

Tendense in die interpretasie van godsdiensregte

ABSTRACT

Trends in the interpretation of religious rights

This study attempts to trace the main tendencies in South African jurisprudence with regard to the interpretation and adjudication of religious rights in the new constitutional dispensation. This is done by way of an analysis of the legal framework governing religious rights and by a discussion of the *dicta* of the Courts on how adjudication of religious rights should best be undertaken. An exposition is given of the main positions taken by the Courts thus far with reference to the *Lawrence*, *CESA* and *Prince* cases. Particular attention is paid to the values guiding constitutional interpretation and adjudication of religious rights. This is done with a view to considering the possibility of predicting whether litigants who approach the courts to uphold their religious rights have a reasonable chance of succeeding with their claims.

1. INLEIDING

Die bekende Amerikaanse regter, Oliver Wendell Holmes, het in 1897 in 'n artikel "The Path of the Law" aan die hand gedoen dat 'n mens die reg moet benader uit die oogpunt van die *bad man*. (Freeman, 1994:670) Hierdie *bad man* is nie primêr geïnteresseerd in die reg as 'n stel reëls of beginsels nie en ook nie in die hof se hantering van regslogika nie. Wat vir hom van belang is, is om te voorspel wat hoewe in werklikheid in 'n bepaalde geval gaan beslis. Holmes se geesgenote, die Amerikaanse Regsrealiste, het die spot gedryf met hul voorgangers – die formaliste – se benadering tot die reg. Vandaar hul verkleinerings van die reg as 'n stel reëls, wat hulle as "law in books", "paper rules" en "pretty playthings" afgemaak het. (kyk Van Blerk, 2001: 63-66)

My oogmerk in hierdie artikel is om enkele tendense in die interpretasie van godsdiensregte in Suid-Afrika in die nuwe grondwetlike bedeling uit te wys. Ek wil probeer aantoon hoe Suid-Afrikaanse hoewe in werklikheid godsdiensregte hanteer. In hierdie ondersoek sal ek egter nie die reëls buite rekening laat nie. My uitwysing van tendense en my tentatiewe voorstelle oor voorspelling van uitsprake sal geskied teen die agtergrond van 'n uiteensetting van die regsbepalings (in besonder dié van die Grondwet) en die uitsprake wat hoewe gelewer het oor hoe regters in die beregting van dispute oor godsdiensregte behoort op te tree. Ek sal daarna aandag skenk aan wat regters inderdaad tot dusver in hul beregting van godsdiensregte gedoen het. Die aandag sal – sonder om in die besonderhede van elke saak in te gaan – toegespits word op die drie belangrikste sake (of reekse sake) wat tot dusver oor godsdiensregte voor die Suid-Afrikaanse hoewe gekom het, te wete:

- *S v Lawrence*, *S v Negal*, *S v Solberg* (hierna *S v Lawrence*) waar geleerde regters in die Konstitusionele Hof oor godsdiensregte besin het na aanleiding van kruidentersproef uit verkope van wyn op geslote dae;

- Die *Christian Education South Africa-sake*¹ (hierna *CESA*) waar dit gehandel het oor die vraag of onderwysers in private skole vrygestel kan word van 'n algemene bepaling van die *Schools Act* wat lyfstraf in skole verbied;
- Die *Prince*-beslissings, waar dit gegaan het oor die vraag of 'n aspirantprokureur wat dagga gebruik vir doeleindes van sy Rastafariëse geloof vrygestel behoort te word van bepalings van wette oor dwelms en medisyne.

2. DIE REGSRAAMWERK

In Suid-Afrika – soos in enige demokrasie wat die naam werd is, word godsdiensvryheid as 'n belangrike reg beskou, een wat die mens se menswaardigheid ten diepste raak en daarom verstandige en sensitiewe hantering deur die howe vereis.

Godsdiensregte is dan ook in Suid-Afrika in sowel die 1993- as 1996-Grondwet beskerm, weliswaar nie op identiese wyse nie. Waar dit in die 1993-Grondwet beskerm is in 'n enkele artikel (artikel 14), figureer dit in 1996-Grondwet in twee artikels, te wete artikel 15 wat betrekking het op (onder meer) 'n persoon se reg om sy eie godsdiensoortuigings te huldig en artikel 31 wat gaan oor die uitdrukking van sy godsdienstige oortuigings in assosiasie met ander persone. Dit is belangrik om daarop te let dat artikel 31(1) wat laasgenoemde reg beskerm gekwalifiseer word deur artikel 31(2), wat stel dat die regte verleen in 31(1) nie uitgeoefen mag word op 'n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte (vervat in Hoofstuk 2 van die Grondwet, 1996) onbestaanbaar is nie. Die *ratio* vir hierdie verdeling is kennelik om die persoonlike en sosiale dimensies van 'n persoon se godsdiensregte te skei. Alhoewel godsdiensregte belangrik geag word, is dit – soos ander fundamentele regte in die Handves – beperkbaar ingevolge die algemene beperkingsbepaling van die Grondwet, artikel 36, indien daar aan die kriteria vermeld in hierdie artikel voldoen word.

In die uitleg van hierdie bepalings het ons howe – in aansluiting by Kanadese regspraak (*R v Big M Drug Mart* 18 DLR (4th) 321, 1 SCR 295) - die reg op godsdiensvryheid uitgelê as 'n reg om bepaalde godsdienstige oortuigings te huldig en daaraan uitdrukking te gee (*S v Lawrence*, paragraaf 92). Soos in die VSA, maar anders as in Kanada, stel die Suid-Afrikaanse reg 'n lae drempel vir die beperkingsanalise wat met litigasie oor godsdiensregte gepaard gaan (kyk die meerderheidsuitspraak van Chaskalson P in *S v Lawrence*, paragraaf 98). Anders as wat soms verkeerdlik beweer word, is Suid-Afrika nie 'n sogenaamde sekulêre staat wat godsdiensonverskillig is nie, maar een waarin daar in die Grondwet op verskeie wyses aan godsdiens erkenning verleen word (kyk regter O'Regan se uitspraak in *S v Lawrence*, paragraaf 116 en Venter, 1998:457). Vanweë die feit dat die Suid-Afrikaanse Grondwet (anders as die Amerikaanse Grondwet) nie 'n *establishment clause* bevat nie (kyk *S v Lawrence*, paragraaf 102) kom hofsake oor godsdiensregte meermale in anders-as-godsdienstige gedaantes voor die regbank, veral as litigasie oor gelykheidsaangeleenthede ingevolge artikel 9 en as versoeke om vrygestel te word van 'n bepaling van 'n wet met algemene gelding.

In die beregting van godsdiensregte moet daar verder rekening gehou word met artikel 39 van die Grondwet, wat stel dat howe by die beregting van regte in die Handves kennis moet neem van die volkereg (artikel 39(1)(b)) en kennis mag neem van die uitsprake van howe in ander jurisdiksies, dit wil sê van sogenaamde vreemde reg (artikel 39(1)(c)).

1 In die artikel sal gebruik gemaak word van die afkortings KH (vir die Konstitusionele Hof), HHA (vir die Hoogste Hof van Appêl) en HGH (vir die Hooggereghof) om te onderskei tussen die verskillende *CESA*- en *Prince*-beslissings.

