983: 214) soos volg op met verwysing na die verdeling tussen wêreldlike en kerklike gesag sedert die afloop van die Investituurstyd in 1075: “The very separation of ecclesiastical and secular authority was a constitutional principle of the first magnitude, which permeated the entire system of canon law.”

⁷ En natuurlik regsperseone soos maatskappy aan die hand van die voorbeeld van die individu.

abstrak en universalisties en wesenlik dieselfde as alle ander individue en beklee met *ingebore, onvervreembare individuele* (mense)regte, gewoonlik vervat in 'n handves van individuele regte. Hierdie individuele menseregte is staatlke konstitusionalisme se beliggaming van die idee van geregtigheid.

Martin Loughlin het volkome gelyk wanneer hy verduidelik dat huidige prosesse van konstitusionalisering (volgens die resepe van staatlke konstitusionalisme) juis nie met desentralisering, verskeidenheid en die spanning tussen mededingende politieke waardes te doen het nie. Inteendeel:

Constitutionalism expresses a centralising philosophy: it both proclaims basic rights as trump card in the political game and maintained that the nature, scope and status of these rights must be determined by a small cadre of judges either in the rarefied atmosphere of supreme courts or, in the international arena, through a variety of tribunals of uncertain status. (Loughlin 2007:61)

Regte het aan die hand van die staatlke paradigma staats*gewaarborgde* menseregte geword. Menseregte verwek die skyn van individue wat danksy 'n omvattende pakket van sogenaamde *gewaarborgde* individuele regte volledig beskerm en bemagtig is. Dit is 'n wesenlike wanvoorstelling aangesien die teenoorgestelde eerder waar is. Dit is dat menseregte individue nie bemagtig het nie, maar hulle kwesbare afhanklikheid teenoor die onmisbare staat bevestig. Ontdoen van die geborgenheid voortspruitend uit lidmaatskap van partikuliere gemeenskappe, verkeer individue met menseregte in 'n toestand van hiper-afhanklikheid teenoor die staat. Hulle het alleen maar die hoop dat die staat by magte en gewillig is om sy beloftes, uitgedruk in terme van menseregte, na te kom. Menseregte getuig derhalwe nie werklik van die bemagtigde individu nie. Inteendeel, dit spreek van twee ander dinge. Eerstens getuig dit van mense se onmag en afhanklikheid van die staat. Tweedens maak dit van die staat 'n allesomvattende onmisbaarheid in mense se lewens. Dit maak van die staat die minsame sterflike god, wat aan al mense se behoeftes, uitgedruk as menseregte, voldoen. As treffende uitdrukking van denke kragtens die staatlke paradigma is menseregte derhalwe 'n strategie van sowel die beliggaming van afhanklikheid met gepaardgaande onmisbaarheid as verskansing van die staat (Sien veral Malan 2011: hoofstuk 8 meer bepaald pp. 235-238).

Ofskoon monisties (en sentralisties) gee staatlke konstitusionalisme tog ook voor om vir die verdeling van gesag voorsiening te maak naamlik aan die hand van die drieledige verdeling van regeringsgesag tussen die wetgewer, uitvoerende gesag en die howe, dit wil sê, die leerstuk van die *trias politica*.⁸ Hieraan word 'n aantal ander sogenaamde onafhanklike en onpartydige staatsorgane, soos die openbare beskermer, menseregtekommissie, ouditeur-generaal en etlike ander staatsorgane toegevoeg.⁹

⁸ Nogtans het Montesquieu allermins soveel waarde aan die *trias politica* en meer bepaald die onafhanklike regbank toegedig as wat algemeen aan hom toegeskryf word. So verklaar Montesquieu (2002:156) "Of these three powers above mentioned the judiciary is in some measure next to nothing".

Vgl. oor die swakheid van die regbank in vergelyking met die wetgewer en die uitvoerende gesag ook die bekende opmerking van Alexander Hamilton in die 78ste Federalist Paper: Hamilton (1961: 465): "The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm for the efficacy of its judgments."

⁹ Soos byvoorbeeld kragtens hoofstuk 9 van die Suid-Afrikaanse grondwet.

Aan die howe, meer bepaald die hoogste hof, word 'n besonder magtige en verhewe status toegeken. Die lotgevalle van die konstitusie en die uitoefening van regte word grootliks as 'n funksie van die howe beskou, waaruit almal die gerusstelling kan put dat na alle belange omgesien en alle regte – individuele regte – gewaarborg is. Dit is so in weerwil van die feit dat die howe, soos deur sowel politieke wetenskaplikes (Fukuyama 2011:282) as juriste (Bickel 1962:252) uitgewys word, oplaas oor geen werklike mag beskik nie.

