

# Grondwetlike beskerming vir godsdiensregte as groepsregte in Suid-Afrika

## ABSTRACT

### Constitutional protection for religious rights as group rights in South Africa

In this article it is argued that (and shown why) the South African Constitution leaves ample room for the protection of the right to religious freedom as a group right. With reference to relevant case law, the author comes to the conclusion that, in practice, not enough has been made of the said protection itself and that the conditions for it have not been maximised. However, recent developments in the case law (of especially the Constitutional Court) looks promising for cementing foundations for the protection of religious rights as group rights.

## 1. INLEIDING: VRAAG- EN TAAKSTELLING

Artikel 15(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996 (hierna “die Grondwet”) verskans ’n reg op godsdiensvryheid en verwante vryhede in die volgende woorde:

Elkeen het die reg op vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening.

In vergelyking met die trant waarin regte van hierdie aard in internasionale menseregteverklarings en -konvensies gewaarborg word, lyk hulle talige inkleding in Artikel 15(1) maar bra skraal en minimalisties. Vergelykenderwys kan byvoorbeeld na Artikel 18 van die Universele Verklaring van Menseregte gekyk word:

*Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance (my kursivering).*

Op gesigswaarde lyk dit of die (algemene) reg op godsdiens- en verwante vryhede wat in die gekursiveerde aanvangsfrase gewaarborg word, slegs ’n individuele reg is, maar die katalogisering van beskermde uitings van hierdie reg maak dit duidelik dat godsdiensvryheid óók gemeenskaps- en groepshandeling (kan) veronderstel, byvoorbeeld openbare en private godsdiensoefening, aanbidding, die nakoming van rituele asook lering of onderrig. Ook optrede waardeur ’n mens jou godsdiens verander (of selfs afswear) geniet beskerming. In ’n hele aantal ander internasionale menseregtedokumente (naas die Universele Verklaring) is bepalinge wat die beskerming van godsdiensregte waarborg op die lees van Artikel 18 hier bo geskoei, byvoorbeeld Artikel 9 van die Europese Menseregtekonvensie, Artikel 18 van die *International Covenant on Civil and Political Rights* (hierdie artikel is selfs meer gedetailleerd as Art 18 van die Universele Verklaring) en ( miskien nie onverwags nie) Artikel 1 saamgelees met Artikel 6 van die *Declaration on the*

*Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief*. Die *African Charter on Human and Peoples' Rights* (ook bekend as die “Banjul-Handves”) maak eers vir die beskerming van individuele regte (Art 1-17) en daarna vir groeppregte (Art 18-26) voorsiening. Die reg op godsdienstryheid word (eenaardig genoeg) slegs in die eersgenoemde kategorie ingesluit (naamlik in Art 8) en godsdien- en verwante aangeleenthede figureer ook nêrens in dié handves se (unieke) katalogus van verpligtinge (hfst II, Art 27-29) nie.

Bepalings in nasionale grondwette wat godsdienstrye en -vryhede verskans, doen dit meestal in dieselfde verskraalde, minimalistiese trant as Artikel 15(1) van die Suid-Afrikaanse Grondwet (bv Art 4 van die *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Art 2(a) en (b) van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* en Art 21(1)(b) en (c) van die *Constitution of the Republic of Namibia*). Daar is egter uitsonderings, waarvan die mees bekende in die Eerste Amendement tot die Grondwet van die Verenigde State van Amerika voorkom. Dié Amendement verskaf nie alleen 'n waarborg teen beletsels op die vrye beoefening van godsdienstrye nie (die sg “free exercise clause”), maar verbied ook die wetgewer (“Congress”) om wette rakende godsdienstryestellings te verorden (die sg “establishment clause”). Artikels 25 en 26 van die Indiese Grondwet is selfs meer opvallend aminimalisties en verleen uitvoerig beskerming aan godsdienstrye sowel as aan groeps- en gemeenskapsaktiwiteite wat noodwendig by godsdienstryebeoefening tuishoort.

Tereg kan dus, in die Suid-Afrikaanse konteks, *gevra word of ons Grondwet die verwesenliking van godsdienstrye in groeps- en gemeenskapsverband toereikend rugsteun*. Die taakstelling in hierdie artikel (in aansluiting by die voorafgaande vraagstelling) is *om vertolkings van die Grondwet waarvolgens godsdienstrye ook as groeppregte verskans (kan) word, te verken en te ontgin*.

Vir stelling die oorgrote meerderheid aanhangers van godsdienstrye in Suid-Afrika sluit die reg op godsdienstrye noodwendig sekere groeppregte in. 'n *National Inter-Faith Conference* wat van 22-24 November 1992 onder beskerming van die *South African Chapter of the World Conference on Religion and Peace* (WCRP-SA) gehou is, kon byvoorbeeld eenstemmigheid bereik oor 'n *Declaration on Religious Rights and Responsibilities* (hierna “die WCRP-SA Deklarasie” genoem) sowel as oor 'n voorgestelde vryheid van godsdienstrye-klousule vir 'n tóe nog toekomstige Suid-Afrikaanse menseregtehandves. Sowel die Deklarasie as die klousule gee uiting aan 'n wye verskeidenheid geloofsgemeenskappe in Suid-Afrika se gedeelde wysheid oor wat alles (regs-)voorwaardes vir 'n optimale in praktyk stelling van die reg op godsdienstrye is (Du Plessis 1996:448-449). Een kernvoorwaarde is dat die gediversifieerde geregtigheid van geloofsgemeenskappe om hulle eie godsdienstryesoortuigings *in groepsverband* te huldig en te handhaaf, daadwerklik gewaarborg moet word. Die WCRP-SA Deklarasie bevestig daarom “the rightful and lawful existence of diverse religious communities” en doen 'n beroep op die staat om hierdie gemeenskappe te erken en hulle outonomie te waarborg (*Preamble*, par f). In dieselfde asem bepleit die Deklarasie gelykheid voor die reg vir alle godsdienstryegemeenskappe (Art 2), bevestig dit die individu se aanspraak op godsdienstryeonderwys en/of godsdienstryegeoriënteerde onderwys van eie keuse (Art 4) en verklaar dit met stelligheid dat godsdienstryeaanhangers se godsdienstryeregte ook in die konteks van staatsinstellings erken en eerbiedig moet word (Art 5). Die Deklarasie maak ten slotte voorspraak vir godsdienstryegemeenskappe se regte op die propagering van

1 “Eenaardig genoeg” omdat die Banjul-Handves andersinds besonder noulettend vir die beskerming van die nie-individuele oftewel groepsdimensie van fundamentele regte voorsiening maak.

2 By 'n soortgelyke konferensie in 1990 is die idee van 'n verklaring oor godsdienstryevryheid in 'n “nuwe Suid-Afrika” geopper en het die WCRP-SA volmag gekry om 'n verteenwoordigende proses vir die opstel van so 'n verklaring op dreef te kry, vgl WCRP-SA 1991:viii.

hulle leerstellings (Art 6), op toegang tot openbare media (Art 7), op erkenning van hulle stelsels van familie- en gewoontereg (Art 8), op eerbied vir hulle rus- en feesdae (Art 9), op belastingvrystelling asook op erkenning en beskerming van hulle aanspraak om eenaars van stoflike goed te wees (Art 10). Ewe markant groepeerig – en baie in die trant van bepalinge oor godsdienstvryheid in die internasionale menseregtdokumente waarna hier bo verwys is – is die WCRP-SA se voorgestelde handvesklousule:

1. All persons are entitled:
  - 1.1 to freedom of conscience;
  - 1.2 to profess, practise, and propagate any religion or no religion;
  - 1.3 to change their religious allegiance;
2. Every religious community and/or member thereof shall enjoy the right:
  - 2.1 to establish, maintain and manage religious institutions;
  - 2.2 to have their particular system of family law recognized by the state;
  - 2.3 to criticise and challenge all social and political structures and policies in terms of the teachings of their religion.

