Vonnisbespreking: Die siviele verbod op haatspraak – "Shoot the Boer" in die gelykheidshof, hoë hof en die uitsaaiklagtetribunaal

Anton Kok, Louis Botha

Anton Kok, adjunkdekaan, Regsfakulteit, Universiteit van Pretoria

Louis Botha, LLM-student, Departement Handelsreg, Universiteit van Pretoria

Abstract

In this case note we analyse three judgments relating to the civil prohibition of hate speech as contained in section 10 of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000 with specific reference to the phrase "Shoot the Boer". We illustrate that the various fora that analysed these words did not interpret the definition of hate speech in section 10 in a consistent manner, did not always apply the definition as contained in section 10, and that the impugned words do not in all circumstances amount to hate speech.

Keywords: hate speech; Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act; "Shoot the Boer"

Trefwoorde: haatspraak; "Shoot the Boer"; Wet op die Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie

1. Inleiding

Artikel 10 van die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie[1] skep 'n eisoorsaak gebaseer op haatspraak. Alhoewel howe verplig is om artikel 10 toe te pas wanneer 'n party beweer dat haatspraak plaasgevind het,[2] gebeur dit nie altyd nie. In hierdie bespreking oorweeg ons hoe die woorde "Shoot the Boer" uitgelê is ingevolge hierdie wetsartikel in *Afri-forum v Malema* ("*Afri-forum*"),[3] *African National Congress v Harmse:* In re *Harmse v Vawda* ("*Harmse*"),[4] en hoe dit uitgelê is binne die konteks van 'n radiouitsending ingevolge die Uitsaaiklagtekommissie se gedragskode in *J Coetzee v YFM* ("*Coetzee*").[5]

2. *Afri-forum*

2.1 Feite

AfriForum en TAU SA stel ingevolge artikel 10(1) van die Gelykheidswet 'n eis in gebaseer op haatspraak teen die respondent, Malema, in daardie stadium die president van die ANC

Jeugliga. AfriForum beweer dat Malema op openbare geleenthede die volgende woorde gesing of gesê het: “Awudubula (i) bhulu.[6] Dubula amabhunu baya raypha.[7] They are scared the cowards you should ‘shoot the Boer’ the farmer! They rob these dogs” (sic).[8]Volgens AfriForum uiter Malema die woorde op of omtrent 3 Maart 2010 in Polokwane tydens sy verjaarsdagpartytjie; op 9 Maart 2010 by die Universiteit van Johannesburg; op 22 Maart 2010 in die loop van ’n openbare toespraak wat hy tydens Menseregtedagvieringe in Mafikeng lewer en op 26 Maart 2010 in Rustenburg.

AfriForum voer aan dat die woorde sistemiese nadeel teenoor Afrikaners of Afrikaanse boere verewig het, dat dit hul menswaardigheid aantas en dat die woorde in stryd met artikel 10 van die Gelykheidswet is.[9] Dit is gemeensaak dat Malema op verskeie geleenthede die woorde uiter en hy erken dat hy die woorde in die oorspronklike taal gesing het, maar hy ontken dat hy die woorde gesing het soos wat dit vertaal is.[10]

Die kern van Malema se argument is dat die lied/woorde soos wat dit deur hom gesing is in die oorspronklike taal, ’n spesifieke betekenis dra vir die groep mense by elke geleentheid waartydens dit gesing is en dat dit vir almal wat bekend is met die lied, dieselfde beteken.[11]

2.2 Beslissing

Die hof beslis dat die gewraakte woorde op haatspraak neerkom en verbied Malema, die ANC en derde partye om die gewraakte lied tydens enige private of openbare geleentheid te sing.

Die uitspraak word ongelukkig nie sistematies uiteengesit nie. Die opskrifte wat hier onder volg, word nie in die uitspraak gebruik nie en is ons poging om die onderliggende beginsels te identifiseer.

2.2.1 Die teikengehoor

Die hof beslis dat die teikengehoor die individue is wat deur die haatspraak geraak word.[12] Spraak wat ’n politiese inhoud het en wat in die openbaar plaasvind, word geag aan die breër publiek weergegee te wees en nie net aan diegene wat werklik teenwoordig was by die geleentheid waar die gewraakte woorde gebruik is nie.[13]Die media is uitgenooi na die openbare geleenthede waartydens Malema die lied gesing het en hy sou voorsien het dat die media daaroor sou berig.[14] Die teikengroep van die gewraakte woorde was wit Afrikaners en publikasie van die woorde het aan hulle plaasgevind minstens deur middel van die berigte in die media.[15]

2.2.2 Die gelyste gronde

AfriForum voer aan dat die woorde sistemiese nadeel teenoor Afrikaners, of minstens Afrikaanssprekende landbouers (“boere”), veroorsaak en/of voortsit, dat dit hul menswaardigheid ondergrawe en dat dit die gelyke genieting van hulle regte en vryhede nadelig beïnvloed. AfriForum argumenteer dat die gewraakte woorde op die verbode gronde van etniese of sosiale herkoms, kultuur en taal berus en dus op haatspraak neerkom.[16] Die hof bevind dat die woorde gesê is van ’n herkenbare (dog nie presies identifiseerbare nie) groep in die gemeenskap,[17] naamlik die wit Afrikaanssprekende gemeenskap, insluitend die landbouers wat aan hierdie groep behoort.[18]

2.2.3 Die vasstelling van die betekenis van die gewraakte woorde

’n Belangrike deel van die uitspraak handel met hoe die gewraakte woorde verstaan moet word. Die volgende beginsels kom in die uitspraak na vore:

2.2.3.1 Die konteks waarbinne die woorde gebruik word>

Volgens die hof hang die woorde se betekenis af van die betekenis wat die redelike persoon[19] of redelike luisteraar (met die algemene kennis en vaardighede van ’n gewone lid van die samelewing) daaraan sou heg.[20]Om vas te stel watter betekenis ’n redelike luisteraar aan die woorde sou heg, moet ’n hof die woorde binne die toepaslike konteks interpreteer.[21]

Woorde of frases se betekenis is elasties. Die moontlike betekenisse vermeerder wanneer ’n hof die volgende in ag neem:[22]

- die konteks waarbinne die woorde gesê word
- die omstandighede waarin die woorde gesê word
- die manier waarop die woorde gesê word
- die gebare wat saam met die woorde gebruik word
- wat die woorde impliseer
- die vermoë van die spreker om die woorde/boodskap op so ’n manier oor te dra dat veelvuldige betekenisse daaraan geheg kan word.

Die hof voer aan dat die konteks waarbinne die lied gesing is, uit die volgende bestaan het:[23]

- die geleentheid waartydens die woorde gebruik is
- die verloop wat die sing van die lied by verskillende geleenthede geneem het, wat die beriggewing deur die media insluit
- die gebare en bewegings wat met die sing van die lied gepaard gaan
- interaksie met die skare
- die oordra van die woorde as ’n dreunsang.

Die hof ontleed sommige van hierdie faktore in meer besonderhede:

2.2.3.2 Die verloop wat die sing van die lied geneem het, daarby inbegrepe die media se beriggewing

Die hof ontleed die media se beriggewing van die verskillende geleenthede waar Malema die gewraakte woorde gebruik en kom tot die volgende gevolgtrekking:[24] Daar was wye beriggewing oor die lied en Malema se sing van die lied; die gewraakte woorde is in Engels vertaal as “shoot the Boer/farmer”; die woorde is verbind aan die lied “kill the farmer, kill the boer”, wat voorheen deur Peter Mokaba gesing is, en ’n gedeelte van die Suid-Afrikaanse gemeenskap was ontsteld omdat die lied by herhaling gesing is.[25]

Die hof bevind dat die sing van die lied geen effek gehad het op die publiek totdat die woorde vertaal is as “shoot the boer” nie.[26] Malema moes voorsien het dat die media teenwoordig sou wees by die byeenkomste waar hy die lied gesing het, as gevolg van sy status as president van die ANC Jeugliga.[27]

2.2.3.3 Gebare

Die hof beslis dat die verwysing na "woorde" in artikel 10 nie beteken dat gepaardgaande gebare buite rekening gelaat moet word nie.[28] Gebare wat gebruik is terwyl die gewraakte woorde geuiter is (hand en arm wat 'n vuurwapen namaak), maak deel uit van die konteks waarbinne die woorde gebruik is en sal deur 'n redelike luisteraar oorweeg word om die betekenis van die woorde vas te stel.[29]

2.2.3.4 Die boodskap wat Malema met die sing van die lied oordra en hoe die woorde redelikerwys vertolk moet word

Die hof bevind dat die woorde en bykomende gebare wat Malema gebruik, die boodskap oordra dat die vorige bedeling, wat Afrikaanssprekendes insluit, geskiet moet word.[30]

Volgens die hof is dit irrelevant of sekere mense in die gemeenskap nie weet wat die woorde beteken nie, omdat hul nie die woorde kan vertaal nie of omdat die woorde nie aan hul bekend is nie.[31] Ongeag Malema se bedoeling met die sing van die lied kan die woorde gelyktydig verskillende betekenisse dra en verskillende dinge vir verskillende mense beteken.[32] Die hof beslis dat die doel dus nie is om 'n enkele betekenis vas te stel nie, maar om die betekenis vas te stel wat die teikengroep redelikerwys aan die woorde sou heg.[33]

2.3 Kon die woorde redelikerwys vertolk word om kwetsend te wees, skadelik te wees, nadeel aan te stig of haat te bevorder of te propageer?