4.2 Die staat is anti-kommunitêr en anti-pluralisties

In pas met die uitsluitlike verknogtheid met die soewereine territoriale staat en die abstrakte individu, is staatlike konstitusionalisme skerp antagonisties teenoor gemeenskappe, meer bepaald, kultuurgemeenskappe, en afkeurend teenoor politieke pluralisme. Kultuurgemeenskappe is omvattende gehele van mense, wat daartoe in staat is om hulself oor geslagte heen voort te sit en hul geërfde onderskeidende kultuurbates na volgende geslagte oor te dra. Juis daarom vind die staatlike konstitusionalisme hulle aanstootlik en gevaarlik aangesien hulle die pad na sentralisering, onverdeelde staatsoewereiniteit versper. Juis daarom is daar geen plek vir sodanige gemeenskappe in die raamwerk van staatlike konstitusionalisme nie. Volgens staatlike konstitusionalisme is gemeenskappe blote skyn en fiksies wat nie werklik bestaan nie¹⁰ of andersins word gemeenskappe as juridies en konstitusioneel irrelevant verklaar.¹¹

Carl Friedrich (1963:547-548) het verduidelik dat die territoriale staat die aktiewe agent in die politiek is. Die staat het die nasie voorafgegaan. Die Hobbesiaanse staatlike Leviatan – die sterflike god – het geen nasie gehad nie, dog alleen maar slegs 'n klomp wedersyds antagonistiese individuele onderdane tussen wie vrede herstel en gehandhaaf moes word. Die territoriale staat was dus 'n gebied met 'n permanente regerende regspersoon wat nie oor 'n nasie regeer het nie maar oor 'n klomp individue.¹² Presies dit is een van die redes waarom die benaming nasiestaat onvanpas is en territoriale staat die aangewese beskrywing is.¹³ Dit is in territorialiteit wat die wese van die staat lê; juis nie 'n gemeenskap of gemeenskappe gekenmerk deur bepaalde kulturele en dergelike gemeenskaplikhede nie.

Vir hierdie staat sonder nasie – sterflike god sonder kudde – moes 'n nasie geskep word. Dit is in hierdie konteks dat nasiebou op die voorgrond tree. Dienooreenkomstig word die

¹⁰ Dit gaan terug na Hobbes se welbekende radikale individualisme. Juis in 1789 het Jeremy Bentham wat bekend is vir sy groot staatlik gesentraliseerde programme die bestaan van gemeenskap onomwonde verwerp. Hy antwoord soos volg op die vraag wat 'n gemeenskap is: “The community is a fictitious body, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its members. The interest of the community then – is what? The sum of the several interests of the members who composed it.” (Bentham 1967: 792).

¹¹ Daar is selfs daarop aanspraak gemaak dat gemeenskappe vanuit 'n sogenaamde “regswetenskaplike” en “regsfilosofiese” oogpunt onbestaanbaar is. So het Lourens Du Plessis in “'n Regsteoreties-regsfilosofiese peiling van die menseregte handves-debat in Suid-Afrika” (1987:133), wat ietwat later ook soos volg in Du Plessis (1988: 17) weerklink het, waar Du Plessis aangevoer het: “Omdat 'n etniese groep of volk 'n maatskap en daarom juridies ondefinieerbaar is, bestaan daar ook nie so iets soos regtens beskermenswaardige etniese groepe of regsbelange nie.” Du Plessis het klaarblyklik nie begryp dat sy standpunt bloot 'n beperkte (eng-liberale) doktrine binne die groter diskoers is nie.

¹² “Any number of men” soos Locke (1992:para 89) gesê het.

¹³ Wat ook die keuse is van talle ander wat hierdie kwessie na behore bedink het. Vgl. Malan (2011: 9, voetnoot 38).

konstitusionele orde nie ingerig na gelang van die voorkeure van die (gedifferensieerde) publiek – van onderskeie gemeenskappe nie – maar juis ooreenkomstig die dwingende wil van die staat, dikwels verpak as die *Algemene Wil* van die verpersoonlikte staat.¹⁴ In konkrete terme is dit na die wil van die dominante politieke kragte in die staat, wat gewoonlik die politiek-georganiseerde meerderheid is. Op die keper beskou, behels hierdie programme nie nasiebou nie maar twee teenoorgesteldes: Eerstens behels dit *staatsbou*, aangesien dit nie 'n nasie is wat gebou word nie maar die staat; Tweedens behels dit eerder nasieverwoesting, aangesien nasies – kultuurgemeenskappe (volkere) – nie deur hierdie oënskynlike *bouprojekte* gebou word nie maar juis op grond van gedwonge projekte van assimilasië verplig word om hulself in 'n groter staatanasies op te los¹⁵ en sodoende hulle eie bestaan te beëindig.