Daar is aanduidings in (bv) die Konstitusionele Hof se regspraak oor godsdienstkwessies dat die reg op godsdienstvryheid nie uit die staanspoor ruim, inklusief en groepeerig verstaan moet word nie, maar so minimalisties en individualisties soos die bewoording van Artikel 15(1) van die Grondwet op gesigswaarde te kenne gee. Die hof het naamlik by geleentheid (en selfs by herhaling), uiteensettings oor die aard en reikwydte van die reg op godsdienstvryheid met goedkeurende verwysings na die Kanadese Supreme Court se vryheidsentriese, individualistiese regspraak oor godsdienstregte begin (kyk bv *R v Big M Drug Mart Ltd* 1985 13 CRR 64 97) en aangevoer dat die reg op godsdienstvryheid wesenlik tot godsdienstaanhangers se aanspraak om nie in die vrye beoefening van hulle godsdienst gekortwiek te word nie, herlei kan word. Soos mettertyd aangetoon sal word, weerspieël hierdie benadering egter nie 'n ongekwalifiseerd eenduidige standpunt onder (selfs 'n meerderheid van) die regters van die Konstitusionele Hof nie (kyk bv 4.1 en vgl Smith 2001:3-5).

My drieledige hipotese oor die beskerming van godsdienstregte as groepeerige in Suid-Afrika, met inagneming van sowel tersaaklike bepalinge van die Grondwet as die regspraak van die twee hoogste geregtshoue (die Konstitusionele Hof en die Hoogste Hof van Appèl), is dat:

- (a) *die grondwetteks (potensieel) voldoende ruimte vir die doeltreffende beskerming van godsdienstregte as groepeerige laat;*
- (b) *in die praktyk nog nie veel van sodanige beskerming self (en die optimalisering van die voorwaardes daarvoor) tereggekem het nie, en*
- (c) *onlangse regspraak van die Konstitusionele Hof heelwat belofte vir die toekomstige beskerming van godsdienstregte as groepeerige (kan) inhou.*

## 2. WAT IS ALLES GODSDIENSGROEPE?

“Godsdienstgroepe”, vir die doeleindes van hierdie bydrae, is meerdere mense wat om die een of ander godsdienstige rede byeen is en/of oor 'n bepaalde tydperk heen saamhoort en/of in 'n bepaalde struktuur sáám georganiseer is. Vir die doeleindes van die hieropvolgende bespreking kan die volgende klassifikasie van godsdienstgroepe gemaak word:

---

3 In bv toonaangewende sake soos *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg*, 1997 (10) BCLR 1348 (CC) par 92 en *Christian Education SA v Minister of Education of the Government of SA* 2000 (10) BCLR 1051 (CC) par 18. Hierdie sake word uitvoeriger by 4.1 en 4.2 bespreek.

2.1 “Groepe” kan “kategorieë van mense” wees. Met godsdien as verwysingspunt is die vernaamste twee kategorieë van mense diegene wat aanhangers van ’n godsdien is en diegene wat dit nie is nie. Laasgenoemde kategorie het waarskynlik nie ’n spesifieke behoefte aan die beskerming van godsdienregte in die eng sin van die woord (dws, regte wat op die nalewing en ritualisering van ’n godsdien betrekking het) nie, maar hulle reg op vryheid van gewete, denke, oortuiging en mening benodig (en geniet inderdaad) onverswakte grondwetlike beskerming. Hierdie kategorisering is nie onproblematies nie, want ’n mens kan ook redeneer dat die reg op die vryheid om nie- of antigodsdienstig te wees, dieselfde beskerming behoort te geniet as die reg op godsdien-vryheid.

2.2 ’n “Godsdienegroep” kan ook ’n “godsdienegemeenskap (“religious community”) wees en laasgenoemde word in die aanhef tot die WCRP-SA Deklarasie (par a) omskryf as

a group of people who follow a particular system of belief, morality and worship, either in recognition of a divine being, or in the pursuit of spiritual development, or in the expression of a sense of belonging through social custom and ritual.

’n Godsdienegemeenskap bestaande uit aanhangers van breedweg dieselfde geloof, byvoorbeeld Islam, Hindoeïsme, Judaïsme, Boeddhisme of die Christelike geloof, is ’n geloofsgemeenskap (“faith community”). Binne so ’n geloofsgemeenskap is daar gewoonlik weer verskeie differensieel-konfessionele (of -denominasionele) gemeenskappe. Die lede van ’n konfessionele gemeenskap word deur ’n eiesoortige vertolking en belydenis van meer inklusiewe geloofsoortuigings saamgebind. In die praktyk is godsdienegroepe meestal as konfessionele (of denominasionele) gemeenskappe met regs persoonlikheid geïnstitueer en georganiseer. ’n Godsdienegroep kan dus ook ’n regs persoon wees (kyk ook 3.2.1), maar ook groepe wat nie as regs persone georganiseer is nie, geniet grondwetlike beskerming.

2.3 Omdat die reg op godsdien-vryheid ook *in gemeenskap met andere* uitgeoefen kan word, stel sowel gereelde as ad hoc-samekomste of -byeenkomste van godsdienaanhangers, binne of buite die struktuur van die gemeenskap waarin hulle hulleself (ge-)organiseer (het), ook “godsdienegroepe” vir doeleindes van die grondwetlike beskerming van die reg op godsdien-vryheid daar – in die geval van ad hoc-samekomste of -byeenkomste weliswaar slegs vir die duur van die betrokke geleentheid.

2.4 ’n Etniese of kultuurgroep *as sodanig*, dit wil sê as ’n *organisatories* vryblywende groep, is tē ongedefinieerd om *as ’n groep* beskerming van enige grondwetlike regte te geniet. Artikel 31 van die Grondwet (saamgelees met Art 235) voorsien egter die moontlikheid dat (hoofsaaklik) *georganiseerde* kultuur-, godsdien- en taalgemeenskappe groepsbeskerming vir hulle regte kan opeis. Binne ’n etniese groep gaan kultuur en/of taal en/of godsdienstig-konfessionele affiliasies meermale hand aan hand en in soverre dit die geval is, het Artikel 31 die potensiaal om, al is dit indirek, die beskerming van meerdere of mindere attribute van etniese groepe (konstitusioneel) te waarborg. Hieroor meer in 3.1.3.

### 3. IS GRONDWETLIKE BEPALINGS INSAKE GODSDIENSREGTE “GROEPSVRIENDELIK”?

#### 3.1 Grondwetlike bepalinge wat godsdienregte uitdruklik verskans

##### 3.1.1 Artikel 15: Vryheid van godsdien, oortuiging en mening

Die blote bewoording van Artikel 15(1) van die Grondwet sluit gewis nie ’n vertolking van die reg op godsdien-vryheid as *óók ’n groepreg* uit nie. Aanwysers in die grondwettekste dui trouens daarop

dat 'n groepsvriendelike vertolking van die gemelde reg waarskynlik verkieslik is. Eerstens verplig Artikel 39(1)(b) van die Grondwet 'n hof, tribunaal of forum wat Artikel 15(1) vertolk, om die volkereg in ag te neem. Soos by punt 1 aangetoon, laat toonaangewende, internasionale mense-regtedokumente geen twyfel dat die reg op godsdiensvryheid, volkeregtelik gesproke, óók 'n groepreg is nie.

Tweedens stel Artikels 15(2) en (3) van die Grondwet 'n tekstuele konteks daar waarbinne Artikel 15(1) kwalik as slegs 'n afweersreg teen inmenging met individue se godsdiensoefening verstaan kan word. Die gemelde twee (sub-)artikels bepaal soos volg:

- (2) Godsdiensoefening kan by staats- of staatsondersteunde instellings geskied, mits –
  - (a) daardie beoefening reëls nakom wat deur die tersaaklike openbare gesag gemaak is;
  - (b) dit op billike grondslag geskied; en
  - (c) bywoning daarvan vry en vrywillig is.
- (3)(a) Hierdie artikel belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan
  - (i) huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiensoefening, persone- of familiereg nie; of
  - (ii) stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie, of wat nagevolg word deur persone wat 'n besondere godsdiensoefening aanhang nie.
- (b) Erkenning ingevolge paragraaf (a) moet met hierdie artikel en die ander bepalings van die Grondwet bestaanbaar wees.