Laastens kan vermeld word dat die Suid-Afrikaanse howe tot dusver nog nie 'n standaard benadering ontwikkel het oor hoe sake wat godsdienstrege raak beslis moet word nie.

3. BREËRE KONTEKSTE

In die identifisering van bepaalde tendense met betrekking tot die interpretasie en beregting van godsdienstrege moet deeglik rekening gehou word met die veranderde staatkundige bedeling in Suid-Afrika. Suid-Afrika is sedert 1994 'n grondwetlike demokrasie of regstaat met 'n oppermagtige Grondwet waarmee alle ander reg in lyn moet wees. In die afgelope twee tot drie dekades het daar ook ingrypende veranderinge op die terrein van interpretasie en uitleg plaasgevind. Om onder die indruk hiervan te kom kan 'n mens maar net die eertyds handboeke oor die "uitleg van wette" (byvoorbeeld die destydse standaardwerk van LC Steyn) gaan vergelyk met eietydse inleidings tot die regshermeneutiek (byvoorbeeld dié van LM Du Plessis (2002) of dié van C Botha (2005)). Wat jou opval is die beweging weg vanaf 'n oorwegend reëlige en dikwels positivistiese benadering tot een wat deur waardes gerig word. Ook opvattinge oor die rol van die regter het in hierdie tyd verander, weg van 'n betreklik-meganiese benadering om bloot reg te spreek (*legem dicere*) tot een wat gedryf word deur die kernwaardes van die Grondwet.

Die debat oor godsdienstrege hou natuurlik verband met wyer vraagstukke, soos (a) die verhouding tussen kerk en staat, geloof en rede / rasionaliteit; (b) opvattinge oor die gepaste rol van die staat in godsdiensangeleenthede (wat varieer vanaf 'n liberalistiese beskouing dat die staat neutraal moet staan met betrekking tot opvattinge oor die goeie (*the good*) en die kommunitaristiese beskouings dat die staat wel 'n rol te speel het met betrekking tot *the common good*, en (c) die *trias politica*-leerstuk, spesifiek so ver dit die rol van die howe met betrekking tot beleid en wetgewing aangaan (vergelyk die *Treatment Action Campaign*-saak, paragraaf 113).

4. TERMINOLOGIE

In die beregting en interpretasie van godsdienstrege bevind ons ons op die terrein van die Grondwetlike Hermeneutiek wat deur Botha (2005:132) gedefinieer word as "the authoritative interpretation of the supreme Constitution by the judiciary during judicial review of the constitutionality of legislation and government action". Hier kan opgemerk word dat juriste – enigsins a-tipies – baie los omgaan met die begrippe "hermeneutiek", "interpretasie", "uitlegbenadering" en "metode". As ek hier van interpretasie praat, het ek dit oor 'n praktiese verstaans- en besluitnemingshandeling en nie oor die hermeneutiek as 'n wetenskap nie. Ten spyte van hierdie terminologiese inkonsekwentheid het daar in die afgelope twee tot drie dekades heelwat ontwikkeling op hierdie terrein in die regswetenskap plaasgevind, onder meer deur die bydraes van akademici soos LM Du Plessis, J De Ville, G Devenish en andere. Daar is beslissend afskeid geneem van LC Steyn se aanpak, wat vir lank rigtinggewend in Suid-Afrika was. Van die vernaamste benaderings / metodes wat in die laaste paar dekades uitgekristalliseer het, is die grammatikale, die kontekstuele, die teleologiese / doeldienende, die historiese en die vergelykende benaderings.

Anders as in die literatuurwetenskap het daar nie in die regswetenskap opponerende denkskole ontwikkel wat elk 'n bepaalde teorie / benadering / metode aanhang nie, maar het howe taamlik pragmaties en heel eklekties met hierdie benaderings omgegaan. Alhoewel die regbank meermale kennis geneem het van hierdie teoretiese ontwikkelinge, het hulle dit nie heelhuids aanvaar nie. Dit blyk onder meer uit opmerkings van die regters in die *Qozeleni*- en *Nortje*-gewysdes. In eersgenoemde saak laat regter Froneman hom soos volg hieroor uit: "In my view it serves little purpose to characterise the proper approach to constitutional interpretation as liberal, generous,

purposive or the like. These labels do not in themselves assist in the interpretation process and carry the danger of introducing concepts or notions associated with them which may not find expression in the Constitution itself. Far more useful is to recognise that because the Constitution is the supreme law of the land against which all law or conduct is to be tested, it must be examined with a view to extracting from it those principles or values against which such law or conduct can be measured.” (*Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 (3) SA 625 (OK)) Regter Marais uiter ’n soortgelyke standpunt in *Nortje v Attorney-General of the Cape* 1995 2 SA 460 (K) 472F-G: “[T]he approaches adopted by other Courts and constitutional lawyers to the interpretation, limitation and application of constitutionally entrenched rights are undoubtedly a valuable aid to understanding what is entailed in those processes. Logically structured and systematic approaches have an inherent appeal for lawyers. However, they remain what they are, not holy writ, but simply methodological approaches which are not necessarily the only legitimate approaches to the task ... I regard it as unwise to settle too dogmatically now on one methodology at this very early and embryonic stage of applying our newly devised Constitution to concrete situations. Indeed, it is questionable whether it would be wise to do so at any stage.”

Ten spyte van hierdie opmerkings wat dui op ’n onwilligheid om in die uitoefening van hul judisiële funksies deur akademies-teoretiese modelle gelei en ingeperk te word, het die howe by verskillende geleenthede aangedui dat die beregting van fundamentele regte ten beste gedoen word deur van ’n sogenaamde *generous approach* te volg, dit wil sê een wat persone in staat stel om hul regte optimaal uit te oefen.²

Dit is goed om ’n oomblik stil te staan by hierdie onwilligheid van die regbank om hulle sonder meer te skaar by ’n bepaalde teoretiese benadering, veral omdat juriste nogal ’n voorliefde vir sistematiek het. Daar word ter oorweging gegee dat hierdie verskynsel met die volgende faktore verband hou:

- Die reg verg gesaghebbende beslissings in regsdispute. Hierdie beslissings het meermale ingrypende gevolge vir die partye betrokke by die dispuut, finansieel en andersins.
- Beregting fokus gewoonlik op ’n besondere geval. Die feite van ’n saak is gewoonlik nie identies met dié van ’n ander nie. Vandaar die traagheid om van die besondere geval na die algemene te veralgemeen.
- Die regswetenskap en –praktyk stel ’n hoë premie op regsekerheid, veral sedert die negentiende eeu (kyk Oliver, Scott & Tandros, 2000:7).
- In noue samehang met regsekerheid staan die kwessie van voorspelbaarheid. Omdat dit duur is om te litigeer pak regslui nie goedsmoeds sake aan wat hulle weet ’n lae kans op sukses het nie. Juis daarom is dit belangrik dat die regbank in sy uitsprake duidelike aanduidings moet verskaf van hoe dit bepaalde dispute gaan hanteer.