Staatsbou en gepaardgaande nasieverwoesting is nie beperk tot 'n enkele ideologiese stroming nie. Inteendeel, dit strek oor 'n breë ideologiese spektrum en sluit talle prominente ideologiese kragte van die afgelope meer as twee eeue, so uiteenlopend soos strominge in die Marxisme, (staats)nasionalisme, Fascisme en (Brits en Amerikaanse) liberalisme in. Al hierdie strominge het dit gemeen dat hulle staatsbou-projekte geloods het, wat kultuur- en taalgemeenskappe vernietig het deurdat dié gemeenskappe tot assimilasië in 'n staatlike identiteit gedwing is. Die gemeenskaplike faktor wat al hierdie strominge van heel regs tot heel links aan mekaar bind, is hulle verankering in staatlikheid en denke ooreenkomstig die staatlike paradigma (Vergelyk Malan 2014:462-480). Hierdie verskynsel voltrek homself ook hier te lande aan die hand van strategieë genaamd transformasië en verteenwoordigendheid ('representivity') (Malan 2010:427-449), synde die huidige Suid-Afrikaanse weergawe van staatsbou (of dan nasiebou volgens die onvanpaste bynaam).

Staatlike konstitusionalisme blyk in die lig hiervan nie net 'n doktrine van sentralisering te wees nie, maar ook een van gemeenskapsvyandigheid en homogenisering.

5. STAATLIKE KONSTITUSIONALISME SE TWEE DODELIKE KWALE

Hierbo is verduidelik dat konstitusionalisme twee doelwitte voor oë het. Eerstens moet dit geregtigheid probeer bewerkstellig. Tweedens moet dit in die strewe na geregtigheid voorsiening maak vir regering in die belang van die geheel, in plaas van slegs vir sekere dele, vir welke doel mag verdeel, beperk en gebalanseer moet word. Staatlike konstitusionalisme is nie na behore vir die bereiking van enige van die twee doelwitte toegerus nie. Die hoofrede hiervoor is staatlike konstitusionalisme se uitsluitlike beheptheid met die individuele regte (naas die staat) en die voortspruitende weersinnigheid in gemeenskappe, meer bepaald kultuurgemeenskappe.

5.1 Die geregtigheidstekortkoming

Staatlike konstitusionalisme sien nie in dat individuele regte onbestaanbaar is as dit nie 'n gemeenskapsbasis het nie. Wanneer dit wat gewoonlik as individuele regte beskryf word, na behore oorweeg word, kom dit spoedig aan die lig dat daar inderdaad nie werklik iets soos 'n uitsluitlik individuele reg bestaan nie. Regte op die beoefening van kultuur en die gebruik van taal (byvoorbeeld moedertaal), kan nie suiwer individueel wees nie. Sonder die bestaan van

¹⁴ Soos oorspronklik deur Jean Jacques Rousseau bepleit is. Vgl bv. Rousseau (1968: veral 64-76).

¹⁵ Vgl die bespreking van Connor ((1971: 319-355).

'n taal- en kultuurgemeenskap kan die regte nie bestaan nie. Wanneer dié regte uitgeoefen word, word dit saam met ander soortgelyk geplaaste mense van dieselfde taal en kultuur uitgeoefen en wanneer daar op die regte inbreuk gemaak word, word nie slegs 'n enkele individu nie, maar 'n aantal soortgelyk geplaaste persone van dieselfde gemeenskap benadeel.¹⁶ Dieselfde geld vir regte wat dikwels as suiwer individuele regte beskou word soos die reg op vryheid van assosiasie en die reg op vryheid van uitdrukking.

Wanneer die reg op vryheid van assosiasie as 'n abstrakte universele individuele reg bedink word, word assosiasie beskou as die afgeleide van individuele keuse-uitoefening (kontraktering). Natuurlik is daar sodanige keuse-uitoefening. Dit gee egter 'n gebrekkige insig in wat assosiasie behels. Mense oefen nie 'n vrye keuse uit om met hulle families, kultuur-, taal-, godsdiens- en dergelike gemeenskappe te assosieer nie. Hulle word in daardie gemeenskappe gebore. Ofskoon hulle mettertyd mag disassosieer, bly hulle gewoonlik in daardie gemeenskappe en ervaar hulle gewoonlik die gemeenskappe as plekke van geborgenheid en bronne van singewing en voorwaardes vir geluk. Assosiasie is derhalwe allermins bloot 'n saak van individuele keuse. Veel eerder is dit 'n voortgesette vereenselwiging binne reeds bestaande gemeenskappe. Bestaande gemeenskappe is derhalwe 'n voorvereiste vir assosiasie. Wanneer die gemeenskap ontwig word, byvoorbeeld vanweë staatsbouprojekte, verval die voorwaarde vir assosiasie. Die instandhouding van die reg op vrye assosiasie impliseer derhalwe nie bloot die erkenning van vrye individuele keuse nie. Meer bepaald beteken dit dat gemeenskappe in stand gehou word en dat daar gevolglik geen ontwigting van gemeenskappe mag voorkom nie. Die reg op vrye assosiasie gaan derhalwe in die eerste plek oor die integriteit van gemeenskappe.¹⁷

