

**REGSTELLENDEN AKSIE EN DIE GRONDWETLIKE
WAARDES: 'n REGSVERGELYKENDE STUDIE NA
GRONDWETLIKHEID**

Proefskrif voorgelê vir nakoming van die vereistes vir die graad
Doctor Legum aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike
Hoër Onderwys

deur

LEON JANSEN VAN RENSBURG

Studentenommer: 10841989

Promotor: Professor Francois Venter

Oktober 2003

Hierdie proefskrif word opgedra aan:

- *elke Suid-Afrikaner wat verdien om die voordele van regstellende aksie te ontvang;*
- *elke Suid-Afrikaner wat gely het en steeds ly onder die nadele van onregverdige diskriminasie wat onder die dekmantel van regstellende aksie gepleeg word;*
- *my ouers vir wie daar nooit die geleenthede was om self te kon studeer nie, maar wat altyd alles gedoen het om my te help ten einde my studies hiermee suksesvol te voltooi; en*
- *ons Skepper, in wie se lig ek hierdie studie kon onderneem, en in wie se lig ek hoop en bid dit van waarde kan wees.*

*Leon van Rensburg
Kaapstad
28 Maart 2004*

INHOUDSOPGAWE

	<i>Bladsy</i>
1. Hoofstuk 1: Inleiding, Regsvrae en Werkswyse	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Die regspraak	6
1.3 Werkswyse	9
2. Hoofstuk 2: Ontleding van die begrippe	24
2.1 Die Grondwet as vertrekpunt	24
2.2 Twee benaderings tot regstellende aksie	26
2.3 Enkele definisies van die begrip "regstellende aksie"	28
3. Hoofstuk 3: Redes vir regstellende aksie in Suid-Afrika	35
3.1 Die historiese konteks	35
3.2 Vorige rasdiskriminerende wetgewende maatreëls	39
3.2.1 <i>Die Wet op Myne en Bedrywe</i> 12 van 1911	40
3.2.2 <i>Die Wet op die Reëling van Naturelle-Arbeid</i> 15 van 1911	41
3.2.3 Die Beleid van "Beskaafde Arbeid," 1924	43
3.2.4 <i>Die Loonwet</i> 27 van 1925	46
3.2.5 <i>Die Wysigingswet op Myne en Bedrywe</i> 25 van 1926	47
3.2.6 <i>Die Swart Administrasiewet</i> 38 van 1927	48
3.2.7 <i>Die Naturelle Dienskontrakwet</i> 24 van 1932	49
3.2.8 <i>Die Wet op Elektrotegniese Draadwerkers en Aannemers</i>	

	20 van 1939	50
3.2.9	<i>Die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk</i> 22 van 1941	50
3.2.10	<i>Die Ongevallewet</i> 30 van 1941	51
3.2.11	<i>Die Wet op Vakleerlinge</i> 37 van 1944	52
3.2.12	<i>Die Naturelle (Stadsgebiede) Konsolidasiewet</i> 25 van 1945	53
3.2.13	<i>Die Wet op Registrasie vir Werk</i> 34 van 1945	55
3.2.14	<i>Die Wet op Naturellebouwerkers</i> 27 van 1951	56
3.2.15	<i>Die Wet op die Opleiding van Ambagsmanne</i> 38 van 1951	57
3.2.16	<i>Die Wet op Naturelle-Arbeid (Beslegting van Geskille)</i> 48 van 1953	58
3.2.17	<i>Die Wet op Myne en Bedrywe</i> 27 van 1956	59
3.2.18	<i>Die Wet op Nywerheidsversoening</i> 28 van 1956	59
3.2.19	<i>Die Loonwet</i> 5 van 1957	62
3.2.20	<i>Die Wet op Winkels en Kantore</i> 75 van 1964	62
3.2.21	<i>Die Werkloosheidsversekeringswet</i> 30 van 1966	63
3.3	Samevatting	63
4.	Hoofstuk 4: Regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika	65
4.1	Agtergrond, ooreenkomste en verskille ten opsigte van regstellende aksie in Suid-Afrika, Namibië en die VSA	65
4.2	Gelykheid as die grondslag vir regstellende aksie in beide Suid-Afrika en die VSA	66
4.3	Die wetgewende raamwerk van regstellende aksie in die VSA	76
4.4	Regson ontwikkeling rondom regstellende aksie in die Amerikaanse howe	79
4.5	Die bewyslas by regstellende aksie en onlangse verwikkelinge rondom regstellende aksie in die VSA	98
4.6	Samevatting van die Amerikaanse regsposisie rondom regstellende Aksie	103