Ten spyte van resente teoretiese ontwikkelinge het LM Du Plessis (2002:97) gelyk, wanneer hy opmerk dat die voorkeure van Suid-Afrikaanse howe is vir praktiese benaderings tot wetsuitleg: “... in the case law these approaches do not present themselves through theoretical reflection, but via pragmatic strategising, informed (and justified) by often unchallenged theoretical assumptions.

2 In *S v Zuma and Others* (1995 (2) SA 642 (K)) – ’n leidende gewysde oor grondwetlike hermeneutiek in die Suid-Afrikaanse reg - verwys die Hof by monde van waarnemende regter Kentridge in paragraaf 13 met instemming na die *dicta* van Lord Wilberforce in die Privy Council in *Minister of Home Affairs (Bermuda) v Fisher* (1980). Daar word gestel dat grondwetlike hermeneutiek van gewone hermeneutiek verskil en “a generous interpretation ... suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to” verg.

This explains why judges' approach to statutory interpretation can vacillate from case to case, depending on the factual particularities and the nature, tenor and objective of each legislative instrument under consideration." Hierdie karakterisering is na my mening nie net van toepassing op wetsuitleg nie, maar ook op grondwetlike uitleg. Alhoewel dit beleefd gestel is, kom dit eintlik daarop neer dat howe taamlik eklekties (eerder as sistematies) is in hul benadering en dat die refleksiwiteit wat kenmerkend is van akademiese verkenning van hierdie terrein nie so sterk teenwoordig is in die regbank se hantering van teoretiese modelle nie.

5. DIE *DICTA* VAN DIE HOWE OOR DIE OPTIMALE BENADERING

Regters het hulle by verskillende geleenthede uitgespreek oor die uitlegbenadering wat gevolg behoort te word in sake wat handel oor godsdienstrege. Dit gebeur veral in geval van sogenaamde beperkingsanalise ingevolge artikel 36 van die Grondwet, wat een van die hoofwerkwyses is wat tot dusver in die beregting van godsdienstrege uitgekristalliseer het.

Hierdie eie tipering van die optimale uitlegbenadering kan – om in Dworkiniaanse terme te praat – getipeer word as 'n poging om die reg so uit te lê dat dit die regstelsel in sy heel beste lig voorstel. Die uitspraak van regter Sachs in die *Prince*-gewysde (KH paragraaf 155) werp heelwat lig op wat as 'n goeie benadering beskou word.

Die voorgestelde benadering tot beperkingsanalise ten opsigte van godsdienstrege vertoon die volgende kenmerke:

- dit is afkerig van uiterste / radikale posisies
- dit poog om die maksimale harmonisering van mededingende oorwegings te weeg te bring
- dit is beginselvas, maar tog genuanseerd
- dit is soepel
- dit is gewortel in die Suid-Afrikaanse werklikheid,
- maar word tog gerig deur internasionale ervaring
- sonder om in die proses die kernwaardes van die Grondwet uit die oog te verloor.

Hieruit kan 'n mens maklik aflei watter soort benadering vermy behoort te word. Dit sal naamlik 'n benadering wees wat sektaries, konfronterend en onbuigbaar is. Die regter doen aan die hand dat daar geen poging aangewend behoort te word om in die regspraak breë beginsels neer te lê nie. Daar moet eerder voorkeur verleen word aan 'n beskeie benadering wat op 'n saak-vir-saak basis elke saak op sy eie meriete beoordeel. Die kern van die benadering is daarin geleë dat die benadering beginselvas is en altyd die kernwaardes van die Grondwet in die beregtingsproses in berekening bring.

Dit is verder opvallend dat heelwat klem geplaas word op kontekstualiteit. Regter Sachs stel dit duidelik dat die afweging van belange wat deur artikel 36 van die Grondwet geïmpliseer word nie plaasvind "on the weightless scales of pure logic pivoted on a friction-free fulcrum of pure rationality" nie. (*Prince* (KH), paragraaf 151) Hy gee te kenne dat 'n regter in die beregting van godsdienstrege sy beperkingsanalise moet uitvoer deur te kyk deur die oë van die redelike Suid-Afrikaner, en nie deur die oë van die redelike Christen of die redelike Jood nie. Die redelike Suid-Afrikaner word gekenskets as iemand "who may be of any faith or none" en wat tegelykertyd nie hipersensitief, maar ook nie oormatig onsensitief oor die betrokke oortuiging ("belief") is nie. Dit is 'n persoon met gesonde verstand, wat enersyds deeglik bewus is van die kulturele werklikhede in die land, maar andersyds kennis dra van die wydheid en die genuanseerde aard van die Suid-Afrikaanse Grondwet. Aan die een kant is die redelike Suid-Afrikaner nie daarop uit om die openbare lewe van die geringste assosiasie met die godsdienste suiwer nie, maar aan die ander kant word godsdienstig-gebaseerde gebruike nie sonder meer as natuurlik nie-sektaries beskou, bloot omdat dit wyd aanvaarding geniet nie. (*Prince* (KH), paragraaf 152)

Hierdie toets van die redelike Suid-Afrikaner is natuurlik analoog aan dié van die “redelike man” (of meer onlangs “die redelike persoon”) wat baie algemeen in die Suid-Afrikaanse straf- en privaatreë aangetref word. Dit is nogtans iets van ’n *rara avis* in ’n grondwetlike bedeling met beskermde fundamentele regte. Hierdie toets – wat nie later weer in die regspraak opgeduik het nie – is moontlik deur die regter geformuleer om die aandag daarop te vestig dat dit wat in ’n vroeëre bedeling as redelik beskou is, nie noodwendig in die nuwe bedeling as redelik sal deurgaang nie.

Laastens wys regter Sachs daarop dat ’n behoorlike uitlegbenadering gekenmerk sal wees deur openheid teenoor andersheid (“openness to otherness”). (*Prince* (KH), paragraaf 152) Dit blyk uit sy instemmende verwysing na regter Ackermann se *dictum* in die *National Coalition*-saak (paragraaf 22). Die voorstel wat in laasgenoemde saak gemaak word, is naamlik dat ’n regter / persoon hom- / haarself so ver as wat menslik moontlik is, moet plaas in die ander persoon se skoene. Hier kan terloops vermeld word dat die voorgestelde benadering verskil van die een wat deur Malik (2000:143-147) – in aansluiting by die benadering van Gadamer en Betti – voorgestaan word. Sy is van oordeel is dat daar juis vanuit die eie verwysingsraamwerk of sogenaamde “home knowledge” verstaan moet word.

Hieruit behoort dit duidelik te wees dat beperkingsanalise nooit moet vervlak tot ’n meganiese aangeleentheid nie.