Artikel 15(2) getuig van die ongeneentheid van Suid-Afrika se grondwetmakers om middelmure van skeiding tussen godsdiensoefening en die staat te probeer oprig en in stand hou (kyk ook *Wittmann v Deutscher Schulverein, Pretoria and others*, 1998 (4) SA 423 (T)). Die betrokke subartikel is tegelyk 'n respons op godsdiensoefening se besorgdheid oor die erkenning van en eerbied vir hulle lede se godsdiensoefening in die konteks van staatsinstellings (soos in Art 5 van die WCRP-SA Deklarasie verwoord - kyk punt 1) en weerspreek die tese dat Suid-Afrika 'n *sekulêre staat* is. Suid-Afrika is eerder 'n *godsdiensoefeningneutrale staat* waarin grondwetlike voorskrifte (met oppergesag) godsdiensoefening verskans sonder om aan 'n spesifieke geloof of geloofsbelydenis voorkeur te gee (Van der Vyver 2000:3-5). Die staat self is nie (konfessioneel-) “godsdienstig” nie, maar is heelhartig ten gunste van godsdiensoefening. Hierdie gevolgtrekking is bestaanbaar met die verpligting wat Artikel 7(2) van die Grondwet die staat oplê om die regte wat in die Handves van Regte verskans word nie alleen *te eerbiedig* en *te beskerm* nie, maar ook *te bevorder* en *te verwezenlik*. Artikel 15(2) kan 'n verreikende uitwerking hê op die verhouding tussen godsdiensoefening (insluitende kerke) en die staat en dit is daarom nie verbasend nie dat hierdie subartikel as 'n algemene vrystelling eerder as 'n individuele aanspraak ingeklee is.

Artikel 15(3) adresseer (veral sekere) godsdiensoefening se besorgdheid oor die erkenning van hulle stelsels van familie- en gewoontereg (soos uitgedruk in Art 8 van die WCRP-SA Handves) en veral van huwelike wat kragtens die gemelde regstelsels gesluit is. Dit mag lyk asof godsdiensoefening se besorgdheid oor 'n wye spektrum hierdie besorgdheid deel, maar in werklikheid is dit 'n minderheid individuele lede van sekere geloofsgemeenskappe wat by die aansprake wat Artikel 15(3) magtig, kan baat – maar nietemin op 'n redelik skouspelagtige wyse soos in 4.4 aangetoon sal word. Die “wetgewing” wat Artikel 15(3)(a) in die vooruitsig stel, is tot dusver nog nie verorden nie, maar die opstel daarvan vorder fluks (vgl <http://www.polity.org.za/govdocs/pr/1999/pr0507a.html>, Suid-Afrikaanse Regskommissie en Magardie 2001).

### 3.1.2 Artikel 9: Gelykheid

Artikel 9(1) van die Grondwet waarborg gelykheid voor die reg en elkeen se reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg. Subartikel 2 magtig vervolgens “wetgewende en ander maatreëls ... wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is” en dan volg subartikel 3 wat die staat verbied om, regstreeks of onregstreeks, “op een of meer gronde” onbillik teen enigeen te diskrimineer. Die betrokke subartikel lys sewentien (nie-uitputtende) gronde waarop nie onbillik teen iemand gediskrimineer mag word nie en drie van hierdie gronde is godsdiens, gewete en oortuiging. Waar daar op een of meer van die sewentien uitdruklik vermelde gronde teen iemand gediskrimineer word, word vermoed dat sodanige diskriminasie onbillik is “tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is” (Art 9(5)). Subartikel 4 verbied, op ’n soortgelyke wyse en op dieselfde gronde as subartikel 3, onbillike diskriminasie deur persone anders as die staat. Die grondwetlike waarborg van godsdiens- en verwante regte onder die rubrieke “gelykheid” en “nie-diskriminasie” is stellig net so betekenisvol soos die Artikel 15(1)-verskansing van die reg op godsdiensvryheid en verwante vryhede. In ’n godsdiensneutrale staat is dit van die grootste belang dat gelyke en onpartydige behandeling die aanhangers van verskillende godsdiensdienste asook die verskillende godsdiensgroepe in die staat te beurt sal val. Hierdie beginsel is ook by geleentheid in die regspraak van die Konstitusionele Hof oor die beskerming van die reg op godsdiensvryheid benadruk (kyk 4.1).

### 3.1.3 Artikel 31: Kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe

Artikel 31(1) van die Grondwet erken die reg van persone wat aan ’n kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap behoort om, saam met ander lede van so ’n gemeenskap, hulle kultuur te geniet, hulle godsdiens te beoefen en hulle taal te gebruik (Art 31(1)(a)). Hulle het ook die reg om kultuur-, godsdiens- en taalverenigings en ander organe van die burgerlike gemeenskap te vorm, in stand te hou en daarby aan te sluit (Art 31(1)(b)). Die voormelde regte word *erken*, maar nie onomwonde *gewaarborg* nie: hulle mag subartikel 1-geregtigdes *nie ontsê word nie*. Ingevolge subartikel 2 mag die regte in subartikel 1 ook nie uitgeoefen word op ’n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie. Artikel 31(1) is kennelik bedoel om kulturele (of etniese), godsdiens- en taalminderhede se vrese vir verswelging deur ’n gesiglose “meerderheid” te besweer. ’n Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe moet (onder meer) die verwerkliking van Artikel 31-regte monitor (Art 185 van die Grondwet).

Artikel 31 verleen die hier bovermelde grondwetlike aansprake aan onder meer óók godsdiensgroepe. Die Konstitusionele Hof se opmerking in *Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1997* 1 BCLR 1 (CC) paragraaf 24 dat Artikel 31-regte nie groepregte is nie, maar “associational individual rights” is blote semantiek. Soos die hof immers self aantoon, kan hierdie regte nie volledig of behoorlik deur individue uitgeoefen word anders as in verbondenheid met geesgenote nie. Dít beteken dat die individuele regte slegs in samehang met die geregtigheid van die groep (sinvol) gewaarborg kan word.

Artikel 31 is tot dusver nog nie grondig in die regspraak geanaliseer nie en oor die volle register van groepregtebeskerming ingevolge die betrokke bepaling kan nog baie gedebatteer word. Die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie is byvoorbeeld in die *Goudini-ondersoek* voor die vraag gestel of dit konstitusioneel in orde is vir ’n organisasie wat tegelyk ’n kultuur-, godsdiens- en taalvereniging is om lidmaatskap van die vereniging tot die aanhangers van slegs ’n spesifieke geloof te beperk. In die betrokke geval het dit beteken dat persone wat op taal- en kultuurgronde vir lidmaatskap van die vereniging sou kwalifiseer, (slegs) vanweë hulle geloof van lidmaatskap van die vereniging (en die finansiële voordele daaraan verbonde) uitgesluit is. Die

Menseregtekommissie het bevind dat die vereniging wel geregtig is om geloofsoortuiging as 'n deurslaggewende vereiste vir lidmaatskap te stel.

'n Grondwetbepaling waarvan die konsekwensies nog nie naastenby deurdink is nie en wat met besondere effek met Artikel 31 saamgelees sou kon word, is Artikel 235:

### **235 Selfbeskikking**

Die Suid-Afrikaanse bevolking as geheel se reg op selfbeskikking soos in hierdie Grondwet vergestalt, belet nie, binne die raamwerk van dié reg, die erkenning van die konsep van die reg van enige gemeenskap wat 'n gemeenskaplike kultuur- en taalerfenis deel, op selfbeskikking binne 'n territoriale entiteit in die Republiek of op enige ander wyse, soos deur nasionale wetgewing bepaal nie.

Hierdie artikel verwys nie uitdruklik na 'n gemeenskaplike godsdienst(-erfenis) nie, maar wat van belang is (óók vir geloofsgemeenskappe en veral vir groepe wie se identiteit en samehorigheid deur 'n interaksie van taal, kultuur en godsdienst bepaal word) is die erkenning van *gemeenskappe* se reg op selfbeskikking (selfs) binne 'n territoriale entiteit – 'n geregtigheid waarvan die inhoud nog lank nie met presiesheid bepaal is nie. Soos voorheen in verband met Artikel 31-regte opgemerk (kyk 2.4) is, sal 'n groep wat op die reg tot selfbeskikking aanspraak wil maak waarskynlik op die een of ander wyse (bv ooreenkomstig die meganismes en prosedures in Art 31(1)(b)) geïnstitueer en georganiseer moet wees.