Die reg op vryheid van uitdrukking kan ook nie realisties as 'n uitsluitlik individuele reg beskou word nie. As 'n individu hom- of haarself betuig (uitdruk), is die betuiging noodwendig gerig aan 'n gemeenskap van soortgelyk geplaaste mense, wat die uitdrukking begryp en daarop kan reageer. Dit is kommunikatief en gerig op interaksie. In die afwesigheid van sodanige gemeenskap is die uitdrukking sinneloos. Wanneer 'n persoon verhoed word om sy reg op vryheid van uitdrukking uit te oefen, is hy/sy ook nie die enigste benadeelde nie. Inteendeel, die potensieel geadresseerdes word insgelyks deur die inbreuk getref.¹⁸ Wanneer die reg wel uitgeoefen word, word die persoon wat hom/haarself betuig ook nie alleen bevoordeel nie. Die geadresseerdes word ook bevoordeel. Die reg op vryheid van uitdrukking is by behoorlike oorweging derhalwe nie werklik individueel nie. Dis 'n gemeenskapsreg.¹⁹ Dit word saam deur 'n soortgelyk geplaaste gemeenskap van mense uitgeoefen en wanneer dit geskend word, ly 'n gemeenskap van soortgelyk geplaaste persone daaronder.

Hierdie en talle ander regte is derhalwe in 'n gemeenskap geanker. Sonder gemeenskappe word die uitoefening van hierdie regte verarm of heeltemal uit die weg geruim. Dit bring aan die lig dat gemeenskappe wat die voorwaarde vir die sinvolle bestaan en uitoefening van hierdie regte is, beskerm moet word. Dit geskied wesenlik op twee wyses, naamlik die wyses soos deur 'n politokratiese denkbeeld van konstitusionalisme in die vooruitsig gestel.

Eerstens moet gemeenskappe instellings hê, byvoorbeeld skole, universiteite, radiostasies, televisiekanale en dergelike kommunikasiemiddele, teaters, biblioteke, monumente, uitgewerye, en meer omvattend, ook stede en dergelike ander gemeenskaplike bates, wat die sinvolle lewe

¹⁶ Vgl. Malan (2008: 423-425). Vgl. verder Réaume (1988:R 1-27); Stavenhagen (1995: 63-77).

¹⁷ Vgl. Malan (2008: 423-424) en die verwysings wat daarin verskyn.

¹⁸ Vgl. Malan (2008: 423-424) en die verwysings wat daarin verskyn.

¹⁹ Of ten minste 'n hibriede reg soos wat Currie en De Waal (2013:626) dit beskryf.

van gemeenskappe bestendig en die voortspruitende uitoefening van regte deur die lede van daardie gemeenskappe moontlik maak.

Tweedens, moet gemeenskappe seggenskap oor sodanige instellings uitoefen. Hulle moet oor die materiële middele beskik om die instellings in stand te hou, en die seggenskap om die instellings na goeie dinge te bestuur. Hulle moet dus self oor die gemeenskapsinstellings kan beskik.

Hierdie dinge is die noodsaaklike voorwaarde om die gemeenskappe te stabiliseer asook om die uitoefening van regte deur die lede van die gemeenskappe moontlik te maak. Individuele regte alleen is nie daartoe in staat nie. Die verwoestende uitwerking van nasiebouprojekte het dit herhaaldelik grafies gedemonstreer. Gemeenskappe is telkens deur sodanige projekte vernietig in weerwil van die feit dat die lede van sodanige gemeenskappe wel oor individuele regte beskik het. Die regte was onvoldoende om die nadelige uitwerking van hierdie projekte af te weer en kan nie geregtigheid bewerkstellig nie. Die juridiese akkommodering van gemeenskappe by wyse van outonome instellings is die noodsaaklike voorwaarde vir geregtigheid. Individuele regte alleen is nie daartoe opgewasse nie. Tans is ons ook in Suid-Afrika getuie daarvan. Die benadeling van minderhede is nie te wyte aan die feit dat daar nie individuele regte bestaan nie. Intendeel, daar bestaan wel 'n omvattende stel individuele regte. Dit is egter onvoldoende om beskerming te verleen en dus geregtigheid te verseker. Daarvoor – vir beskerming en geregtigheid – is individuele regte alleen nie opgewasse nie. Gemeenskappe moet beskerm word. Binne die denkwêreld van die staatlke konstitusionalisme met sy eensydige beheptheid met die individu (en die staat) en die ontkenning van gemeenskappe, is daar egter nie plek daarvoor nie.

5.2 Gesagsverdeling en -ewewig

Soos gemeld, maak staatlke konstitusionalisme daarop aanspraak om owerheidsgesag tussen verskeie sentra te verdeel en vir wedersydse remme en teenwigte voorsiening te maak ten einde sodoende oormatige magkonsentrasie en magsmisbruik te verhoed. Dit word aan die hand van die *trias politica* – drieledige verdeling van regeringsgesag tussen die wetgewer, uitvoerende gesag en die howe – gedoen. Hierdie verdeling is noodsaaklik, maar onvoldoende om mag te beperk en te kontroleer. In 'n eenparty-dominante opset soos dié in Suid-Afrika is die ontoereikendheid van die *trias politica* nog meer pertinent opvallend.