6. VERKLAARDE POSISIES

Die volgende posisies het in die loop van die regspraak al duidelik uitgekristalliseer met betrekking tot die beregting van godsdienstreë:

- Die howe moet dit vermy om gelowiges in ’n situasie in te forseer waar die gelowige met die onbenydenswaardige keuse gekonfronteer word om ’n keuse te maak om óf gehoorsaam te wees aan die reg óf om sy godsdienstige oortuigings na te volg. (*CESA* (KH) paragraaf 51, *Prince* (HGH) 991A-C, *Prince* (KH), paragrawe 44 en 76)
- Met betrekking tot godsdienstreë behoort ’n benadering van redelike akkommodering gevolg te word. Dit beteken dat daar tegemoetkomendheid van sowel die kant van die staat as van die kant van die gelowige (of dan institusioneel uitgedruk: die kerk of die godsdienstige organisasie) moet wees om sodanige aangeleenthede te probeer beredder.
- Aangesien alle regte beperkbaar is, moet persone aanvaar dat hul godsdienstreë ook deur die reg beperkbaar is as daar aan die vereistes gestel in die algemene of die meer spesifieke beperkingsbepalings voldoen word. (*CESA* (KH), paragraaf 51)
- In ’n poging om ’n redelike akkommodering te probeer bewerkstellig, kyk die Hof globaal daarna of ’n persoon se godsdienstreë geskend word. As ’n persoon steeds in staat is om oor die algemeen sy godsdienstige oortuigings te huldig en daarvolgens op te tree, dan sal ’n inperking daarvan op ’n fynere besonderheid daarvan nie as so ernstig beskou word nie. Dit kan goed geïllustreer word met verwysing na die *CESA*-beslissing in die Hooggeregshof (1102I – 1103G), waar die feit dat hierdie skolevereniging wel lyfstraf aan seuns toegedien het maar nie aan meisies nie, opgeneem is as aanduidend daarvan dat die kwessie van lyfstraf nie godsdienstig-gesproke gebiedend is nie aangesien straf ook op ander wyses toegepas kan word.
- Oorweging van die vraag of daar in ’n bepaalde geval op ’n fundamentele reg inbreuk gemaak is, geskied op ’n geval-vir-geval basis (*CESA* (KH), paragraaf 31 met verwysing na *S v Manamela*) en moet daarom nie as ’n meganiese handeling gehanteer word nie. By oorweging van die vraag na redelikheid geld daar nie ’n absolute standaard nie en word daar nie met ’n kontrolelys gewerk nie.

- In die beregting van godsdienstrete moet hulle daarvan weerhou om die dogma van 'n bepaalde geloof te evalueer of om bevindings oor die koherensie of logika daarvan te maak (kyk *Worcester Muslim Jamaa v Valley and Others* 2002 (6) BCLR 591 (K) par 109.³ Sien ook Woolman in Chaskalson et al, 1999: 19.2)
- Wanneer die Hof ingevolge artikel 39(1)(c) vreemde reg in berekening bring, word sodanige vreemde reg nie as presedente hanteer nie, maar as uitsprake wat van waarde mag wees by die beregting van Suid-Afrikaanse sake. (*S v Lawrence*, paragraaf 141)
- Volkeregtelike dokumente word in ooreenstemming met artikel 39(1)(b) in berekening gebring. Die feit dat hulle hierdie verpligting nakom, lei nie altyd tot identiese beslissings oor die interpretasie en toepaslikheid daarvan nie. Dit blyk duidelik uit die *Prince*-gewysde in die Konstitusionele Hof waar regter Sachs Suid-Afrika se volkeregtelike verpligting om dwelmgebruik en –handel te bestry anders geïnterpreteer het as die ander regters. (kyk paragraaf 164-165)
- By die beregting van die vraag of daar inbreuk gemaak is op 'n bepaalde fundamentele reg, word 'n tweefase-onderzoek gedoen. Ten opsigte van artikel 31-ondersoeke wy regter Liebenberg in die *CESA*-beslissing in die Hooggeregshof (1100I-1001C) in besonderhede uit oor die toets wat in sodanige geval gevolg moet word. Dit behels naamlik 'n ondersoek na die volgende vrae:
 - * maak die oortuiging deel uit van 'n persoon se godsdienste?
 - * word die oortuiging op godsdienstige gronde gehuldig? (hier is 'n persoon se *ipse dixit* ter sake maar nie voldoende nie)
 - * is die oortuiging opreg? ('n sogenaamde “sincere belief”)
 - * plaas die wetsbepaling 'n beduidende las (“substantial burden”) op die persoon wat hom in die uitoefening van sy godsdienstrete belemmer?

Daar moet gevolglik deurgaans ondersoek ingestel word na die doel met 'n spesifieke wetsbepaling en die (bedoelde of onbedoelde) impak daarvan. Verder is die simboliese betekenis van 'n beslissing glad nie onbelangrik nie, soos blyk uit sowel die *Lawrence*- as die *CESA*-beslissings. In eersgenoemde het sowel regter O'Regan (in paragraaf 129) as regter Sachs (in paragraaf 163) bevind dat die staat deur sy seleksie van geslote dae subtiel aan persone die sein gestuur het dat hy die Christendom bevoordeel bo ander godsdienste, iets wat ongewens is in 'n nie-diskriminerende staat. In laasgenoemde is daar in die geding in die Konstitusionele Hof beslis dat 'n uitsondering van die lyfstrafverbod vir Christelike skole nie gerade is nie, omdat dit simbolies die verkeerde boodskap sou uitstuur, naamlik dat kinders se menswaardigheid as onbelangrik beskou word (kyk *CESA* (KH), paragraaf 50).

-
- 3 In *Worcester Muslim Jamaa v Valley and Others* 2002 (6) BCLR 591 (K) par. 109 formuleer die hof 'n baie versigtige en terughoudende benadering ten opsigte van die beslissing oor godsdienstige kwessies. Die Hof laat hom soos volg daaroor uit:
- Unless absolutely necessary, the State speaking through the mouths of its courts, should never attempt to impress its own legal, secular rules and, particularly, its own interpretation of the doctrine, laws and tenets of a particular religion, upon any religious group or grouping;
 - Those religious groups or groupings should be allowed to sort out their differences regarding those aspects of the religions to which they adhere amongst themselves;
 - Only if the solutions to their problems which are arrived at by the religious groups or groupings themselves are utterly unacceptable to the established rules and laws of the State should those solutions be ignored. Otherwise, for fear of interfering with the right of freedom of religious expression, those solutions should be respected;
 - It is only in an extremely limited field that the secular courts should impose their rulings upon religious groups or groupings; and]]
 - A secular court should rarely, if ever, hand down a ruling relating to religious doctrine.

- Sou daar bevind word dat daar wel inbreuk gemaak word op 'n fundamentele reg, ontstaan die vraag of sodanige inbreukmaking regverdigbaar is ooreenkomstig artikel 36 van die Grondwet. Hierdie artikel behels 'n proporsionaliteitstoets en die opweging van regte en belange wat tipies daarmee gepaard gaan. Die howe het ook al in kontensieuse sake direk na 'n artikel 36-ondersoek oorgegaan, sonder om te beslis dat 'n fundamentele reg inderdaad geskend is (byvoorbeeld in die *CESA*-saak in die Konstitusionele Hof).