Die hof bevind dat die lied eers nadat Malema dit gesing het en dit in die media as "shoot the Boer" vertaal is, 'n effek op die teikengroep gehad het.[34]

Volgens die hof verstaan die publiek die woorde as 'n aanval op die "Boer" of landbouer, wat breedweg gesien kan word as die Afrikaanssprekende gemeenskap en wat onthuts was oor die gebruik van die woorde omdat hulle dit ervaar as 'n aanhitsing om hulle aan te val.[35] Die hof bevind dat die skadelike effek van die woorde toe te skryf is aan die konteks en die manier waarop Malema die lied herhaaldelik sing en die manier waarop hy die publisiteit wat deur hom met die sing van die lied gewek is, uitbuit.[36] "Shoot the Boer/farmer" was die betekenis wat die media gepas geag het en wat deur die lesers van daardie koerante gelees is.[37]

Die hof bevind dat Malema ten spyte van hierdie vertaling van die woorde deur die media, aanhou om die lied te sing. Die reaksie van die gehoor het nou verander. Die teikengroep het nou die sing van die lied binne die verskillende kontekste gesien soos dit in die video uitgebeeld is, insluitend die gebruik van handgebare deur Malema. Die hof lei daaruit af dat die media se vertaling van die woorde inderdaad die boodskap was wat Malema met die sing van die lied wou oordra, naamlik "shoot the Boer". Malema weet dat die lied waar hy dit herhaaldelik sing, so vertaal sou word en is dus verantwoordelik vir die publikasie van die woorde en die gevolge daarvan, asof hy die lied in vertaalde vorm gesing het.[38]

2.4 "Paslike geleentheid"-verweer

Die hof verwerp die verweer dat die lied 'n vryheidslied is en dat dit ongeag die betekenis van die woorde tydens gepaste geleenthede gesing mag word.[39] Malema argumenteer dat die lied deur soldate aan soldate gesing is wat die ware betekenis van die woorde verstaan het en wat 'n bepaalde gebeurtenis gehuldig het. Hierop antwoord die hof dat die gehoor nie

beperk is tot die aanhoorders wat werklik teenwoordig was toe die lied gesing is nie, maar die algemene publiek insluit.[40]

2.5 Remedie

Die hof staan ’n interdik toe wat Malema en die ANC verbied om die woorde “Dubula ibhunu” te gebruik of die lied tydens enige openbare of private geleentheid te sing.[41] Die hof beslis ook dat ingevolge artikel 21 van die Gelykheidswet derde partye daarvan moet afsien om die lied te sing en die woorde te gebruik.[42]

Die hof verduidelik dat partye tot die geding hulself sal skuldig maak aan minagting van die hof deur die bevel nie na te kom nie.[43] Derde partye is gebonde aan so ’n bevel op grond van die beginsel van ubuntu, indien hulle bewus was van die bevel.[44] Gelykheidshofverrigtinge kan teen sulke persone ingestel word indien hul die hofbevel oortree.[45] Dit staan so ’n derde party vry om by die instel van hofverrigtinge in die gelykheidshof teen hom te argumenteer dat hierdie omvangryke hofbevel verkeerd is.[46] Sodoende sal die hof se bevel afgedwing kan word teen enige persoon wat die lied in die geheim sing of onder omstandighede waar dit moeilik is om dit te voorkom.[47]

3. *Harmse*

3.1 Feite

Op 26 Maart 2010 bring Harmse ’n dringende aansoek om te verhoed dat Vawda tydens ’n voorgenome vreedsame optog ’n banier dra wat die woorde “Dubula ibhunu” bevat en hierdie woorde dreunsing.[48] Harmse voer aan dat die woorde “Shoot the white man” of “Shoot the boer” beteken dat die sing daarvan sy gevoelens sou krenk[49] en versoek die hof om die publikasie daarvan ongrondwetlik en onregmatig te verklaar, asook dat publikasie daarvan *prima facie* op die misdaad van aanhitsing neerkom.[50] Die partye lig die hof later in dat hulle die saak geskik het en die skikking word op hul versoek ’n bevel van die hof gemaak.[51] Die interdik word toegestaan en die bevel bepaal dat publikasie van die woorde “Dubula ibhunu” ongrondwetlik en onregmatig is, dat dit “Shoot the white man” of “Shoot the boer” beteken en dat die publikasie of sing daarvan *prima facie* die misdaad van aanhitsing daarstel.[52] Die ANC doen aansoek om verlof om teen hierdie bevel te appelleer.

3.2 Beslissing

3.2.1Prosesregtelike kwessies

Die saak het ’n lang prosesregtelike aanloop.[53] Een van die probleme met die ANC se aansoek om verlof tot appèl is dat dit nie voorafgegaan is deur ’n aansoek om toetrede of voeging tot die geding nie.[54] Tydens mondelinge argumentvoering versoek die ANC die hof om hierdie gebrek te kondoneer, maar hierdie versoek word afgekeur, aangesien die hof van mening is dat die ANC ’n substantiewe aansoek moes gebring het waarin dit vir kondonasie vra en daarna ’n substantiewe aansoek om toetrede tot die geding.[55]

3.2.2 Die regsagtergrond waarteen die beslissing gegee is

Die hof verduidelik dat aangesien hierdie aansoek ’n aansoek om verlof tot appèl is, dit nie nodig is om die rede vir die toestaan van die interdik te verduidelik nie,[56] maar dat redes verskaf word om aan te toon dat die hof sy aandag aan die saak geskenk het. [57]

Die hof beslis dat die reg op vryheid van spraak in artikel 16 van die Grondwet nie absoluut is nie[58] en dat die reg deur artikels 16(2)[59] en 36[60] van die Grondwet beperk kan word. Artikel 16(2) bepaal watter tipe spraak nie beskerming geniet nie, terwyl die Gelykheidswet haatspraak uitdruklik verbied en bykomende remedies buiten die bestaande gemeenregtelike misdade en remedies skep.[61]

Volgens die hof is daar twee toetse om te bepaal of woorde op haatspraak neerkom – ingevolge artikel 16(2) van die Grondwet of ingevolge artikel 10 van die Gelykheidswet – maar meen dat dit onduidelik is watter een van die twee bepalings gebruik moet word en of hierdie bepalings saamgelees moet word om te bepaal of woorde op haatspraak neerkom of nie.[62] Die toets vir haatspraak ingevolge die Grondwet vereis twee dinge: eerstens, dat die bevordering (“advocacy”) van haatspraak gebaseer is op ras, etnisiteit, geslag of geloof, en tweedens dat dit moet neerkom op aanhitsing om iemand leed aan te doen.[63] Die toets is of die woorde, objektief beoordeel, op haatspraak neerkom ingevolge artikel 16(2)(c),[64] en slegs as die woorde nie daarteen indruis nie, sal die hof beoordeel of die gebruik daarvan ingevolge artikel 36 van die Grondwet geregverdig kan word.[65] Volgens die hof is die bedoeling van die spreker irrelevant om te bepaal of die woorde op haatspraak neerkom.[66] Die hof bevind dat die woorde “shoot the Boer” kwaadwillig is, dat die woord “Boer” na blankes verwys, dat die lied tydens die “struggle” gesing is om vrees by blankes in te boesem, en dat dit steeds by hulle vrees inboesem en dus op die bevordering van haat gebaseer op ras neerkom.[67] Dit druis teen die bepalings van artikel 16(2) in en dus is dit onnodig om te oorweeg of die gebruik daarvan deur artikel 36 van die Grondwet uitgesluit word.[68] Die hof verwys net in die verbygaan na artikel 10 van die Gelykheidswet en wel na regter Bertelsmann se uitspraak,[69] waar beslis is dat die toets vir haatspraak die effek is wat die woorde op die teikengroep het wanneer die woorde objektief beoordeel word, en nie die historiese belang van die woorde of die konteks waarin hul gebruik is nie.

