

Vonnisbespreking:

**Konteks en bedoeling – besinning oor die
Hoogste Hof van Appèl se haatspraakuitspraak
AfriForum v Economic Freedom Fighters
(1105/2022) [2024] ZASCA 82 [28 Mei 2024]**

Casper Lötter

Casper Lötter, Skool vir Filosofie, Noordwes-Universiteit

Abstract

Context and intention – reflecting on the Supreme Court of Appeal’s hate speech decision

This case has an interesting, if unusual, history. In 2012, the appellant (AfriForum) brought the respondent (the Economic Freedom Fighters (EFF) and Julius Malema, the leader of the EFF) before the Equality Court (Gauteng Division) on a charge of hate speech. This issue arose from Julius Malema’s singing of the song “Dubula ibhunu” (“Kill the Boer, kill the farmer”) during public meetings. The appellant’s claim was upheld in the court below (Lamont J) and subsequently settled after an appeal was noted.

In the second case before the Equality Court (albeit before a different judge, Molahlehi J), the appellant’s case was dismissed. The appellant (AfriForum) appealed. With two conflicting decisions by the same division of the High Court, the matter was ripe for the Supreme Court of Appeal (SCA) to weigh in.

On appeal to a full bench, the appeal was dismissed on the basis that the reasonably informed person would understand the words of the song in the original context not to be hate speech, but an expression of the EFF’s political orientation (namely their pursuing the struggle objective of expropriation without compensation).

In this contribution, the court's test for hate speech is subjected to a critical assessment by using Luhmann's systems theory and poststructuralist tools (developed by Derrida and Lacan) on the displacement of the signifier to unknown contexts and Gadamer's hermeneutics. The conclusion is that the test is not only not supportable (new, unknown contexts cannot be controlled or even predicted) but that the idea of the reasonably informed person, in an age of mass disinformation circulating on social media and the internet, is a fiction. Furthermore, as Gadamer shows, the reasonable person is bound to interpret the speech in the prevailing circumstances of the received – not the original – context. The conclusion is therefore that the new test enunciated by the SCA is seriously flawed and should be corrected by legislation.

Keywords: authority figure; hate speech; intention of the speaker; many contexts; original context; reasonable informed person; second-class citizens; signifier; test for

Trefwoorde: aanduier; bedoeling van die spreker; gesagsfigure; haatspraak; oorspronklike konteks; redelik ingeligte persoon; toets vir; tweedeklasburgers; veelvuldige kontekste

I. Inleiding

Die onlangse eenparige uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl oor haatspraak is, soos uit die bespreking hier onder blyk, opspraakwekkend, kommerwekkend en belanghebbend. Nadat die feite onder die loep geneem is, word die regsposisie voor die uitspraak vlugtig oorweeg. Daarna word die uitspraak self krities ontleed. Vervolgens word die betekenis van die uitspraak ondersoek voordat dit in 'n breë, meer algemene konteks bespreek word. Dan volg 'n samevatting van die uitspraak en, ter afsluiting, 'n slotsom en aanbevelings.

2. Die feite

Daar bestaan reeds twee uitsprake van die Gelykheidshof oor Julius Malema, die leier van die Economic Freedom Fighters (EFF), se beweerde haatspraak. Die eerste is dié van 2011 deur regter Lamont, *AfriForum v Malema* 2011 6 SA 240 (EqC) (hierna *AfriForum v Malema I*), wat op 1 November 2012 deur die partye geskik is.¹ Die huidige betoog draai dan ook om die siening dat die uitspraak van regter Lamont in die eerste uitspraak verkieslik is bo dié van regter Molahlehi in *AfriForum v Economic Freedom Fighters* [2022] ZAGPJHC 599; 2022 6 SA 357 [GJ] (hierna *AfriForum v Malema II*) wat in die Gauteng Afdeling van die Gelykheidshof, Johannesburg beslis is, en die volbankbeslissing van die Hoogste Hof van Appèl in Bloemfontein. Laasgenoemde word in hierdie bydrae onder die loep geneem.

Die feite van regter Lamont se uitspraak is kortliks die volgende: Die appellant (AfriForum) beweer dat die drie respondente (die EFF, Malema en Dr Mbuyiseni Ndlozi, 'n EFF-parlements-lid) ingevolge artikel 10(1) van die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onregverdigde Diskriminasie 4 van 2000 (die Gelykheidswet)² teen minderhede diskrimineer deur haatspraak teen hulle te besig.

Die appellant se klagte berus op die sing van die bevrydingslied “Dubula ibhunu” en in besonder die woorde “awudubula ibhunu, dubula amabhunu baya raypah”, wat in Engels vertaal word as “kill the Boer, kill the farmer”. Hierdie lied of variasies daarop is volgens AfriForum by minstens ses geleenthede tussen 2016 en 2020 deur die tweede en/of die derde respondente gesing.