Die drieledige verdeling behels 'n verdeling van funksies en personeel. Dit is egter waar die verdeling ophou, want die drie vertakkinge maak gewoonlik deel uit van een en dieselfde regerende elite. Dié elite word, behalwe vir kort oorgangstydperke saamgebind deur 'n stel basiese ideologiese vetrekpunte en politieke doelwitte. Dit deel 'n gemeenskaplike vertolking van die geskiedenis en gemeenskaplike toekomsvisie. Meer bepaald is die regbank – veral die hoogste hof – ook 'n integrale deel van dié van die regerende elite, wat as deel van die breër regeringstruktuur die gespesialiseerde funksie naamlik dié van regspleging vervul.²⁰

²⁰ Vgl. Dahl (1957:279-293), wat soos volg op 293 verklaar: “Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance. As an element of the political leadership of the dominant alliance, the court of course supports the major policies of the alliance.”

Die Suid-Afrikaanse ervaring dien as bevestiging hiervan. Die Regterlike Dienskommissie (RDK)²¹ gee geruimte tyd reeds voorkeur aan *transformasie-kandidate* vir die aanstelling van regters,²² dit wil sê aan aspirant regters wat die basiese uitgangspunte van die huidige regerende party deel. Die huidige hoofregter en *ex officio* voorsitter van die RDK, Mogoeng Mogoeng, het trouens verklaar dat die aanstelling van regters nie net deur meriete bepaal moet word nie, dat transformasie net so belangrik is en dat volgens sy lees van die Grondwet daar nie vereis word dat die *best of the best* noodwendig aangestel moet word nie.²³

Die howe – veral die hoogste hof – se rol ten behoeve van die regerende elite kan ook nie ontken word nie. Dit tree veral skerp op die voorgrond wanneer die basiese uitgangspunte van die regerende elite in die gedaante van wetgewing of ’n uitvoerende handeling van buite die elite in regsgedinge uitgedaag word. Die hoogste hof beslis in sodanige geskille wesenlik ten gunste van die dominante elite. Sodoende verleen die hof deur sy uitsprake juridiese regverdiging aan die politieke uitgangspunte en doelwitte van die regerende elite, waardeur die magposisie van die elite beskut en verstewig word. Hierdie waarheid is oor die afgelope paar jaar grafies gedemonstreer aangesien die Konstitusionele Hof klokslag ten gunste van die uitgangspunte van die regering beslis het naamlik in *Agri South Africa v Minister for Minerals and Energy (Afriforum and others as amici curiae)*²⁴ met betrekking tot die ontneming van mineraalregte; in *South African Police Service v Solidarity abo Barnard*²⁵ met betrekking tot die beginsel van vereteenwoordigheid; in *FEDSAS v MEC for Education, Gauteng and Another (Equal Education as amicus curiae)*²⁶ (die sogenaamde *Lesufi*-uitspraak) oor die bevoegdheid van die lid van die provinsiale uitvoerende komitee belas met onderwys met betrekking tot die plasing van leerlinge in Gautengse skole; en in *City of Tshwane Metropolitan Municipality v Afriforum and Another*²⁷ die straatnaam-uitspraak oor die herbenoeming van straatname in Pretoria.

Daar is natuurlik talle uitsprake waarin daar wetgewende en uitvoerende handelinge ongrondwetlik verklaar word. Dis egter belangrik om nie daardeur mislei te word nie.²⁸ Sodanige uitsprake betrek nie die ideologiese uitgangspunte van die regerende elite nie.²⁹ Die uitsprake ten gunste van die regerende elite in kwessies wat die elite se uitgangspunte betrek,

²¹ Kragtens artikel 178 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 speel die RDK ’n wesenlike rol met betrekking tot die aanstelling van regters.

²² Vgl die bespreking in Malan (2014:1965-2040, op 1974:1981).

²³ “Appointing judges not about merit alone – Mogoeng” *City Press* 9 April 2013. In die lig van die bewoording van die tersaaklike grondwetlike bepaling, naamlik artikel 174(1) en (2) is dit heeltemal onbegryplik hoe Mogoeng hierdie sienswyses kan huldig. Die bepalinge lui:

(1) Enige toepaslik gekwalifiseerde vrou of man wat ’n geskikte en gepaste persoon is, kan as ’n regterlike beampte aangestel word. Iemand wat in die Konstitusionele Hof aangestel staan te word moet daarbenewens ’n Suid-Afrikaanse burger wees.

(2) Die behoefte dat die regbank in die breë die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika weerspieël, moet in aanmerking geneem word wanneer regterlike beamptes aangestel word.

²⁴ 2013 (7) BCLR 727 (KH).

²⁵ 2014 (1) BCLR 1195 (KH).

²⁶ 2016 (8) BCLR 1050 (KH).