Artikels 31 en 235 is albei versigtig (en selfs terughoudend) bewoord. Die regte wat hulle verleen, is ook aan veelseggende kwalifikasies onderhewig. Artikel 31(1)-regte mag byvoorbeeld nie uitgeoefen word op 'n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie (Art 31(2)) terwyl Artikel 235 weer spesifieke gemeenskappe se reg op selfbeskikking *binne die raamwerk* van die reg op selfbeskikking van *die Suid-Afrikaanse bevolking as geheel* nie belet nie. Die outeurs van die Grondwet het dus sorg gedra vir formuleringe wat nie die indruk kan skep dat sesessie grondwetlik in orde is nie. Die regsverkende selfbeskikking en selfhandhawing van eiesoortige godsdienst-, taal- en kultuurgroepe is slegs binne Suid-Afrika as “een, soewereine, demokratiese staat” gegrond op sekere waardes (vgl Art 1 van die Grondwet) moontlik.

Ingevolge Artikel 38(c) van die Grondwet kan “iemand ... as 'n lid van, of in die belang van, 'n groep of klas persone” grondwetlike gedingvoering aanhangig maak. So 'n iemand sou ook as lid van byvoorbeeld 'n godsdienstgroep kan optree, maar dan sal daar tog sorg gegee moet word aan die afbakening van die groep en/of die identifikasie van groepsbelange. Dit is nouliks denkbaar dat iemand, sito-sito, vryblywend en willekeurig, as (beweerde) lid van en/of (na bewering) in belang van (bv) “alle godsdienstaanhangers” of “alle aanhangers van Islam” of “alle lidmate van kerkgenootskap X” 'n aksie kan instel sonder om die groep of klas persone waartoe hy of sy behoort en/of in wie se belang hy of sy optree geloofwaardig te identifiseer.

## **3.2 Ander grondwetlike bepalings wat die beskerming van godsdienstregte rugsteun**

### *3.2.1 Artikel 8(4): Regspersone*

Ingevolge die gemenerereg kwalifiseer georganiseerde godsdienstgemeenskappe (en veral konnafeonele gemeenskappe landwyd en op plaaslike vlak) om regspersone te wees (Fourie 1973:36-91; Pienaar 1982:242-311; Pienaar ongedateer:7-18). 'n Denominasie oor die algemeen of, in kerklike taal, 'n “genootskap”, sowel as individuele, (plaaslik) georganiseerde manifesteringe daarvan (bv gemeentes) kan almal hierdie status geniet. Artikel 8(4) van die Grondwet bepaal soos volg:

'n Regspersoon is geregtig op die regte in die Handves van Regte in die mate waarin die aard van die regte en die aard van daardie regspersoon dit vereis.

Daar is nie eenstemmigheid oor presies watter grondwetlik verskanste godsdienstrete regspersone geniet nie (Pienaar 1997:581; Malherbe 1998:679), maar daar is verseker heelwat godsdienstrete van so 'n aard dat godsdienstige regspersone op hulle geregtig kan wees (Van der Vyver 1999:647). Net soos 'n kommersiële regspersoon (soos 'n maatskappy) 'n visie en 'n missie kan stel, kan 'n godsdienstige regspersoon 'n geloof (of 'n sekere vertolking van 'n geloof) bely op 'n wyse en in 'n vorm wat konstitusionele erkenning en beskerming waardig is. Gemagtigde organe van die regspersoon is verantwoordelik vir die ontwerp en formulering van die daadwerklike “deklarasie” (sy dit 'n visie, missie of belydenis), maar as die deklarasie eers eenmaal voltooi en bekendgestel is, is die regspersoon (regtens en andersins) die deklaratant.

'n Regspersoon is 'n entiteit anders en méér as bloot 'n optelsom van die individuele lede wat daarby betrek is (en/of hulle eienskappe). Prakties gesproke is die grondwetlike beskerming wat aan die regte van die regspersoon verleen word nietemin *groep* beskerming omdat beskerming van die regspersoon ook op beskerming van die institusionele skema waarvolgens 'n *groep mense* hulleself organiseer, neerkom.

### 3.2.2 Artikel 18: *Vryheid van assosiasie*

Artikel 18 van die Grondwet verskans 'n reg op vryheid van assosiasie oor die algemeen (en nie slegs in godsdienst-spesifieke terme nie). Assosiasie is egter ook tipies godsdienstige groepsgedrag wat vir (grondwetlike) beskermingsdoeleindes verseker onder die Artikel 18-sambreed tuis behoort.

### 3.2.3 Artikel 29(3): *Onafhanklike (oftewel “private”) onderwysinstellings*

Elkeen het die reg om op eie koste 'n onafhanklike onderwysinstelling tot stand te bring en in stand te hou op voorwaarde dat daar nie op grond van ras gediskrimineer word nie (Art 29(3)(a) van die Grondwet), die betrokke instelling by die staat geregistreer word (Art 29(3)(b)) en die instelling se standaarde nie minderwaardig is in vergelyking met standaarde by vergelykbare openbare onderwysinstellings nie (Art 29(3)(c)). “Staatsubsidies aan onafhanklike onderwysinstellings” is nie uitgesluit nie (Art 29(4)).

Artikel 29(3) van die huidige Grondwet se voorganger, naamlik Artikel 32(c) van die Oorgangsgrondwet (Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993), het uitdruklik bepaal dat 'n gemeenskaplike kultuur, taal of godsdienst legitieme bestaansgronde vir onafhanklike onderwysinstellings daarstel. Artikel 29(3) sê dit nie in soveel woorde nie, maar 'n magtiging vir die daarstel van onderwysinstellings op die hier bo gemelde gronde kan sekerlik onder die meer inklusiewe bewoording van die gemelde grondwetbepaling tuisgebring word. Artikel 29(3) (net soos Art 32(c)) voorsien dus in 'n belangrike behoefte van godsdienst-gemeenskappe (vgl by Art 4 van die WCRP-SA Deklarasie). “Elkeen” dui verseker op individue, maar in die praktyk sal dit meestal groepe of organisasies of gemeenskappe wees wat privaatskole oprig en in stand hou. Die trefkrag van Artikel 29(3) word dus geoptimaliseer slegs indien dit as óók 'n groepreg verstaan word.

In *In re: the School Education Bill of 1995 (Gauteng)* (1996 (4) BCLR 537 (CC) par 7 en 9) het die Konstitusionele Hof beslis dat die reg om onafhanklike skole in die lewe te roep aan reghebbendes 'n afweersreg vis-à-vis die staat verleen. Die staat is met ander woorde verplig om nie met die stigting van sulke skole in te meng nie, maar tegelyk rus daar ook nie 'n positiewe plig op die staat om skole te verskaf (of te help stig) wat sekere spesifieke behoeftes (soos taal, kultuur en godsdienst) akkommodeer nie.



#### 4. TERSAAKLIKE REGSPRAAK

Daar sal vervolgens kortliks na hofuitsprake oor die grondwetlike beskerming van godsdienstrege gekyk word om te probeer vasstel of daar, in die algemeen gesproke, regterlike begrip is vir die groeps- en gemeenskapsdimensies van die reg op godsdienstvryheid (en kwessies wat nou daarmee verband hou). Daar word feitlik uitsluitlik aandag gegee aan regspraak van Suid-Afrika se twee hoogste howe, die Konstitusionele Hof en die Hoogste Hof van Appèl. Die meerderheid hofuitsprake wat ter sprake sal kom, handel oor die beskerming van die reg op godsdienstvryheid ingevolge Suid-Afrika se 1993-Grondwet oftewel Oorgangsgrondwet. Die Oorgangsgrondwet het die gemelde reg (en verwante regte) vir alle praktiese doeleindes op dieselfde wyse(s) as die (huidige) 1996-Grondwet oftewel “finale Grondwet” verskans. Regspraak oor die beskerming van godsdienstrege in die 1993-Grondwet is daarom bykans onveranderd op die vertolking van godsdienstrege-bepalings in die 1996-Grondwet van toepassing.

##### **4.1 Gelyke en onpartydige behandeling – Gesondheid! Die *Seven Eleven*-saak**

In *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* (1997 (10) BCLR 1348 (CC)) is drie werknemers van die *Seven Eleven*-kettingwinkelgroep in afsonderlike sake in landdroshowe skuldig bevind aan die oortreding van artikel 90(1) van die Drankwet 27 van 1989 omdat hulle wyn op Sondae verkoop het. In hoër beroep voor die Konstitusionele Hof voer een van die appellante, Solberg, aan dat Artikel 90(1) ongrondwetlik is (onder meer) omdat 'n verbod op wynverkope op Sondae inbreuk maak op die reg op godsdienstvryheid van diegene wat geen godsdiensige of soortgelyke beswaar teen sodanige verkope het nie.