3.2.3 Sekere gronde van die appèl rakende die Grondwet en die Gelykheidswet

Die hof beslis dat die aansoek om verlof tot appèl van die hand gewys moet word, omdat die ANC nie *locus standi*gehad het om die aansoek te bring nie.[70] Nietemin word die ANC se gronde vir appèl bespreek as gevolg van die openbare belangstelling wat hierdie saak wek.[71] Ons bespreek hier onder net daardie gronde van appèl wat op die Grondwet en die Gelykheidswet gebaseer is.

Een van die gronde van appèl is dat Harmse nie direk op die Grondwet kon staatmaak nie, aangesien die Gelykheidswet juis geskep is om uitvoering te gee aan die Grondwet se bepalings in artikels 9(3) en 16(2)(c).[72]Alhoewel dit geykte reg is dat ’n persoon nie wetgewing mag omseil wat uitvoering gee aan grondwetlike bepalings wanneer hy probeer om sy grondwetlike regte af te dwing nie, bevind die hof dat dit voldoende is indien ’n party sy aansoek so verwoord dat dit steeds ’n eisoorsaak ingevolge die tersaaklike wetgewing uitmaak, al is die aansoek nie primêr daarop gebaseer nie.[73]

’n Verdere grond van appèl is dat die hof nie die nodige jurisdiksie gehad het om die aansoek aan te hoor nie, aangesien artikel 21 van die wet slegs ’n gelykheidshof (met ander

woorde nie die gewone hoë howe nie) toelaat om ’n klag van beweerde haatspraak aan te hoor.[74] Die hof verwerp hierdie argument en bevind dat artikel 21 handel met die bevoegdhede van die hof en dat jurisdiksie, wat nie dieselfde is as die bevoegdhede waarvan hier gepraat word nie, ’n voorvereiste vir die uitoefening van hierdie bevoegdhede is.[75] Verder sê die hof dat daar niks in die Gelykheidswet is wat die hoë hof ontneem van jurisdiksie in hierdie aangeleentheid nie, veral in die lig van die vermoede teen die ontneming van die hoë hof se jurisdiksie.[76] Voorts word verwys na die uitspraak in *Minister of Environmental Affairs & Tourism v George* (“*George*”)[77] en daar word bevind dat ’n party die hoë hof in parallelle verrigtinge kan vra om die toestaan van remedies wat ingevolge die Gelykheidswet en die gemenereg beskikbaar is.[78]

Die laaste grond van appèl is dat die bevel te wyd strek.[79] Die hof bevind dat dit versigtig moet wees om bevele te gee wat derde partye bind,[80] aangesien sulke bevele dit moontlik maak vir derde partye om aangekla te word van minagting van die hof sonder dat hulle ’n geleentheid gegun is om aangehoor te word.[81] Volgens die hof is die verbod op haatspraak soos vervat in die Grondwet en Gelykheidswet egter so belangrik dat hierdie beginsel nie op sulke sake van toepassing is nie, aangesien dit die oogmerk van die verbod sal verydel.[82]

4. *Coetzee*

4.1 Feite

Hierdie saak handel oor ’n klagte voor die tribunaal van die Uitsaaiklagtekommmissie van Suid-Afrika (“UKKSA”). YFM, ’n radiostasie wie se optrede onderhewig is aan die gedragskode van die kommissie, appelleer teen die beslissing van die kommissie se aangestelde bemiddelaar dat die liedjie “tjatjarag” (waarin die woorde “shoot the Boer” voorkom) herhaaldelik op die radiostasie gespeel is en op haatspraak neerkom.[83] Die liedjie word gespeel tydens die lighartige oggendprogram *Flava in the morning*, waartydens baie gelag en gekgeskeer word.[84] Voordat die liedjie gespeel word, sê een van die aanbieders dat ’n liedjie oor “Julius a.k.a. Juju” gespeel sou word.[85] Dit is moeilik om die woorde “shoot the Boer” te hoor aangesien die lied bestaan uit ’n samestelling van woorde geneem uit Malema se toesprake, oorlê met musiek, in ’n musikale kollage.[86] Alhoewel dit moontlik is dat die jong teikengehoor van die stasie die woorde beter sou kon hoor, het die meerderheid van die tribunaal se lede gesukkel om die gewraakte woorde tussen al die ander klanke in die lied te hoor.[87] Coetzee voer nie enige teenargumente voor die tribunaal aan nie.[88]

4.2 Beslissing

Die tribunaal verwys na die interdik wat toegestaan is in *Harmse*,[89] waarin die gebruik van die woorde “shoot the Boer” geheel en al verbied is, maar bevind dat alhoewel die bevel derde partye bind, die konteks waarbinne die woorde (na hierdie bevel) gebruik word, steeds in elke geval in ag geneem moet word.[90] Die tribunaal verwys na twee vorige beslissings waarin beslis is dat die speel van ’n lied waarvan die woorde op sigself haatspraak daarstel, nie op haatspraak neerkom waar die lied gespeel is vir die doeleindes van ’n debat op ’n aktuelesakeprogram[91] of waar die woorde “shoot the Boer” tydens ’n nuusuitsending gespeel is nie.[92] Met verwysing na par. 17(i) van die UKKSA se 2009-gedragskode bevind die tribunaal dat die lied “tjatjarag” van ’n artistieke aard is en omdat dit grappenderwys gespeel is om met Malema die spot te dryf, was dit ’n *bona fide*artistieke uitsending.[93]

Die meerderheid van die tribunaal meen dat die woorde nie te ernstig opgeneem moet word nie, aangesien die kwetsende woorde nie duidelik gehoor kon word nie, daar met Malema gekgeskeer is, ’n karikatuur van Malema gemaak is, die aankondiging dat die lied gespeel gaan word met laggery in die agtergrond gepaardgaan, ’n ligte atmosfeer skep en die program *Flava in the morning* lighartig van aard is.[94] Om te bevind dat haatspraak hier plaasgevind het, sou ’n onnodige beperking geplaas het op die uitsaaimedia om humor in hul uitsendings te gebruik.[95] Die toets vir haatspraak is objektief en die tribunaal is dus van mening dat dit nie voldoende is dat die woorde vir die klaer onaanvaarbaar was nie.[96] YFM se appèl slaag en die oorspronklike bevel en boete van die bemiddelaar word tersyde gestel.[97]

5. Kommentaar

Die siviele verbod op haatspraak in artikel 10 van die Gelykheidswet bepaal die volgende:

Behoudens die voorbehoudsbepaling in Artikel 12 mag geen persoon woorde teen enige persoon publiseer, propageer, verkondig of kommunikeer wat op een of meer van die verbode gronde berus nie en wat redelikerwys vertolk kan word as ’n aanduiding van ’n duidelike bedoeling om –

a. Kwetsend te wees
b. Skadelik te wees of nadeel aan te stig
c. Haat te bevorder of te propageer.

Ons bespreek hierdie verbod aan die hand van die volgende voorvereistes:

- woorde teen ’n persoon gepubliseer, gepropageer, verkondig of gekommunikeer
- wat op een of meer van die verbode gronde berus
- wat redelikerwys vertolk kan word as ’n aanduiding van ’n duidelike bedoeling om kwetsend te wees, skadelik te wees of nadeel aan te stig, haat te bevorder of te propageer
- die verweer in artikel 12
- die remedie wat die hof toegestaan het.

5.1 Woorde teen ’n persoon gepubliseer, gepropageer, verkondig of gekommunikeer

Die verbod op haatspraak is van toepassing slegs indien die respondent *woorde* gebruik het.[98] Waar die gebruik van woorde gepaardgaan met gebare, soos in *Afri-forum*, sal die teikengroep steeds kan aanvoer dat haatspraak plaasgevind het en die gebruik van sulke gebare sou in ag geneem kon word om te bepaal wat die woorde beteken het. Indien die boodskap net uit gebare of simbole bestaan, sal dit nie op haatspraak kan neerkom nie, maar wel moontlik op teistering ingevolge artikel 11 van die Gelykheidswet. Dit is ’n praktiese manier om die Gelykheidswet te interpreteer, aangesien die klaer haar eis op grond van haatspraak kan instel waar die krenkende boodskap deels uit woorde en deels uit gebare of simbole bestaan.