In *AfriForum v Malema II* (par. xx) merk die hof in besonder op dat

[AfriForum’s] contention was, and is, that the singing of *Dubula ibhunu* by Mr Malema is an incitement to hatred or harm on the grounds of race or ethnicity against white, Afrikaans South Africans, and particularly farmers.

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of hierdie woorde ontstellend en bedoel is om aanstoot aan minderhede soos wit mense (veral Afrikaanssprekende Suid-Afrikaners) te gee. Maar, soos hier onder aangedui word, is dit redelik om te aanvaar dat alle lede van alle bevolkingsgroepe (ondanks of dit minderheids- of meerderheidsgroepe is), wat nasiebou deur vrede en respek ondersteun en aan vreedsame samesyn glo, aanstoot sal neem aan die openbare sing van dié lied. Dit sluit oor die algemeen alle wit mense in (behalwe natuurlik vir appèlregter Keightley), ongeag hul moedertaal.

3. Die regsposisie voor die uitspraak

Die regsposisie voor die Hoogste Hof van Appèl se uitspraak (waarin die uitspraak in *AfriForum v Malema II* bevestig is), is soos volg: Twee teenstrydige uitsprake van die Gelykheidshof, beide afkomstig uit die Gauteng Afdeling, oor die wese van politieke haatspraak in Suid-Afrika, het ’n beslissing van die Hoogste Hof van Appèl genoodsaak.

Die probleem word vervolgens oorweeg.

4. Die hof se uitspraak: Die toets

Die toets vir haatspraak wat die Hoogste Hof van Appèl uiteindelik geformuleer het, word soos volg uiteengesit (parr. 102 en 103):

[102] *In its full context, this is not what the reasonably well-informed person would understand to be Mr Malema’s intent in singing the song.* They would understand it to be serving the purpose of garnering support for the party and for its political objectives. They would know Mr Malema to be a populist leader who expresses controversial views. They would appreciate that this is part of his political persona. (Eie kursivering)

[103] *The reasonably well-informed person would appreciate that when Mr Malema sang Dubula ibhunu on the first six impugned occasions, he was not actually calling for farmers, or white South Africans of Afrikaans descent to be shot, nor was he romanticising the violence exacted against them in farm attacks.* They would understand that he was using an historic struggle song, with the performance gestures that go with it, as a provocative means of advancing his party’s political agenda. (Eie kursivering)

Die hof beklemtoon dus drie elemente in die formulering van die toets vir haatspraak, naamlik hoe die redelik ingeligte persoon of waarnemer die bepaalde woorde en bedoeling van die spreker in die oorspronklike konteks waarin dit geuiter is, sou verstaan. Die woorde “oorspronklike konteks” word beklemtoon aangesien die oorspronklike konteks irrelevant is as die toets vir aanhitsing van haatspraak, soos hier bo verduidelik word.

’n Bondige bespreking van die *aanduier*, die *aangeduide* en die *teken* behoort die gedagte duideliker te maak. Die *aanduier* is die klankweergawe (bv. van die woord *lemoen*) van die *aangeduide* wat na die begrip of geestesbeeld van ’n ronde, oranje vrug verwys. Die samevoeging van die *aanduier* en die *aangeduide* vestig die *teken* of vorm.

Op dieselfde wyse gaan die bedoeling van die spreker verlore soos die *aanduier* van een konteks na die volgende, onvoorsienbare konteks verplaas word. Slegs die boodskap (die *aanduier*), losgemaak van die *aangeduide*, bly staande afgesien van die veelvuldige wyses waarop die *aanduier* in nuwe kontekste verstaan (kan) word. Die gesaghebbende werk van die Franse poststruktureliste Jacques Lacan (1977:55) en Jacques Derrida (1982a:19; 1982b:310–12 en 316) het hierdie loopgang van die *aanduier* onomwonde gedemonstreer.

Onder die volgende hofie volg ’n bespreking van die betekenisvolheid van die uitspraak: dat nie een van hierdie drie elemente van die toets vir haatspraak sinvol inpas nie en al drie gekritiseer kan word as onvoldoende aangesien die toets, as ’n geheel, nie water hou nie. Daarna word die betekenis van die uitspraak oorweeg.

5. Die betekenis van die uitspraak

Die Hoogste Hof van Appèl (par. 6) verduidelik die EFF se posisionering soos volg:

Mr Malema describes his political party, the EFF, as a leftist organisation *that subscribes to the struggle for economic emancipation. One of its cardinal pillars, which Mr Malema states is non-negotiable, is the expropriation of land without compensation.* The foundation for this objective, according to Mr Malema, is that the colonial settlers took land from indigenous African people by force. For the EFF, the land issue is central to the economic struggle it pursues. (Eie kursivering)

Die hof wys daarop dat die sentrale ideologie van die EFF (die eerste respondent) daarop gemik is om onteiening sonder vergoeding vir “gesteelde grond” teweeg te bring. Hoewel hierdie siening van die respondent se politieke oriëntasie uiteraard korrek is, volg dit nie logies daarop dat die sing van die lied “Dubula ibhunu” by openbare geleenthede nodig is om daardie doelwit te bereik nie.