Die *Seven Eleven*-saak (soos dit mettertyd bekend geword het) was die heel eerste saak waarin die Konstitusionele Hof regstreeks met 'n vryheid van godsdienstrege gekonfronteer was. Om verskillende redes is die uitspraak in hierdie saak 'n “ongelukkige eerste”. Eerstens was daar nie 'n volledige oorkonde van die verrigtinge in die hof van eerste instansie voor die Konstitusionele Hof nie omdat die appellante nie die korrekte appèlprosedure gevolg het nie. Tweedens het die betrokke saak nie oorwegend oor konstitusionele beskerming van die reg op godsdienstvryheid gehandel nie, maar ten minste net soseer oor moontlike konstitusionele beskerming van kommersiële belange en veral elkeen se reg om vrylik aan die handelsverkeer deel te neem. Laasgenoemde reg was in Artikel 26(1) van die Oorgangsgrondwet verskans, maar is glad nie weer in die 1996-Grondwet opgeneem nie. Derdens was geen godsdienstgemeenskap regstreeks of onregstreeks by die gedingvoering in die *Seven Eleven*-saak betrokke nie. Die Konstitusionele Hof het dus nie die voordeel gehad van godsdienstgroepe of -gemeenskappe se siening(s) oor die kwessie waaroor uitspraak gegee moes word nie.

Nege regters van die Konstitusionele Hof het die *Seven Eleven*-saak aangehoor. Ses van hulle het uiteindelik saamgestem dat die appèl van die hand gewys moes word, maar hulle was vier teen twee verdeel oor die rede(s) hoekom. Drie regters was van oordeel dat die appèl moes slaag en hulle regsargumente was baie dieselfde as dié van die minderheid van twee regters in die eersgemelde groep (van ses). Wat voorkeur vir bepaalde regsargumente betref, was die hof dus vyf teen vier verdeel, en dit is hierdie verdeling (tussen “die vyf” en “die vier” regters) wat van regstreekse belang is by 'n beoordeling van die Konstitusionele Hof se “filosofie” oor die beskerming van die grondwetlike reg op godsdienstvryheid.

Die vier, by monde van die president van die hof, Arthur Chaskalson, en met goedkeurende verwysing na regspraak van die Kanadese Supreme Court (in *bv R v Big M Drug Mart Ltd supra* 97) herlei – vir definisiedoeleindes – die reg op godsdienstvryheid essensieel tot godsdienstaanhangers se aanspraak om nie in die vrye beoefening van hulle godsdienst gekortwiek te word nie (*Seven Eleven*-saak par 92; kyk ook punt 1). Die vier bevind voorts dat gelykheidskwessies nie

in die *Seven Eleven*-saak ter sprake is nie omdat die appellant Solberg slegs (uitdruklik) op die vryheid van godsdien-skousule in die Oorgangsgrondwet (en nie ook op die gelykheidsklousule nie) steun om die grondwetlikheid van die verbod op Sondagwynverkope aan te veg. Die hof hoof, volgens die vier, nie enigiets oor (bv) die gelyke en onpartydige behandeling van verskillende godsdiensgroepe en hulle aanhangers te beslis nie, want in die stukke voor die hof maak die appellant geen gewag van die tersaaklikheid van enige gelykheidsregte vir die beregting van die grondwetlike kwessie nie (par 99-102).

Volgens die vyf regters is gelykheidsoorwegings in elk geval ter sake by die beoordeling van enige moontlike inbreuk op die reg op godsdiensvryheid. So gesien, maak Artikel 90(1) van die Drankwet inbreuk op godsdienregte nie soseer as vryheidsregte nie, maar bepaald tog as 'n reg of regte op die gelyke en onpartydige (oftewel, soos dit in Engels heet, *even-handed*) behandeling van verskillende godsdienste en hulle aanhangers. Regters Sachs en Mokgoro is egter van oordeel dat sodanige inbreuk, op die keper beskou, gering genoeg is om op sterkte van die algemene beperkingsklousule in die Handves van Regte in die Oorgangsgrondwet (Art 33) geregverdig te kan word. Artikel 90(1) is volgens hulle dus nie ongrondwetlik nie (par 165-179 van die *Seven Eleven*-uitspraak).

Regter O'Regan, die vyf se segspersoon, kenskets die kerntekortkoming in die vier se benadering soos volg (par 128):

I ... cannot agree with Chaskalson P when he concludes that because the provisions do not constrain individuals' "right to entertain such religious beliefs as they might choose, or to declare their religious beliefs openly, or to manifest their religious beliefs", there is no infringement of section 14 ... In my view, the requirements of the Constitution require more from the legislature than that it refrain from coercion. It requires in addition that the legislature refrain from favouring one religion over others. Fairness and even-handedness in relation to diverse religions is a necessary component of freedom of religion.

Die vyf se benadering, veel meer as dié van die vier, maak dit duidelik dat die reg op godsdiensvryheid tegelyk 'n individuele en 'n groepreg is. Om idiosinkratiese vergestaltungs van geloofsoortuigings te duld, is lank nie die alfa en die omega van grondwetlike waarborge vir die vrye beoefening van godsdien nie. Die verpligting op die staat om mense en groepe met uiteenlopende godsdien- (en nie-godsdienstige) oortuigings gelyk en onpartydig te behandel, is onafskeidelik deel van die pakket. Die eintlike vryheid van godsdien-kwessie in die *Seven Eleven*-saak was dus of die staat behoort kant te kies vir Christene wat beswaar het dat wyn op Sondag verkoop word – en dít teenoor nie-Christene (maar ook ander Christene) wat nie sodanige beswaar deel nie.

Die vier regters gee ook voor dat 'n Sondag eintlik maar 'n algemene rusdag sonder 'n spesifieke godsdienstige betekenis is (par 95 en 96). Dit is egter onrealisties om te maak asof Sondag geen godsdienstige betekenis het nie. Waarom behoort wyn in elk geval minder vrylik op 'n algemene rusdag as op 'n algemene werkdag beskikbaar te wees? Dat die wetlike verbod op wynverkope op Sondag godsdienstig gemotiveer is, word bevestig deur die feit dat die ander dae (benewens Sondag) wat ingevolge die drankwet ook geslote dae vir wynverkope is, almal Christelike feesdae is (soos regter O'Regan in haar uitspraak tereg aantoon – par 125).

#### **4.2 Die privatisering van vooroordeel? Die *Christian Education*-saak**

In die *Christian Education*-saak veg 'n organisasie van besorgde Christenouers aanvanklik in die Suidoos-Kaapse Hoë Hof (*Christian Education SA v Minister of Education of the Government of SA*, 1999 (9) BCLR 951 (SE)) die grondwetlikheid van Artikel 10 van die Suid-Afrikaanse

Skolewet 84 van 1996 aan. Dié wetsbepaling verbied lyfstraf in staat- sowel as in onafhanklike, oftewel privaatskole. Volgens die Christelike geloofsoortuigings van die lede van die organisasie is lyfstraf integrerend deel van die opvoeding van hulle kinders – veral in skole wat juis op grond van hierdie geloofsoortuigings gestig is en bedryf word. 'n Verbod op lyfstraf in sulke skole skend na bewering dus die lede van die organisasie se grondwetlik verskanste reg op godsdiensvryheid. Die hof van eerste instansie kom tot die slotsom dat selfs al sou in casu gesê kon word dat die bevoegdheid om kinders lyfstraf op te lê deel van die applikante se beoefening van hulle reg op godsdiensvryheid uitmaak, daardie bevoegdheid, grondwetlik gesproke, alleen die betrokke Christenouers self kan toekom en nie ook onderwysers in loco parentis (selfs) in Christenskole nie.

Op appèl gee 'n eenparige Konstitusionele Hof by monde van regter Sachs die (besorgde) applikante eweneens nie gelyk nie (*Christian Education South Africa v Minister of Education*, 2000 (10) BCLR 1051 (CC)). Volgens die hof plaas Artikel 10, gemeet aan die standaard van die algemene beperkingsklousule (Art 36) in die 1996-Grondwet, 'n aanvaarbare beperking op ouers se vrye beoefening van hulle godsdien en veral hulle “reg” om onderwysers en skole volmag te gee om, in gepaste omstandighede, hulle kinders 'n pak slae te gee. Die hof spreek doelbewus egter nie 'n mening uit oor die grondwetlike implikasies van ouers se (moontlike) “reg” om, op sterkte van hulle geloofsoortuigings, self hulle kinders aan lyfstraf te onderwerp nie.