7. TEGNIEKE WAT HOWE MEERMALE GEBRUIK

In die beregting van dispute oor godsdienaangeleenthede maak regters meermale gebruik van 'n aantal tegnieke om 'n saak hanteerbaarder te maak. Enkele van die vernaamste tegnieke wat vermeld kan word, is die volgende:

- Anders as wat filosowe geneig is om te doen, word die regsvraag waaroor die dispuut handel besonder eng en tegnies geformuleer (vgl byvoorbeeld die *Wittmann*- en *Prince*-gewysdes).
- Die regters volg feitlik deurgaans 'n benadering wat bekendstaan as judisiële minimalisme. Dit behels dat die Hof hom nie oor meer uitspreek as wat voor hom gelê is om oor te beslis nie. (kyk *CESA* (KH), paragraaf 27) Die rede hiervoor lê voor die hand: dit pen ander howe wat later oor 'n bepaalde aangeleentheid moet beslis, nie vas deur 'n breë beginsel neer te lê nie.
- Die regters veronderstel soms argumentsontholpe 'n sekere situasie (hetsy dit voldoening aan 'n bepaalde vereiste is hetsy dit daaroor handel of 'n interne beperking nie verdere beperkingsanalise uitsluit nie) sonder om te beslis dat dit wel feitlik die geval is. (*CESA* (KH), paragraaf 27) Die oogmerk hiervan word voorgehou as om die litigant die ruimste geleentheid te bied om sy saak te bewys.

Terwyl bogenoemde bekende tegnieke is, is 'n minder algemene verskynsel wat by van die sake oor godsdienregte voorkom die volgende:

- Waar 'n beslissing oor 'n aangeleentheid onder meerdere artikels in die 1996-Grondwet moontlik is, gee die hof nie 'n aanduiding onder watter spesifieke artikel die spesifieke saak beslis word nie. 'n Goeie voorbeeld hiervan is die Konstitusionele Hof se beslissing in die *CESA*-saak, waar die Hof 'n artikel 36-ondersoek loods sonder om spesifiek aan te dui of die saak onder artikel 15 of 31 van die 1996-Grondwet beslis word.
- Die Hof gebruik soms 'n tegniek van "reading down" deur na te gaan of 'n bepaalde statutêre beperking op 'n godsdienreg die gelowige nogtans toelaat om in die breë sy geloof uit te leef, terwyl dit wel in 'n mate op 'n nie-essensiële wyse beperk word. Vir kritiek hierop met spesifieke verwysing na die Hooggeregshofuitspraak in die *CESA*-saak, kyk Du Plessis (2000:298).

8. WAARDES EN VOORSPELLINGS

8.1 Waardes as vertrekpunt

As 'n persoon wat sy godsdienstige oortuigings ernstig opneem wil litigeer oor inbreukmaking op sy godsdienregte en bestek wil opneem oor die vraag wat sy kans op sukses sal wees, wil ek aan die hand doen dat hy die grondwetlike waardes – en dié wat daaruit afgelei is (kyk 8.4 hieronder) – as vertrekpunt neem. Hierdie kernwaardes is welbekend, te wete menswaardigheid, (die bereiking van) gelykheid en vryheid. In alle sleutelbepalings van die Grondwet kom hierdie

waardes soos 'n refrein voor. Ons tref dit aan in artikel 1 (die aanvangs- of vestigingsartikel), in artikel 7 (die inleidingsartikel van die Handves van Regte), in artikel 36 (die beperkingsartikel) en in artikel 39 (die interpretasieartikel).

Die aandaag word vervolgens toegespits op die waardes van menswaardigheid en gelykheid⁴ en op die waardes wat volgens die howe daardeur geïmpliseer word.

8.2 Menswaardigheid

Godsdiensvryheid word in die CESA-uitspraak (KH paragraaf 36) ten nouste geassosieer met menswaardigheid.⁵ Dit word voorgehou as 'n kern-komponent van menswaardigheid. Terwyl menswaardigheid nie, soos in die Duitse Grondwet, eksplisiet in die Suid-Afrikaanse Grondwet as die kern- of basiswaarde aangemerkt word nie, meen ek dat dit inderdaad ook hier te lande die kernwaarde van ons grondwetlike bedeling uitmaak, soos wat Venter (1997:18) in sy ondersoek na die samehang tussen die verskillende waardes in die Grondwet aangetoon het.

Telkens wanneer howe 'n beoordeling wil maak van grondwetlikheid van 'n statutêre bepaling of van die wenslikheid daarvan om 'n godsdienbeswaarde litigant vry te stel van 'n bepaling wat van algemene gelding is, staan die vraag na die impak wat die besondere faktor op die menswaardigheid van persone het op die voorgrond. Uit die regspraak tot dusver wil dit vir my voorkom of die howe Suid-Afrikaners in hierdie opsig as besonder sensitief beskou. So word die feit dat die geslote dae waarop wyn nie in kruidenierswarewinkels verkoop mag word nie 'n assosiasie met die Christendom het, in die minderheidsuitspraak van regter Sachs bestempel as iets wat 'n boodskap van uitsluiting aan nie-Christene stuur. (*S v Lawrence*, paragrafe 169-170). Hierdeur word die menswaardigheid van ander persone as Christene by implikasie aangetas, omdat hiermee implisiet die boodskap aan nie-Christene gegee word dat die staat hul oortuigings nie so hoog ag as dié van Christene nie.

8.3 Gelykheid

Soos vroeër aangetoon bereik sake wat op godsdienregte betrekking het die howe nie altyd via artikel 15 of 31 nie, maar met 'n beroep op artikel 9. Dit is nie verrassend nie, enersyds weens die afwesigheid van 'n "establishment clause" in die Suid-Afrikaanse Grondwet, en andersyds weens Suid-Afrika se geskiedenis van ongelykheide.

Ten spyte van die waardering wat howe meermale uitspreek vir Suid-Afrika se diversiteit⁶ troef gelykheid dit, soos blyk uit *Ex parte Gauteng Provincial Legislature in re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 (3) SA

4 Dit is opvallend dat vryheid as waarde minder prominensie in die postkonstitusionele Suid-Afrikaanse regsleer geniet as gelykheid en menswaardigheid.

5 In die Ngcobo-uitspraak in die *Prince*-saak ((KH) paragraaf 50) word die belangrikheid van menswaardigheid vir beperkingsanalise beklemtoon. In hierdie uitspraak word daar op uitvoerige wyse aangehaal uit die Konstitusionele Hof se beslissing in *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others*; *Shalah and Another v Minister of Home Affairs and Others*; *Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (3) SA 936 (KH); 2000 (8) BCLR 837 (KH) paragraaf 35. Dit is 'n sleutelpassasie om die rol van menswaardigheid in grondwetlike beregting te begryp: "Human dignity therefore informs constitutional adjudication and interpretation at a range of levels." Die Grondwet lê klem op menswaardigheid om Suid-Afrika se verlede teen te spreek, maar ook om aan te dui hoe dit vorm gee aan die land se toekoms. Verder figureer dit nie net as 'n grondwetlike kernwaarde nie, maar ook as 'n afdwingbare en beregbare reg. Dit word beskryf as "a value that informs many, possibly all, other rights." In gevalle waar daar 'n aantasting van menswaardigheid is, kan die primêre skending van die Grondwet betrekking hê op 'n meer spesifieke reg.