In *Afri-forum* is die publikasievereiste wyd geïnterpreteer, aangesien die woorde ’n politiese inhoud bevat, by ’n politieke byeenkoms gesing en in die openbaar gebruik is. Hierdie

uitspraak illustreer hoe die teenwoordigheid van die media die publikasievereiste kan beïnvloed. Die blote teenwoordigheid van die media by ’n geleentheid waar “shoot the Boer” gesing is, beteken dat die teikengroep, Afrikaanssprekendes of landbouers, dit deur middel van hierdie sekondêre publikasie sou kon hoor en dus daardeur geraak sou kon word. Die teikengroep op wie die woorde gemik is, hoef dus nie teenwoordig te wees om haatspraak daar te stel nie. Die hof se bevinding dat die sing van die lied by Malema se verjaarsdag ten spyte van die afwesigheid van die media ook publikasie daarstel, impliseer dat sekondêre publikasie kan plaasvind sonder die teenwoordigheid van die media by die geleentheid – as enige lid van die teikengroep hoor hoe die lied gesing word of daarvan te hore kom deur middel van die media of van enige ander persoon wat hulle daarvan vertel, het publikasie plaasgevind. Die enigste verskil tussen die sing daarvan by openbare en by private geleenthede was dat Malema moes geweet het dat die media teenwoordig sou wees by die openbare geleenthede waartydens hy dit gesing het en daaroor verslag sou doen.

Die onderskeid wat *Afri-forum* maak tussen die sing van “shoot the Boer” tydens ’n openbare politieke geleentheid waar die media teenwoordig sou wees en tydens ’n private geleentheid sonder die teenwoordigheid van die media, kan tot verwarring lei. Ten spyte van die onderskeid beslis die hof dat die sing van die lied deur Malema tydens al vier geleenthede op haatspraak neerkom en dat die sing daarvan geheel en al verbied word op grond van die bepalings in artikel 21(2)(f), (h) en (p).

Die hof pas dus artikel 21 toe en verbied die sing van die lied terugwerkend voordat publikasie in die media plaasvind. In hierdie opsig is die uitspraak onduidelik. Die onderskeid wat die hof maak tussen die sing van die lied tydens die eerste twee geleenthede – by Malema se verjaarsdag-partytjie en by die Universiteit van Johannesburg – en die laaste twee geleenthede, wat openbare politieke byeenkomste was, saamgelees met die terugwerkende gebruik van artikel 21, impliseer dat die sing van die lied tydens die eerste twee geleenthede haatspraak word eers wanneer Malema die lied weer sing tydens die twee geleenthede daarna, nadat die woorde deur die publiek verstaan is as “shoot the Boer”. Dit skep die indruk dat haatspraak in sekere omstandighede toelaatbaar of regverdigbaar is (voordat mense bewus word van die betekenis van die woorde), alhoewel die hof uitdruklik gesê het dat haatspraak nooit regverdigbaar kan wees nie. Die hof moes eerder bevind het dat die sing van die lied tydens die eerste twee geleenthede reeds haatspraak daargestel het, maar dat die sing daarvan daarna tydens die daaropvolgende twee geleenthede en die reaksie van Afrikaanssprekende persone en landbouers daarop, bloot as bevestiging dien dat die woorde haatspraak uitmaak. Artikel 10 van die wet vereis slegs dat woorde “teen” ’n persoon gepubliseer, propageer, verkondig of kommunikeer moet word en nie dat ’n persoon of ’n gehoor teenwoordig moes wees en die woorde gehoor het nie. Die enigste manier waarop die sing daarvan tydens die eerste twee geleenthede nie op haatspraak sou neerkom nie, is as een van die verwere in artikel 12 van die wet suksesvol opgewerp is, of as die sing daarvan tydens die eerste twee geleenthede “redelikerwys vertolk” kon word as dat dit nie kwetsend, skadelik of nadelig sou wees nie.

Volgens *Afri-forum* pleeg ’n party haatspraak wanneer hulle die gewraakte woorde tydens ’n private of ’n openbare geleentheid gebruik. Rassistiese of ander kwetsende opmerkings rondom ’n braaivleisvuur sal dus haatspraak daarstel, ongeag of lede van die teikengroep die opmerkings gehoor het of nie. Hierdie benadering strook met die wetgewer se oogmerk om ’n samelewing te skep wat gekenmerk word deur “menseverhoudings wat versorgend en deernisvol is”.[99]

In *Harmse* fouteer die hof deur artikel 16(2) van die Grondwet toe te pas in plaas van artikel 10 van die Gelykheidswet en deur te bevind dat Harmse op artikel 16 van die Grondwet of artikel 10 van die Gelykheidswet in sy aansoek kon staatmaak. In *MEC for Education: Kwazulu-Natal v Pillay* bevind die konstitusionele hof uitdruklik dat ’n party nie direk op ’n grondwetlike bepaling kan staatmaak waar wetgewing bestaan wat aan daardie bepaling van die Grondwet uitvoering gee nie en dat hierdie beginsel ook op die Gelykheidswet van toepassing is.[100] ’n Eis gegrond op onbillike diskriminasie moet op die Gelykheidswet baseer word tensy die grondwetlikheid daarvan betwis word.[101] Dieselfde beginsel behoort te geld by ’n eis wat op haatspraak gebaseer is, aangesien die bepalings in die Gelykheidswet rakende haatspraak ten doel het om uitvoering te gee aan die bepalings van artikel 16(2)(c) van die Grondwet;[102] met ander woorde, ’n siviele eis gebaseer op haatspraak moet ingevolge die Gelykheidswet in die gelykheidshowe aangehoor en beslis word.[103] Indien die Grondwet toegepas word in plaas van die wetgewing wat aan ’n grondwetlike bepaling uitvoering gee, kan dit daartoe lei dat twee afsonderlike stelsels van regspleging geskep word – een wat vir die Grondwet bestaan en een wat vir ander wetgewing bestaan.[104]

Harmse is ten aansien van jurisdiksie ook verkeerd. Die ANC verwys na *George* ten einde aan te toondat die hoë hof nie jurisdiksie het om Harmse se aansoek aan te hoor nie, maar *Harmse* interpreteer *George* verkeerd. In*George* beslis die hof dat dit toelaatbaar is vir ’n party om gelyktydig afsonderlike verrigtinge in die hoë hof in te stel rakende dieselfde aangeleentheid – in die hoë hof se hoedanigheid as ’n gelykheidshof waar die party op die Gelykheidswet staatmaak en in sy normale hoedanigheid as ’n hoë hof waar die party op ander wetgewende bepalings staatmaak.[105] In *Harmse* beslis die hof op grond van *George* dat ’n party ’n haatspraak-eis in die gelykheidshof of in die hoë hof in sy normale hoedanigheid kan instel omdat hulle “gelyke jurisdiksie”[106] geniet. Eerstens is dit verkeerd, aangesien die hof inderwaarheid in *George* gesê het dat sekere van die remedies waarvoor in daardie saak gevra is, nie deur die hoë hof (in sy normale hoedanigheid) aangehoor of toegestaan kan word nie.[107] Tweedens is die feite in *George* heeltemal verskillend van dié in *Harmse*, aangesien Harmse sy eis slegs in die hoë hof ingestel het in sy normale hoedanigheid. In *George* het die partye hul eise ingevolge die Gelykheidswet in die hoë hof in sy hoedanigheid as ’n gelykheidshof en in sy normale hoedanigheid as ’n hoë hofingestel. Dit is juis hierdie onderskeid wat die hof in *Harmse* nie raakgesien het nie deur te beslis dat die Gelykheidswet nie die hoë hof se jurisdiksie ingeperk het nie.

