

Die impak van die grondwet op godsdiens – 'n voorlopige waarneming

ABSTRACT

The impact of the constitution on religion – a preliminary observation

In this contribution, the nature and status of supreme constitutions, and the South African Constitution in particular, as well as the role and application of the Bill of Rights, are discussed by way of introduction. An in-depth analysis of the right to freedom of religion is made, and within the constitutional framework the relationship between religion and the state is discussed with reference to applicable case law. The discussion singles out the significant impact of the right to religious freedom on the relationship between religion and the state. An attempt is made to define the relationship between religion and the state and demarcate more clearly the autonomy of religious institutions. Three key aspects of this relationship are highlighted, first, that the right to religious freedom guarantees to religious institutions a particular field of autonomy, second, that in South Africa a strict wall of separation between religion and the state is not appropriate, and that the state is expected to maintain a healthy, impartial involvement, and third, that the non-entanglement doctrine in terms of which the courts are not supposed to adjudicate on doctrinal issues, forms part of our law. In this regard, issue is taken with the humanistic approach followed by the Constitutional Court in moral issues. Finally, it is argued that religious institutions should act themselves as watchdog over the right to religious freedom and the relationship between religion and the state. The suggestion is made that a charter of religious rights and freedoms could assist in demarcating the relationship between religion and the state more clearly, and facilitate the resolution of sensitive issues.

1. INLEIDING

Hierdie bydrae vanuit juridiese hoek volg op 'n referaat wat ek in 2005 tydens die Kerk-Staat konferensie op Stellenbosch gelewer het en wat onder andere in die *NG Teologiese Tydskrif* gepubliseer is.² Breedweg maak ek gebruik van dieselfde inligting oor die inhoud van die reg op godsdiensvryheid, maar hier wei ek meer uit oor die grondwetlike agtergrond, die bepalings van die Grondwet oor die beperking van regte en veral die toepassing van die reg op godsdiensvryheid. Daar word ten aanvang gelet op die aard en status van grondwette in die algemeen en die Suid-Afrikaanse Grondwet in die besonder. Die Handves van Regte word behandel, waarna die reg op godsdiensvryheid in meer diepte ontleed word. Die verhouding tussen godsdiens en die staat word binne die grondwetlike konteks en aan die hand van geselekteerde regspraak bespreek. Daar word onder andere met behulp van voorbeelde aangetoon hoe die reg op godsdiensvryheid in bepaalde vraagstukke toepassing vind. In die proses word gepoog om die veld van outonomie waaroor godsdiensinstellings beskik en die verhouding tussen godsdiens en die staat duideliker te omlin.

1 Professor in Publiekreg, Universiteit van Johannesburg.

2 Sien Malherbe "Enkele kwelvrae oor die grondwetlike beskerming van die reg op godsdiensvryheid" 2006 *NG Teologiese Tydskrif* 180-199, asook 2006 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 660 ev.

2. GRONDWETTE

'n Grondwet is 'n wet wat die vernaamste regsreëls in verband met die staatkundige stelsel van 'n land bevat.³ Ons vind daarin die belangrikste regsreëls oor die staat se grondgebied, die burgers, die regstelsel, die owerheidsinstellings en die verhouding tussen die staat en die individu. 'n Grondwet omskryf owerheidsgesag, verdeel en ken dit aan bepaalde instellings toe, reël hoe hulle dit mag uitoefen en beperk owerheidsgesag in die proses. 'n Grondwet plaas die owerheid onder die gesag van die reg en reël die uitoefening van kontrole oor die owerheid. 'n Grondwet reël ook die verhouding tussen die staat en sy burgers en omskryf en verskans die regte waarop die individu teenoor die staat sowel as teenoor sy medeburgers aanspraak kan maak. 'n Grondwet verskaf dus 'n norm waaraan almal in die staat se optrede gemeet kan word en wat openbare orde, stabiliteit, harmonie en veiligheid kan verseker. 'n Grondwet is daarom 'n sleutelkomponent van 'n staat se regstelsel. In demokratiese samelewings word 'n grondwet ook beskou as 'n uitdrukking van die volkswil en 'n weerspieëling van die heersende waardes in die samelewing (of die waardes waarna gestreef word).

As *lex fundamentalis* word die grondwet van 'n land dikwels met hoër gesag as ander wette beklee. Die grondwet is dus die hoogste reg in die staat, wat beteken dat alle ander wette en optrede in die staat ondergeskik is aan die grondwet en ongeldig is as dit met die grondwet bots. (Hoe hierdie eienskap van 'n grondwet goddiensinstellings raak, word later bespreek.) Vir 'n grondwet om die hoogste gesag te geniet, moet dit geskrewe en verskans wees en moet die gesag aan die howe toegeken word om ander wette en optrede aan die grondwet te meet en dit ongeldig te verklaar in die mate wat dit met die grondwet bots.

3. DIE SUID-AFRIKAANSE GRONDWET

Die Suid-Afrikaanse Grondwet is ook die hoogste reg in die staat. Dit is met 'n tweederde meerderheid deur 'n spesiale Grondwetlike Vergadering bestaande uit die lede van albei huise van die Parlement aangeneem.⁴ Artikel 2 van die Grondwet bevestig dat die Grondwet die hoogste reg van die Republiek is en dat enige reg of optrede wat met die Grondwet bots, ongeldig is en dat die pligte deur die Grondwet opgelê, nagekom moet word. Die Grondwet is verskans (dit kan slegs met 'n tweederde meerderheid deur die Parlement gewysig word)⁵ en die howe is formeel met die bevoegdheid beklee om enige optrede aan die Grondwet te toets en dit ongeldig te verklaar as dit met die Grondwet bots. Wette van die Parlement of enige ander wetgewende instelling, en optrede van die uitvoerende gesagsinstellings of enige ander liggaam of funksionaris met openbare gesag, is ondergeskik aan die Grondwet. Hulle moet almal in ooreenstemming met die Grondwet optree, anders kan die howe hulle handeling ongeldig verklaar. 'n Spesiale Grondwetlike Hof met die hoogste regsprekende gesag oor grondwetlike sake is ingestel om die nakoming van die Grondwet te verseker.

'n Aspek van die Grondwet wat beklemtoning verdien, is dat dit baie sterk gebaseer is op die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Hierna word in die Aanhef, artikel 1 (die onderliggende waardes van die Republiek), artikel 7 en artikel 36 verwys. Daarby word dwarsdeur die Grondwet erkenning gegee aan die diversiteit van die

³ Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* (2004) 22-25.

⁴ Soos gereël deur die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993, die sg oorgangsgrondwet.

⁵ A 74 sit die prosedure uiteen. Let daarop dat die onderliggende waardes van die Grondwet soos vervat in a 1 slegs met 'n driekwart meerderheid gewysig kan word.

samelewing en die inherente vryheid van burgerlike instansies soos godsdiensinstellings, byvoorbeeld in artikel 15 (godsdiensvryheid), artikel 18 (vrye assosiasie), en artikel 31 (vorming van godsdienstige en ander burgerlike verenigings). Hierdie soort bepalings skep 'n oop en demokratiese raamwerk waarbinne burgers en godsdiensinstellings die vryheid het om volgens hulle oortuigings te glo en te handel. Hierdie raamwerk moet voortdurend in die bespreking voor oë gehou word.