5.	Hoofstuk 5: Die <i>Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika</i> 108 van 1996 en regstellende aksie	105
5.1	Menswaardigheid	105
5.1.1	Die plek van menswaardigheid in die Grondwet	105
5.1.2	Die inhoud en betekenis van menswaardigheid	108
5.1.3	Die benadering van die Konstitusionele Hof teenoor menswaardigheid	109
5.1.4	Menswaardigheid en regstellende aksie	112
5.2	Gelykheid	119
5.2.1	Die plek van gelykheid in die Grondwet	119
5.2.2	Die verhouding tussen gelykheid en menswaardigheid	124
5.2.3	Formele versus substantiewe gelykheid	127
5.2.4	Direkte en indirekte diskriminasie	134
5.2.5	Die benadering van die Konstitusionele Hof teenoor gelykheid	137
5.3	Vryheid	148
5.3.1	Die plek van vryheid in die Grondwet	148
5.3.2	Die benadering van die Konstitusionele Hof teenoor vryheid	153
5.3.3	Gevolgtrekking	162
6.	Hoofstuk 6: Die wetgewende raamwerk waarbinne regstellende aksie in Suid-Afrika en Namibië bestaan en beoefen word	164
6.1	Inleidende opmerkings	164
6.2	Regstellende aksie by wyse van tenders en staatskontrakte	166
6.3	Regstellende aksie in die werkplek	181
6.4	Die Wet op Billike Indiensneming	186
6.4.1	Kopstuk en aanhef	186
6.4.2	Definies	189
6.4.3	Interpretasie en toepassing van die Wet	201

6.4.4	Hoofstuk 2: Die verbod op onregverdige diskriminasie	203
6.4.5	Hoofstuk 3: Regstellende aksie	206
6.4.6	Uitvoering van die bepalings van die wet	236
6.4.7	Volkeregtelike verpligtinge van Suid-Afrika en die Wet op Billike Indiensneming	240
7.	Hoofstuk 7: Die aard van grondwetlik toelaatbare regstellende aksie	242
7.1	Inleidende opmerkings	242
7.2	Die betekenis van die grondwetlike magtiging tot regstellende aksie	243
7.3	Regstellende aksie en die onus in grondwetlike sake	251
7.4	Die reservering van plekke vir die aangewese groepe ter wille van regstellende aksie	254
7.4.1	Die ongelykhede van die verskillende rasse-groepe en 'n maatstaf vir gelykheid	254
7.4.2	Die <i>Motala</i> -gewysde	258
7.5	Regstellende aksie ten gunste van individue of groepe	263
7.5.1	Regstellende aksie en politieke oortuigings	263
7.5.2	Die volkereg ten gunste van individuele regstellende aksie	266
7.5.3	Menswaardigheid as grondslag	269
7.5.4	<i>Ubuntu</i>	276
7.5.5	Praktiese toepassing	279
7.5.6	'n Alternatiewe voorstel	285
7.5.7	Die nie-aangewese groep	285
7.5.8	Aangewese persone wat nie regstellende aksie vereis nie	290
7.5.9	Bronne en prioriteite rondom regstellende aksie	295
7.5.10	Amerikaanse voorbeelde	297
7.5.11	Die onderskeid tussen die Grondwet en die Oorgangsgrondwet	301
7.5.12	Ander maatstawwe	302

