

Die akte van menseregte en kerklike tug: 'n potensiële dilemma

ABSTRACT

The bill of Human Rights and church discipline: A potential dilemma

Recent cases of ecclesiastical discipline have focussed attention on a possible conflict between the human rights guaranteed in the South African Constitution of 1996 and churches' doctrinal teaching on moral issues, such as adultery or sexual relations between two persons of the same sex. The Constitution prohibits discrimination on many grounds, also on the grounds of gender and sexual orientation. This prohibition also works horizontally, i.e. among individual citizens. May a church therefore still limit membership of its clergy to males and may it excommunicate members or clergy who transgress its moral teachings? By way of an analysis of a recent judgment of the Witwatersrand Division of the South African High Court dealing with an order of excommunication (*cherem*) under Jewish law, it is shown that the joint effect of the constitutional rights to freedom of religion, freedom of association and free participation in religious communities creates sufficient institutional autonomy for churches in these matters, subject to minimal standards of justice and fairness and provided churches have clear teachings on doctrinal issues.

Hierdie bydrae is in wese 'n gevallestudie van 'n bepaalde soort kerklike tugsituasie na aanleiding van 'n onlangse belangrike Suid-Afrikaanse hofuitspraak, toegepas op 'n eweneens onlangse en opspraakwekkende tuggeval in die Kaapse NG Kerk. Die voordeel van so 'n gevallestudie is dat dit die praktiese probleme met die toepassing van die algemene grondwetlike beginsels wat deur prof Rassie Malherbe in sy voordrag uiteengesit is, duidelik uitlig.

In die heftige openbare debat van die afgelope paar maande rondom die ontslag van ds Laurie Gaum as leraar van die Kaapstadse NG-gemeente St Stephens weens sy seksuele verhouding met 'n ander man, het 'n inleidingsartikel in Die Burger en verskeie ondersteuners van Gaum in die briefkolomme van ons pers beweer dat die NG Kerk met dié besluit inbreuk op Gaum se grondwetlike regte gemaak het.

Ons Grondwet van 1996¹ verbied die staat in artikel 9(3) inderdaad om regstreeks of onregstreeks teen enigeen te diskrimineer op grond van onder andere geslag, ras, taal, geboorte en "seksuele georiënteerdheid". Omdat die tussentydse Grondwet van 1993² in hierdie verband onduidelik was, brei Artikel 9(4) van die huidige teks hierdie verbod op staatlke diskriminasie horisontaal onderling tussen die onderdane van die staat uit deur te bepaal dat "geen persoon

1 Wet 108 van 1996

2 Wet 200 van 1993

...regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) (mag) diskrimineer nie". En artikel 9(5) verskuif die bewyslas om die billikheid van diskriminerende optrede te bewys na diegene wat dit beweer.

Beteken hierdie bepalings dus dat vrouens by 'n Suid-Afrikaanse hof kan kla omdat die Katolieke kerk net mans as priesters wy en slegs mans Joodse rabbi's mag word? Is dit in ons land ongrondwetlik as die meeste Christelike kerke hulle getroude leraars en lidmate wat owerspel pleeg uit hulle geledere skors, en weier om homoseksuele leraars te orden? Onlangs het die kerk van Rome, in 'n duidelike reaksie op die pedofiele skandale waarby sy priesters in veral die VSA betrokke was, ook besluit dat geen mans met 'n homoseksuele geneigdheid tot opleidingsinstansies vir die priesterskap toegelaat sal word nie, selfs al is daar geen sprake van 'n uitoefening van hierdie geneigdheid nie. Sou die toepassing van hierdie beleid in Suid-Afrika in 'n hof aangeveg kon word?

Onbeperk is hierdie werking tussen burgers onderling nie omdat dit ook, soos die werking daarvan tussen staat en burger, onderworpe is aan die beperking wat in artikel 36(1) uiteengesit word en waarop later teruggekom word. Ook ander grondwetlik verskanste regte soos die reg op vryheid van godsdienst in artikel 15(1), vryheid van assosiasie in artikel 18 en die reg om saam met andere jou godsdienst te beoefen en godsdienstverenigings te vorm, in stand te hou en daarby aan te sluit (artikel 31(1)), vorm deel van die totale regsraamwerk wat in ag geneem moet word.