4. DIE HANDVES VAN REGTE

Dwarsdeur die geskiedenis van die mensdom was die staat vanweë sy magssposisie dikwels geneig om sy mag te misbruik en sy burgers te onderdruk. In 'n hedendaagse demokrasie moet daar dus soos tussen goeie bure grense getrek word tussen die magte van die staat en die regte van die burgers. Hierdie grense moet verkieslik in 'n verskanste grondwet neergelê word, sodat die houe die nakoming daarvan kan toets. Dit is een van die beste maniere om magsmisbruik deur die staat te voorkom. 'n Handves van regte is 'n instrument wat in grondwette opgeneem word waarin die regte van die burgers omskryf word, en waarin voorsiening gemaak word hoe en in watter omstandighede daardie regte deur die staat (of 'n medeburger) wettig beperk mag word. 'n Handves van regte vorm deel van die grondwet as die hoogste reg en vergemaklik die houe se taak om aan die hand daarvan te verseker dat die grense tussen die staat en die burgers gehandhaaf word.

Die Suid-Afrikaanse handves van regte, vervat in hoofstuk 2 van die Grondwet, is een van die mees uitgebreide handveste van regte ter wêreld. Dit bevestig in aansluiting tot ander bepalings in die Grondwet die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁶ Dit maak voorsiening vir al die klassieke vryheidsregte, sowel as vir 'n hele aantal sogenaamde sosiale en ekonomiese regte. Die handves is van toepassing op alle reg en bind alle staatsinstellings.⁷ Dit is ook van toepassing op private verhoudings, afhange van die aard van die betrokke reg en die aard van die plig wat die reg oplê.⁸ Die staat moet die regte in die handves eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik⁹ en die houe moet die nakoming van die handves afdwing. Enige wet of optrede wat met die handves bots, kan deur die houe ongeldig verklaar word. Enige beperking wat op 'n reg in die handves geplaas word, moet aan die vereistes van die algemene beperkingsbepaling in artikel 36 voldoen. Enige persoon mag in eie belang, in iemand anders se belang, of in die openbare belang die houe nader om die handves af te dwing.¹⁰ In die vertolking en toepassing van die handves moet die houe internasionale reg en kan die houe buitelandse reg in ag neem.¹¹ Die houe het ook die plig om, waar nodig, die gemenerereg in ooreenstemming met die handves te ontwikkel.¹²

5. GODSDIENS EN DIE GRONDWET

As hoogste reg raak die Grondwet, spesifiek die handves van regte, elke terrein van die samelewing, insluitende die religieuse terrein. Benewens die reg op godsdiensvryheid wat in

6 A 7.

7 A 8(1).

8 A 8(2).

9 A 7(2).

10 A 38.

11 A 39.

12 A 8(3).

artikel 15 verskans word,¹³ word godsdien in beginsel deur al die regte in die handves geraak. Die volgende is die mees prominente regte: Artikel 9 bepaal dat almal gelyk voor die reg is en dat teen niemand onbillik gediskrimineer mag word op verskeie gronde wat in artikel 9(3) genoem word nie. Elkeen se lewe en menswaardigheid moet gerespekteer word (artikels 10 en 11). Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van die persoon, en die reg op fisiese en psigiese integriteit, insluitende om nie wreed en onmenslik behandel te word nie (artikel 12). Elkeen het die reg op privaatheid (artikel 14), die reg op vryheid van uitdrukking (artikel 16), die reg om te vergader (artikel 17), die reg op vrye assosiasie (artikel 18), die reg om te stem en ander vorme van politieke deelname (artikel 19), die reg op burgerskap (artikel 20), die reg op vryheid van beweging (artikel 21) en die reg om 'n bedryf of beroep te beoefen (artikel 22). Daar is ook uitgebreide arbeidsregte (artikel 23), die reg op 'n skoon en gesonde omgewing (artikel 24), die reg op eiendom (artikel 25), die reg op toegang tot geskikte behuisung (artikel 26) en die reg op gesondheidsorg, voldoende voedsel en water en maatskaplike sekerheid (artikel 27). Daar is 'n reg op onderwys (artikel 29) en 'n reeks kinderregte (artikel 28). Daar is taal- en kultuurregte (artikels 30 en 31) en elkeen het die reg op toegang tot inligting (artikel 32) en op regverdige administratiewe optrede (artikel 33). Elkeen het die reg op toegang tot die hof (artikel 34) en daar is verskeie regte van gearresterdes, beskuldigdes en aangehoudenenes (artikel 35).

Die handves van regte sluit by die moderne wêreld aan deur die reg op godsdiensvryheid in artikel 15 te beskerm. Die Grondwet verklaar in die Aanhef: "Mag God ons mense beskerm. God seën Suid-Afrika", en bevat ook ander bepalings wat op godsdien en godsdienregte betrekking het, byvoorbeeld artikel 9(3) wat onbillike diskriminasie op verskeie gronde waaronder godsdien, verbied, artikel 15(3) wat voorsiening maak vir die erkenning van godsdienstige regstelsels en huwelike, artikel 31 wat lede van godsdienstige gemeenskappe toelaat om hulle godsdien gesamentlik te beoefen en godsdienstige verenigings te vorm, en artikels 185 en 186 wat voorsiening maak vir 'n kommissie vir die bevordering en beskerming van die regte van kultuur-, godsdien- en taalgemeenskappe.¹⁴ Daarbenewens word die reg op godsdiensvryheid in samehang met ander fundamentele regte uitgeoefen, soos die reg op menswaardigheid (artikel 10), die reg op vryheid van uitdrukking (artikel 16) en die reg op vryheid van assosiasie (artikel 18).

6. DIE REG OP GODSDIENSVRYHEID

Die grondwetlike verskansing van die reg op godsdiensvryheid in artikel 15 is uit 'n juridiese oogpunt bepalend vir die verhouding tussen godsdien en die staat. Vervolgens kyk ek na wie die draers van die reg op godsdiensvryheid is, watter gedrag en belange deur die reg beskerm word, wie deur die reg gebind word, en wat die vereistes vir die regmatige beperking van die reg is.¹⁵

6.1 Draers van die reg

Natuurlike persone is die primêre draers van die regte in die handves van regte.¹⁶ Artikel

¹³ Die reg word bespreek in par 6.

¹⁴ Sien ook Wet 19 van 2002.

¹⁵ Sien die uiteensetting van Rautenbach en Malherbe (n 2) 295 ev.

¹⁶ Tradisioneel in die Romeins-Hollandse reg is die ongebore baba nie as 'n regsobjek (wat dus oor regte kan beskik) beskou nie. Hieroor word in par 8 in die lig van die abortie-vraagstuk bepaalde opmerkings gemaak.

8(4) bepaal egter dat 'n regs persoon ook geregtig is op die regte in die handves in die mate waarin die aard van die regte en die aard van die regs persoon dit vereis. Sommige regte, soos die reg op lewe en die reg op menswaardigheid, kan nie deur 'n regs persoon opgeëis word nie, maar die reg op privaatheid of die reg op eiendom kan deur regs persone uitgeoefen word. So ook die reg op godsdiensvryheid, wat deur individue sowel as regs persone geniet kan word. 'n Godsdiensinstelling is as regs persoon dus reghebbende van daardie regte wat deur 'n regs persoon uitgeoefen kan word. 'n Kerk of soortgelyke godsdiensinstelling kan dus aanspraak maak op die regte op privaatheid, vryheid van uitdrukking, eiendom, en toegang tot die hof, maar het nie 'n reg op lewe of om te stem nie. Dit is op grond van 'n kerk as instelling se reg op godsdiensvryheid dat dit met 'n bepaalde mate van outonomie in religieuse sake kan optree.¹⁷

6.2 Beskermdede gedrag en belange

Elke reg beskerm bepaalde gedrag of belange of albei, en dit lê ook pligte op diegene wat deur die reg gebind word. Die reg op godsdiensvryheid soos erken in verskeie nasionale en internasionale handveste van regte omvat verskeie aspekte.¹⁸ Artikel 15(1) bepaal dat elkeen die reg het op vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening. Hierdie aspekte hou met mekaar verband, maar hier word gefokus op die reg op godsdiensvryheid. Die gedrag en belange wat deur die reg beskerm word, kom daarop neer dat die individu se geloofsoortuigings enersyds en die uitlewing of manifestasie van daardie oortuigings andersyds teen inbreukmaking beskerm word. Veral in Westerse samelewings hou die reg 'n sfeer van individuele en institusionele vryheid in waarmee die staat of ander individue nie behoort in te meng nie. Die volgende aspekte van die reg kan in meer besonderhede onderskei word:

- (a) Die reg om te glo ooreenkomstig 'n mens se eie godsdiens of filosofiese oortuigings, die reg om nie te glo nie, en die reg om te kies aan watter godsdiens of denominasie om te behoort, of aan geeneen te behoort nie (die sogenaamde positiewe dimensie van godsdiensvryheid). Dit gaan dus oor die vryheid van keuse van die individu.
- (b) Niemand mag gedwing word om te glo of nie te glo nie, of om 'n bepaalde godsdiens te onderskryf of aan 'n bepaalde denominasie te behoort nie (die negatiewe dimensie). Dit plaas 'n plig op die staat om geen dwang op mense te plaas ten opsigte van hulle geloofsoortuigings nie, om onpartydig met betrekking tot godsdiens op te tree (die sg beginsel van "state non-identification")¹⁹ en geen geloof onregmatig te bevoordeel of te benadeel nie en, om mense ook teen dwang uit private oorde te beskerm. Die reg word aangetas wanneer die staat mense ten opsigte van godsdiens indoktrineer of toelaat dat dit gebeur. Mense mag op grond van strydigheid met hulle geloofsoortuigings ook weier om aan bepaalde aktiwiteite deel te neem, byvoorbeeld van militêre of opvoedkundige aard, of om sekere mediese behandeling of prosedures te ontvang of te verskaf. (Hier kan byvoorbeeld gedink word aan die reg van 'n mediese praktisyn of verpleegster om op geloofsgronde te weier om 'n aborsie op aanvraag uit te voer.)

¹⁷ Sien die bespreking in par 7.

¹⁸ In my vorige artikel (n 1) het ek oor die inhoud van die reg op godsdiensvryheid breedvoerig gebruik gemaak van die omvattende studie van Van der Schyff *The Right to Freedom of Religion in South Africa* (LLM verhandeling, RAU, 2001). Hy verwys na al die internasionale handveste in hierdie verband.

¹⁹ Van der Schyff (n 17) 82 ev.

- (c) Die reg om van geloofsoortuiging of kerk of denominasie te verander (die dinamiese element). Daar word inbreuk op die reg gemaak wanneer die staat of 'n godsdienstinstelling mense verbied of op subtile en minder subtile maniere keer om hulle godsdienstige oortuigings of affiliasies te verander, na 'n ander denominasie oor te skuif, of 'n nuwe kerk of godsdienstinstelling te vorm.
- (d) Godsdienstige oortuigings (die interne dimensie van die reg) mag by wyse van belydenis, sang, skriflesing, gebed, kleredrag (vgl die hoofbedekking-kwessie wat in Europa soveel opslae maak), voorkoms, dieet, gebruike en rituele beoefen of uitgeleef word (die eksterne dimensie). Dit kan by wyse van private of openbare godsdienstbeoefening plaasvind (die private en publieke dimensies, wat met die interne en eksterne dimensies ooreenstem). In die *Pillay*-saak is erkenning daaraan gegee dat bepaalde praktyke vrywillig nagekom mag word en nie noodwendig deur die geloofsgemeenskap voorgeskryf hoef te wees nie.²⁰ Die reg tot uitlewing van 'n mens se geloofsoortuigings is vervat in artikel 15(1), maar die Grondwet beklemtoon hierdie aspek deur in artikel 15(2) te bepaal dat godsdienstbeoefening in staats- en staatsondersteunde, dit wil sê openbare, instellings mag plaasvind, solank dit geskied volgens die reëls van die betrokke instelling, en op 'n billike, vry en vrywillige grondslag.²¹
- (e) Die uitleef van geloofsoortuigings kan ook die onderhouding van bepaalde familie- en persoonsregtelike tradisies insluit. Artikel 15(3) maak voorsiening dat stelsels van godsdienstige persone- en familiereg by wet erken kan word, solank dit met die Grondwet strook (wetgewing hieroor is inderdaad aangeneem).²² Sulke stelsels is dus ondergeskik aan die Grondwet, wat oor die afgelope tien jaar 'n proses aan die gang gesit het om die stelsels van inheemse en Moslemreg in lyn met die Grondwet te bring.²³
- (f) Geloofsoortuigings kan op bogenoemde maniere by wyse van individuele of kollektiewe godsdienstbeoefening gemanifesteer word (die individuele en kollektiewe dimensies). Vir kollektiewe doeleindes mag mense van dieselfde geloofsoortuigings met mekaar assosieer, verenigings en kerkgenootskappe stig, samekomste en ander gesamentlike aktiwiteite reël en plekke van aanbidding daarstel en onderhou. Let op hoe die reg op vryheid van assosiasie hierdie aspek van die reg op godsdienstvryheid ondersteun.
- (g) Godsdienstbeoefening kan die onderhouding van rusdae en godsdienstige en ander gewyde dae, feeste of seremonies insluit.
- (h) Die reg dat kinders ooreenkomstig hulle ouers se godsdienstige en filosofiese oortuigings opgevoed word. Dit verwys na die reg van ouers om self hulle kinders daarvolgens op te voed, maar ook van die skool te verwag om dit te doen. Die internasionale konvensies in hierdie verband word as gevolg van moderne liberale invloede nie juis konsekwent toegepas nie.²⁴ Die verdere vraag in watter mate ouers en kinders se regte in hierdie verband onderling in botsing kan kom, sal waarskynlik besleg word aan die hand van die grondwetlike beginsel dat die beste belang van

²⁰ MEC for Education, *KwaZulu-Natal v Pillay*, CCT 51/06, 'n saak wat deur die Grondwetlike Hof beslis is.

²¹ Oor die skending van hierdie bepaling deur die kurrikulum vir verpligte godsdienstopvoeding in skole, het ek al breedvoerig kommentaar gelewer – sien bv my artikel in 2006 *NGTT* (n 1) 194 ev.

²² Sien bv die Wet op die Erkenning van Tradisionele Huwelike 120 van 1998.

²³ Sien die oorsig van Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* (2005) 354 ev.

²⁴ Sien Malherbe (n 1) 185, voetnoot 36.

die kind die deurslag moet gee. Dit kan in bepaalde gevalle daartoe lei dat die gesag van die ouer ondergeskik gestel word aan die beste belang van die kind.