Ongelukkig gee regter Sachs onvoldoende aandag aan sekere kwessies wat nou met die aard van Christenskole as groepsinstellings saamhang. In 'n land waarin 'n moderne grondwet fundamentele regte (op menswaardigheid, gelykheid, sekerheid van die persoon, ens) in navolging van sekere demokratiese waardes verskans, moet optrede in (kwasi-openbare) instellings soos onafhanklike skole sekerlik aan bepaalde grondwetlike remme en teëwigtige onderhewig wees. En dit plaas lyfstraf as *instelling* by sulke skole (en nie soseer as die uitoefening van die een of ander individuele reg nie) in die konstitusionele kollig. Die kwessie van lyfstraf in Christenskole is onvermydelik deel van 'n meer omvattende vraagstuk, naamlik in watter mate die beoefening van godsdiensvryheid in groeps- of institusionele verband toegelaat kan word om beperkings op (ander en andere se) grondwetlik verskanste, fundamentele regte te plaas. Hieroor gee die Konstitusionele Hof ongelukkig nie juis leiding nie.

In 'n interessante naskrif tot sy uitspraak laat regter Sachs egter 'n gevoeligheid blyk vir die feit dat die uitleef van geloofsoortuigings tipies (ook) 'n groepsaktiwiteit is wat aan almal binne die groep 'n reg op gelyke en onpartydige behandeling gee. Hy betreur naamlik die feit dat in die saak voor die hof niemand die belange van die betrokke kinders verteenwoordig het nie (par 53):

Although both the state and the parents were in a position to speak on their behalf, neither was able to speak in their name.

Die regter is van oordeel dat daar 'n kurator ad litem aangestel moes gewees het om die kinders se saak te stel. Dít sou die dialoog verryk het. Die hof maak dus (al is dit by nabaat) voorspraak vir die belange van 'n kwesbare groepering binne 'n groter godsdienstige groepsverband.

### 4.3 Godsdien onder die invloed ... Die *Prince*-saak

Die *Prince*-saak was tot op datum waarskynlik die moeilikste en mees omstrede saak oor die reikwydte van die grondwetlike reg op godsdiensvryheid. Dit gaan hier oor die professionele toekoms van ene Gareth Prince, 'n Rastafariër en gereelde gebruiker van cannabis sativa (of “dagga”, soos dit in Suid-Afrika in die volksmond bekend staan). Prince beweer dat hy, as integreerende deel van sy godsdiensoefening, hierdie wetlik verbode dwelmmiddel vir verskeie doeleindes (spiritueel en seremonieel, maar ook medisinaal en kulinêr) gebruik. Prince het sy regstudie suksesvol voltooi en hy doen aansoek by die Kaapse Wetsgenootskap om as 'n

kandidaatprokureur wat gemeenskapsdiens verrig, geregistreer te word. Sy aansoek word van die hand gewys omdat, volgens die wetsgenootskap, Prince se twee vorige veroordelings vir die (wetlik verbode) besit van dagga (asook sy verklaarde voorneme om met die gebruik van dagga voort te gaan) meebring dat hy nie 'n "geskikte en gepaste persoon" is om 'n kandidaatprokureur te wees nie. Prince veg die wetsgenootskap se besluit in die Kaapse Hoë Hof aan (*Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope and others*, 1998 (8) BCLR 976 (C)), maar die hof bekragtig die wetsgenootskap se besluit en bevind dat die wetlike verbod op die besit en gebruik van dagga ten behoeve van openbare veiligheid, orde, gesondheid en sedes ingestel is en swaarder weeg as Rastafariërs se (moontlike) geregtigheid om dagga in hulle godsdiens oefening te gebruik.

Die Hoogste Hof van Appèl (in *Prince v. President, Cape Law Society and others*, 2000 (3) SA 845 (SCA)) wys ook Prince se appèl van die hand en hy beroep hom in die finale instansie op die Konstitusionele Hof, Suid-Afrika se finale hof van appèl in grondwetlike aangeleenthede. Die Konstitusionele Hof het toe hierdie artikel geskryf is nog nie 'n finale uitspraak in hierdie saak gegee nie, maar wel 'n belangwekkende tussentydse uitspraak waaroor aanstons meer gesê sal word. Maar eers die een en ander oor die Hoogste Hof van Appèl se uitspraak in die *Prince*-saak. Die hof, skynbaar oorstelp deur die moontlikheid dat 'n gevaarlike daggaroker die geleedere van uitgelese en wetsgehoorsame regslui kan binneglip, het min aandag gegee aan wat die reg op die vrye beoefening van godsdiens deur 'n Rastafariër of die aanhanger van enige ander godsdiens *per definisie* behels, maar die gemelde reg begin beperk sonder om eens 'n poging aan te wend om die reikwydte daarvan te bepaal. Dit is 'n beskermingsonvriendelike manier van omgaan met 'n grondwetlik verskanste fundamentele reg.

Prince is ook nie maar net 'n individu wat dagga gebruik omdat hy met die een of ander geklike, religieuse plesiertjie van sy eie besig is nie. Hy is lid van 'n denominasionele gemeenskap van godsdiensaanhangers wat sekere geloofsoortuigings oor die gebruik van dagga deel, en wat 'n godsdienstige praktyk beoefen wat hulle, as kwesbare minderheid, blootstel aan sowel die openlike as die versweë vooroordele van 'n meerderheid wat daggarokery gewoonweg verdoem. Hierdie laasgenoemde aspek word in die Hoë Hof van Appèl se uitspraak totaal oor die hoof gesien, maar in die Konstitusionele Hof se tussentydse uitspraak (*Prince v President, Cape Law Society and others*, 2001 (2) BCLR 133 (CC)) wel verreken.

Na die aanvanklike aanhoor van die partye se betoë kom die Konstitusionele Hof tot die gevolgtrekking dat nóg die appellant (Prince) nóg die respondent(e) in die loop van die hofverrigtinge wat in die Kaapse Hoë Hof begin het, genoeg getuienis voorgelê het op grond waarvan 'n hof oor die kernkwessies in die saak uitsluitel kan gee. Van die appellant benodig die hof behoorlike getuienis oor presies op watter wyse en in watter omstandighede Rastafariërs dagga as deel van hulle godsdiens oefening gebruik. Van die respondente (insluitend die Minister van Justisie en die Direkteur van Openbare Vervolgings in die Wes-Kaap) verlang die hof getuienis ter verheldering van praktiese swarighede wat hulle meen mag opduik indien Rastafariërs toegelaat sou word om dagga te bekom, te besit en te gebruik. Albei kante word die geleentheid gegun om sodanige getuienis te bekom en aan te bied. Die geduld wat die hof hierdeur aan die dag lê, is ongewoon vir 'n finale hof van appèl, want normaalweg word van gedingspartye verwag om alle tersaaklike getuienis aan te bied in die stadium wat 'n saak in die hof van eerste instansie (in hierdie geval die Kaapse Hoë Hof) aanhangig gemaak word. Dit is slegs in baie uitsonderlike omstandighede dat partye bykomende getuienis op appèl mag aanbied. Die Konstitusionele Hof het egter bevind dat sodanige omstandighede wel in die *Prince*-saak aanwesig is en sommige van die redes wat vir hierdie bevinding aangevoer word, getuig van 'n diepgaande begrip nie alleen van die *appellant* se dilemma nie, maar ook van die kwesbare posisie van Rastafariërs as 'n godsdienstige minderheidsgemeenskap. Die hof by monde van regter Ngcobo verduidelik:

The constitutional right to practise one's religion asserted by the appellant here is of fundamental importance in an open and democratic society. It is one of the hallmarks of a free society ... (par 25 van die uitspraak).