²⁷ 2016 (9) BCLR 1133 (KH)

²⁸ Vgl verder die bespreking van Malan (2016) ook beskikbaar by <http://www.netwerk24.com/Stemme/Aktueel/die-hof-se-visie-is-dieselfde-as-die-anc-20160501>

²⁹ Die uitspraak in *Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others* 2016 (5) BCLR 618 (CC) (die sg Nkandla-uitspraak) is so ’n geval.

toon grafies aan dat die verdeling van regeringsgesag 'n ontoereikende middel vir die beperking van gesag is. In sodanige gevalle, is die daar in werklikheid nie 'n verdeling nie, maar 'n hegte eenheid van gesagsuitoefening waarby elkeen van die vertakking eenstemmig betrokke is.³⁰ Bowendien is hierdie verskynsel nie beperk tot die huidige Suid-Afrika nie. Dit geld deurlopend ook in ander state, meer bepaald ook in die VSA, wat as dié voorbeeld van 'n kragtige stelsel van judisiële kontrole beskou word.³¹

Net soos wat staatlke konstitusionalisme faal in die verwesenliking van geregtigheid, is dit dus ook nie in staat om 'n behoorlike stelsel van magsverdeling en magsewewig te bewerkstellig nie. Die slotsom is dat staatlke konstitusionalisme wesenlik gebrekkig is om aan die vereistes van konstitusionalisme te voldoen.

6. POLITOKRATIESE KONSTITUSIONALISME

In hoofstuk 10 van *Politokrasie* is die grondslae van politokratiese konstitusionalisme uiteengesit. Hier kan uiteraard slegs kortliks daarna verwys word. Die wegwysers na politokratiese konstitusionalisme kom uit talle oorde. Johannes Althusius wie se *Politica*,³² wat vir die eerste keer in 1603 verskyn, het byvoorbeeld al byvoorbaat – voor die finale vestiging van die territoriale staat – die bakens vir 'n uitweg uit die ontoereikendheid van staatlke konstitusionalisme opgerig. 'n Tradisie van denke onder die breë sambreel van die politieke pluralisme,³³ met inbegrip van federalisme, het intussen die lig gesien, wat ook aandui hoe daar van die swakhede van die staatlke konstitusionalisme ontkom en 'n meer verantwoordbare inhoud aan konstitusionalisme verleen kan word. Politokratiese konstitusionalisme sluit hierby aan. Dit behels 'n omvattende politiek-konstitusionele orde – veelsferige regering deur die burgers (*politai*) van elke politieke gemeenskap oor die besondere *res publica* – die gemenebes – van die betrokke gemeenskap (Malan 2011:276). Politokratiese konstitusionalisme verleen daadwerklik erkenning aan gemeenskappe en maak voorsiening vir selfregering vir gemeenskappe. Die bestaan en integriteit van gemeenskappe is die hoeksteen van die politokratiese konstitusionalisme. Politokrasie verwerp die uitgangspunt dat daar 'n radikale afwesigheid van gemeenskap is as 'n fundamenteel foutiewe vertolking van die menslike toestand en lewenswyse. Individuele bestaan, identiteit, waardes en prestasies is alles in gemeenskappe geanker. Individuele bestaan sonder gemeenskappe is onmoontlik. Politokrasie is dus op 'n kommunitêre uitgangspunt gebou (Malan 2011:280). Dit beteken nie dat dit koud staan teenoor individuele regte nie. Inteendeel, dit erken en verreken die individuele vryhede en immuniteite wat modern-liberale opvattinge die afgelope eeue toenemend opgelewer het as 'n kosbare wins (Malan 2011:277-278). Soos hierbo geargumenteer, is staatlke konstitusionalisme egter juis onagsaam teenoor individuele regte aangesien dit nie die gemeenskapsbasis van individuele regte erken en beskerm nie.

³⁰ Vgl. Malan (*PER/LJ 2014:965-2040* op 1984-2007). Sien verder die insiggewende bespreking van Theunis Roux (2009: 106-138) oor die howe se sogenaamde pragmatiese uitsprake ten gunste van die regering in plaas van prinsipiële uitsprake wat moontlik teen die regering sou gewees het.

³¹ Vgl met betrekking tot die posisie in die VSA die insiggewende bespreking van Peretti (2002:103-133) asook van Dahl (1957:279-293).

³² Althusius Johannes 1994 *Politica: politics methodically set forth and illustrated with sacred and profane examples* edited and translated from Latin with an introduction by Frederick S Carney, forward by Daniel J Elazar Liberty Fund Indianapolis.

³³ Sien in die algemeen Vincent (1987:183-217).

Die tuistelike gemeenskappe (habitative communities) is vir politokratiese konstitusionisme van besondere belang. Dit is gemeenskappe van beperkte geografiese en demografiese omvang waarin daar gemeenskaplike bande van 'n kulturele of dergelike aard tussen mense bestaan.