- (i) Beide natuurlike en regsperseone kan draers van regte in die Handves van Regte wees²⁵ en daarom beskik 'n organisasie soos 'n kerk ook oor die reg op godsdiensvryheid (die institusionele dimensie van die reg). Dit verleen onder meer die outonomie aan 'n godsdiensinstelling om sy eie doktrines en geloofsbelydenisse vas te stel, oor ander sake van godsdienstige aard te besluit en ook sy eie interne sake, soos organisatoriese strukture en prosedures, aanwysing van ampsdraers en lidmaatskapvereistes, te reël. Daar word soms ook verwys na 'n reg van kerke op godsdienstige waardigheid.²⁶ Hierdie aspekte kan ook as verskyningsvorme van die reg op vryheid van assosiasie beskou word. Die staat moet die outonomie van 'n godsdiensinstelling eerbiedig en die uitgangspunt word algemeen aanvaar dat die staat nie leerstellige sake behoort te reguleer en dat die howe nie daarvoor uitspraak behoort te lewer nie. Die aanwysing van ampsdraers en die bepaling van lidmaatskap hou ten nouste met leerstellige kwessies verband en is in beginsel ook aangeleenthede waarmee die staat nie behoort in te meng nie.²⁷ Dit word nie algemeen aanvaar dat die outonomie van die kerk 'n onaantasbare gepriviligeerde situasie tussen 'n geestelike en 'n lidmaat skep nie. As regs persoon is 'n kerk natuurlik handelingsbevoeg om in die regsverkeer op te tree deur byvoorbeeld kontrakte te sluit, eiendom aan te skaf en toegang tot die howe te verkry, maar dit kan ook as 'n element van die reg op godsdiensvryheid beskou word.
- (j) Die reg om op 'n vrywillige grondslag religieuse onderwys, opleiding en onderrig te ontvang en te verskaf, die reg om vanuit 'n religieuse perspektief standpunte na buite in te neem, die reg om godsdienstige publikasies en ander materiaal te produseer en te versprei, en die reg om nasionaal en internasionaal met individue en instansies oor godsdienstige en ander sake te kommunikeer en in ekumeniese verhoudings te tree. Hierdie aspekte van die reg word onder meer gerugsteun deur die reg op vryheid van uitdrukking.
- (k) Die reg om vrywillige finansiële en ander vorme van ondersteuning en bydraes te werf en te ontvang.
- (l) Die reg om liefdadigheidswerk in die gemeenskap te doen en liefdadigheidsorganisasies te stig of daartoe by te dra.
- (m) Die reg om geloofsoortuigings te propageer en ander persone op 'n vrywillige grondslag tot 'n bepaalde geloof of denominasie oor te haal. Die element van vrywilligheid is essensieel, omdat die uitoefening van die reg insyn op 'n ander se reg op godsdiensvryheid en daarom besonder sensitief kan wees. Aangesien bekering tot 'n ander geloof deur sommige gelowe en state streng gereguleer en selfs verbied word, word hierdie element van die reg op godsdiensvryheid nie oral geredelik aanvaar nie.

6.3 Gebondenheid aan die reg

Dit is belangrik om te bepaal wie aan die regte in die handves van regte gebonde is, met ander woorde, teenoor wie 'n bepaalde reg afgedwing kan word. Die staat is altyd gebonde omdat die handves ontwerp is om in die eerste plek die verhouding tussen die owerheid en onderdane te reguleer. Daarom bepaal die Grondwet dat die staat die regte in die handves

25 A 8(4).

26 Van der Schyff (n 17) 96 ev. Sien ook Malherbe "The Mohammed cartoons, freedom of expression and the infringement of the right to religious dignity" 2007 TSAR 332-339.

27 Hierdie kwessie word verder in par 7 bespreek.

moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik,²⁸ en dat die handves die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane bind.²⁹ Dit beteken dat die staat die reg self nie moet skend nie, die reg teen skending deur derdes moet beskerm, en die ruimte vir die reghebbendes moet skep om die reg uit te leef. Artikel 8(2) bepaal dat natuurlike en regspersone ook deur die handvesregte gebind word “indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van die plig deur die reg opgelê”. Die handves het dus sogenaamde horisontale werking en is met ander woorde ook van toepassing tussen private persone, wat private regspersone insluit. Dit behoort nie vreemd te wees nie – vir elke reg wat ek as individu geniet, geniet my buurman dieselfde reg en lê dit per definisie die plig op my om sy of haar reg te respekteer. In daardie mate is ek as individu vanselfsprekend aan die Handves gebonde. Sommige regte kan egter nie teenoor private persone afdedwing word nie, soos die reg op burgerskap of die reg op ‘n billike openbare verhoor, en daarom is die individu nie aan al die regte in die Handves gebonde nie. Die reg op godsdienstvryheid is egter een van die regte wat in private regsverhoudings ter sprake kom en deur private persone of instansies geskend kan word. Dit kan veral voorkom in die verhouding tussen ‘n godsdienstige instelling en sy lede, byvoorbeeld as ‘n godsdienstinstelling ‘n lidmaat verbied om ‘n bepaalde standpunt te stel, of om by ‘n ander godsdienstinstelling aan te sluit.

6.4 Beperkings op die reg

Soos alle ander handvesregte geld die reg op godsdienstvryheid nie absoluut nie en daarom bepaal artikel 36 dat wettige (geoorloofde) beperkings op die uitoefening van die reg geplaas mag word wat redelik en regverdigbaar is in ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Ten einde te bepaal of ‘n beperking redelik en regverdigbaar is, moet alle ter sake faktore in ag geneem word, insluitende (a) die aard van die reg, (b) die belangrikheid van die doel van die beperking, (c) die aard en omvang van die beperking, (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan en (e) die vraag of daar minder beperkende maniere is om die doel te bereik. Gewoonlik word beperkings op godsdienstvryheid geplaas om openbare orde, sedes, veiligheid en gesondheid te beskerm. Ander oogmerke kan wees die beste belang van die kind, die voorkoming van konflik, die uitvoering van kontraktuele verpligtings, die bekamping van onbillike diskriminasie, die voorkoming van dwelmmisbruik, en die beskerming van werknemers se arbeidsregte. Veral in ‘n diverse samelewing moet die reg soms beperk word ten einde ander se regte te beskerm en sodoende vrede en harmonie te verseker. Wedersydse begrip, respek en verdraagsaamheid is sleutelemente van vreedsame naasbestaan in ‘n diverse samelewing en daarom kan geen geloofsgemeenskap op godsdienstvryheid in die absolute sin aanspraak maak nie.

Talle voorbeelde van beperkings op godsdienstvryheid kan bedink word, byvoorbeeld wanneer die munisipaliteit ‘n gemeente ter wille van mense se veiligheid en gesondheid verbied om h vervalde gebou te gebruik of lidmate in ‘n gekontamineerde rivier te doop, wanneer die weermag soldate ter wille van dissipline en eenvormigheid verbied om onderskeidende religieuse kleredrag of kentekens te dra, wanneer daar in onderwysleerplanne materiaal voorkom wat mense se geloofsoortuigings aanstoot gee, wanneer die staat kerke verplig om teen hulle geloofsoortuigings aan sekere beleidsrigtings deel te neem (sê maar as godsdienstige huweliksbevestigings verplig sou word om paartjies teen hulle geloofsoortuigings in, in die huwelik te bevestig), wanneer mense verbied word om in die openbaar uiting aan hulle geloof te gee, en wanneer ‘n kerk ‘n lidmaat verbied om in

28 A 7(2).

29 A 8(1).

die openbaar 'n afwykende standpunt in te neem. Beperkings op die reg op godsdienstvryheid is dus algemeen; die vraag wat telkens gevra moet word is of die betrokke beperking aan die grondwetlike vereistes voldoen en dus regmatig is.

7. DIE GRENS TUSSEN GODSDIENS EN DIE STAAT

Dit bring ons by die verhouding tussen godsdienst en die staat. Hierdie verhouding was waarskynlik nog nooit in die geskiedenis heeltemal probleemloos nie. Dit is veral opvallend dat die verhouding ook nog nooit heeltemal staties was nie. Kort-kort gebeur iets wat die grens tussen godsdienst en die staat beproef, en wat die vraag oor waar daardie grens nou juis idealiter geplaas behoort te word, opnuut onder die soeklig plaas. As gevolg van die nuwe bedeling van grondwetlike oppergesag, en die klaarblyklike invloed van die Grondwet op die hele samelewing, insluitende godsdienst, is dit nou weer nodig om aan hierdie verhouding aandag te skenk.