6 Kyk paragraaf 49 van die Ngcobo-uitspraak in die Konstitusionele Hof, waar hy stel dat die Suid-Afrikaanse gemeenskap divers is en dat hierdie diversiteit geakkommodeer en gekoester moet word. Let

165 (KH). Hier – in 'n saak wat nie oor godsdienstrege handel het nie, maar oor toegang tot onderrig - word dit ondubbelsinnig gestel dat daar in die Suid-Afrikaanse konteks meer gewig verleen sal word aan gelykheid as aan die beskerming van diversiteit. (De Waal, Currie en Erasmus, 2001: 482 vn 47)

Alhoewel artikel 9(1) van die Grondwet die versekering bied dat elke persoon gelyk is voor die reg en geregtig is op gelyke beskerming en voordeel van die reg, wil dit tog lyk of sommige persone – met 'n eggo van George Orwell – in die oë van die reg gelyker as ander is. Dit blyk daaruit dat die howe al by verskillende geleenthede aangedui het dat die reg veral die weerlose tot hulp moet kom (kyk byvoorbeeld die uitspraak van regter Sachs in die *Lawrence*-saak, paragraaf 160), waar hy die beskerming van nie-meerderheidsgroepe een van die belangrikste funksies van die Grondwet noem. Vergelyk ook *Harksen v Lane NO* 1998 (1) SA 300 (KH), 1997 (11) BCLR 1489 (KH) paragraaf 51.

Eertyds-bevoordeeldes kan geen spesiale behandeling van die howe verwag nie, in besonder nie as hulle onder die dekmantel van verontregting hul eie belange probeer beskerm nie. Dit blyk myns insiens duidelik uit die howe se hantering van die *CESA*- en die *Prince*-saak. Daar is duidelik meer simpatie te bespeur in die hantering van die rastafariër se gebruik van dagga, die sogenaamde “Holy Herb” (979D-980A in die *Prince*-saak in die Hooggeregshof), in die uitlewing van sy godsdien as vir die lede van 'n Christelike organisasie wat hul oortuigings in private skole onder hul beheer wou laat uitleef.

8.4 Afgeleide waardes

Terwyl die kernwaardes in die Grondwet dié van menswaardigheid, gelykheid en vryheid is, moet daar ook gelet word op waardes wat die howe op grond hiervan konstrueer.

'n Waarde wat in die regspraak met menswaardigheid geassosieer word, is eerstens die sogenaamde *right to be different*, wat reeds in *S v Lawrence* (paragraaf 147) vermeld en in die *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*-saak (paragraaf 134) deur regter Ackermann verder ontwikkel is. Regter Sachs verwys daarna in sy *Prince*-uitspraak in die Konstitusionele Hof as een van die waardevolste skatte van ons nuwe grondwetlike bedeling. Dit is opvallend dat daar in die nuwe bedeling heelwat waardering vir nie-konformisme aantoonbaar is (kyk *Prince* (KH), paragraaf 161). Friedman (2002:150) doen in sy analise van die Hoogste Hof van Appèl se uitspraak in die *Prince*-saak aan die hand dat toegewings geredeliker vir godsdienstige minderhede gemaak moet word as vir gevestigde en weerbare geloofsgemeenskappe wat daartoe in staat is om na hul eie belange om te sien.

Hierdie reg om anders te wees hou uiteraard verband met diversiteit en verdraagsaamheid, albei waardes wat in die nuwe grondwetlike bedeling hoog aangeprys word. In sy wekroep vir verdraagsaamheid verwys regter Ncgobo in die *Prince*-gewysde (KH paragraaf 179) na hierdie waarde as 'n implisiete *commitment* van die Grondwet, en as iets wat vir die praktyke van alle geloofsgroepe moet geld. Die aanmoediging tot verdraagsaamheid word verder uitgebou deur regter Sachs wat stel dat verdraagsaamheid 'n sentrale beginsel van die hele grondwetlike onderneming is. (*Prince* (KH), paragraaf 171) Die sosiale dimensie van die reg om anders te wees kom tot uitdrukking in die konsep van 'n oop gemeenskap oftewel 'n oop demokrasie. So ver dit godsdienstrege aangaan impliseer hierdie openheid 'n pluralistiese gemeenskap waarin daar geen

ook daarop dat respek vir diversiteit in die naskrif tot die 1993-Grondwet vermeld word (vergelyk die Sachs-uitspraak in *S v Lawrence*, paragraaf 146). Respek vir diversiteit moet egter plaasvind binne die grense wat deur standaardde geverg word.

amptelike ortodoksie of geloof erken word nie (kyk paragraaf 146 van die Sachs-uitspraak in die *Lawrence*-beslissing). Die Grondwet maak in artikels 181, 185 en 186 voorsiening vir die institusionele beliggaming van sodanige pluralisme.

8.5 Outoritêre ingesteldheid en kultuur

'n Ander kriterium wat oorweging verdien by die voorspelling van uitsprake is die verskynsel van 'n outoritêre kultuur. Hier word daar pertinent gekyk na die magsverhoudings binne 'n bepaalde sosiale instelling. Die opset van skole is 'n goeie voorbeeld hiervan. In 'n skool is daar bepaalde persone wat in 'n gesagsposisie staan en ander wat aan hul gesag onderworpe is. Die reg sal veral ag slaan op die posisie van persone wat nie in magsposisies verkeer nie. Waar 'n ouervereniging dus vra om 'n vrystelling om lyfstraf in private skole onder hul beheer deur onderwysers te laat toedien, maar dit die kinders is wat die lyfstraf aan hul bas voel, is howe geneig om die saak uit die oogpunt van die weerloser party te bekyk. In die nuwe Grondwetlike bedeling is daar kennelik 'n beweging weg van 'n outoritêre kultuur aanwysbaar. In noue samehang hiermee staan die oorweging van die afwesigheid van dwang as dit by godsdiens of die uitlewing daarvan kom.

8.6 Die verlede

Die bedeling wat in die verlede in Suid-Afrika geheers het, word deurgaans getipeer as een wat outoritêr van aard was (kyk byvoorbeeld *CESA* (KH), paragraaf 50). Die nuwe bedeling met sy hoogagting van fundamentele regte is eksplisiet bedoel om radikaal te breek met die verlede en die vergrype wat daarin hoogty gevier het (kyk die O'Regan-uitspraak in *Prince* (KH), paragraaf 123 wat spesifiek op godsdiens betrekking het; vergelyk verder regter Froneman se uitspraak in die *Qozeleni*-saak (81E-H) waar die apartheidsbedeling voorgedhou word as die "mischief" waarvan daar in die nuwe bedeling ontslae geraak moet word). Die voorstelling van die verlede en hede – respektiewelik voorgedhou as eenduidig sleg en eenduidig goed – word in die regspraak baie stereotipierend gehanteer. Hierdie stereotipering word buite beredenering geplaas as opvattinge wat deur alle regdenkendes gedeel sal word en nie aan enige bevraagtekening onderwerp kan word nie.