Indien hulle hul doelwitte deur geweld wil bereik, maak dit nie sin dat die EFF aan verkiesings deelneem en hul aan parlementêre strukture verbind nie. Deur aan sodanige strukture deel te neem, beteken dit uiteraard dat die EFF geweld afsweer en hul doelwitte (soos onteiening sonder vergoeding) deur vreedsame, regmatige optrede wil bereik. Met die verstedeliking van die mense (swart en wit) weg van hul landelike herkoms, is die idee van grondhervorming tot ’n mate geyk. Die kwessie van vergoeding vir sogenaamde “gesteelde grond” is sekerlik nog op die tafel. In hierdie konteks maak die voortdurende sing van die lied dus nie sin nie, of kan dit as ’n teenstrydigheid in die EFF se samestelling en sienswyse (*contradictum in terminus*) vertolk word.

Richard Forno (2022), 'n kritiese denker oor die verband tussen tegnologie, openbare veiligheid en die gemeenskap, stel dit só:

How does speech turn into violent action? Security specialists and scholars use the term “stochastic terrorism” to capture how a single, hard-to-locate person might be inspired or influenced toward violence by broader extremist rhetoric, as appears to have been the case with the man who allegedly tried to kill Paul Pelosi with a hammer.

Op dieselfde wyse as wat polarisasie in die Verenigde State van Amerika haatspraak in geweld-dadige optrede kan laat oorgaan, word betoog dat ekstreme vorme van politieke boodskappe in Suid-Afrika, soos die lied “Dubula ibhunu” (“Kill the Boer, kill the farmer”), die wesenlike potensiaal het om tot ontvanklike individue in ongekende kontekste te spreek. Om hierdie rede plaas artikel 16(2) van die Grondwet 'n beperking op die reg op vrye spraak: die reg op vryheid van uitdrukking omvat nie “(c) die verkondiging van haat wat op ras, etnisiteit, geslagtelikheid of godsdiens gebaseer is en wat aanhitsing om leed te veroorsaak, uitmaak nie”.

Daar bestaan geen twyfel dat die EFF se haatspraak teen wit mense die moontlikheid inhou om skade te berokken, of reeds berokken het nie. 'n Persoonlike nota: Daar is heelwat vriende wat nie wit is nie wat ontsteld en geskok is dat Malema die groen lig gekry het om hierdie aanstootlike lied te bly sing. Die feit dat AfriForum, wat uiteraard terugvoering van hul ondersteuningsbasis (minderhede soos wit mense) ontvang, die aangeleentheid as só belangrik beskou dat hulle die aansienlike moeite gedoen en kostes aangegaan het om die saak tot by die Hoogste Hof van Appèl te neem, spreek boekdele.

Vervolgens word die beslissing in 'n wyer kontekstuele bespreking onder die loep geneem.

6. Bespreking

Die regters van appèl (par. 53) moet gelyk gegee word dat die wisselwerking tussen artikels 16(2) en 19(1)³ van die Grondwet die sleutel is waarom die beslissing (behoort te) draai. Artikel 19 handel oor politieke regte. Daar word betoog dat die eerste respondent (die EFF) nog steeds in staat is om sy politieke boodskap van onteiening sonder vergoeding as sy ideologiese begronding oor te dra sonder die nodigheid van haatspraak in die vorm hierdie lied. Tog bevind die hof (par. 105) soos volg:

But we know that the subjective view of the target group is not the test. Seen in its full and proper context, Mr Malema's singing of the song could not reasonably be understood in the manner advanced by AfriForum [naamlik dat dit haatspraak is nie] (eie kursivering).

As die subjektiewe ervaring van die teikengroep (breed gestel wit mense in Suid-Afrika) nie relevant is by die oorweging of die lied haatspraak is al dan nie, dan het die Hoogste Hof van Appèl voeling met die werklikheid verloor.

Hierbenewens is dit ook nie moontlik om te bepaal wat *full and proper context* beteken nie. In watter horde kontekste sal die lied gehoor en vertolk word?

Hierdie argument berus op twee boustene: eerstens, die onvoorspelbaarheid van die ontvangs van die *aanduier* in veelvuldige ongekende kontekste en tweedens, kompleksiteit.