As algemene stelling kan verklaar word dat die grens tussen godsdienst en die staat dinamies, gebroke (die grens, nie noodwendig die verhouding nie!) en ver van waterdig af is. Soms tree die staat met 'n bepaalde beleidsmaatreël oor die lyn en soms stel godsdienstige instellings standpunte of eise wat weer neig om op die staat se terrein te oortree. Onlangse brandpunte wat dit illustreer, is selfdegeslag huwelike, die indiensnemingsposisie van predikante en ander ampsdraers, en tugprosedures in kerke. Wat minstens gesê kan word, is dat die bepaling van die grens tussen godsdienst en die staat 'n proses is wat in 'n dinamiese, ontwikkelende wêreld met nuwe vraagstukke wat elke dag opduik, met soepelheid hanteer moet word en waarskynlik nooit afgehandel sal wees nie.

Daar is wel juridiese riglyne wat 'n bydrae kan maak om die grens tussen godsdienst en die staat ietwat noukeuriger te omlin.

- Eerstens is hierbo aangevoer dat die reg op godsdienstvryheid die terrein afbaken waarop godsdienstinstellings outonoom kan optree en waarop die staat nie behoort in te meng nie. Wanneer dit wel gebeur, moet die geldigheid van die beperking wat sodanige staatlke ingreep op godsdienstvryheid plaas, aan die hand van die Grondwet, spesifiek artikel 36, getoets word.³⁰ In hierdie verband kan 'n handves van godsdienstregte waarin die reg op godsdienstvryheid verder uitgespel word, beskou word as 'n poging om deur die gee van inhoud aan die reg, ook die grens tussen godsdienst en die staat beter te omlin.³¹
- Tweedens is dit so dat die verhouding tussen godsdienst en die staat in Suid-Afrika op 'n ander lees geskoei is as byvoorbeeld in die VSA. Ek het hieroor in ander bydraes veel meer uitgebrei,³² maar om twee redes is daar nie so 'n streng skeiding tussen godsdienst en die staat in Suid-Afrika as in die VSA nie. Eerstens het die Konstitusionele Hof in *S v Lawrence* uitdruklik verklaar dat daar nie in Suid-Afrika soos in die VSA 'n sogenaamde "establishment clause" is nie.³³ Dit is die klousule wat in die VSA onder liberale druk gelei het tot 'n feitlik algehele skeiding waarvolgens die staat geen betrokkenheid by godsdienst mag hê nie. Terloops, daardeur is hierdie vorm van dualisme regtens

³⁰ Sien par 6.4 oor die beperking van regte.

³¹ A 234 van die Grondwet maak voorsiening vir die aanname deur die Parlement van ander handveste wat met die Grondwet bestaanbaar is.

³² Sien Malherbe (n 1) 180 ev en die verwysings aldaar.

³³ 1997 10 BCLR 1348 (CC).

gesanksioneer! Tweedens moet artikel 7(2) van die Grondwet beklemtoon word wat onder meer bepaal dat die staat positief moet optree om die individu in staat te stel om hulle regte in die handves optimaal uit te oefen. Dit beteken dat die staat nie ten opsigte van godsdiens 'n hande-tuis benadering kan volg nie, maar positief, dog onpartydig, moet optree om die ruimte en atmosfeer te skep waarbinne die reg op godsdiensvryheid uitgeoefen kan word. In hierdie verband is die tradisionele benadering wat in Duitsland met betrekking tot die verhouding tussen godsdiens en die staat gevul word, veel meer toepaslik vir Suid-Afrika as die Amerikaanse model.³⁴

- Derdens word die staat deur die beginsel van nie-inmenging in leerstellige kwessies (die "non-entanglement doctrine") daarvan weerhou om in die kerk se outonome sfeer in te dring.

Hierdie beginsel, wat hier onderskei word, maar inderdaad deel vorm van die trefwydte van die reg op godsdiensvryheid, behels dat 'n kerk of geloofsgemeenskap 'n bepaalde veld van outonomie geniet ten opsigte van doktrine, asook besluite en optrede wat daaruit mag spruit, en dat die howe nie oor leerstellige vroe uitspraak lewer nie.³⁵ Die beginsel kom ter sprake wanneer 'n godsdiensinstelling besluite op grond van sy doktrine neem wat lidmate of ander persone se handvesregte skend, of wanneer die owerheid handelinge verbied wat inherent deel uitmaak van 'n kerkgemeenskap se doktrine. In die VSA het die nie-inmenging leerstuk hoofsaaklik ontwikkel na aanleiding van kerklike dispute oor eiendom wanneer kerke juis oor leerstellige kwessies skeur. Die howe weier konsekwent om te beslis watter faksie die "ware" kerk verteenwoordig en besleg die geskille alleen op kontraktuele en sakeregtelike gronde. Ander kerklike dispute word waar moontlik op dieselfde manier benader. Daar was tot onlangs nie soveel regspraak hieroor in Suid-Afrika nie,³⁶ maar dit kan as regsposisie aanvaar word dat ons howe ook die beginsel behoort toe te pas, met ander woorde dat hulle nie kant behoort te kies in leerstellige geskille nie, en sodanige geskille eerder op administratiefregtelike, kontraktuele, arbeidsregtelike of ander toepasbare regsgronde behoort te beslis.³⁷

In *Taylor v Kurtstag NO 2005 7 BCLR 705 (W)* is 'n lid van die Joodse gemeenskap deur die bevoegde kerklike gesag (*Beth Din*) geëkskommunikeer. Hy doen aansoek om die tersydestelling van die bevel, of *Cherem*, onder andere omdat dit sy reg op godsdiensvryheid skend. Die hof aanvaar jurisdiksie op grond daarvan dat die howe hersieningsbevoegdheid het oor die besluite van kerklike dissiplinêre tribunale. Hoewel die *Cherem* 'n ingrypende

34 Sien hieroor Malherbe "Die grondwetlike beskerming van godsdiensvryheid" 1998 *TSAR* 673 ev, en ook Venter "Religious plurality: the responsibilities of the constitutional state" in Grote ea *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag* (2007) 1191 ev. Venter verwys na die onpartydige akkommoderende Duitse benadering as "praktische Konkordanz" (1205).

35 Malherbe (n 1) 192 ev.

36 *Mohammed v Jassiem* 1996 1 SA 673 (A) 714A-E. In *Allen v Gibbs* 1977 3 SA 212 (SE) op 218A is verklaar: "A court would not adjudicate upon a doctrinal dispute between two schisms of a sect unless some proprietary or other legally recognised right was involved." In *Ryland v Edros* 1997 1 SA 690 (C) het regter Farlam verklaar dat in die lig van die grondwetlik-verkanste reg op godsdiensvryheid, die "entanglement" leerstuk waarskynlik nou deel van ons reg is (703E). Sien ook *Mankatshu v Old Apostolic Church of Africa* 1994 2 SA 458 (Tk); asook natuurlik *Taylor v Kurtstag NO* en die *Christian Education-* en *Prince-sake* waarna hieronder verwys word.

37 Die howe was tot dusver veral bereid om kerklike besluite op administratiefregtelike gronde op hersiening te toets – *Theron v Ring van Wellington, NG Sendingkerk in SA* 1976 2 SA 1 (A); *Grundling v Van Rensburg NO* 1984 3 SA 207 (W); *Odendaal v Kerkraad van die Gemeente Bloemfontein-Wes van die NG Kerk in die OVS* 1960 1 SA 160 (O).

uitwerking op die applikant se posisie binne die Joodse gemeenskap het, aanvaar die hof eerstens dat hierdie vorm van tug 'n sentrale element van die Joodse geloof uitmaak. Op die vraag of die hof die *Cherem* behoort op te hef op grond van die inbreuk op die applikant se regte, is die hof tweedens van mening dat dit oor 'n saak van godsdienstige doktrine handel en dat indien die hof sou ingryp –

“it would be impossible for voluntary associations, particularly religious communities, to require conformity with particular values and to impose sanctions for their contravention. The members of the faith, exercising their own rights in terms of section 31, have the right to protect the integrity of their common bond by disciplining those who do not conform” (par 58).