7.6	Regstellende aksie in die staatsdiens, op die regbank en in die staatsinstellings ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie	304
7.6.1	Regstellende aksie en persone wat nie meer benadeel is nie	304
7.6.2	Die onderskeid tussen die private en die openbare sektore	306
7.6.3	Verteenwoordigendheid versus effektiwiteit	310
7.6.4	Die grondwetlike teks	317
7.6.5	Minderhede en die ekonomie	321
7.6.6	Verteenwoordigendheid en deelname	325
7.7	'n Eindpunt aan regstellende aksie vir individue	331
7.7.1	Die mikpunte van regstellende aksie	331
7.7.2	Werklike benadeling	332
7.7.3	Volkeregtelike verpligtinge	337
7.7.4	Die aard van die veroorlowing tot regstellende aksie	341
8.	Hoofstuk 8: Die grondwetlikheid van die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werkgewers	344
8.1	Inleiding	344
8.2	Die vraag na onbillike rassediskriminasie na aanleiding van die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werksoekers	346
8.3	Die vraag na onbillike diskriminasie teen aangewese werkgewers weens die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers	354
8.4	Die vraag na onbillike diskriminasie teen aangewese werknemers en werksoekers weens die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers	361

9.	Hoofstuk 9: Gevolgtrekking	370
9.1	Inleiding	370
9.2	Die onus	371
9.3	Groepe en individue by regstellende aksie	371
9.4	Volkeregtelike gevolgtrekkings	372
9.5	Die privaat- en die openbare sektore	373
9.6	Rasgebaseerde regstellende voordele	373
9.7	Aangewese en nie-aangewese werkgewers, werknemers en werksoekers	374
9.8	Samevatting	374
10.	Hoofstuk 10: Bibliografie	378
10.1	Boeke	378
10.2	Bydraes in versamelwerke	384
10.3	Tydskrifartikels	386
10.4	Vonnisbesprekings	395
10.5	Proefskrifte, verhandelings en skripsies	398
10.6	Plaaslike staatspublikasies	399
10.7	Suid-Afrikaanse regspraak	399
10.8	Buitelandse regspraak	406
10.8.1	Botswana	406
10.8.2	Europese Unie	406
10.8.3	Indië	406
10.8.4	Die Internasionale Gereghshof	406
10.8.5	Kanada	407
10.8.6	Namibië	407
10.8.7	Rhodesië	407
10.8.8	Die Verenigde State van Amerika	407

10.9	Suid-Afrikaanse wetgewing	410
10.10	Buitelandse wetgewing	413
10.10.1	Namibië	413
10.10.2	Die Verenigde State van Amerika	413
10.11	Suid-Afrikaanse ondergeskikte wetgewing	413
10.12	Buitelandse ondergeskikte wetgewing	414
10.12.1	Namibië	414
10.12.2	Die Verenigde State van Amerika	414
10.13	Internasionale handveste, verklarings, ooreenkomste, verdrae en konvensies	415

REGSTELLENDEN AKSIE EN DIE GRONDWETLIKE WAARDES: 'N REGSVERGELYKENDE STUDIE NA GRONDWETLIKHEID

'n Reis van tienduise myl begin met 'n enkele tree.

Maha Ghosananda

HOOFSTUK 1: INLEIDING, REGSVRAE EN WERKSWYSE

1.1 Inleiding

Dit is eintlik baie ironies en paradoksaal dat daar aan die begin van 'n wetenskaplike studie soos 'n proefskrif, 'n onwetenskaplike stelling gemaak kan word soos: regstellende aksie is broodnodig in die Suid-Afrika van vandag waarin ons leef. Tewens, hierdie stelling is, nadat dit lank reeds uit verskeie oorde gemaak is, in 'n juridiese sin, reeds in 1995 deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie erken.¹

Die feit van die saak is, hierdie gevolgtrekking is 'n werklikheid vir almal wat in Suid-Afrika oë het om te sien.