As die hof in *Harmse* by implikasie bevind dat die Gelykheidswet ’n haatspraak-misdaad skep, is dit ook verkeerd.[108] Soos in *Pillay* beslis is, moet ’n party op die bepalings van die Gelykheidswet steun wanneer die eis op diskriminasie gebaseer is en dus ook by implikasie as die eis op haatspraak gebaseer is. Die bepalings van die Gelykheidswet rakende haatspraak gee uitvoering aan artikel 16(2)(c) van die Grondwet. Artikel 16(2) van die Grondwet baken bloot die reg op vryheid van spraak af en dui aan watter spraak nie deur die Grondwet beskerm word nie.[109] Uit artikel 21(2)(n) kan ook afgelei word dat artikel 10 nie ’n misdaad skep nie. Volgens artikel 21(2)(n) is een van die remedies wat ’n gelykheidshof kan toestaan, “’n bevel wat die klerk van die gelykheidshof gelas om die aangeleentheid by die Direkteur van Openbare Vervolgings wat jurisdiksie het aanhangig te maak met die oog op die moontlike instel van *strafregtelike verrigtinge kragtens die gemene reg* (sic) *of toepaslike wetgewing.*”[110] Ingevolge artikel 10(2) sal die gee van so ’n bevel nie ’n party ontneem van enige remedies van ’n sivielregtelike aard wat tot hulle beskikking is nie. Hieruit is dit duidelik dat nóg artikel 10 nóg enige ander artikel in die Gelykheidswet enige misdaad skep.

Harmse bevind dat die sing van die lied op blankes gemik is, maar verduidelik nie waarom die sing daarvan tydens ’n protesoptog publikasie teenoor alle, insluitend afwesige,

Afrikaanssprekendes daarstel deur middel van sekondêre publikasie, soos wat die hof in *Afri-forum* gedoen het nie. Die hof moes verduidelik het hoe en aan wie publikasie plaasgevind of sou plaasgevind het, veral aangesien daar bloot dreigende en nie werklike publikasie nie in hierdie geval was.[111]

Die publikasievereiste is nie in *Coetzee* bespreek nie, waarskynlik weens die feit dat die respondent gebonde is aan die bepalings van die UKKSA se gedragskode, wat feitlik presies ooreenstem met die Grondwet se bepalings rakende haatspraak. Vanuit ’n praktiese oogpunt sou ’n mens kon aanneem dat enige radiouitsending van ’n openbare aard is en dat die speel van die lied “tjatjarag” noodwendig gemik is op enige luisteraars en dat publikasie op so ’n manier aan hulle plaasvind.

5.2 Wat op een of meer van die verbode gronde berus

Die gewraakte woorde moet op ’n verbode grond gebaseer wees om met ’n eis vir haatspraak te slaag. De Vos meen dat persoonlike beledigings wat op ’n individu gemik is, nie op haatspraak sal neerkom nie: as ’n mens byvoorbeeld na die president as ’n seksbehepte idioot verwys, of as ’n persoon vir die president middelvinger sou wys, of as ’n mens sou sê dat Helen Zille ’n rassis is wie se brein aangetas is deur al die Botox-behandelings wat sy ontvang het, sal dit nie op haatspraak neerkom nie, alhoewel dit dalk onbeskof en lasterlik mag wees.[112]

Die definisie van *verbode gronde* bestaan uit twee paragrawe in die Gelykheidswet.[113] Paragraaf (a) van die definisie lys 17 verbode gronde op grond waarvan haatspraak kan plaasvind. Indien ’n party dus aanvoer dat haatspraak op grond van byvoorbeeld ras plaasgevind het, hoef sy nie te bewys dat ras ’n verbode grond van haatspraak is nie. Paragraaf (b) van die definisie skep ’n toets vir die erkenning van addisionele verbode gronde wat nie uitdruklik in paragraaf (a) geskep is of daar ingelees kan word nie. Paragraaf (b) bepaal dat ’n grond wat sistemiese benadeling veroorsaak of voortsit, menswaardigheid ondergrawe of die gelyke genieting van ’n persoon se regte en vryhede nadelig beïnvloed op ’n wyse wat vergelykbaar is met ’n grond in paragraaf (a) genoem, ook erkenning sal geniet as ’n verbode grond. Voorbeelde van sulke addisionele gronde ingevolge paragraaf (b) sou sosio-ekonomiese status, MIV- of Vigs-status, fisieke voorkoms of gewig kon wees. ’n Gelykheidshof sal eers moet beslis of sodanige addisionele grond erken kan word en dan of haatspraak op die addisionele verbode grond plaasgevind het.

Om De Vos se voorbeelde hier bo te neem: om na iemand as ’n “rassis” te verwys, kan gelees word as ’n waardeoordeel oor daardie persoon se oortuigings, en “oortuiging” word erken as ’n verbode grond in paragraaf (a) van die definisie. Om na iemand as ’n “idioot” te verwys, slaan op daardie persoon se verstandelike vermoë, en as teen iemand haatspraak gepleeg of gediskrimineer word op grond van verstandelike vermoë, sou dit so ’n persoon se waardigheid kon skend – onses insiens sou “verstandelike vermoë” erken kan word as ’n addisionele verbode grond op grond van paragraaf (b) van die definisie. Sou die ander vereistes van haatspraak soos in artikel 10 van die Gelykheidswet gelys dan teenwoordig wees, sou dit moontlik wees om te argumenteer dat om na iemand as ’n rassis of ’n idioot te verwys, haatspraak uitmaak kragtens die Gelykheidswet.

Afri-forum beslis dat die gewraakte woorde verwys na ’n herkenbare (dog nie presies identifiseerbare nie) groep in die gemeenskap,[114] naamlik die wit Afrikaanssprekende gemeenskap, insluitend die landbouers wat tot hierdie groep behoort,[115] en dat die woorde

die menswaardigheid van die teikengroep ondergrawe, diskriminerend en skadelik is.[116] Die uitspraak is in hierdie opsig verwarrend. Die bevinding dat die woorde van ’n herkenbare groep gesê is, dui daarop dat die hof se beslissing implisiet op een of meer van die verbode gronde in paragraaf (a) van die definisie van verbode gronde gebaseer is, naamlik etniese of sosiale herkoms, kultuur en/of taal. Om te bevind dat die woorde ook die teikengroep se menswaardigheid ondergrawe, skep die indruk dat die hof se bevinding ook op paragraaf (b) van die definisie van verbode gronde gebaseer is.[117]

Die hof se bevinding dat die woorde diskriminerend is, is ook misleidend aangesien die eis op haatspraak gebaseer was en nie op diskriminasie nie. Diskriminasie word in artikel 1 gedefinieer as “enige handeling of versuim, met inbegrip van ’n beleid, wet, reël, praktyk, voorwaarde of situasie, wat regstreeks of onregstreeks op een of meer verbode gronde (a) ’n las, verpligting of nadeel op ’n persoon lê; of (b) ’n voorreg, geleentheid of voordeel van ’n persoon weerhou”.

Onbillike diskriminasie is ’n afsonderlike eisoorsaak ingevolge die Gelykheidswet en moet onderskei word van haatspraak. Waar haatspraak kan plaasvind slegs wanneer iemand woorde gebruik, kan daar sprake wees van diskriminasie wanneer die verweerder ’n handeling verrig het of versuim het om op te tree. In beginsel kan daar op grond van dieselfde feite haatspraak en diskriminasie teenwoordig wees. Kwetsende woorde wat op die verbode gronde berus, kan ’n persoon se psigies-fisiese integriteit skaad, veroorsaak dus nadeel en voldoen derhalwe aan die definisie van diskriminasie. ’n Verweerder kan egter dan argumenteer dat die diskriminasie billik was,[118] wat nie die wetgewer se bedoeling kon gewees het nie, aangesien haatspraak ingevolge die Gelykheidswet nooit billik kan wees nie.[119] Toepassing van die bepalings rakende diskriminasie wanneer ’n persoon haatspraak pleeg, kan daartoe lei dat die Gelykheidswet se oogmerk om “die oorgang na ’n demokratiese samelewing … gekenmerk deur menseverhoudings wat versorgend en deernisvol is … te vergemaklik”[120] ondermyn word – die Gelykheidswet stel waardigheid bo vryheid van uitdrukking, en om ’n algemene billikheidsverweer toe te laat (buite om die verwere in artikel 12) sou afbreuk hieraan doen. Dit is ook in stryd met die reëls van wetsuitleg wat bepaal dat ’n wet so uitgelê moet word dat dit nie sekere bepalings oorbodig laat nie.