Die nuwe bedeling word terselfdertyd voorgedhou as een wat deur rasionaliteit gekenmerk word. In die *CESA*-saak word die keuse vir of teen lyfstraf byvoorbeeld voorgestel as 'n keuse tussen rasionaliteit en geweld (kyk *CESA* (KH), paragraaf 24) en nie as 'n keuse tussen rasionaliteit en irrasionaliteit nie. Op hierdie wyse word godsdiens geassosieer met geweld. Dit is terloops iets wat nie net in hierdie uitspraak van die Konstitusionele Hof na vore kom nie, maar ook in die akademiese literatuur, waar geloof deur sommige outeurs – byvoorbeeld Oakeshott – gekontrasteer word met rasionaliteit en dan as iets onderdrukkend en gewelddadig getipeer word. (Malik, 2000:138)

8.7 Leed ("harm")

In teenstelling tot die waardebelade kriteria hierbo, staan Denise Meyerson in *Rights Limited* (1997) 'n inhoudsvrye kriterium vir die beregting van godsdiensregte voor, dit wil sê 'n maatstaf wat nie aan 'n bepaalde waardestelsel of ideologie gekoppel is nie. (De Waal, Currie en Erasmus, 2001:296) Sy doen aan die hand dat "harm" – oftewel die toevoeging van leed (sowel fisiek as emosioneel) – as so 'n maatstaf kan dien. As 'n bepaalde praktyk leed toevoeg, veral aan iemand anders as die persoon self, is die prognose baie swak dat sodanige godsdiensgebaseerde praktyk die toets van grondwetlike kontrole sal deurstaan. Die howe spreek hulle meermale uit teen wat bestempel kan word as die poging tot privatisering van sogenaamde "offensive group practices". Hiermee wil die howe duidelik maak dat 'n persoon se beroep op die beskerming van sy / haar fundamentele regte 'n kultuur- of godsdiensgemeenskap nie sal toelaat om weg te kom met 'n praktyk wat teen die gees en strekking van die Grondwet indruis nie.

Dat die kwessie van leed nie so probleemloos is as wat dit by eerste oogopslag mag voorkom nie, kan geïllustreer word met verwysing na lyfstraf en van daggagebruik.

Terwyl daar weinig twyfel daaroor kan bestaan dat lyfstraf fisieke leed vir die ontvanger daarvan meebring, sal voorstanders van lyfstraf aanvoer dat sogenaamde liggaamlike korreksie juis vir die kind heilsaam is en tot sy / haar beswil geskied. Nietemin huiwer die Hooggeregshof nie in die CESA-saak om lyfstraf op skool – weliswaar gekwalifiseerd - te assosieer met foltering nie. Die feit dat dit moeilik is om die toediening van lyfstraf effektief te reguleer, word as 'n belangrike oorweging vir die algemeenheid van die verbod daarop voorgehou.

Eweneens is daar medies-gesproke waarskynlik weinig twyfel daaroor dat die rook van dagga skadelik vir die gebruiker daarvan is, alhoewel aanhangers van die rastafariëse geloof dit sou ontken. Hier word leed in die eerste plek aan die daggaroker self toegevoeg. Terwyl die hof op die verskil van hierdie toedrag van sake met dié van lyfstraf aan ander wys, is leed aan andere natuurlik nie in hierdie geval uitgesluit nie. Diegene (insluitende kinders) wat 'n woonplek met daggarokers deel word sekerlik geskaad deur die inaseming van die rook, en – as verslawing sou intree – ly die gesinne van daggagebruikers daaronder. Die voorstelling wat voorgehou word in die minderheidsuitsprake van regters Ngcobo en Sachs is egter vergoelikend (kyk paragraaf 161 van die Ngcobo-uitspraak in die *Prince*-saak in die Konstitusionele Hof: wat sou 'n *joint* dagga nou saak maak?) of verheerlikend (die diskoers oor die belangrike plek wat dagga in die Rastafariëren Afrika-kultuur inneem (kyk paragraaf 152-153 van die Sachs-uitspraak in die *Prince*-saak (KH)).⁷

Leed is met ander woorde 'n aangeleentheid waarop diegene wat daarby betrokke is verskillende perspektiewe kan nahou.

KONKLUSIE

9.1 Veralgemening

Wanneer daar na die telkaart gekyk word, is dit opvallend dat die persone wat hulle in hierdie drie bakensake op hul godsdienstrete wou beroep in al drie gevalle die onderspit gedelf het (soms ondubbelsinnig en ander kere naelskraaps).⁸

Dit lê voor die hand dat dit gevaarlik is om te veralgemeen wanneer die basis waarop die veralgemenende afleidings gemaak word maar 'n handjievol sake is. Nogtans meen ek dat voornemende litigante en hul regsverteenvoerders 'n aanvoeling kan begin ontwikkel oor wat die howe waarskynlik met betrekking tot dispute oor godsdienstrete sal beslis. Dit kan gedoen word op grond van die howe se interpretasie en vertolking van sowel die grondwetlike waardes as van kontekstuele oorwegings.

7 In die meerderheidsuitspraak in hierdie saak gee president Chaskalson egter te kenne dat die Afrika-konneksie irrelevant is by die beoordeling van die grondwetlikheid van die bepalings. (paragraaf 105)

8 In die *Lawrence*-saak was die beslissing op 'n mespunt met die meerderheid wat dit per president Chaskalson afgewys het, maar met regter O'Regan wat dit sou toegestaan het en regter Sachs wat van mening was dat daar inbreukmaking was, maar dat die maatreël regverdigbaar was in terme van die beperkingsklousule (artikel 33 in die 1993-Grondwet). In die CESA-sake was die Hooggeregshof en die Konstitusionele Hof *ad idem* oor die afwysing van CESA se aansoek en was daar geen minderheidsuitsprake nie. In die *Prince*-sake waar daar sowel in die Hooggeregshof, die Hoogste Hof van Appèl as die Konstitusionele Hof uitsprake gelewer is, was die uitspraak in eersgenoemde twee howe eenduidig teen die aplikant, maar in die Konstitusionele Hof was dit 'n baie naby beslissing. Weer eens het die litigeerder die onderspit gedelf.

9.2 Gewenste situasie

In die regspraak en in die literatuur word meermale daarop gewys dat grondwetlike interpretasie – en dus ook die beregting van godsdienste regte – soepel en aanpasbaar moet wees. Die prysenswaardige gedagte hieragter is dat die Grondwet met sy regte as 'n soort “living tree” beskou moet word. Dit dui op 'n tradisie wat moet ontwikkel wat nie net vastigheid bied nie, maar ook verandering moontlik maak. So 'n ingesteldheid is terloops in lyn met opvattinge van denkers van die hermeneutiese skool wat aanvoer dat die tradisie as iets lewends beskou moet word en dat 'n mens dit moet verander om daaraan trou te bly (kyk Van Blerk, 2001: 221-224).

Die strewe na soepelheid moet egter nie regsekerheid op losse skroewe stel nie. Alhoewel die waardemilieu waarbinne beslissings gemaak gaan word groter duidelikheid begin vertoon, wil dit voorkom of die prosedure wat gevolg word by die beregting van dispute oor godsdienste regte tans nog nie geyk is nie, iets wat vir potensiële litigante en hul regsvertegenwoordigers problematies kan wees as hulle moet besluit of daar 'n billike kans op sukses sou wees het as hulle hulle tot die howe sou wend.