Enigeen kan bloot in sy motor na die naaste voormalige (steeds grootliks) swart woongebied ry om die geweldige armoede, swaarkry en haglike woonomstandighede te aanskou waaraan miljoene Suid-Afrikaners daagliks blootgestel is. Mense gaan slaap gereeld honger, kinders is blootgestel aan vuil toestande en siektes vier hoogty. Daarteenoor is daar die voormalige (steeds grootliks) Blanke woongebiede. Oortrek van groen bome en met geteerde strate, netjiese huise en skoon sypaadjies, staan dit in direkte en skrilte kontras met die skreiende armoede wat meestal binne enkele kilometers daarvandaan afspeel. Populisties gesproke bestaan Suid-Afrika uit twee

¹ SUID-AFRIKA (Republiek) *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* Projek 58 (Pretoria 1995) 135; Dibodu TM "Ethical foundation of affirmative action" 1995 *Codicillus* 18-28 20; Venter AJ "Die snelle aanvaarding van die begrip regstellende aksie in Suid-Afrika" 1993 *Aambeeld* 23-25 25

nasies. Die een is ryk en hoofsaaklik wit. Die ander is arm en hoofsaaklik swart.² Sonder om op die regs-wetenskaplike kwessies te let wat met die onderskeide handel tussen nasieskap en sosio-ekonomiese verskille sal die skrywer hiervan, hierdie laaste standpunt van die Suid-Afrikaanse President as een van die vertrekpunte van hierdie proefskrif wil aanvaar sonder om verder (politieke) debat daaroor te voer, of verder daarop in te gaan as wat reeds hierbo gedoen is. Grootliks en sonder om op wetenskaplike presiesheid te let, is daar nie oor die President se standpunt te argumenteer nie, alhoewel uitsonderings op die reël natuurlik al hoe meer begin voorkom.

Met bogenoemde as vertrekpunt, moet regstellende aksie dus daarop gemik wees om die verskille soos hierbo uitgewys en daagliks deur miljoene Suid-Afrikaners ervaar, te help uitwis.³ Regstellende aksie is immers 'n erkende wyse om die beginsel van gelyke geleenthede te bevorder in samelewings waar diskriminasie hierdie beginsel 'n slag toegedien het of waar minder ontwikkelde samelewings met meer ontwikkelde samelewings meeding.⁴

Daar bestaan verskeie redes waarom regstellende aksie as begrip - en middel tot 'n doel - by baie mense aanvaarbaar is, of selfs hoog aangeskryf word. Ander vind dit weersinwikkend. Dikwels is dit die geval dat die graad van die individuele gewildheid, of aanvaarbaarheid van die stelsel van regstellende aksie, grotendeels bepaal word deur die vraag of die spesifieke individu wat daarmee gekonfronteer word, in sy persoonlike hoedanigheid deur die konsep van regstellende aksie

² Hadland A en Rantao J *The life and times of Thabo Mbeki* (Zebra Kaapstad 1999) 188. Hierdie was ook die tema van 'n toespraak gelewer deur President Thabo Mbeki (destyds as Adjunk-President) tydens die opening van die debat oor versoening en nasiebou in die nasionale vergadering van die parlement, te Kaapstad, op 29 Mei 1998.

³ Hadland A en Rantao J *Mbeki* 191-192. Dit is ook die standpunt van President Mbeki en dit is die skrywer van hierdie proefskrif se onwetenskaplike, dog respektvolle submissie, dat dit die standpunt van miljoene Suid-Afrikaners is. Hierdie standpunt is nie deur die skrywer hiervan deur navorsing van enige aard opgedoen nie, maar deur interaksie met Suid-Afrikaners regoor Suid-Afrika en vanuit alle gemeenskappe oor 'n tydperk van 'n hele aantal jare. Dit is bloot daarop afgestem om die besef te probeer tuisbring, onder andere by wyse van hierdie proefskrif, dat die doel van regstellende aksie moet wees om die agterstande van miljoene Suid-Afrikaners te help uitwis, eerder as om klein groepies mense te verryk as gevolg van hul ras of herkoms.