Hoewel die hof dus in effek bevind dat in 'n botsing van regte soos die onderhawige die hof nie in doktrine-kwessies behoort in te meng nie, kom die hof se bevinding in elk geval daarop neer dat die respondente se reg om die integriteit van hulle geloofsgemeenskap te beskerm, in die betrokke geval swaarder weeg as die beweerde inbreuk op die applikant se regte.

Oor die praktiese toepassing van die beginsel van nie-inmenging in leerstellige kwessies kan twee opmerkings gemaak word. *Eerstens, soos gemeld, hou die beginsel verband met die afbakening van die beskermingsveld van die reg op godsdienstryheid, met ander woorde die gedrag en belange wat deur die reg beskerm word.* In geskille is dit die howe se taak om grense in hierdie verband vas te stel en uit die regspraak blyk dat ten einde die kerklike veld van outonomie te erken, die howe óf ondersoek instel of 'n bepaalde leerstellige kwessie inherent deel is van die betrokke geloof, óf dit sonder meer aanvaar. Sommige steun laasgenoemde benadering, maar die Oos-Kaapse Hoë Hof het in die *Christian Education*-saak verklaar:

“In cases of this nature a court will in the first place consider whether the belief relied upon in fact forms part of the religious doctrine of the religion practised by the person concerned. Once it is found that the belief does form part of that doctrine, the court will not embark upon an evaluation of the acceptability, logic, consistency or comprehensibility of the belief. But, the court will then inquire into the sincerity of the person's claim that a conflict exists between the legislation and the belief which is indeed burdensome to the person.”³⁸

Dit is korrek dat 'n hof nie die meriete van 'n bepaalde doktrine behoort te ondersoek nie, maar ten einde 'n bevinding te kan maak of 'n bepaalde aspek inherent deel vorm van 'n bepaalde geloof, moet 'n hof inderwaarheid daarna ondersoek instel, minstens aan die hand van getuienis oor wat die leerstelling behels en of dit inderdaad deel uitmaak van die betrokke geloofsgemeenskap se doktrine. Dit is wat in *Taylor v Kurtstag* gebeur het, maar wat die Hoë Hof in die *Christian Education*-saak 'n stap verder gevoer het deur ook die vraag te vra *in welke mate* lyfstraf op skool deel is van die applikante se geloof. Op appèl het die Grondwetlike Hof hierdie vraag vermy en aanvaar dat die kwessie groot waarde vir die appellante gehad het.³⁹ Die belang wat die staat daarin het om geweld te bekamp, het vir die hof egter swaarder geweeg as die appellante se godsdienstryheid. (Let terloops daarop hoe lyfstraf in die beslissing sonder meer gelyk gestel word aan geweld, wat op sigself natuurlik as 'n waardeoordeel oor 'n leerstellige kwessie beskou kan word.⁴⁰) In die *Prince*-saak het die hof enigins meer moeite

38 *Christian Education SA v Minister of Education of the RSA* 1999 9 BCLR 951 (SE) 958E.

39 *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 10 BCLR 1051 (KH).

40 sien verder par 8.

gedoen om vas te stel of die gebruik van dagga inherent deel was van die Rastafariër-godsdiens.⁴¹

In die *Pillay*-saak wat onlangs beslis is, die sogenaamde *nose stud*-saak, het die Grondwetlike Hof ten aansien van die uitlewing van 'n persoon se kultuur 'n soortgelyke standpunt ingeneem en aanvaar dat selfs vrywillige handeling beskermingswaardig is.⁴² Die hof se standpunt is belangrik vir godsdiensvryheid omdat die hof self in hierdie saak die lyn na godsdiensvryheid toe deurgetrek het.⁴³ Ook in die geval van godsdiensbeoefening sal die hof met ander woorde bereid wees om, afhangende van die feite en omstandighede van elke saak, die vrywillige godsdiensnastige handeling van die individu teen onregmatige beperking te beskerm.

In die mate wat die hof dus bereid is om wel ondersoek in te stel of 'n bepaalde leerstelling 'n inherente deel van die betrokke godsdiens uitmaak, impliseer dit dat 'n godsdiensinstelling sekerheid moet hê oor sy doktrine en dat sy besluite of optrede waarmee dit nie ingemeng wil hê nie, wel onomwonde daaruit spruit. Waar 'n kerk verdeeld of onseker is daaroor of bepaalde besluite of optrede deur sy doktrine gerugsteun word, is dit 'n vraag of van die hof verwag kan word om daarvoor uitsluitel te gee, of om kerklike besluite wat daarop berus, op grond van die beginsel van nie-inmenging te handhaaf wanneer sulke besluite inbreuk op handvesregte sou maak.⁴⁴

Wanneer dit wel vasstaan dat 'n bepaalde standpunt of handeling deel uitmaak van 'n godsdiensinstelling se doktrine, moet die beperking van regte wat dit veroorsaak of opgelê word, *tweedens aan die algemene beperkingsbepaling getoets word* om vas te stel of die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.

8. DIE PROBLEEM VAN UITLEG

In die proses om grense te trek, moet godsdiensgemeenskappe daarvan kennis neem dat die Grondwet nie neutraal uitgelê word nie, en dat die staat in sy onderskeie geledinge die bepalings van die Grondwet vanuit 'n bepaalde waardestelsel, of wêreldbeskouing, wat nie noodwendig 'n Christelike wêreldbeskouing is nie, beoordeel en toepas. Wanneer die Grondwetlike Hof dus verklaar dat 'n sogenaamde "generous and purposive" uitleg gevolg word,⁴⁵ kan aanvaar word dat die uitleg wat die hof kies, minstens gedeeltelik bepaal sal word deur die wêreldbeskouing van die betrokke regters. As 'n mens na die uitsprake van die hof oor morele en etiese vraagstukke kyk, is dit duidelik dat die hof 'n sterk humanistiese uitkyk op sekere sake nahou.

- Dit het byvoorbeeld gebeur toe die hof in die *Christian Education*-saak lyfstraf sonder kwalifikasie aan geweld gelyk gestel het, sonder inagneming van konteks en ander

41 *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* 2002 3 BCLR 231 (KH).

42 *MEC for Education, KwaZulu-Natal v Pillay*, CCT 51/06.

43 Die Hof verklaar bv: "The borders between culture and religion are malleable and religious belief informs cultural practice and culture practice attains religious significance ... It is not always the case, but in this case culture and religion sing with the same voice and it is necessary to understand the nose stud in that light – as an expression of both religion and culture" (par 61).

44 In *Minister of Home Affairs v Fourie; Gay and Lesbian Equality Project v Minister of Home Affairs* 2006 3 BCLR 355 (CC) par 92 is verklaar: "Judges would be placed in an intolerable situation if they were called upon to construe religious texts and take sides on issues which have caused deep schisms within religious bodies."

45 *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH).

oorwegings.⁴⁶ Met so 'n haelgeweer-benadering waarin die begrip geweld skielik nuwe draagwydte toegeken word, is daar nou geen beginselgrondslag waarop 'n verbod op lyfstraf in die ouerhuis teengestaan kan word nie.⁴⁷ As alle lyfstraf reeds as geweld afgemaak is, op grond waarvan kan lyfstraf in die ouerhuis, ongeag die liefdevolle en beskermde omgewing waarin dit toegepas word, daarvan onderskei word?