So 'n tuistelike gemeenskap kan tegelyk plaaslik en kultureel wees, dit wil sê, 'n homogene kultuurgemeenskap wat terselfdertyd op dieselfde plek gekonsentreer is. Dit is 'n *plaaslike kultuurgemeenskap*. Hierdie soort gemeenskap het die mees omvattende *res publicae* – gemenebes – waaroor 'n gemeenskap kan beskik en waaroor regeer kan word.³⁴

Tweedens kan 'n tuistelike gemeenskap 'n *plaaslike gemeenskap* wees waar 'n kultureel heterogene gemeenskap wat dieselfde grondgebied deel in weerwil van hulle kulturele heterogeniteit deur ander – plaaslike – bande heg verbind word.

Derdens kan 'n tuistelike gemeenskap 'n kultureel homogene gemeenskap wees, wat anders as die eerste een, nie plaaslike gekonsentreer is nie, maar hegte kulturele bande het in weerwil van die feit dat hulle nie op dieselfde plek saamgetrek is nie.³⁵

Politokratiese konstitusionisme ken maksimale selfregering, dog nie soewereinitiet nie,³⁶ aan tuistelike gemeenskappe toe. Per slot van sake is ons nie slegs deel van tuistelike gemeenskappe nie, maar ook van veel meer, asook omvattender gemeenskappe – geografies, demografies en kultureel. Dit is gemeenskappe wat gebind word deur gemeenskaplike openbare belange en kwessies, anders as dit wat tuistelike gemeenskappe bind. Die meer omvattende gemeenskappe beskik na gelang van hul aard elk oor sy eie *res publicae*. In die laaste instansie is daar ook 'n globale gemeenskap, want daar is sake wat inderdaad globaal is en wat nie slegs tuistelik hanteer kan word nie. Ons openbare identiteit behoort bepaal te word deur die feit dat ons gelyktydig tot al hierdie gemeenskappe behoort en regeringsgesag – bindende besluitneming en die uitvoering van besluite – behoort, afhange van die soort kwessie wat ter sake is, in al hierdie vlakke te setel (Malan 2011:284-285).

Politokratiese konstitusionisme verleen erkenning aan hierdie meervoudige identiteite, meervoudige gemeenskappe vanaf die tuistelike gemeenskappe tot die mees omvattende gemeenskappe. Meer bepaald gee dit ook konstitusionele uitdrukking aan die veelvoud van gemeenskappe deur regeringsgesag aan hierdie gemeenskappe toe te deel oor die besondere *res publica* van die betrokke gemeenskappe. Politokrasie is dus nie *unitêr* nie, maar volskaals *politêr* (Malan 2011:277). (Die klem op veelvoudigheid weerklink in die *poli* in *poli*-tokrasie.)

Politokrasie doen weg met staatlke konstitusionisme se onverdeelde soewereiniteit. Danksy die verspreiding van regeringsgesag waarvoor dit voorsiening maak, verbeter dit wesenlik op die oppervlakkige, soms fiktiewe, gesagsverdeling remme en teenwigte van staatlke konstitusionisme waarop hierbo gewys is.

Ten slotte maak politokratiese konstitusionisme erns met die twee wesenlike eise van die konstitusionele idee: eerstens met die strewe na geregtigheid vir individue en gemeenskappe; en tweedens die verdeling van regeringsgesag, gepaard met net doeltreffende meganismes van remme en teenwigte vir die balansering en beperking daarvan.

³⁴ Hierby inbegrepe is dinge soos grondgebied, gemeenskaplike taal, gemeenskap en openbare instellings soos in Malan (2011:293-302) verduidelik.

³⁵ Daar is ook beduidende konkrete ontwikkeling in hierdie verband in die konstitusionele reg. Vgl bv die kommentaar van De Villiers (2012:170-183).

³⁶ Die dinamika hiervan is aan die hand van die beginsels van subsidiariteit en korreksie verduidelik. Vgl Malan (2011:285-290).