Afri-forum beslis dat die gewraakte woorde skadelik was. Die Gelykheidswet tref ’n onderskeid tussen woorde wat “kwetsend” en “skadelik” is. *Afri-forum* gebruik die betrokke woorde afwisselend. AfriForum se klagte was dat die woorde kwetsend is en nadeel aanstig of skadelik is en haat bevorder of propageer teenoor wit Afrikaners.[121]Uit getuienis voor die hof, asook die verslagdoening in die pers, blyk dit dat wit Afrikaners die woorde as skadelik en/of kwetsend jeens hulle ervaar.[122] Die hof bevind dat die woorde buiten “shoot the Boer” kwetsend teenoor Afrikaners[123] is en bevind in par. 108 van die uitspraak dat Malema woorde publiseer en kommunikeer wat redelikerwys vertolk kan word as aanduiding van ’n bedoeling om “kwetsend” te wees, nadeel aan te stig en haat te bevorder teen die wit Afrikaanssprekende gemeenskap, insluitend wit Afrikaanssprekende boere. In die daaropvolgende paragraaf bevind die hof dat die woorde menswaardigheid ondermyn, diskriminerend en “skadelik” is.[124] Dit kan wees dat die hof van mening is dat die woorde skadelik én kwetsend is, maar kan ook aandui dat die hof nie tussen die twee begrippe kon onderskei nie en van mening is dat dit dieselfde beteken. Dit is natuurlik so dat dieselfde woord(e) tegelyk kwetsend en skadelik kan wees , maar dan moes die hof duidelik tussen die twee begrippe onderskei het. Vermoedelik wou die hof sê dat die woorde kwetsend en skadelik is soos wat dit in par. 108 bevind het.

’n “Kwetsende” woord voorveronderstel ’n minder ernstige inbreukmaking op ’n persoon se menswaardigheid as ’n “skadelike” woord. Die volgorde waarin die woorde in die artikel voorkom, is ook aanduidend van die onderskeie grade van ernstigheid. Woorde wat “skadelik” is, sal ook altyd “kwetsend” wees. Dit is moeiliker om aan ’n voorbeeld te dink waar woorde kwetsend is sonder om ook skadelik te wees. Is dit kwetsend om iemand ’n “vettie” te noem, maar nie skadelik nie? Sou dit skadelik wees eers wanneer iemand byvoorbeeld sê dat “vetties lui is” of dat dit ’n “sonde is om vet te wees”? Die verskil in betekenis van die twee woorde is nie duidelik getref in *Afri-forum* nie. Konkrete gevalle in die toekoms sal die verskil moet uitstippel.

5.3 Die redelikerwyse vertolking van die woorde en die verweer in artikel 12 van die Gelykheidswet

Afri-forum beslis dat die bedoeling van die party wat die woorde uiter, irrelevant is.[125] Hierdie bevinding is van kritieke belang, aangesien dit haatspraak van die gemeenregtelike lasterreg onderskei. Terwyl skuld in die vorm van opset of nalatigheid bewys moet word om met ’n eis vir laster te slaag, geld dieselfde nie vir ’n eis gebaseer op haatspraak nie.[126] Die enigste vraag wat beantwoord moet word, is of die woorde “redelikerwys vertolk kan word as ’n aanduiding van ’n duidelike bedoeling om kwetsend te wees”. Die hof se uitgangspunt vir sy beslissing dat die woorde haatspraak daarstel, was die reaksie wat die vertaling van die woorde as “shoot the Boer” deur die pers by die publiek ontlok het en Malema se herhaaldelike sing van die lied, met die gepaardgaande gebare en as ’n dreunsang nadat die woorde vertaal is. Dit is die korrekte benadering om te volg, omdat dit gevolg gee aan die Gelykheidswet se uitdruklike doel om menswaardigheid te beskerm.

Die hof beslis in *Afri-forum* dat indien ’n billikheidsverweer bestaan vir die sing van die lied tydens “paslike geleenthede”, politieke byeenkomste nie gepaste geleenthede is waartydens die lied gesing mag word nie. Die hof moes die laasgenoemde sin liefs uitgelaat het, aangesien dit verwarring rondom die billikheid van haatspraak skep. Artikel 15 van die Gelykheidswet bepaal uitdruklik dat haatspraak nooit billik kan wees nie. Woorde wat normaalweg haatspraak daarstel, sal geuiter mag word slegs as dit plaasvind binne die konteks van “bona fide-betrokkenheid by artistieke kreatiwiteit, akademiese of wetenskaplike ondersoek, billike en akkurate verslaggewing in die openbare belang of die publikasie van enige inligting, advertensie of kennisgewing ooreenkomstig artikel 16 van Grondwet”.[127]

Dit is gepas om in hierdie stadium na *Coetzee* te verwys. Die kern van die beslissing is dat die speel van die lied “tjatjarag”, waarin die woorde “shoot the Boer” voorkom, nie haatspraak daarstel nie, aangesien dit van ’n artistieke aard is en omdat dit grappenderwys gespeel is om met Malema die spot te dryf, en dus ’n *bona fide*artistieke uitsending is. Die UKKSA beslis dat die speel van die lied tydens ’n nuusuitsending of op ’n aktuelesakeprogram vir die doeleindes van ’n debat nie op haatspraak sou neerkom nie. Alhoewel die uitspraak nie op die Gelykheidswet gebaseer is nie, stem die UKKSA se bepalings in sy gedragskode ooreen met artikel 12 van die Gelykheidswet in die sin dat *bona fide* betrokkenheid by artistieke kreatiwiteit ingevolge beide artikel 12 van die Gelykheidswet en die UKKSA se bepalings nie op haatspraak sal neerkom nie. Ingevolge artikel 12 van die Gelykheidswet sou die speel van ’n bepaalde (kwetsende) lied op ’n grappige wyse manier in bepaalde omstandighede op *bona fide* artistieke betrokkenheid kon neerkom terwyl die speel daarvan tydens ’n nuusuitsending op billike en akkurate verslaggewing in die openbare belang sou kon neerkom.

Alhoewel die hof in *Harmse* nie sy beslissing op die Gelykheidswet baseer nie, beslis die hof met verwysing na regter Bertelsmann se uitspraak[128] dat die toets vir haatspraak ingevolge die Gelykheidswet die effek is wat die woorde op die teikengroep het wanneer die woorde objektief oorweeg word en nie die historiese belang van die woorde of die konteks waarin hul gebruik is nie. Die hof beslis ook sonder enige verdere ontleding dat die sing van "shoot the Boer" tydens die protesoptog op haatspraak sou neerkom. Hierdie toets verskil effens van die toets wat die hof in *Afri-forum* neerlê, aangesien die hof aldaar beslis dat die konteks waarbinne die woorde gesê is, wel in ag geneem moet word. Alhoewel daar nie 'n kontekstuele verweer vir haatspraak bestaan nie, moet 'n mens bevraagteken hoe die effek van die woorde, objektief oorweeg, vasgestel kan word sonder om te oorweeg in watter konteks die woorde gebruik is. Sou redelike Afrikaanssprekende persone gedink het dat die lied gesing is tydens 'n protesoptog teen misdaad met die bedoeling om kwaadwillig te wees of om hulle te kwets? Daar was geen getuienis oor hierdie punt nie en dit was ook onvoldoende vir die hof om sy beslissing op regter Bertelsmann se uitspraak te baseer, aangesien daardie saak 'n dringende aansoek was en dus beslis is sonder dat enige mondelinge getuienis aangehoor is oor wat die effek van die sing van die lied op Afrikaanssprekende persone was.[129]

5.4 Remedie

In *Afri-forum* beslis die hof dat nóg die ANC, nóg enige derde party die lied "shoot the Boer" mag sing op grond van die bepalings in artikel 21(2)(f), (h) en (p). Die hof verduidelik dat so 'n hofbevel teen derdes afgedwing kan word omdat hul skuldig kan wees aan minagting van die hof indien hul dit wel doen en van die bevel bewus was,[130] maar dat so 'n persoon tydens hofverrigtinge kan argumenteer dat hierdie omvangryke/verreikende bevel verkeerd is.[131] Alhoewel die Gelykheidswet se bepalings voorsiening maak vir die toestaan van so 'n omvangryke remedie, laat dit wel die vraag ontstaan of so 'n bevel nie in stryd is met artikel 16 van die Grondwet nie, aangesien geargumenteer kan word dat so 'n bevel ongeregverdig inbreuk maak op die reg op vryheid van spraak. Ingevolge artikel 36(1) van die Grondwet sal 'n reg in die Grondwet beperk kan word indien die bepaling wat die reg beperk, algemeen geldende reg is, wat wel die geval is met artikel 10 van die Gelykheidswet, en indien die beperking die sogenaamde proporsionaliteitstoets slaag.[132] Daarmee saam moet die hof eerstens probeer om die bepaling te interpreteer sodat dit wel op een lyn met die Grondwet is.[133] Die magte wat in artikel 21(2) aan 'n gelykheidshof gegee word, is nie op sigself ongrondwetlik nie – dit is eerder die manier waarop die magte uitgeoefen word wat inbreuk kan maak op artikel 16(1) van die Grondwet. Die hof se uitspraak in *Afri-forum*maak dit duidelik dat indien 'n derde party die bevel oortree deur "shoot the Boer" te sing, hierdie hof se bevel steeds teen hom afgedwing moet word in die gelykheidshof. Hy sal dan kan argumenteer dat regter Lamont se beslissing in *Afri-forum* verkeerd was en hy steeds die reg behou om die woorde te gebruik binne die kontekste soos uiteengesit in artikel 12 van die wet. Hy sal dus slegs skuldig wees aan haatspraak indien hy nie kan bewys dat die bevel verkeerd was nie. In die lig hiervan, en in die lig van die feit dat die Gelykheidswet ten doel het om voorsiening te maak vir maatreëls wat sal bydra tot die uitwissing van haatspraak[134] en om die reg op menswaardigheid te help beskerm soos vervat in artikel 10 van die Grondwet,[135] is die hof se bevel 'n regverdigbare inbreukmaking op die reg op vryheid van spraak.