- Die *Case*-uitspraak oor die besit van pornografie getuig van 'n houding dat ongebreidelde persoonlike outonomie van die individu die hoogste norm is.⁴⁸
- Dieselfde “waarde” lê die huidige wetgewing en regspraak oor aborsie ten grondslag – gestroop van alle gekunsteldhede daar rondom, word die moeder se reg om oor haarself te besluit, eenvoudig hoër geag as die reg op lewe van haar ongebore baba.⁴⁹
- Dieselfde humanistiese benadering is in die *Fourie*-saak oor selfdegeslag-huwelike gevolg. In antwoord op die vraag of die verbod op selfdegeslag-huwelike op onbillike diskriminasie ingevolge artikel 9(3) neergekom het,⁵⁰ was die enigste oorweging vir die hof die voorkeure van die individu. Die hof verklaar dan: “The denial of equal dignity and worth all too quickly and insidiously degenerated into a *denial of humanity* and led to *inhuman treatment* by the rest of society in many other ways.”⁵¹ Die verbod op selfdegeslag-huwelike word beskryf as 'n “a crass, blunt, cruel and serious invasion of their dignity”.⁵² Bybelse standpunte het dus nou onmenslik geword! Die hof verduidelik ook hoe dit die tradisionele siening oor die huwelik as 'n verbintenis tussen 'n man en 'n vrou gedekonstrueer het om selfdegeslag-paartjies daarby te kan insluit, en maak die verbasende stelling: “The reference to ‘men and women’ is descriptive of an assumed reality, rather than prescriptive of a normative structure for all time.”⁵³ Dit is 'n klassieke voorbeeld van die dekonstruksie van eenvoudige terme soos man, vrou en huwelik, om 'n heel nuwe betekenis daaraan te heg, en druis lynreg in teen die aanvaarde uitlegreël dat die gewone betekenis aan woorde geheg moet word. Die hof voeg by: “Rights by their very nature will atrophy if they are frozen. As the conditions of humanity alter and as ideas of justice and equity evolve, so do concepts of rights take on new texture and meaning. The horizon of rights is as limitless as the hopes and expectations of humanity.”⁵⁴ Geen remme in die vorm van absolute waarhede, norme of morele oorwegings nie; die mens se hoop en verwagtinge is die enigste bepalende

46 *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 10 BCLR 1051 (KH).

47 So 'n verbod het inderdaad gedurende 2007 as deel van 'n wysigingswetsontwerp op die Wet op Kindersorg voor die Parlement gedien, maar is afgestem.

48 *Case v Minister of Safety and Security; Curtis v Minister of Safety and Security* 1996 5 BCLR 609 (KH).

49 A 12(2) bepaal: “Everyone has the right to bodily and psychological integrity, which includes the right – (a) to make decisions concerning reproduction.” Volgens die Hooggeregshof in *Christian Lawyers Association v National Minister of Health* 2004 10 BCLR 1086 (T) 1103E waarborg dit “the right of every woman to determine the fate of her pregnancy”, maw, 'n reg op aborsie op versoek. Sien die Wet op die Keuse van die Beëindiging van Swangerskap, Wet 92 van 1996. Die Hof verklaar ook: “This [section 12] is quite clearly the right to choose whether to have her pregnancy terminated or not, for short, the right to termination of pregnancy” (1103F). Ironies verbied die Romeins-Hollandse reg aborsie ten spyte daarvan dat die ongeborene nie as 'n regsobjek beskou word nie. Nou, onder 'n menseregte-bedeling, wat die uitbreiding van menseregte beoog, het die ongeborene minder aanspraak op regsbeskerming as voorheen!

50 *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 3 BCLR 355 (CC) par 48 ev.

51 Par 50.

52 Par 54.

53 Par 100.

54 Par 102.

faktor. Dit is geen neutrale uitleg van die Grondwet nie en verteenwoordig 'n ondubbelsinnige humanistiese benadering wat min of geen beperkings op die mens se gedrag duld.

In die proses maak die hof ook korte mette met godsdienstige besware.⁵⁵ Sulke oorwegings mag nie die uitleg van die Grondwet bepaal nie; dit is per slot van rekening op vooroordeel teen homoseksuele gebaseer! Die hof skep die indruk dat dit self bo enige nie-juridiese sentimente verhewe is. Maar in werklikheid vee die hof godsdienstige oorwegings van die tafel af en laat die speelveld oop vir net een geldige benadering, die humanistiese. Trouens, die hof bevorder dit uitdruklik.

Die eensydige legitimering van 'n humanistiese wêreldbeskouing word moontlik gemaak deur postmoderne dekonstruksie, die teorie dat taal, die medium waarin die reg uitgedruk word, nie self betekenis onthul nie. Die teks is "open-ended" en betekenis word nie uit die teks afgelei nie, maar daaraan toegeken. Elke leser heg dus hul eie betekenis aan die teks.⁵⁶ En waar kom elke leser aan hulle eie mening – dit kom uit hulle wêreldbeskouing, en as 'n mens 'n humanistiese wêreldbeskouing onderskryf, sal dit bepaal hoe jy met 'n wetstek omgaan. Die probleem hiermee is dat die marginale, of die nie-normale uitleg van 'n wet, nou net so geldig geag word as die normale of gewoonlik gangbare. Daarmee word die reg skeefgetrek en regsekerheid ingeboet.

Selfs 'n oënskynlik objektiewe instrument soos 'n handves van regte kan dus misluk om effektiewe beskerming en regsekerheid te bring as dit in die afwesigheid van 'n bepaalde morele kode vertolk en toegepas word. In 'n permissiewe postmoderne atmosfeer waarin 'n hoë premie op individuele outonomie en politieke korrektheid geplaas word, is die uiteinde dan dat die uitsondering, die marginale, die ongewone, aangebied word asof dit die norm is. Een voorbeeld is genoeg om hierdie tendens te illustreer: watter boodskap word aan brose sesjarige oorgedra deur die Amerikaanse skoolboekie *Harriet has two mommies*, waarin sketse verskyn van Harriet met haar twee mammas? Let wel, dit gaan nie hier in die eerste plek oor die wettiging van selfdegeslag huwelike nie, maar oor die skielike aanbod van (ongewone) selfdegeslag verhoudings en huwelike as die norm. Godsdienstgemeenskappe wat vanuit 'n bepaalde geloofsogpunt na etiese vraagstukke kyk, moet deeglik van hierdie tendens in ons reg en in ons samelewing kennis neem. As godsdienstgemeenskappe getrou aan hulle leer wil wees, gaan dit sonder twyfel nog groot wrywing tussen godsdiens en die staat meebring.

In alle billikheid het die Parlement met die Wet op Burgerlike Verbintenisse, Wet 17 van 2006, weliswaar vir 'n aparte regime vir selfdegeslag huwelike en verbintenisse voorsiening gemaak, en word godsdienstige huweliksbevestigings ook nie gedwing om selfdegeslag huwelike te voltrek nie.⁵⁷ Die Wet bepaal naamlik dat godsdienstinstellings en godsdienstige huweliksbevestigings by die Minister van Binnelandse Sake aansoek moet doen alvorens hulle geregistreer sal word as instansies en ampsdraers wat selfdegeslag huwelike en verbintenisse ingevolge die Wet mag voltrek.⁵⁸ Geen instelling of ampsdraer wat geloofsbesware het, is dus verplig om sulke huwelike en verbintenisse te voltrek nie. Met hierdie reëling respekteer die Wet myns insiens die reg op godsdiensvryheid en ook die grens tussen godsdiens en die

55 Par 92 ev.

56 Die vader van dekonstruksie is die filosoof Derrida. Die benadering word soms genoem "linguistic turn" of "shift theory".