[T]he appellant belongs to a minority group. The constitutional right asserted by the appellant goes beyond his own interest – it affects the Rastafari community. The Rastafari community is not a powerful one. It is a vulnerable group. It deserves the protection of the law precisely because it is a vulnerable minority. The very fact that Rastafari use cannabis exposes them to social stigmatisation. They are perceived as associated with drug abuse and their community is perceived as providing a haven for drug abusers and gangsters. During argument it was submitted on behalf of the A-G that if a religious exemption in favour of the Rastafari were to be allowed this would lead to an influx of gangsters and other drug abusers into their community. The assumption which this submission makes demonstrates the vulnerability of this group. Our Constitution recognises that minority groups may hold their own religious views and enjoins us to tolerate and protect such views. However, the right to freedom of religion is not absolute. While members of a religious community may not determine for themselves which laws they will obey and which they will not, the state should, where it is reasonably possible, seek to avoid putting the believers to a choice between their faith and respect for the law (par 26).

Komend van Suid-Afrika se hoogste hof in grondwetlike aangeleentede, voorspel die hier bo verwoorde regterlike begrip vir die groeps- en gemeenskapsbelange wat by die uitoefening van die reg op godsdienstryheid betrokke is veel goeds vir die aanvang van 'n tradisie van grondwetlike regspraak wat godsdienstrye as sowel individuele as groeprye verstaan en as sodanig daaraan gevolg gee.

#### **4.4 Die Grondwet skep boni mores – die *Amod*-saak**

Soos in 3.1.1 aangetoon, magtig Artikel 15(3)(a) van die Grondwet wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat ingevolge godsdienstige persoonlike of familieregstelsels gesluit is. Geen *reg* word egter verskans nie en die wetgewing – wat tot op hede nog nie verorden is nie, maar waarmee goeie vordering gemaak word (Suid-Afrikaanse Regskommissie; Magardie 2001) – sal nie outomaties teen grondwetlike toetsing gevrywaar wees nie aangesien die hier bo vermelde erkenning gemagtig word op die uitdruklike voorwaarde dat dit met die res van Artikel 15 en met die Grondwet self bestaanbaar moet wees. Soos voorheen ook vermeld, maak hierdie grondwetlike bepaling vir die groeps- of gemeenskapsbelange van veral sekere godsdienstminderhede voorsiening, maar dit is nie onomstrede nie. Menseregteaktiviste (en veral feministe) voer aap dat sommige godsdienstige persoonlike en familieregstelsels teen getroude vroue diskrimineer. Die vrees bestaan dus dat Artikel 15(3)(a) nie werklik die posisie van vroue in hierdie gemeenskappe sal verbeter nie.

Hoe dit ook al sy, sedert die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet in 1994 was daar betekenisvolle regspraak oor die erkenning van godsdienstige huwelike wat tradisionele vooroordele oor sulke huwelike begin besweer het, veral in gevalle waar getroude vroue uit die

---

4 Moosa 1997 kom egter tot die gevolgtrekking dat die erkenning van, bv, Moslem- persoonlike reg onderhewig aan die Grondwet lewensvatbaar is, en vanuit sowel 'n teologiese as menseregte-oogpunt geregtig kan word. Sy sê dit op grond van haar baie spesifieke vertolking van die leerstellings van Islam.

erkenning van die gemelde huwelike voordeel kon trek. Suid-Afrikaanse howe het tradisioneel byvoorbeeld die opvatting gehuldig dat Moslemhewelike poligaam is en daarom op grond van openbare beleidsoorwegings nie regserkenning behoort geniet nie (Bonthuys & Du Plessis 1995:101-1-2). Ander (potensieel) poligame, godsdienstige huwelike (bv Hindoehuwelike) is ook nie erken nie. Dit het geen verskil gemaak of 'n spesifieke huwelik daadwerklik poligaam was of nie: bloot die moontlikheid dat 'n de facto- monogame huwelik poligaam kan word, het hierdie godsdienstige huwelike die teësin van die gemenerereg soos ontwikkel deur die howe op die hals gehaal.

In *Ryland v Edros* (1997 (1) BCLR 77 (C)) het die Kaapse Hoë Hof bevind dat die Oorgangsgrondwet die effek van tradisionele vooroordele oor Moslemhewelike versag, veral daardie huwelike wat in feite monogaam is. In hierdie geval het dit gegaan oor die vraag of 'n Moslemvrou van regsweë 'n onderhoudseis teen haar eggenoot het. Omdat Moslemhewelike tradisioneel nie regtens erken is nie, het ons howe die opvatting gehuldig dat 'n Moslemeggenoot se verantwoordelikheid om sy eggenote te onderhou op 'n kontrak tussen die partye berus en nie (soos in die geval van 'n regtens erkende huwelik) 'n regsplig is nie. Omdat, volgens die howe se tradisionele opvatting, “die huweliks-kontrak” tussen Moslemeggenotes egter die boni mores (“goeie sedes”) kompromitteer, was 'n Moslemeggenote se eis vir onderhoud regtens onafdwingbaar (*Ismail v Ismail* 1983 (1) SA 1006 (A)). In *Ryland v Edros* (*supra* 91I, 92B en 92I-93B) het die hof egter bevind dat grondwetlike waardes openbare beleidsoorwegings wat die vooroordele en voorkeure van slegs een (al is dit dominante) segment van 'n plurale samelewing reflekteer, op losse skroewe stel.

*Ryland v Edros* het die grondslag gelê vir 'n regsontwikkeling wat Moslemweduwees wat hulle mans as gevolg van die optrede van 'n derde party aan die dood moes afstaan, dramaties sou bevoordeel. 'n Afhanklike wie se “broodwinner” opsetlik of nalatig deur iemand anders gedood word, kan sy of haar verlies aan onderhoud met die eis van die afhanklike van die dader of, in die praktyk, meestal die dader se versekeraar, verhaal. Die eiser(es) moet egter aantoon dat die oorledene *regtens* (en nie slegs kontraktueel nie) verplig was om hom of haar te onderhou. Die eis van die afhanklike was dus nog altyd tot die beskikking van enigiemand (in feite is dit meestal vroue) wie se huweliksmaat, met wie sy of hy wettig (ingevolge die amptelike huweliksreg) getroud was, opsetlik of nalatig gedood word. Dit is so omdat die oorledene *regtens* verplig was om die eiser(es) te onderhou. Partye wat ingevolge Moslemreg getroud is se huwelik is egter nie regtens erken nie en die eiser(es) het dus slegs 'n kontraktuele eis vir onderhoud teen die oorledene gehad. Hierdie swakkere beregtiging kon nie as grondslag vir die eis van die afhanklike dien nie. Die gemelde opvatting is in 'n hele reeks gewysdes gehuldig, waarvan die toonaangewendste die Appèlhofuitsprake in *Seedat's Executors v The Master* (1917 AD 302) en *Ismail v Ismail* (*supra*) was. Tradisionele huwelike ingevolge (swart) gewoontereg het, net soos Moslem- en soortgelyke godsdienstige huwelike, ook nie (volle) regserkenning geniet nie, maar Artikel 31 van die Wysigingswet op Wetgewing vir Swartes 76 van 1963 verleen reeds die afgelepe byna vier dekades eis van die afhanklike ook aan 'n afhanklike wat ingevolge swart gewoontereg getroud was.

Die Hoogste Hof van Appèl se eenparige uitspraak in *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund* (1999 (4) SA 1319 (SCA)) was 'n daadwerklike deurbraak vir eggenotes wat jare lank deur die nie-erkenning van hulle (potensieel) poligame godsdienstige huwelike in 'n lelike verknorsing kon beland. Die hof bevind dat, in beginsel, die eis van die afhanklike tot die beskikking van 'n Moslemeggenote is. Dié bevinding word nie spesifiek op die Grondwet gebaseer nie, maar op die ontwikkeling van die gemeenskapsopvatting namate 'n nuwe grondwetlike bedeling gestalte begin kry het (par 30 van die uitspraak).

Die hof probeer die stand van die boni mores in Suid-Afrika op die tydstip toe die eisoorzaak in die betrokke saak ontstaan het, dit wil sê, die datum waarop die oorledene nalatig gedood is,

peil. Dit was 25 Julie 1993. Op daardie tydstip was die onderhandelinge vir 'n nuwe grondwetlike bedeling nog aan die gang, maar hoofregter Mahomed is van oordeel dat tóé reeds 'n “new ethos ... informed the determination of the boni mores of the community” (par 21). Hierdie etos is wesens anders as die tradisionele etos wat die nie-erkenning van potensieel poligame huwelike tot gevolg gehad het. Die hof is voorts van oordeel dat die grondwetlike veranderinge wat tot en met 25 Julie 1993 plaasgevind het hierdie nuwe etos van verdraagsaamheid, pluralisme en godsdiensvryheid reflekteer (par 20) en dat regserkenning van (ten minste) de facto- monogame Moslemhuwelike vir doeleindes van die eis van die afhanklike nie (meer) misplaas sal wees nie.