Die spreker kan nie die looptog van die *aanduier* van een onvoorspelbare konteks na die volgende bepaal of rig nie. Die werk van die poststruktureliste Derrida (1982) en Lacan (1977) oor die verplasing van die *aanduier* wys duidelik die onvoorspelbaarheid van die *aanduier* se looptog uit soos dit van een konteks na die ander voortsleep, reis of gekommunikeer word. So verklaar JM Coetzee (2017:229), die befaamde romanskrywer, akademikus en Nobelpryswenner, dat dit eenvoudig onmoontlik is vir die skepper van 'n publikasie (soos Malema se lied) om te kan voorsien tot watter mate daardie publikasie se ontvangs (in watter konteks ook al) geslaagd sal wees. So beredeneer die hof (par. 66) byvoorbeeld:

As to *Shisa lamabhunu*, AfriForum alleged in its written complaint that the singing of this song was an incitement to cause arson and damage to property. AfriForum averred that after Dr Ndlozi had sung the song during protest action in Senekal in October 2020, several farms in the Free State were set alight. This latter averment was subsequently demonstrated to be incorrect. Facts brought to light in Mr Malema's answering affidavit, and confirmed in the evidence led at the trial, revealed that while there were fires on agricultural land, the land in question was not in or near the Senekal district. There was no link between these fires and what had occurred at the Senekal protests.

Dit is duidelik uit hierdie uittreksel dat die hof geen begrip het van die poststrukturelistiese insigte oor die loopgang van die *aanduier* nie. Die feit dat die brandstigting ver weg van Senekal (waar die lied gesing is) plaasgevind het, beklemtoon die gevaar van losbandige haatspraak. Dit dui ook daarop dat die oorspronklike konteks en bedoeling van die spreker niksseggend is en dat beide subjektiewe en objektiewe toetse gepas is.

Die volgende vier opmerkings kan oor die toets van die “redelik ingeligte persoon” gemaak word. Eerstens, dit is moontlik dat nie net lede van die teikengroep aanstoot teen die publikasie van die lied sal neem nie, maar ook lede van ander minderheidsgroepe en selfs swart mense woonagtig in hedendaagse Suid-Afrika. Dit is dus nie net die gevoelens van die sogenaamde “teikengroep” wat ter sprake is nie. Enigiemand wat aan nasiebou en vreedsame samesyn glo, sal gerespekteerde en vredebouende optrede eerder as die sêgoed wat Malema/die EFF kwytraak, voorstaan en aanmoedig.

Tweedens, vir haatspraak om in menseslagting oor te gaan, is die “redelik ingeligte persoon”-toets die verkeerde toets om toe te pas. Volgens Forno (2022), soos hier bo aangehaal, is dit nie die redelik ingeligte persoon of waarnemer waaroor ons bekommerd moet wees nie, maar eerder die “single, hard-to-locate person [who] might be inspired or influenced toward violence by broader extremist rhetoric” wat hy met die begrip *stochastic terrorism* vasvang. In hierdie konteks kan verwys word na die feit dat Mahatma Gandhi (wat self 'n volgeling van die Hindoe-geloof was) deur 'n ekstremistiese Hindoe vermoor. Net so was die onlangse sluipmoordaanval op Donald Trump deur 'n lid van sy eie (Republikeinse) party uitgevoer.

Derdens, siende dat soveel inligting wat tans op sosiale media en die internet hersirkuleer word as waninligting bestempel kan word, is dit kwalik moontlik om die fiktiewe redelik ingeligte persoon te vind. Volgens 'n onlangse internasionale opname was minstens 85% van die respondente bekommerd oor die aanwesigheid van aanlynwaninligting en 'n verdere 89% het gevoel dat hul onderskeie regerings meer moet doen om waninligtingsveldtogte hok te slaan (Henley 2023).

Sonder kritiese denke as 'n noodsaaklike vaardigheid wat as verpligte vak op ons skole of universiteite se kurrikulum verskyn, kan 'n mens maar van die fiksie van 'n "redelik ingeligte persoon of waarnemer" vergeet. Die toets vir haatspraak as die fiksie van die redelik ingeligte persoon van die bepaalde woorde in hul oorspronklike konteks is sinneloos, want dit is uit pas met die alledaagse werklikheid.

Vierdens maak die gedagte van hoe die woorde en die bedoeling in hul oorspronklike konteks verstaan sal word, ook nie sin nie. Die bekende Duitse filosoof Hans-Georg Gadamer het reeds in 1960 met die publikasie van sy nou befaamde werk *Wahrheit und Methode* (1975a, wat as *Truth and method* in Engels vertaal is) aangetoon dat 'n teks *nooit in sy oorspronklike konteks* (eie kursivering) verstaan word nie, *maar altyd* in 'n nuwe, ongekende konteks waarin die waarnemer hom of haar bevind, en dat dit in die lig van daardie nuutgevonde omstandighede vertolk word. Gadamer (1975b:264) betoog naamlik dat "[w]e understand differently [from the original context and intention], if we understand at all". Daar bestaan dus geen "korrekte" vertolking van die oorspronklike teks in die sin van een wat ooreenstem met die skrywer of spreker se *oorspronklike* bedoeling nie (McCarthy 1978:173–176; Warnke 1987:81–82). Die Hoogste Hof van Appèl se gedagte dat die redelik ingeligte persoon (wat in elk geval nie bestaan nie) die woorde en die spreker se bedoeling in die oorspronklike konteks sal (kan) verstaan, is dus nie moontlik nie.