57 Sien a 5 van die Wet.

58 A 5 van Wet 17 van 2007. A 6 bepaal verder dat burgerlike huweliksbevestigings (soos landdroste), aansoek kan doen om vrystelling van die verpligting om selfdegeslag huwelike en verbintenisse te voltrek.

staat. Teen die aanbeveling van die meeste kerke en godsdienste gaan die staat aan die een kant op grond van bepaalde beleidsoorwegings voort om selfdegeslag huwelike en verbintenisse te wettig. Aan die ander kant "hoor" die staat die godsdienstige besware, skep dit 'n aparte bedeling wat nie die Huwelikswet direk raak nie, en laat dit kerke toe om op grond van geloofsbesware te weier om sulke huwelike en verbintenisse te voltrek. Godsdienstinstellings mag voel dat daar nie aan hulle profetiese stem gehoor gegee is nie, maar ten minste het die staat die reg op godsdienstvryheid eerbiedig deur die vrystelling wat aan godsdienstinstellings verleen is.

9. SLOTOPMERKINGS

Daar is min twyfel dat die Grondwet as hoogste reg 'n verreikende impak op feitlik elke lewensterrein het. Ons sien daardie invloed selfs in die religieuse sfeer. Eerstens beskerm die Grondwet die reg op godsdienstvryheid in ondubbelsinnige terme. Die reg omvat twee elemente, die reg om te glo soos 'n mens gelei word en die reg om daardie geloof uit te leef. Die reg erken dus die gedrag en belange waaroor die individu sowel as godsdienstinstellings 'n sfeer van vryheid geniet. Die reg lê ook 'n plig op die staat om, soos in die geval van al die ander handvesregte, daardie vryheidsfeer te erken, te respekteer en die ruimte te skep waarbinne die uitoefening van die reg kan gedy. Terwyl die beginsel van nie-inmenging deur die staat dus van krag bly, word daar ook positiewe maar onpartydige optrede van die staat vermag ter bevordering en verwesenliking van die reg. Daar word dus nie van die staat vereis om soos in die VSA op simplistiese wyse sy hande van godsdienst af te hou en 'n onverbiddelike skeiding tussen godsdienst en staat te handhaaf nie. Waar nodig, moet die staat ook beperkings op die uitlewing van godsdienstvryheid plaas om ander se belange of die openbare gesondheid, sedes en welsyn te beskerm. Sodanige beperkings moet aan die Grondwet se vereistes vir die regmatige beperking van regte getoets word.

Godsdienst bly 'n sensitiewe saak en verdraagsaamheid is die sleutel vir die billike hantering van geloofsverskille in die diverse Suid-Afrikaanse samelewing. Van die individu word die grootste mate van toegeeflikheid teenoor diegene met ander oortuigings verwag. Ook die staat behoort sigself met die grootste omsigtigheid op godsdienstige terrein te begewe. Die staat mag nie ter bevordering van oënskynlike lofwaardige oogmerke aan mense voorskryf hoe godsdienst as samelewingsverskynsel beoordeel moet word nie. Ek verwys hier uitdruklik na die godsdienstbeleid in skole. Dit is nie net strydig met die reg op godsdienstvryheid nie; daarmee loop 'n inherent godsdienstige samelewing die gevaar dat mense se geloofsoortuigings gerelativeer en aan 'n staatsgedetermineerde ideologie geoffer word en dat die positiewe invloed wat godsdienst op die welsyn van die samelewing behoort uit te oefen, binne 'n sekulariserende tydsgees verlore gaan.

Die reg op godsdienstvryheid skep die ruimte waarbinne godsdienstinstellings hulle godsdienstvryheid mag beoefen en trek die grens tussen godsdienst en die staat. Die reg op godsdienstvryheid is met ander woorde die belangrikste juridiese instrument om die verhouding tussen godsdienst en die staat te reguleer. Godsdienstinstellings moet egter self as waghond optree oor hierdie verhouding. In die lig daarvan dat elke uitlegger van die reg op godsdienstvryheid deur 'n bepaalde waardestelsel (en uitlegteorie!), gelei word, en dat sodanige uitleg die grens tussen godsdienst en die staat daarom van tyd tot tyd kan beïnvloed, moet godsdienstinstellings self inspring om die ondergraving van die reg te voorkom. Godsdienstinstellings moet dus weet wat die reg op godsdienstvryheid behels, waar die grense van die reg lê en watter bedreigings daar vir die reg is. Hulle moet ondubbelsinnig standpunt

inneem oor die beskerming van menseregte in die algemeen, en die reg op godsdienstvryheid in die besonder. Hulle moenie enige twyfel laat oor leerstellige vrae wat met die uitoefening van die reg verband hou nie. Duidelike standpuntinname deur godsdienstinstellings maak die taak van die houe net soveel makliker om die beginsel van nie-inmenging toe te pas.

Godsdienstinstellings is egter ook in beginsel aan die reg van die land gebonde en behoort hulleself van die trefwydte van die handves te vergewis. Hulle behoort na te gaan in watter mate hulle verplig is om hulle kerkordes en ander statute, reglemente en beleide in ooreenstemming met die Grondwet aan te pas. Waar leerstellige oorwegings anders dikteer, behoort godsdienstinstellings egter op grond van die nie-inmenging leerstuk weerstand te kan bied, solank die instelling se standpunt op leerstellige gronde geregverdig kan word. Die mate waarin godsdienstinstellings dit kan doen, moet egter aan die hand van die bepalings van die Grondwet van geval tot geval beoordeel word.

In hierdie verband moet 'n onderskeid getref word tussen die beskerming van die reg op godsdienstvryheid aan die een kant, en die kerk se profetiese stem aan die ander kant. Godsdienstinstellings moet hulle outonomie beskerm en bedag wees op bedreigings vir die reg op godsdienstvryheid. Maar dit is 'n ander saak wanneer die kerk as deel van sy profetiese roeping oor 'n morele kwessie uitspraak lewer en die staat miskien nie daaraan gehoor gee nie. As die kerk se standpunt of aanbeveling oor 'n saak nie aanvaar word nie, impliseer dit nie noodwendig 'n aantasting van die reg op godsdienstvryheid nie. Die wel en wee van die Wet op Burgerlike Verbintenisse van 2006 illustreer hierdie onderskeid. Godsdienstinstellings se byna eenparige Bybelse verset teen selfdegeslag huwelike is weliswaar nie sonder meer aanvaar nie, maar die reg op godsdienstvryheid is eerbiedig deur die vrystelling wat in die Wet aan godsdienstige huweliksbevestigings verleen word. Die kerk se profetiese stem is dus nie "gehoor" nie, maar die grens tussen godsdienst en die staat is gehandhaaf.

Sulke sensitiewe morele vraagstukke sal weer opduik. Die huidige aborsie-wetgewing bly byvoorbeeld vir die meeste gelowiges 'n steen des aanstoets en hulle sou graag die gesprek daaroor met die owerheid wou voortsit.⁵⁹ Moontlik kan 'n handves van godsdienstregte waarin die omvang en betekenis van die reg op godsdienstvryheid in meer besonderhede uiteengesit word, bydra om die klaarblyklike dinamiese, ingewikkelde en uitdagende verhouding tussen godsdienst en die staat duideliker te omlyn en die sinvolle hantering van sulke omstrede kwessies te vergemaklik.⁶⁰

TREFWOORDE

Grondwet
Handves van regte
Reg op godsdienstvryheid
Godsdienst-staat verhouding
Outonomie van godsdienstinstellings
Handves van godsdienstregte en -vryhede

Prof Rassie Malherbe
Universiteit van Johannesburg
Posbus 1856,
0060 GARSFONTEIN-OOS
Sel: 082 561 4241
Faks: 011 559 2049
E-pos: r.malherbe@gmail.com

⁵⁹ Wysigings van die Wet op die Keuse van die Beëindiging van Swangerskap, 92 van 1996, wat aan die einde van 2007 deur die Parlement oorweeg is, het aansienlike openbare reaksie en deelname uitgelok.

⁶⁰ Artikel 234 van die Grondwet maak voorsiening dat die Parlement ander handveste, wat nie strydig met die Grondwet is nie, in wetgewing kan vervat.