Soos met byna alle regsbesluite word hier dus 'n afweging van botsende belange geverg. Hiervan getuig die uitspraak in *Taylor v Kurtstag NO* wat op 15 September 2004 in die Witwatersrandse Afdeling van die Hooggeregshof gelewer is³ en wat ek as voorbeeld van die potensiele dilemma rondom kerklike tug in die nuwe grondwetlike bedeling neem, 'n dilemma wat besonder akut is omdat dit sulke oënskynlik teenstrydige beginsels moet probeer versoen.

Mnr en mev Taylor, belydende Ortodokse Jode van Johannesburg, kom tydens hulle egskeidingsgeding ooreen om hulle geskille oor finansies, onderhoud en toesig oor hulle drie kinders na 'n ad hoc Beth Din (godsdienstige tribunaal) te verwys. Albei onderneem skriftelik om dié tribunaal se beslissing sonder voorbehoud te aanvaar.

Hierdie rabbynse tribunaal, bestaande uit twee lede van Johannesburg en een van Jerusalem, ken die toesig oor die kinders aan mev Taylor toe en gelas haar man om 'n beduidende bedrag aan onderhoud te betaal. Kort hierna vra mnr Taylor dat die Johannesburgse Hooggeregshof die beslissing van die Beth Din ter syde moet stel.

Na verskeie regsmanoeuvres deur mnr Taylor bevind die Witwatersrandse hof met die Beth Din se ondersteuning dat die Beth Din se aanvanklike uitspraak oor onderhoud en kindertoesig geen geldigheid in die oë van die Suid-Afrikaanse reg het nie omdat net 'n staatlike hof sulke bevele kan gee. Ook word deur die rabbynse tribunaal toegegee dat mnr Taylor se aanvanklike "verhoor" nie behoorlik gevoer is nie.

Ná 'n nuwe verhoor weier mnr Taylor weer eens om die Beth Din se beslissing na te kom, waarop die tribunaal reageer met die uitreiking van 'n sogenaamde *cherem* (ekskommunikasie). Die presiese inhoud van 'n *cherem* kan so verreikend wees dat die implikasies daarvan mens aan Middeleeuse ekskommunikasie laat dink. Dit kan bv behels dat ander Jode belet word om enige sosiale of sakekontak met die "uitgeworpene" te hê, en dat hy nie 'n sinagoge of ander Joodse instelling mag betree of in 'n Joodse begraafplaas begrawe mag word nie. Die presiese inhoud kan egter na die oordeel van die betrokke tribunaal wissel en in mnr Taylor se geval was dit nie so drasties nie.

3 Gerapporteer in 2005 (1) SA 362 (W)

Hierop wend mnr Taylor hom weer eens tot die Johannesburgse Hooggeregshof, hierdie keer met die versoek dat die uitreik van die *cherem* verbied word omdat dit op belasting van hom sou neerkom en 'n skending van sy grondwetlike regte sou wees. Hy beroep hom spesifiek op die reg op vryheid van assosiasie in artikel 18 en op die reg om as lid van 'n godsdienstige gemeenskap vryelik sy godsdienst in daardie gemeenskap te beoefen⁴.

In 'n deeglike uitspraak verwerp regter Frans Malan die versoek en bevind dat die uitreiking van die *cherem* nie strydig met ons Grondwet is nie. Dit is weliswaar duidelik dat so 'n rabbynse bevel nie enige regsrag ingevolge die gewone reg van Suid-Afrika het nie, maar dit affekteer hoegenaamd nie die status daarvan ingevolge die regsreëls van die Joodse gemeenskap nie. Die Johannesburgse Beth Din is meer as 100 jaar gelede as 'n vrywillige liggaam deur die stad se Joodse gemeenskap gestig. Dit het die opdrag om godsdienstige kwessies ingevolge die millennia-oue Joodse reg te beslis en ook om geskille tussen lede van die Ortodokse gemeenskap te bereg. Dit sluit kommersiële en familieregtelike geskille in.