Hierdie gedagte word verder bespreek in die lig van die mislukte aansoek om die onttrekking van appèlregter Keightley tydens die verhoor. Die aansoek om regter Keightley se onttrekking was gebaseer op die regter se beweerde vooroordeel teenoor die appellant. Die hof het egter bevind (par. 24) dat dit teenstrydig is met "what she believes is the South African constitutional project of multicultural inclusivity and equality for all groups and individuals". Die regter het AfriForum beskou "as promoting the archaic ideology of a small minority of primarily Afrikaans-speaking whites" (par. 24).

Dieselfde kan egter van die eerste respondent (die EFF) en die ander twee respondente (Malema en Ndlozi) gesê word. Tydens die onlangse nasionale verkiesing (29 Mei 2024, interessant genoeg 'n dag na die hofuitspraak), het die EFF bloot 9.7% van die algehele stemme op nasionale vlak behaal (Thorne 2024). Hul siening van onteiening sonder vergoeding, wat sentraal in hul ideologie staan, soos die hof dan ook tereg uitwys, is eweneens 'n argaïese ideologie wat deur 'n klein minderheid van die bevolking aangehang word.

Daar moet beklemtoon word dat hierdie aspek van die saak daarop wys dat 'n aansienlike deel van die Suid-Afrikaanse bevolking reeds skade berokken is met die openbare sing van die lied. Dit is wat AfriForum genoop het om die aangeleentheid onder die Hoogste Hof van Appèl se aandag te bring.

Om hierdie rede word aan die hand gedoen dat AfriForum se argument dat die woord "could" eerder as "would" (par 105) (ingevolge artikel 10 van die Gelykheidswet) ingespan moet word, korrek is:

... Seen in its full and proper context, Mr Malema's singing of the song *could* not reasonably be understood in the manner advanced by AfriForum [naamlik dat dit haatspraak is nie]. (Eie kursivering)

In die lig van Gadamer (1975b) se argument dat die ontvangers van 'n teks selde die oorspronklike konteks snap, is die woord “could” ver meer haalbaar en sinvol as “would”.

Verder wys Buitendag en Van Marlé (2014) se bydrae oor die voorganger van hierdie uitspraak (naamlik die Gelykheidshof se uitspraak in *AfriForum v Malema I*, par. 108) tereg daarop dat hierdie vorm van haatspraak uit pas is met die tyd en dat die konteks waarin dit geuit is, irrelevant is. So redeneer die Gelykheidshof in *AfriForum v Malema I* (par. 105) naamlik dat sodanige haatspraak “demonstrate an intention to be hurtful, to incite harm and promote hatred against the white Afrikaans speaking community”.

Dit is naamlik so dat haatspraak teenoor een minderheidsgroep (die wit, Afrikaans-sprekende bevolkingsgroep) nie die enigste is wat in gedrang kom nie. Oorweeg byvoorbeeld ook die historiese geweld en bloedvergieting tussen Suid-Afrikaners van Indiese herkoms in KwaZulu-Natal en Durban beide in 1949 en gedurende Januarie 1985. *The New York Times* (Boyd 1985) berig naamlik ten tyde van die geweld dat die bloedvergieting “has appeared to lose any ideological direction in a morass of racial hatred between blacks and Indians, recalling the massacre of 142 Indians by Zulus in 1949”.

Die betoog is dat die hof verkeerd is in sy siening dat die haatspraak slegs op een minderheidsgroep slaan. Dit het inderdaad die potensiaal om ook na ander minderheidsgroepe op Suid-Afrikaanse bodem uit te kring, soos geweld tussen Suid-Afrikaners van Indiese herkoms en Zulus.

Verder betoog Buitendag en Van Marlé (2014) ook, aan die hand van Luhmann (2008:22) se gedagte van autopoiëtiese regstelsels, dat regstrukture soos die Hoogste Hof van Appèl uit voeling met die werklike wêreld kan raak. Ons word daaraan herinner dat sulke gesagstrukture hulself dikwels in ruimtes bevind wat uit pas is met die tyd, soos hierdie uitspraak inderdaad toon (par. 89):

The amicus curiae refers [sic] to Mr Malema’s leadership position as a politician. *It submits that the equality court ought to have directed a high level of scrutiny at his speech, rather than exempting Mr Malema because of his political status.* In this regard, the amicus cites *Economic Freedom Fighters and Another v Minister of Justice and Correctional Services and Another* in which the Constitutional Court stated that in securing the enjoyment of rights, “a greater sense of responsibility is demanded particularly of those who are thought-leaders whose utterances could be acted upon without much reflection, by reason of the esteem in which they are held and the influence they command”. The amicus curiae agrees [sic] with AfriForum that the equality court erred in dismissing the hate speech complaint. (Eie kursivering)

Teen hierdie agtergrond is dit gepas om na Joan Donovan (2024) se woorde te verwys, naamlik dat “disinformation mobilizes and incites political violence under specific conditions, such as a popular public figure calling for help”.