Waarnemende regter Halgryn verbied, soos regter Lamont, die sing van die woorde geheel en al, maar dui nie aan of die bevel gegee word op grond van artikel 38 van die Grondwet, wat 'n hof magtig om 'n gepaste remedie toe te staan, of op grond van artikel 21 van die Gelykheidswet nie. Die hof fouteer egter deur 'n algehele verbod op die sing van "shoot the

Boer" te plaas sonder om op die Gelykheidswet staat te maak. Soos wat ons reeds verduidelik het, moes die hof nie sy uitspraak op die Grondwet baseer het nie en dus kon dit ook nie hierdie remedie toestaan op grond van die bepalings in die Grondwet nie.

6. Slotopmerkings

In hierdie vonnisbespreking het ons drie uitsprake bespreek waarin beslis is of die woorde "shoot the Boer" op haatspraak neerkom al dan nie en hoe die haatspraakvraagstuk in elke saak benader is ingevolge artikel 10 van die Gelykheidswet. Die benaderings wat in elke aangeleentheid gevolg is, verskil van mekaar. In *Afri-forum* het die hof sy uitspraak slegs op artikel 10 baseer en beslis dat die sing van die lied deur Malema tydens sekere geleenthede op haatspraak neergekom het en sowel Malema as enige derde party verbied om die lied weer in die toekoms te sing. In *Harmse* is beslis dat die sing van die lied tydens 'n protesoptog teen misdaad op haatspraak sou neerkom, maar die uitspraak is verkeerdelik direk op die Grondwet baseer. In *Coetzee* het 'n tribunaal van die uitsaaiklagtekommissie beslis dat die speel van die lied "tjatjarag", waarin die woorde "shoot the Boer" voorkom, tydens 'n uitsending op die radiostasie YFM nie op haatspraak neerkom nie, aangesien dit grappenderwys gespeel is om met Julius Malema die spot te dryf en dus op een lyn met die UKKSA se gedragskode was.

Afri-forum toon aan dat die betekenis van die gewraakte woorde vasgestel word met inagneming van die konteks waarin die woorde gebruik is; dit hang af van die manier waarop die woord(e) gesê is tesame met enige gebare wat die spreker gebruik, maar die belangrikste aspek is dat die betekenis van die woorde bepaal moet word met verwysing na die manier waarop die teikengroep die woorde verstaan en nie met verwysing na die bedoeling van die spreker nie. In *Harmse* fouteer die hof deur die beslissing op die Grondwet te baseer. Eise rakende diskriminasie of haatspraak moet op die Gelykheidswet gebaseer word en deur 'n gelykheidshof aangehoor word, aangesien die wet uitvoering gee aan die grondwetlike bepalings oor menswaardigheid en vryheid van spraak. Dit is van kritieke belang vir regsekerheid en sodat die Gelykheidswet kan slaag in sy oogmerk om 'n samelewing te skep met "menseverhoudings wat versorgend en deernisvol is". Die magte van 'n gelykheidshof, soos uiteengesit in artikel 21 van die wet, is verreikend en maak dit vir 'n hof moontlik om remedies toe te staan wat diskriminasie, haatspraak en teistering meer effektief (en waarskynlik meestal goedkoper) kan aanspreek as enige ander hof. Die uitspraak in *Coetzee* gee 'n goeie aanduiding van die konteks(te) waarbinne die verwere in artikel 12 suksesvol geopper sou kon word. Dit is waarskynlik die eienaardigste aspek van *Afri-forum* – dat nóg Malema nóg die ANC die ooglopendste verweer in artikel 12 gebruik het ("*bona fide* betrokkenheid by artistieke skepping"). Ons kan net spekuleer oor die rede. Het hulle regsadvies dalk daarop neergekom dat Malema se sing van die lied nie *bona fide* was nie? Die respondente sou ook kon argumenteer dat die definisie van haatspraak soos in artikel 10 vervat, ongrondwetlik is, soos sommige kommentators al gedoen het.[136] Ook hierdie uitweg word nie gevolg nie. Waarom nie? Sou dit wees omdat die Gelykheidswet sentraal staan tot die grondwetlike projek om 'n Suid-Afrika gebou op waardigheid te skep? Die Gelykheidswet is ingevolge artikel 9(4) van die Grondwet tot stand gebring. Het die respondente aangevoel dat dit nie behoorlik sou wees om 'n argument aan te voer dat 'n wet wat eksplisiet geskep is om Suid-Afrikaners se waardigheid te herstel, ongrondwetlik is nie? 'n Beduidende aantal gelykheidshofsake is byvoorbeeld op grond van dieselfde artikel suksesvol volvoer waar die gewraakte k-woord deur wit respondente teenoor swart klaers gebruik is.[137] Alhoewel daar diegene is wat van mening is dat artikel 10

’n onregverdige inbreukmaking op die reg op vryheid van spraak is en dat dit vrye en kritiese debat sal verhinder,[138] is dit nie noodwendig die geval nie – die bestaande laster- en eerskendingsreg het nie hierdie gevolg gehad nie, en die skuldvereiste in artikel 10 is nie beduidend ligter as die opsetvereiste in die laster- en eerskendingsreg nie.
Soos *Coetzee* immers aantoon, kan die woorde “shoot the Boer” in bepaalde kontekste steeds gebruik word.

Bibliografie

De Vos, P. 2011. Regter ken nie die wet. *Rapport*, 22 Mei, bl. 3.

—. 2010. On ”Shoot the Boer”, hate speech and the banning of struggle songs. In Van Marle (red.) 2010.

Haigh, R.F. 2006. South Africa’s criminalization of hurtful comments: When the protection of human dignity and equality transforms into the destruction of freedom of expression. *Washington University Global Studies Law Review*, 5(3):187–210.

Spies, Willie. 2010. Short response to Prof Pierre De Vos’s views. In Van Marle (red.) 2010.

Teichner, S. 2003. The hate speech provisions of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: The good, the bad and the ugly. *South African Journal on Human Rights*, 19(3):349–81.

Van Marle, K. (red.). 2010. Pulp fictions: *On “Shoot the Boer”, hate speech and the banning of the struggle songs*. Pretoria: PULP.

Eindnotas

[1] Wet 4 van 2000, hierna “die Gelykheidswet”. Die Engelse teks van die Gelykheidswet is onderteken. Die Departement van Kuns en Kultuur vertaal die wet in al 11 amptelike tale. Alle Afrikaanse verwysings na die Gelykheidswet is uit hierdie vertaling geneem.

[2] *MEC for Education: Kwazulu-Natal v Pillay* 2008 1 SA 474 (KH); 2008 2 BCLR 99 (KH) par. 40 (“*Pillay*”).

[3] *Afri-Forum v Malema (Vereniging van Regslui vir Afrikaans as* Amicus Curiae*)* 2011 12 BCLR 1289 (EqC). Alle paragraafverwysings in die onderstaande eindnotas verwys na hierdie uitspraak tensy anders aangetoon.

[4] *African National Congress v Harmse:* In re *Harmse v Vawda (Afri-forum Intervening)* 2011 12 BCLR 1264 (GSJ).

[5] *J Coetzee v YFM* 2010 JOL 25811 (BCCSA).

[6] Die Engelse vertaling van hierdie woorde is “shoot the Boer/farmer”.