Sedert die vernietiging van die Joodse staat deur die Romeine in 70 nC het Joodse howe nie meer die mag om hulle bevele af te dwing nie. Joodse reg funksioneer dus al vir eeue lank op die grondslag van vrywillige aanvaarding deur die lede van die gemeenskap. Die belangrikste sanksie vir die oortreding van hierdie reg en vir die verontagsaming van beslissings van 'n Beth Din is uitsluiting uit die gemeenskap deur 'n *cherem*. Ook die afdwing van so 'n ekskommunikasiebevel is egter afhanklik van die vrywillige nakoming daarvan deur die lede van die gemeenskap. Omdat mnr Taylor hom as 'n praktiserende Ortodokse Jood beskou, het hy hom aan hierdie beginsels en aan die gesag van die Beth Din onderwerp. Weier hy om die Beth Din te gehoorsaam, kan hy deur 'n *cherem* uit die gemeenskap uitgesluit word.

Na my mening is regter Malan se benadering die korrekte een, ook as mens na die weliswaar relatief beperkte vorige Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur oor die onderwerp kyk. In hierdie verband het ons howe hulle om verstaanbare redes dikwels op die omvangryke buitelandse regspraak beroep. Ons Konstitusionele Hof het by monde van sy destydse president Chaskalson die volgende definisie van godsdienstvryheid in die Kanadese uitspraak *R v Big M Drug Mart Ltd*⁵ sy eie gemaak in *S v Lawrence*⁶: "The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination".

Regter Malan bevind dat die vryheid van godsdienst wat deur ons Grondwet gewaarborg word, ook outonome besluite oor lidmaatskap van daardie gemeenskap, die aanstelling van leraars daarin en dissiplinêre besluite oor lede en leraars ooreenkomstig die betrokke geloofsoortuiging behels. Hierdie institusionele vryheid word onderskraag deur die grondwetlike beskerming van vryheid van assosiasie in godsdienstige gemeenskappe, wat die bevoegdheid omvat om mense uit daardie gemeenskappe uit te sluit. Hy haal met goedkeuring die volgende stelling van regter Van Dijkhorst in *Wittmann v Deutscher Schulverein Pretoria*⁷ aan: "Freedom of association entails the right with others to exclude non-conformists. It also includes the right to require those who join the association to conform with its principles and rules".⁸

4 Artikel 31 (1)

5 1985 18 DLR 321

6 1997 (4) SA 1176(CC)

7 1998 (4) SA 423 (T)

8 Sien ook die Appèlhof-uitspraak in *Mohammed v Jassiem* 1996 (1)SA 673 (A) 713-714

Met 'n beroep op Amerikaanse, Britse en vroeëre Suid-Afrikaanse regspraak bevestig Malan die sogenaamde verstrengelingsbeginsel (“entanglement principle”), wat eintlik die teenverstrengelingsbeginsel behoort te heet, omdat dit beteken dat howe hulle nie met interne leerstellige geskille in godsdiensgemeenskappe behoort te bemoei nie. Howe moet dus ook nie by geskille oor afdankings en uitsettings uit so 'n gemeenskap betrokke raak nie. Hy haal met goedkeuring 'n veelseggende stelling van regter Ngcobo in 'n uitspraak van die Konstitusionele Hof in 2002 aan: “Religion is a matter of faith and belief. The beliefs that believers hold sacred and thus central to their religious faith may strike non-believers as bizarre, illogical or irrational. Human beings may freely believe in what they cannot prove. Yet that their beliefs are bizarre, illogical or irrational to others, or are incapable of scientific proof, does not distract from the fact that these are religious beliefs for the purposes of enjoying the protection guaranteed by the right to freedom of religion”⁹.