⁴ *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 136

bevoordeel of benadeel sal word, indien die omstandighede hulself daartoe sou leen.⁵ Konstitusionele Regter Sachs het dit soos volg gestel: "One person's dream of advancement is another person's nightmare."⁶ Oud-President Nelson Mandela se siening was soortgelyk toe hy gesê het dat: "To millions affirmative action is a beacon of positive expectation. To others it is an alarming spectre which is viewed as a threat to their personal security and a menace to the integrity of public life."⁷ Dit is ongelukkig maar hoe dit gaan met die meeste kontroversiële begrippe in die moderne wêreld waarin ons leef - groot en uiteenlopende verskille bestaan oor hoe dit ervaar word deur die mense wat daagliks die realiteite van die nuwe demokrasie beleef.

Die meeste mense wat deur regstellende aksie (of dan billike indiensneming, soos dit in die *Wet op Billike Indiensneming*⁸ bekendstaan) gekonfronteer word, ervaar regstellende aksie eers as 'n werklikheid, wanneer hulle vir 'n betrekking aansoek doen, of wanneer hulle persoonlik daardeur getref word weens die toepassing van die begrip en beleid van regstellende aksie deur hul werkgewer(s). Juis hierdie persoonlike ervaring van die gevolge van regstellende aksie maak die stelsel en die toepassing daarvan dus 'n uiters kontensieuse een, waar baie mense radikaal ten gunste daarvan, of daarteenoor staan. Mense is emosionele wesens en wanneer hulle persoonlik deur beleid getref word waar hulle ekonomies, sosiaal en maatskaplik daardeur bevoordeel of benadeel word, vlieg logika by die deur uit en dink mense radikaal oor wat met hulle gebeur. Gevolglik wil hulle dan dikwels hê dat hul persoonlike ervarings die nasionale beleid oor die spesifieke kwessie moet bepaal.

Hierdie proefskrif handel egter geensins oor die gewildheid of ongewildheid van die konsep, of die beleid, of selfs die stelsel van regstellende aksie, nie. Daar bestaan by die skrywer hiervan min twyfel dat as daar vandag in die Republiek 'n referendum

⁵ Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law: Analysis and Cases* (Oxford University Press Kaapstad 2002) 292; Van Rooyen JWF *Implementing Affirmative Action in Namibia: A Summarised Guide to the Affirmative Action (Employment) Act (Act 29 of 1998)* 3de uitg (Namibian Institute for Democracy Windhoek 2000) 13-14

⁶ Sachs A "Affirmative Action and Black Advancement in Business" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 107

⁷ Herbert T *Affirmative Action in the South African Workplace: "Allowing Black Eagles to Soar"* (Salty Print Souttrivier 1994) 8

⁸ *Die Wet op Billike Indiensneming* 55 van 1998. Hierna genoem die Wet op Billike Indiensneming.

uitgeroep moet word of regstellende aksie wetlik gereël, of afgedwing moet word of nie, die uitslag van sodanige volkstemming grotendeels ten gunste van hierdie konsep sal wees nie. Maar dit sal waarskynlik ook die geval wees as 'n volkstemming gehou word of belastingkoerse verlaag moet word of nie. Redes daarvoor hoef nie in hierdie proefskrif aangebied te word nie, want die feit bly dat regstellende aksie 'n kontensieuse konsep van hoë politieke intensiteit is, in 'n land (en wêreld!) waar feitlik alles in oorgang is.⁹