9.3 Waarde-oordeel en waardediskoers

Indien 'n Hof 'n dispuut oor godsdienste regte ingevolge artikel 36 bereg vra die opwegingsproses wat deur hierdie artikel geverg word kennelik om 'n waarde-oordeel aan die hand van die kriteria vermeld in hierdie artikel, en wel om 'n oordeel wat gerig word deur grondwetlike waardes. Sodanige waarde-oordeel sal noodwendig 'n subjektiewe element vertoon (kyk Venter, 2005).

In die konteks van 'n waardegebaseerde Grondwet is debatvoering oor waardes en die konkretisering daarvan (dit wil sê die toepassing daarvan in konkrete situasies) uiteraard belangrik. Daarom is dit goed dat die Konstitusionele Hof gereeld taamlik uitvoerig aantoon waarom die Hof tot 'n bepaalde beslissing kom. Die howe het immers ooreenkomstig die voorskrif van artikel 39(1)(a) die verpligting om die waardes van die Grondwet integraal in hul uitsprake te betrek.

Tog is daar myns insiens ook gevare aan hierdie soort waardediskoers verbonde, veral wanneer die waardes gefossileer begin raak. In 'n regstaatlike tradisie wat maar pas sy eerste dekade deurloop het, behoort fossilisering van waardes en die vorming van 'n nuwe ortodoksie nog nie in te tree nie. Nogtans begin ek in die uitsprake van veral regter Sachs die eerste tekens daarvan bemerk. Daar word met groot stelligheid geponeer watter inhoud die waardes klaarblyklik het. Indien dit die geval is, kan waardediskoers baie vinnig vervlak tot wat Botha (2005:146) “moral embroidery” noem. Dan word daar kwistig oor waardes gepraat en heel gestileerd daaroor geskryf, maar word daar weinig beweegruimte daarvoor gelaat dat nuwe inhoud daaraan gegee kan word.

9.4 “Obdurate believers”

Vir die sogenaamde *obdurate believers* (dit wil sê diegene vir wie hul godsdienstige oortuigings die belangrikste stuurfaktore in hul lewe is (kyk Bradney, 2000:91)) koester ek – indien hul godsdienstige oortuigings met die waardes van die Grondwet in stryd is - nie 'n te hoë verwagting met betrekking tot die afdwinging van hul godsdienste regte in die nuwe waardegedrewe regstaatlike bedeling nie, veral nie as hulle geneig is om nie oor hul oortuigings kompromieë aan te gaan nie.

BIBLIOGRAFIE

- Botha, C. 2005. *Statutory interpretation: an introduction for students*. 4de uitg. Landsdowne: Juta.
- Bradney, A. 2000. Faced by faith, in Oliver, P, Scott, SD & Tadros, V eds. *Faith in law. Essays in legal theory*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing. 89 – 106.
- Currie, I & De Waal, J 2005. *The Bill of Rights handbook*. 5de uitgawe. Landsdowne: Juta.
- De Waal, J, Currie, I en Erasmus, G 2001. *The Bill of Rights handbook*. 4de uitgawe. Landsdowne: Juta.
- Du Plessis, LM 2002. *Re-interpretation of statutes*. Durban: Butterworths.
- Du Plessis, M 2000. Doing damage to religious freedom. Discussion of the High Court decision of *Christian*

- Education South Africa v Minister of Education of the Government of the Republic of South Africa* 1999. BCLR 951 (SE) *Stel LR*, 2:295-305.
- Freeman, MDA 1994. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell.
- Friedman, W 2002. Up in smoke: Judicially mandated constitutional exemptions for religiously motivated conduct. *Stell LR*, 135 – 150.
- Meyerson, D 1997. *Rights Limited, Freedom of Expression, Religion and the South African Constitution*. Cape Town: Juta.
- Malik, M 2000. Faith and the State of Jurisprudence in Oliver, P, Scott, SD & Tadros, V *reds. Faith in law. Essays in legal theory*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing. 129-149.
- Oliver, P, Scott, SD & Tadros, V 2000. Introduction. in Oliver, P, Scott, SD & Tadros, V *reds. Faith in law. Essays in legal theory*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing. 1-18.
- Pieterse, M 2000. Many sides of the coin: the constitutional protection of religious rights. *Comparative and International Law Journal of South Africa*, XXXIII (3): 300-317.
- Pieterse, M 2001. Religious confusion. *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 4 SA 757 (KH). *Tydskrif vir Hedendaags Romeins-Hollandse Reg*, 64: 672-678.
- Steyn, LC 1981. *Die uitleg van wette*. 5de uitg. Kaapstad: Juta.
- Venter, F 1997. "A hierarchy of constitutional values" in *Constitution and Law Seminar Report* Konrad Adenauer Stiftung, 17-19.
- Venter, F 1998. The protection of cultural, linguistic and religious rights: the framework provided by the Constitution of the Republic of South Africa, 1996. *SA Public Law / SA Publikereg*, 13: 438-459.
- Venter, F 2005. Religious Freedom in South Africa 2005. Voordrag gelewer by die Humboldt-Kolleg by die Universiteit van Stellenbosch op 9 September 2005.
- Woolman, S 1999. Limitation, in Chaskalson, M *et al. Constitutional Law of South Africa*. Revision Service 5. Kenwyn: Juta. 12.1 – 12.14.)

Grondwette

- Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*. 1993.
- The Constitution of the Republic of South Africa*. 1993.
- Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*. 1996.
- The Constitution of the Republic of South Africa*. 1996.

Saakregister

- Christian Education South Africa v Minister of Education of the Government of the Republic of South Africa* 1999 4 SA 1092 (SE) 1999 BCLR 951 (SE).
- Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 4 SA 757 (KH).
- Ex parte Gauteng Provincial Legislature in re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 (3) SA 165 (KH)
- Harksen v Lane* NO 1998 1 SA 300 (KH), 1997 11 BCLR 1489 (KH)
- National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1998 12 BCLR 1517 (KH).
- Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope* 1998 8 BCLR 976 (K).
- Prince v President, Cape Law Society* 2000 3 SA 845 (HHA).
- Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope & Others* 2002 3 BCLR 231 (KH).
- Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 1 BCLR 75 (OK).
- R v Big M Drug Mart* 18 DLR (4th) 321, 1 SCR 295.
- S v Lawrence, S v Negal, S v Solberg* 1997 4 SA 1176 (KH).
- S v Manamela and Another (Director-General of Justice intervening)* 2000 5 BCLR 491.
- S v Zuma and Others* 1995 (2) SA 642 (K).
- Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (1)* 2002 10 BCLR 1033 (KH)
- Wittmann v Deutscher Schulverein, Pretoria* 1998 4 SA 243(T), 1999 (1) BCLR 92 (T).
- Worcester Muslim Jamaa v Valley and Others* 2002 6 BCLR 591 (K).

Wetgewing

- The South African Schools Act*. Wet 84 van 1996.