BIBLIOGRAFIE

- Althusius, Johannes. 1994. *Politica: politics methodically set forth and illustrated with sacred and profane examples* vanuit Latyn vertaal en geredigeer deur Frederick S Carney, voorwoord deur Daniel J Elazar. Indianapolis: Liberty Fund.
- Berman, H.J. 1983. *Law and revolution: The formation of the Western legal tradition*. Massachusetts, Cambridge: Harvard University Press.
- Bickel, A.M. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Meril.
- Burtt, E.A. 1967. *The English philosophers from Bentham to Mill*. New York: Modern Library.
- Connor, W. 1971-2. Nation-building or nations-destroying 24 *World Politics*, 319-355.
- Currie, I. & De Waal, J. 2013. *The Bill of Rights Handbook* Kaapstad: Juta
- Dahl, R. 1957. "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policymaker". *JPL*, 279-293.
- De Villiers, B. 2012. "Protecting Minorities on a Non-Territorial Basis – Recent International Developments". *Beijing Law Review*, 170-183.
- Du Plessis, L.M. 1987. "'n Regsteoreties-regspolitiese peiling van die menseregte handves-debat in Suid-Afrika". *Tydskrif vir Regswetenskap (TRW)*:124-144
- Du Plessis, L.M. 1988. "Filosofiese perspektief op 'n menseregtehandves in Suid-Afrika" in Van der Westhuizen, J.V. & Viljoen, H. *A bill of rights for South Africa @*. Durban: Butterworths, pp. 8-27.
- Friedrich, C.J. 1963. *Man and his government: An empirical theory of politics*. New York: Mc Graw-Hill Inc.
- Friedrich, Carl J. 1974. *Limited government – a comparison*. New Jersey: Englewood Cliffs.
- Fukuyama, F. 2011. *The Origins of Political Order from Prehuman Times to the French Revolution* Londen: Profile books.
- Goosen, D. 2015. *Oor gemeenskap en plek: anderkant die onbehae*. Pretoria: FAK.
- Hamilton, A., Madison, J. & Jay, J. 1961. *The Federalist Papers*. New York: Menor Books.
- Locke, J. 1992. *Of civil government (second treatise)*. South Bend Indiana: Regnery/Gateway Inc.
- Loughlin, M. 2007. "What is constitutionalism?" in Dobner P & Loughlin, M. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, pp. 46-69.
- Malan, K. 2008. The deficiency of individual rights and the quest for community protection. (71) *THRHR*: 415-437.
- Malan, K. 2010. Observations on representivity, democracy and homogenization. (3) *TSAR*: 427-449.
- Malan, K. 2011. *Politokrasie: Die dwanglogika van die territoriale staat en gedagtes vir 'n antwoord daarop*. Pretoria: Pretoria Universiteit Regsers.
- Malan, K. 2014. Taalverval met besondere verwysing na die ideologieë en praktyke van verstaatliking. *Tydskrif vir Geesteswetenskappe*, 54: 462-480.
- Malan, K. 2014a. Reassessment of judicial independence and impartiality against the backdrop judicial appointments in South Africa. *Potchefstroom Electronic Journal (PER/J)* 17: 1965-2040).
- McIlwain, C.H. 1910. *The High Court of Parliament and its supremacy*. New Haven: Yale University Press.
- Mommsen, T. & Krueger, P. et al. 1985. *The Digest of Justinian*. deur Allan Watson vanuit Latyn in Engels vertaal en geredigeer.
- Montesquieu, C.L. de, S. Baron de. 2002. *The Spirit of Laws* (vertaler vanuit Frans in Engels nie aangedui) New York: Prometheus Books.
- Oakeshott, M. 2006. *Lectures in the history of political thought*. Imprint Academic Exeter.
- Peretti, T.J. 2002. "Does Judicial Independence Exist? The Lessons of Social Science Research" in Burbank, S.B. et al. (eds). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. Sage: Thousand Oaks, pp.103-133.
- Preuss, U.K. 2007. "Disconnecting constitutions from statehood: is global constitutionalism a viable concept?" in Dobner, P. & Loughlin, M. *The twilight of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, pp. 23-46.
- Réaume, D. 1988. "Individuals, groups and rights to public goods". *Univ Toronto LR* 1-27.

- Rousseau, Jean Jacques. 1968. *The Social Contract* (Engelse vertaling en inleiding deur M Cranston). Londen: Penguin Books.
- Roux, T. 2009. Principle and Pragmatism on the Constitutional Court of South Africa. *ICON*: 106-138.
- Sabine, G.H. 1971. *History of political theory* Londen: George Harrap.
- Stavenhagen, R. 1995. "Cultural rights and universal human rights" in Eide et al. (eds). *Economic, social and cultural rights: A textbook*, pp. 63-77. Dordrecht: Marthinus Nijhoff.
- Skinner, Q. 1989. 'The state' in Ball, T. et al. (eds). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 90-131.
- Vincent, A. 1987. *Theories of the state*. Oxford: Blackwell.

REGSPRAAK

- Agri South Africa v Minister for Minerals and Energy (Afriforum and others as amici curiae)* 2013 (7) BCLR 727 (KH).
- City of Tshwane Metropolitan Municipality v Afriforum and Another* 2016 (9) BCLR 1133 (KH).
- Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others* 2016 (5) BCLR 618 (KH).
- FEDSAS v MEC for Education, Gauteng and Another (Equal Education as amicus curiae)* 2016 (8) BCLR 1050 (KH).
- South African Police Service v Solidarity abo Barnard* 2014 (1) BCLR 1195 (KH).

GRONDWET

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

KOERANTBERIGTE EN –ARTIKELS

"Appointing judges not about merit alone – Mogoeng" *City Press* 9 April 2013.

Malan, K. "Dié Hof se visie is dieselfde as die ANC" in *Rapport Weekliks* 1 Mei 2016 ook beskikbaar by <http://www.netwerk24.com/Stemme/Aktueel/die-hof-se-visie-is-dieselfde-as-die-anc-20160501>