Die Hoogste Hof van Appèl se haatspraakuitspraak wys so ’n ivoortoringruimte uit. Buitendag en Van Marlé (2014) betoog naamlik soos volg:

It is submitted that one way in which the relationship between law and justice could be reopened is if law's temporality could be revisited and accordingly other aspects neglected by law such as identity, agency and ultimately justice reconsidered.

Die skrywers raak hier 'n aspek van die uitspraak aan wat nie net baie belangrik is nie, maar ook maklik oor die hoof gesien kan word. Hier word verwys na die gedagte oor ivoortorings en die Hoogste Hof van Appèl se geïsoleerde posisie vis-à-vis die situasie in die werklike wêreld. So wys Buitendag en Van Marlé (2014:2900) op die volgende:

Law could only translate the problem into a binary opposition where the song was either legal or illegal, where one party lost and the other won. In a case such as this, where the issue at stake is the peaceful and respectful co-existence of two race-groups (at least that is how it is portrayed by their self-appointed representatives) and the recognition of one of the groups' heritage of liberation (again as portrayed by the respondents), a simple legal prohibition seems like a fundamentally inadequate measure to appease the matter (eie kursivering).

Die hof se redenasie en bevinding ten opsigte van die aansoek om onttrekking van appèlregter Keightley is eweneens van toepassing op die regbank in die geheel. So betoog die hof (par. 29) met verwysing na die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Masuku*:

The Court went on to emphasise that judges do not exist in a vacuum. They bring their personal and professional experiences to bear in their adjudicative function. Not only is this appropriate, but in our multilingual and multiracial society, it cannot reasonably be expected that judges should share all the views or prejudices of the parties before them. Consequently, proving that a judicial officer holds a particular view does not, without more, establish a reasonable apprehension of bias ...

Dit kan so wees, maar die teorie wys wel daarop dat regters vanuit 'n ivoortoring hul beslissings lewer. So byvoorbeeld het 'n onlangse opname getoon dat eiendomsonteiening as gevolg van historiese ongeregtigheid eintlik maar baie laag op Suid-Afrikaners se prioriteitslys voorkom. Grondhervorming tel nie eers onder die eerste vyf prioriteite van die regering van nasionale eenheid nie (Polity 2024), soos op 5 Junie 2024 gepubliseer. Doelwitte soos werkskepping, misdaadbekamping, gemeenskapsamehorigheid en algemene ekonomiese groei (soos voorheen deur beurtkrag lamgelê) tel veel meer vir gewone Suid-Afrikaners as die EFF se uitgedateerde nadruk op radikale grondhervorming.

Hiermee word egter nie gesê dat daar geen gronde vir 'n oproep op grondhervorming is nie. Die bekende Stellenbosse ekonomiese historikus Sampie Terreblanche (2002) het reeds in 2002 daarop gewys dat die regerende party (d.w.s. die ANC) nie sy verkiesingsbeloftes van rykdomherverdeling gestand gedoen het nie, maar eerder 'n neoliberalistiese agenda gevolg het. Dit was tot nadeel van die meeste armes in Suid-Afrika. In die nadraai hiervan, kan die vraag gevra word hoekom Malema nie "Kill the ANC" sing nie?

Tog is die regters (par. 1) ook korrek in hul siening dat die EFF en AfriForum die twee uiterste pole van die hedendaagse, postapartheid-Suid-Afrikaanse gemeenskap vorm. Die manier om hierdie polarisasie aan te spreek is egter nie om 'n ekstreme vorm van geweld deur die een ten koste van die ander aan te hits nie.

7. Samevatting

Die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl kan soos volg saamgevat word:

Die toets vir haatspraak wat die hof neerlê, is nie alleen aanvegbaar tot die punt van irrelevansie nie, maar die beslissing openbaar 'n grondwetlike kwessie wat die punt moontlik ryp maak vir 'n verdere appèl na die Konstitusionele Hof. Die vyf appèlregters bevind naamlik dat die toets vir haatspraak bepaal moet word aan die hand van die vraag of 'n "redelik ingeligte persoon" die woorde in hul "oorspronklike konteks en bedoeling" as haatspraak sou verstaan.

Ten einde die toets vir haatspraak effektief te kan kritiseer, word onder andere gebruik gemaak van 'n poststrukturalistiese lens wat daarop toegespits is om die linguistiese impak van die verplasing van die *aanduier* van die oorspronklike konteks na ander, ongekeende kontekste na te speur. Hier word verwys na die Duitse filosowe Gadamer (1975b) en Luhmann (2008) se insigte by die hermeneutiek en sisteemteorie, onderskeidelik.