Die outonomie van godsdiensgemeenskappe in dissiplinêre aangeleenthede is egter nie onbeperk nie. Wat sou 'n hedendaagse Suid-Afrikaanse hof doen indien dit gekonfronteer sou word met die leerstellinge van 'n Hindoe-sekte wat menslike offerandes aan die godin Kali sou vereis of 'n fundamentalistiese Moslem-groep wat ooreenkomsig die vereistes van “sjaria” 'n owerspelige vrou laat stenig het? Of kan mens verwag dat 'n moderne regstelsel met Westerse wortels dit moet gedoog dat “ketterse” leraars deur die betrokke denominasie tot die brandstapel veroordeel word?

Sulke kwessies kan nie net ten opsigte van inhoudelike godsdienstige leerstellings opduik nie, maar gaan in die geval van kerklike tug dikwels oor prosedurele vrae. Geniet godsdienstige tribunale volkome outonomie in hulle hantering van dissiplinêre verhore of is daar in 'n regstaat darem 'n minimum aan prosedurele billikheid wat gehandhaaf moet word? Om 'n ietwat absurde voorbeeld uit te dink: Mag 'n godsdienstige groep in die jaar 2005 oor uitsluiting of nie besluit op grond van die Middeleeuse water- of vuurtoets?

In albei opsigte is die grense nie altyd duidelik nie en 'n universeel toepaslike oplossing is selfs in vergelykbare Westerse regstelsels waarskynlik nie moontlik nie. Die moderne Franse staat het bv geen probleem daarmee om vroulike besnydenis ooreenkomstig die gebruike van vele van sy Moslem-burgers van Afrika-afstamming strafregtelik te vervolg nie. Daarmee sou die meeste Westerse stelsels, waaronder ons Suid-Afrika vir hierdie doeleindes moet reken, saamstem.

Die onlangse wetgewing van dieselfde ekstreem sekulêre Franse staat wat die vertoon van enige opvallende godsdienstige simbole soos kopdoeke, nekkruisies en Joodse kalotjies in die opvoedkundige instellings van die staat verbied, veroorsaak egter nie net by my alleen ongemak nie en sou kwalik in bv Brittanje aanvaar word. Die sekulêre Turkye na Atatürk gaan selfs nog verder met die gevolg dat selfs die vrou van die huidige eerste minister Erdogan weens haar Moslem-hoofdoosel nie enige staatsgebou mag betree of amptelike geleentheid mag bywoon nie. Wat 'n supranasionale hof soos die Europese Hof van Menseregte se benadering tot sommige van hierdie gevalle sou wees, is moeilik om te voorspel.

Wat die saak nog moeiliker maak, is dat dit nie net die staat is wat sulke grense toets nie, maar soms ook kerkgenootskappe, soos die resente geval van die homoseksuele orrelis in die NG Gemeente Moreletapark in Pretoria toon. Is dit bv toelaatbaar om 'n toegewyde en ywerige man wat hom soms seksueel tot ander mans aangetrokke voel, as tuinier op die kerkgronde te ontslaan? Of om te vereis dat alle mense in diens van 'n bepaalde denominasie met eggenote van dieselfde denominasie getroud moet wees?

9 Prince v President, Cape Law Society 2002(2) SA 794 (CC).

Ook tussen individue kan die grense onduidelik wees. Die bekendste voorbeeld in ons reg is die sogenaamde “Jewish faith clauses” waardeur ’n Joodse erflater in sy testament bepaal dat sy erfgename (gewoonlik afstammeling) slegs mag erf indien hulle ook met iemand van die Joodse geloof trou. In ons regsbedeling van vóór 1993 is sulke testamentêre bepalings – wat tog op ’n soort privaatregtelike dissiplinerende neerkom —oor die algemeen as geldig erken op grond van die Appèlhof se uitspraak in *Aronson v Estate Hart*¹⁰, maar die posisie onder die nuwe Grondwet is onduidelik. M J de Waal is myns insiens korrek in sy siening¹¹ dat artikels 8(2) en 9 (3) & (4) van ons Grondwet nie hierdie posisie verander het nie, maar dit kan nog nie as ’n uitgemaakte saak beskou word nie.