## 5. GEVOLGTREKKING EN TOEKOMSPERSPEKTIEWE

Die grondwetlike konteks in Suid-Afrika laat volop ruimte vir die optimale beskerming van godsdiensregte as groeppregte. Ofskoon nooit gesê kan word dat 'n grondwetlike vir slegs een vertolking vatbaar is nie, is daar verskeie aanwysers in Suid-Afrika se 1996-Grondwet wat 'n groepsvriendelike verstaan van die reg op godsdiensvryheid aanmoedig. Dicta van die Konstitusionele Hof in die *Seven Eleven-* and *Christian Education-*sake, wat skynbaar voorkeur aan 'n libertinistiese en individualistiese verstaan van die reg op godsdiensvryheid gee, hoef nie noodwendig vir die toekoms bepalend te wees nie en in elk geval was hierdie benadering in die *Seven Eleven-*saak in werklikheid 'n minderheidsbenadering. Ongelukkig is dit egter in groot mate in die *Christian Education-*saak nagevolg en het regter Sachs nie aan institusionele kwessies die aandag gegee wat hulle verdien nie. Die Konstitusionele Hof het egter in die tussentydse uitspraak in die *Prince-*saak laat blyk dat die groepeeriënteerdheid inherent aan die uitoefening van godsdiensvryheid in sekere gevalle van deurslaggewende belang kan wees. Dat die hof op die kwesbaarheid van 'n godsdienstige minderheidsgroep bedag was, is ook te verwelkom. Soos voorheen opgemerk (4.3), was die finale uitspraak in die *Prince-*saak by die skryf van hierdie artikel nog nie gelewer nie.

Sonder vrees vir teëspraak kan gesê word dat ontwikkelings in die Suid-Afrikaanse gemenerereg in verband met die erkenning van sekere godsdienstige huwelike nooit sou plaasgevind het as dit nie vir ons twee demokratiese grondwette sedert 1994 was nie. Nie een van die twee grondwette is egter regstreeks aangewend om verandering teweeg te bring nie. Daar is eerder gesteun op die indirekte werking oftewel “stralingseffek” van die Grondwet waarvoor in Artikel 39(2) soos volg voorsiening gemaak word:

By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.

Die toenemende bereidwilligheid van die howe om die “normale gevolge” van 'n gewone burgerlike huwelik in sommige gevalle ook vir godsdienstige huwelike te erken is in ooreenstemming met die wense van die godsdiensgemeenskappe wie se huwelike aldus erken word en vind waarskynlik, te oordeel aan Artikel 8 van die WCRP-SA Deklarasie (kyk punt 1), ook oorwegend byval by godsdiensgemeenskappe oor 'n wyer spektrum. Vanuit 'n menseregteperspektief kan sodanige erkenning egter 'n tweesnydende swaard wees, want regstatus kan verleen word aan godsdiensgebruike en -reëls wat teen vroue diskrimineer. Die wetgewing wat in Artikel 15(3) van die Grondwet voorsien word, word tans deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorberei en sal vir openbare kommentaar voorgelê word. Groot sorg sal by die opstel van hierdie wetgewing aan die dag gelê moet word om te verseker dat die een skerp kant van die swaard nie diskriminerende skade aanrig nie terwyl die ander skerp kant skerp genoeg bly om die stryd vir die bemagtiging

van individuele vroue (veral Moslem- en Hindoeuwedues) wat jare lank slagoffers van erge diskriminasie was, te kan voer. Hierdie vroue het oor die afgelope sowat vier jaar reeds begin baat by die feit dat die hulle gemeenskappe se belang by die erkenning van hulle godsdienstige huwelike ernstig begin neem het. Hieruit blyk dat die bevordering van die regte van 'n godsdienste-gemeenskap, al is dit nie altyd onomstrede nie, vir individue ook tot voordeel kan wees.

## BIBLIOGRAFIE

- Bonthuys, Elsje & Du Plessis, Lourens 1995. Whither the validity of marriages concluded under a system of religious law under the transitional Constitution. *Kalla v The Master* 1994 (4) BCLR 79 (T), in *SA Publikereg*, Vol 10.
- Du Plessis, Lourens M 1996. Religious human rights in South Africa, in Van der Vyver, Johan D & Witte, John (reds). *Religious human rights in global perspective: Legal perspectives*, 441-466. Den Haag, Boston, Londen: Nijhoff.
- Fourie, D C G 1973. *Die Nederduitse Gereformeerde Kerk as regspersoon in die Suid-Afrikaanse privaatreë*. Ongepubliseerde LLD-proefskrif. Potchefstroom: Potchefstroomse Universiteit vir CHO.
- Magardie, Khadija 2001. Muslim marriages to be recognised, in *Daily Mail and Guardian* 7 Des 2001. <http://www.mg.co.za/mg/za/archive/2001dec/features/07dec-muslim.html>.
- Malherbe, E F J 1998. Die grondwetlike beskerming van godsdiensvryheid, in *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, Vol 1998. Lansdowne: Juta.
- Moosa, Najma 1997. *An analysis of the human rights and gender consequences of the new South African Constitution and Bill of Rights with regard to the recognition and implementation of Muslim Personal Law (MPL)*. Ongepubliseerde LLD-proefskrif. Bellville: Universiteit van Wes-Kaapland.
- Pienaar, G 1997. Konstitusionele voorskrifte rakende regspersone, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, Vol 60. Durban: Butterworths.
- Pienaar, G J 1982. *Die gemeenregtelike regspersoon in die Suid-Afrikaanse Privaatreë*. Ongepubliseerde LLD-proefskrif. Potchefstroom: Potchefstroomse Universiteit vir CHO.
- Pienaar, Gerrit ongedateerd. *Die regsposisie van die Gereformeerde Kerke in Suid-Afrika*. Potchefstroom: Calvyn Jubileum Boekefonds.
- Smith, Nicholas 2001. Freedom of religion in the Constitutional Court, in *The South African Law Journal*, Vol 118. Lansdowne: Juta.
- Suid-Afrikaanse Regskommissie. *Harmonisation of customary and common law: Conflict of personal laws*. Discussion Paper 76 (Project 90). <http://www.law.wits.ac.za/salc/discussn/discussn.html>.
- Van der Vyver, Johan D 1999. Constitutional perspective of church-state relations in South Africa, in *Brigham Young University Law Review*, Vol 1999. J Reuben Clark Law School: Brigham Young University.
- Van der Vyver, Johan D 2000. Godsdiensvryheid: sekularisasie of politieke neutraliteit?, in *Woord en Daad*, Somer 2000. Potchefstroom.
- World Conference on Religion and Peace – South African Chapter (WCRP-SA) 1991. *Believers in the future. Proceedings of the National Inter-Faith Conference on Religion-State Relations, December 2-4 1990, Johannesburg*. Johannesburg.

## Hofsake

- Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund*, 1999 (4) SA 1319 (SCA).
- Christian Education SA v Minister of Education of the Government of SA*, 1999 (9) BCLR 951 (SE).
- Christian Education SA v Minister of Education of the Government of SA*, 2000 (10) BCLR 1051 (CC).
- In re: the School Education Bill of 1995 (Gauteng)*, 1996 (4) BCLR 537 (CC).
- Ismail v Ismaili*, 1983 (1) SA 1006 (A).
- Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope and others*, 1998 (8) BCLR 976 (C).
- Prince v President, Cape Law Society and others*, 2000 (3) SA 845 (SCA).
- Prince v President, Cape Law Society and others*, 2001 (2) BCLR 133 (CC).
- R v Big M Drug Mart Ltd* 1985 13 CRR 64.
- Ryland v Edros*, 1997 (1) BCLR 77 (C).
- Seedat's Executors v The Master*, 1917 AD 302.
- Wittmann v Deutscher Schulverein, Pretoria and others*, 1998 (4) SA 423 (T).