Daar word bevind dat beide die oorspronklike konteks en die bedoeling van die spreker/skrywer wat die hof as die twee deurslaggewende faktore beskou, irrelevant is wanneer die *aanduier* na ander, ongekeende kontekste verplaas of verskuif word. Die toets vir haatspraak is dan duidelik verkeerd.

Die kritiek op die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl wentel om die volgende vier punte:

1. Die hof tree op asof hy gesetel is in 'n ivoortoring en voeling met die werklike wêreld verloor het.
2. Die konteks waarin die woorde van die lied geuit is, is irrelevant aangesien die veelvuldige, onbekende latere kontekste waarin die woorde vertolk kan word veel meer deurslaggewend is.
3. Ten einde te waak teen die probleem van die skepping van tweedeklasburgers, beteken gemeenskapsamehorigheid dat die sogenaamde teikengehoor (en ander potensieële gehore) se vertolking van die woorde absoluut relevant is.
4. Julius Malema se gesagsrol moet in ag geneem word indien ons teen moontlike mense-slagting en/of bloedvergieting wil agiteer.

8. Gevolgtrekking en aanbevelings

Die eenparige uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in die *AfriForum v Malema II*-saak is opspraakwekkend, maar ook kommerwekkend. Die gevolgtrekking is dat die laer hof se uitspraak in *AfriForum v Malema I* veel eerder navolgingswaardig is as die latere uitsprake van beide die Gelykheidshof (*AfriForum v Malema II*) en die Hoogste Hof van Appèl.

So wys die laer hof se uitspraak in *AfriForum v Malema I* (parr. 110, 120) daarop dat die nuwe moraliteit wat in postapartheid-Suid-Afrika heers, daarop dui dat nuwe reëls geld en dat die sing van "Dubula ibhunu" in die openbaar haatspraak daarstel aangesien dit nie bydra tot gemeenskapsamehorigheid, vrede en respek nie.

Enersyds wys dit op die belang van inligting of getuienis wat moontlik buite die kader van regsopleiding val (naamlik teoretiese raamwerke soos die poststrukturealisme, wat in hierdie artikel toegepas word). Andersyds dui dit op die gevaar wanneer regters hulle slegs deur hul regsgevoel laat lei sonder die hulp van bykomende empiriese en teoretiese rugsteuning.

Die slotsom is naamlik dat die faktore wat die hof as rigsnoere vir hul nuutgevormde regstoets vir haatspraak identifiseer, irrelevant is wanneer dit kom by die vraag of sodanige uitinge haatspraak is wat moontlik tot menseslagting kan lei.

Hierdie uitspraak bevestig die waarde van 'n humanistiese of sosiaal wetenskaplike verdieping aanvullend tot regsopleiding. Hierdie uitgangspunt word deur die Duitse filosoof Hans-Georg Gadamer (1975b) begrond. Die hof se toets vir haatspraak moet dringend deur wetgewing gewysig word tot een wat klem lê op ongekende kontekste waarin die uitspraak moontlik vertolk kan word. Vir hierdie doel is die bedoeling van die spreker en/of die oorspronklike konteks waarin die uiting plaasgevind het, irrelevant. Terselfdertyd, soos hier bo betoog word, is die fiktiewe karakter van die redelik ingeligte persoon 'n onhoudbare niksseggendheid aangesien die omvang van waninligtingsveldtogte op die internet en sosiale media die gedagte aan 'n "redelik ingeligte persoon" waarlik 'n uitsondering op die reël maak.

Ten slotte is die eenparigheid van hierdie uitspraak ook kommerwekkend in die lig van die hof se afmaak van die gekweste gevoelens van 'n betekenisvolle bevolkingsgroep (naamlik wit mense en ander minderhede wat ook deur Malema se uitspraak geaffronteer is), want dit skep die gedagte dat hierdie groep of groepe tweedeklasburgers is. Daarom word aan die hand gedoen dat hierdie kwessie moontlik ook ryp is vir 'n appèl na die Konstitusionele Hof.

Die vraag wat dus gevra moet word, is of die Hoogste Hof van Appèl met hierdie uitspraak nie verdere polarisasie in Suid-Afrika aangewakker het nie. Dit sal die geval wees indien Malema se gewraakte haatspraak wel op politieke geweld uitloop en al die aanduidings is daar dat dit nie 'n vergesogde moontlikheid is nie.

Sonder die boustene van beleefdheid, deernis en medelye kan daar geen sprake wees van vredebou in die konteks van die gedagte aan vreedsame medebestaan nie. Aanstootlike vorms van haatspraak soos die lied "Dubula ibhunu" kan eenvoudig nie toegelaat word in 'n post-apartheid-Suid-Afrika waar maatskaplike samehorigheid en vergewensgesindheid die botoon moet voer ten einde spanning en konflik te vermy nie. Dit beteken nie dat die kwessie van historiese ongelykheid en ongeregtigheid onder die mat ingevee moet word nie. Haatspraak en historiese ongeregtigheid is twee afsonderlike aspekte wat onafhanklik van mekaar opgelos kan en moet word.