Reeds in die vorige bedeling het die hofe dit duidelik gemaak dat sowel inhoudelike as prosedurele besluite van godsdienstige groepe deur die hofe hersien kan word indien daardie besluite nie aan die minimum vereistes van geregtigheid voldoen nie. Dit is uiteraard ’n breë toets, maar een met diep wortels in die Westerse reg. Reeds in die minder sekulêre Romeinse en Middeleeuse reg was die voorbehoud van die *boni mores* (goeie sedes) ten opsigte van bv die geldigheid van kontrakte goed gevestig. Daarom het ons hofe deurgaans die standpunt gehandhaaf dat kerklike tribunale wel ’n groot mate van outonomie geniet, maar, soos dit in 1961 in *Odendaal v Loggarenberg*¹² deur die Vrystaatse hof gestel is: “Dit is gemene saak dat ’n gereghof met ’n beslissing van ’n huishoudelike hof ... soos die kerk in die onderhawige geval sal inmeng slegs waar daar by die verhoor en veroordeling van die veroordeelde ’n skending van die reëls of statute van die betrokke vereniging (kerk) plaasgevind het of die elementêre beginsels van geregtigheid verontagsaam was, en sodanige skending of verontagsaming die veroordeelde werklik benadeel het”.

In presies dieselfde gesindheid lui artikel 36 (1) van ons Grondwet soos volg: “Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens ’n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore... “, waarvan ’n aantal dan spesifiek genoem word.

Ook belangrik in hierdie verband is die plig wat artikel 8 (3) van die Grondwet op die hofe lê om die gemene reg waar nodig te ontwikkel ten einde gevolg te gee aan ’n reg in die Handves van Regte.

Met beroep op onder andere buitelandse regspraak en ’n belangrike artikel deur IM Rautenbach¹³ analiseer regter Malan in die Taylor-saak dan sy jurisdiksie om die Beth Dinn se bevinding in hersiening te neem. Hy aanvaar dat die uitspraak van ’n *cherem* ernstige gevolge vir die geëkskommunikeerde het en haal aan uit ’n beskrywing van die nogal vrees aanjaende seremonie toe die filosoof Espinoza in Julie 1656 uit die Joodse gemeenskap uitgesluit is. Hy bevind egter dat vryheid van assosiasie ook die reg om uit te sluit behels en dat daar geen bewys van vooroordeel of slegte trou by die Beth Din was nie. Die Beth Din se beslissing as ’n toepassing van Joodse reg kan dus nie bevraagteken word nie.

Die gevolgtrekking is in beginsel duidelik. Wat mense ook al mag dink van kerke se uitlegte van Bybelse tekste oor wat reg en verkeerd is, erken ons reg hulle outonomie as vrywillige verenigings om na hulle eie insigte besluite te neem. Die NG Kerk moet, soos ander kerke, self besluit wat sy leerstellinge siening oor owerspel of oor seksuele verhoudings tussen mense van

10 1950 (1) SA 539 (A). En sien Corbett, Hofmeyr & Kahn *Law of Succession* 2de uitg 2001 129-133

11 In *Bill of Rights Compendium* 1996 par 3G1

12 1961 (1) SA 712(O) 719

13 In 2000 TSAR 296

dieselfde geslag is en die staat kon hom nie op grond van die Handves van Regte met daardie besluit inmeng nie. Solank die NG Kerk basiese prosedurele billikheid nakom in die toepassing van kerklike tug teen lidmate wat sy leerstellings oortree, sal die Suid-Afrikaanse howe hulle ook nie daarby laat betrek nie. Soos Rassie Malherbe vroeër gesê het, is dit egter uiters belangrik dat die Kerk “geen twyfel moet laat oor leerstellige vrae wat met die uitoefening van die reg op godsdienstvryheid verband hou nie”. Skep ’n kerk sulke twyfel, ondergraaf hy sy eie vryheid.

Taylor v Kurtstag NO is egter nie die laaste woord wat oor hierdie onderwerp in die algemeen gespreek gaan word nie. Ek het hopelik aangetoon dat daar nog vele juridiese grense is wat oor die perke van kerklike outonomie getoets gaan word en dat ons almal, veral in die openbare debat, moet waak teen oorvereenvoudig van ’n komplekse afweging van belange.