Daar sal ook nie in hierdie proefskrif daarop gewys word wat die emosionele sy van die begrip regstellende aksie is nie. Nog minder sal die pyn en lyding wat deur die oorsake van regstellende aksie vir sommige individue veroorsaak is, of die pyn wat gepoog word om deur hierdie begrip reggestel te word, bespreek word. Wat wel as vanselfsprekend aanvaar kan word, is dat die arbeidsmark in Suid-Afrika nie die demografie van die samelewing weerspieël soos wat dit tans daar uitsien nie.¹⁰ Bepaalde historiese redes bestaan natuurlik daarvoor en sommige van hierdie redes sal in 'n geregtelike sin hieronder oorweeg word. Regstellende aksie is ongetwyfeld 'n poging van sommige, om die wanbalanse in die arbeidsmark te probeer regstel, by wyse van verskillende stukke wetgewing, regeringsbeleid, openbare uitsprake, en selfs morele, ekonomiese, politieke en godsdienstige druk. Daar bestaan natuurlik ander politieke redes ook vir die toepassing van regstellende aksie, maar hierdie redes sal ook nie in hierdie proefskrif aandag geniet nie.

Verder sal die vraag of wetgewing in verband met regstellende aksie nodig is of nie, ook nie onder die loep geneem word nie, want as Suid-Afrikaners het ons reeds sedert

⁹ In *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) para [88] is dit beslis dat die grondwetlikheid van wetgewing of optrede nie deur die meerderheid van die bevolking bepaal word nie, maar deur die Grondwet self. Openbare mening mag dalk wel 'n invloed hê op die ondersoek na grondwetlikheid, maar die houe moet die Grondwet toepas sonder vrees of vooroordeel. Indien die meerderheid van die bevolking bepaal het wat grondwetlik was en wat nie, dan sou daar in elk geval geen behoefte aan 'n Grondwet bestaan het nie. Alles kon bloot aan die parlement oorgelaat gewees het wat teenoor die bevolking aanspreeklik is by wyse van verkiesings, maar dit sal 'n terugkeer beteken na parlementêre soewereiniteit, eerder as regstaatlikheid wat die kenmerk is van die nuwe politieke bedeling na 27 April 1994. Sien ook Bronstein V "*S v Makwanyane and Another* CCT/3/94; 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)" 1996 SAJHR 138-142 141 en Klug H "*Striking down death: S v Makwanyane and Another* CCT/3/94; 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)" 1996 SAJHR 61-70 62-66.

¹⁰ Hierdie feit word pertinent erken in die aanhef tot die Wet op Billike Indiensneming.

27 April 1994 met die inwerkingtrede van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1993¹¹ die veroorloving van regstellende aksie verskans gehad in die fundamentele reg op gelykheid.¹² Hierdie verskansing is voortgesit in artikel 9(2)¹³ van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996¹⁴ en laastens het die regerende nasionale owerheid in 1998 die Wet op Billike Indiensneming aanvaar om regstellende aksie in Suid-Afrika wetlik te reël. Sederdien is alle werknemers, werkgewers en aansoekers om werk, onderhewig aan die bepalinge daarvan. Weens die omvangryke aard van regstellende aksie wat op die verskillende lewensterreine aangetref word, moet daarop gewys word dat hierdie studie beperk sal word tot regstellende aksie in die werkplek.

Maar die vraag oor wetlike behoefte ten opsigte van regstellende aksie is ook nie die doel van hierdie proefskrif nie. Die wetgewing hieroor is reeds jare gelede gepromulgeer en sal slegs onder baie moeilike politieke omstandighede gewysig kan word, om van herroeping van hierdie wetgewing nie eens te praat nie.