Bibliografie

Boyd, G.M. 1985. Violence spreads in Durban area of South Africa. *The New York Times*, 10 September. <https://www.nytimes.com/1985/08/10/world/violence-spreads-in-durban-area-of-south-africa.html> (12 Mei 2024 geraadpleeg).

Buitendag, N. en K. van Marlé. 2014. AfriForum v Malema: The limits of law and complexity. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 17(6):2893–914. <https://doi.org/10.4314/pelj.v17i6.20>.

Coetzee, J.M. 2017. The late Patrick White. In Coetzee (red.) 2017, ble. 218–33.

- Coetzee, J.M. (red.). 2017. *Late essays 2006–2017*. Londen: Harvill Secker.
- Derrida, J. 1982a. Différance. In Derrida (red.) 1982, ble. 1–27.
- . 1982b. Signature event context. In Derrida (red.) 1982, ble. 307–30.
- Derrida, J. (red.). 1982. *Margins of philosophy*. Vertaal deur A. Bass. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Donovan, J. 2024. Fake Biden robocall to New Hampshire voters highlights how easy it is to make deepfakes – and how hard it is to defend against AI-generated disinformation. *The Conversation US*, 23 Januarie. <https://theconversation.com/fake-biden-robocall-to-new-hampshire-voters-highlights-how-easy-it-is-to-make-deepfakes-and-how-hard-it-is-to-defend-against-ai-generated-disinformation-221744> (23 Julie 2024 geraadpleeg).
- Forno, F. 2022. Political violence in America isn't going away anytime soon. *The Conversation US*, 3 November. <https://theconversation.com/political-violence-in-america-isnt-going-away-anytime-soon-193597> (12 Augustus 2024 geraadpleeg).
- Gadamer, H.G. 1975a. *Wahrheit und Methode*. 4de uitgawe. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- . 1975b. *Truth and method*. Vertaal deur W. Glen-Doepe. New York: Seabury Press.
- Henley, J. 2023. 85% of people worry about online disinformation, global survey finds. *The Guardian*, 7 November. https://www.theguardian.com/technology/2023/nov/07/85-of-people-worry-about-online-disinformation-global-survey-finds?utm_source (2 Januarie 2024 geraadpleeg).
- Lacan, J. 1977. The agency of the letter in the unconscious or reason since Freud. In Lacan (red.) 1977, ble. 146–78. <https://doi.org/10.4324/9781003209140-5>.
- Lacan, J. (red.). 1977. *Écrits: A selection*. Vertaal deur A. Sheridan. New York: Norton.
- Luhmann, N. 2008. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press.
- McCarthy, T. 1978. *The critical theory of Jürgen Habermas*. Londen: Hutchinson.
- Polity. 2024. Agenda 2024: Priorities for South Africa's new government. <https://www.polity.org.za/article/agenda-2024-priorities-for-south-africas-new-government-2024-06-05> (5 August 2024 geraadpleeg).
- Terreblanche, S.J. 2002. *A history of inequality in South Africa, 1652–2000*. Pietermaritzburg: University of [KwaZulu-] Natal Press.
- Thorne, S. 2024. 2024 National Election polls vs the actual results – and the one that nailed it. *BusinessTech*, 26 Junie. <https://businesstech.co.za/news/government/778988/2024-national-election-polls-vs-the-actual-results-and-the-one-that-nailed-it> (1 Julie 2024 geraadpleeg).
- Warnke, G. 1987. *Gadamer: Hermeneutics, tradition and reason*. Stanford, CA: Stanford University Press.

Eindnotas

¹ *Mediation Agreement Made and Entered into by and between the ANC and Mr Malema and Afriforum and TAU-SA* (1 November 2012). <https://www.politicsweb.co.za/documents/shoot-the-boer-text-of-the-mediation-agreement> (12 Augustus 2024 geraadpleeg).

² Die Engelse titel van die wet is Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act (the Equality Act) 4 of 2000. Artikel 10(1) bepaal:

Behoudens die voorbehoud in artikel 12, mag geen persoon, teen enige persoon, woorde gebaseer op een of meer van die verbode gronde publiseer, propageer, verkondig of oordra nie, wat redelikerwys vertolk kan word as sou dit 'n duidelike bedoeling hê—

- (a) om kwetsend te wees;
- (b) om skadelik te wees of om skade aan te stig;
- (c) om haat te bevorder of te propageer.

³ Artikel 19(1) van die Grondwet bepaal:

(1) Dit staan elke burger vry om politieke keuses te doen, waarby inbegrepe is die reg om—

- (a) 'n politieke party te stig;
- (b) deel te neem aan die bedrywighede van, of lede te werf vir, 'n politieke party; en
- (c) hulle vir 'n politieke party of saak te beywer.