[7] Die Engelse vertaling van hierdie woorde is "shoot the Boers/farmers they are rapists/robbers" (sic).

[8] Die woorde van die hele lied is:

Dubula! Dubula! Dubula nge s'bhamu
Dubul' ibhunu
Dubula' Dubula Dubula nge s'bhamu
Mama, ndiyeke ndidubul' ibhunu
Dubula' Dubula' Dubula nge s'bhamu
Ziyareypa lezinja
Dubula! Dubula! Dubula nge s'bhamu.

Die letterlike vertaling van die woorde is soos volg:

Shoot! Shoot! Shoot them with a gun
Shoot the Boer
Shoot! Shoot! Shoot them with a gun
Ma, let me shoot the Boer
Shoot! Shoot Shoot them with a gun.
These dogs rape us
Shoot shoot shoot them with a gun.

[9] Par. 49.

[10] Parr. 50–1.

[11] Par. 52.

[12] Par. 30.

[13] Par. 33.

[14] Par. 90.

[15] Par. 91.

[16] Par. 49.

[17] Par. 109.

[18] Par. 108.

[19] Par. 103.

[20] Par. 109.

[21] Par. 96.

[22] *Ibid*.

[23] Par. 98.

[24] Parr. 67–84.

[25] Par. 77.

[26] Par. 85.

[27] Par. 90.

[28] Par. 39.

[29] Parr. 39, 56.

[30] Par. 104.

[31] Par. 109.

[32] *Ibid*.

[33] *Ibid*.

[34] Par. 95.

[35] Par. 78.

[36] Par. 95.

[37] Par. 84.

[38] Par. 106.

[39] Par. 92.

[40] Par. 93.

[41] Par. 120.

[42] *Ibid*.

[43] Par. 111.

[44] Parr. 110–1.

[45] Par. 111.

[46] *Ibid*.

[47] Par. 110.

[48] *Harmse* par. 6. Alle paragraafverwysings wat hierop volg in die eindnotas verwys na hierdie uitspraak, tensy anders aangetoon.

[49] Par. 7.

[50] Par. 8.

[51] Parr. 10, 11.

[52] Par. 10.

[53] Par. 14-30.

[54] Par. 12.

[55] Par. 95.

[56] Par. 12.

[57] Par. 13.

[58] Parr. 31–3.

[59] Par. 42.

[60] Par. 34.

[61] Par. 50.

[62] Par. 58.

[63] *Ibid*.

[64] Par. 61.

[65] Par. 62.

[66] Par. 63.

[67] Parr. 65–8.

[68] Par. 70.

[69] *Afri-forum v Malema* (18172/2010) [2010] ZAGPPHC 39 (1 April 2010).

[70] Par. 105.

[71] Par. 106.

[72] Par. 115.

[73] Parr. 117–8.

[74] Parr. 121–2.

[75] Par. 123.

[76] Parr. 123–4.

[77] 2007 3 SA 62 (HHA) par. 17.

[78] *Harmse* parr. 125–7.

[79] Par. 131.

[80] Par. 132.

[81] *Ibid*.

[82] Par. 133.

[83] *Coetzee,* parr. 1–2. Par. 16.3. van die UKKSA se 2009-gedragskode is identies aan die Grondwet se bepalings in art. 16(2)(c) wat sekere spraak verbied, maar bevat ook ’n verweer van artistieke kreatiwiteit in par. 17(i), soos die Grondwet in art. 16(1). Die volle verwysing vir die gedragskode is: Code of conduct for free to air licencees (2009), Appendix II Code of the BCCSA. Alle paragraafverwysings wat hierop volg in die eindnotas verwys na hierdie uitspraak, tensy anders aangetoon.

[84] Par. 6.

[85] *Ibid*.

[86] *Ibid*.

[87] Par. 7.

[88] Par. 5.

[89] Hierdie UKKSA-saak is aangehoor nadat die aanvanklike interdik in *Harmse* toegestaan is, maar voordat die hof die redes vir sy beslissing gegee het en die ANC se aansoek om verlof tot appèl van die hand gewys het.

[90] Par. 9.

[91] *Human Rights Commission of SA v SABC* 2003 1 BCLR 92 (BCCSA), par. 10 van *Coetzee.*

[92] *J Darne v SAFM* 06/2010, par. 10 van *Coetzee*.

[93] *Coetzee* par. 12. Par. 17(i) van die UKKSA se 2009-gedragskode laat die uitsending van haatspraak toe solank die inhoud van die uitsending, beoordeel binne konteks, van

’n *bona fide* wetenskaplike, dramatiese, dokumentêre, artistieke of geloofs-/religieuse aard is.

[94] Par. 13.

[95] *Ibid*.

[96] Par. 14.

[97] Par. 15.

[98] *Herselman v Geleba* (231/2009) [2011] ZAEQC 1 (1 September 2011), 12-3; *Sonke Gender Justice Network v Malema* 2010 7 BCLR 729 (EqC) par. 12.

[99] Aanhef tot die Gelykheidswet.

[100] *Pillay* par. 40.

[101] *South African National Defence Union v Minister of Defence; Minister of Defence v South African National Defence Union* 2007 5 SA 400 (KH) par. 51. In *Law Society of SA v Minister of Transport* 2010 11 BCLR 1140 (GNP) par. 16.6 merk die hof *obiter* op dat ’n party waarskynlik nie die grondwetlikheid van wetgewing in die gelykheidshof moet aanveg op grond van die feit dat daardie wetgewing diskriminerend is nie.

[102] Art. 2(b)(v) van die Gelykheidswet.

[103] *Pillay* par. 40.

[104] Sien *South African National Defence Union v Minister of Defence; Minister of Defence v South African National Defence Union* 2007 5 SA 400 (KH) par. 51, soos na verwys in *Pillay*.

[105] Parr. 17, 18.

[106] *Harmse* par. 126.

[107] “Some of the relief they seek the High Court has no jurisdiction to consider or grant” – sien *George* par. 12.

[108] *Harmse* par. 50.

[109] Sien ook *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority* 2002 4 SA 294 (KH) (“*Islamic Unity Convention*”).

[110] Art. 21(2)(n) van die Gelykheidswet.

[111] Sien ook De Vos (2011:3).

[112] De Vos (2010:10).

[113] Art. 1 van die Gelykheidswet.

[114] Par. 109.

[115] Par. 108.

[116] *Afri-forum* par. 109.

[117] Die manier waarop AfriForum hul saak formuleer, dra waarskynlik hiertoe by. AfriForum voer in hulle stukke aan dat die woorde sistemiese benadeling veroorsaak of voortsit, menswaardigheid ondergrawe en die gelyke genieting van Afrikaners en Afrikanerboere se regte en vryhede nadelig beïnvloed. AfriForum voer ook aan dat die aanstootlike woorde op die verbode gronde van etniese of sosiale herkoms, kultuur en taal berus en deel vorm van die bewering dat die woorde op haatspraak neerkom – sien *Afri-forum* par. 49.

[118] Art. 14 van die Gelykheidswet.

[119] Art. 15 van die Gelykheidswet.

[120] Aanhef tot die Gelykheidswet.

[121] *Afri-forum* par. 49.

[122] *Afri-forum* par. 95.

[123] *Afri-forum*, par. 107.

[124] *Afri-forum* par. 109.

[125] *Ibid*.

[126] *Mthembi-Mahanyele v Mail & Guardian Ltd and another* [2004] 3 All SA 511 (HHA) par. 45–6.

[127] Art. 12 van die Gelykheidswet.

[128] *Afri-forum v Malema* (18172/2010) [2010] ZAGPPHC 39 (1 April 2010).

[129] *Ibid.*

[130] *Afri-forum* par. 111.

[131] *Ibid.*

[132] *Islamic Unity Convention* par. 38.

[133] *Islamic Unity Convention* par. 40.

[134] Art. 2(c) van die Gelykheidswet.

[135] Art. 2(b)(iv) van die Gelykheidswet.

[136] Haigh (2006:187); Teichner (2003:349); De Vos (2010: 5); Spies (2010:21).

[137] Die skrywers het in 2011–2013 empiriese navorsing by 'n aantal gelykheidshowe onderneem. 'n Beduidende aantal haatspraak-klagte is deur swart klaers ingestel teen wit respondente wat die k-woord na bewering gebruik het. Afskrifte van die relevante gelykheidshofvorms is in die skrywers se besit.

[138] De Vos (2010:10).