Die toepassing van regstellende aksie ten gunste van die meerderheid van die bevolking in Suid-Afrika, is teenoorgestel tot die omstandighede wat in die meeste westerse lande heers waar regstellende aksie voorkom, waar dit dikwels aangewend word juis om die minderheid te probeer beskerm. Hiervan is die Verenigde State van Amerika, Kanada en Australië waarskynlik die bekendste voorbeelde. Regstellende aksie in Suid-Afrika, soos in Namibië, waarvan die stelsel van regstellende aksie ook ontleed sal word, word egter gebruik om die meerderheid van die bevolking se aandeel in die arbeidsmag en die ekonomie te vergroot, dikwels ten koste van die minderheid van die bevolking. Soos in Suid-Afrika maak die Namibiese grondwet spesifiek voorsiening vir regstellende aksie.¹⁵

¹¹ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993. Hierna genoem die Oorgangsgrondwet.

¹² Artikel 8(3) van die Oorgangsgrondwet.

¹³ Artikel 9 in die Handves van Regte, is die artikel wat gelykheid as fundamentele reg verskans.

¹⁴ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996. Hierna genoem die Grondwet.

¹⁵ Artikel 23; Thompson C "Legislating Affirmative Action: Employment Equity and Lessons From Developed and Developing Countries" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 25, 41.

Regstellende aksie is dus deel van die Suid-Afrikaanse werklikheid. Ons, as Suid-Afrikaners, moet poog om hierdie middel, wat kan help om die ongeregtighede van die verlede reg te stel en mense se gelykheid en menswaardigheid te herstel, so aan te wend dat dit grondwetlik geskied tot voordeel van ons bevolking as geheel. Punt is, die arbeidsmag soos wat dit tans daar uitsien in Suid-Afrika, weerspieël nie eens naastenby die demografie van die land nie en daarom is regstellende aksie nodig.¹⁶ Juis in die lig van hierdie feit, word die vraag na die grondwetlikheid van die toepassing van regstellende aksie gevra.

1.2 Die regspraak

Ten einde te kan slaag as 'n werk van regsnavorsing, moet hierdie proefskrif afgestem wees op die bereiking van regswetenskaplike resultate. Dit moet verder ten nouste met die beoefening van die regswetenskap verweef wees. Dit moet nie alleen wetenskapsbeoefening daarstel nie, maar ook volgens 'n verskeidenheid en kombinasie van metodes gedoen word. Verder moet dit gekenmerk word deur bepaalde konvensies en selfs tradisies wat in die regsnavorsingsgemeenskap gangbaar is.¹⁷ Uit die staanspoor word egter erken dat hierdie proefskrif, soos so baie ander regswetenskaplike navorsingstukke, tot 'n mate onderhewig is aan die subjektiewe voorkeure en vooroordele van die skrywer, gebaseer op die lewens- en wêreldbeskouing van die laasgenoemde. Voorbeelde hiervan het te make met die geloof dat die Grondwet 'n lewende dokument moet word wat vir gewone Suid-Afrikaners van betekenis is. Dit hou ook verband met die geloof dat regstellende aksie tot voordeel van alle Suid-Afrikaners moet plaasvind deur die agterstande van miljoene benadeelde Suid-Afrikaners uit te wis, eerder as om dit toe te pas ter wille van klein groepies mense weens hul dikwels wisselvallige politieke sienings, oortuigings en assosiasies. Hierdie subjektiewe vooroordele hou ook 'n mate van pragmatisme in, deurdat die skrywer daarvan oortuig is dat as betekenisvolle regstellende aksie nie binnekort toepassing vind in Suid-Afrika nie, 'n tweede Zimbabwe ons voorland kan wees. 'n Gebrek om betyds te hervorm en die behoeftes

¹⁶ Hierdie hipotese word ook spesifiek as 'n feit gestel in die aanhef van die Wet op Billike Indiensneming.

¹⁷ Mouton J ea (reds) *Regsnavorsing: Metode en Publikasie* (Juta Kaapstad 1990) 3

van die meerderheid van Suid-Afrikaners in benarde ekonomiese omstandighede aan te spreek kan op die medium- tot langtermyn lei tot 'n tweede rewolusie, wat nie noodwendig so relatief bloedloos sal wees soos die politieke rewolusie wat tussen 1990 en 1994 plaasgevind het nie. Ter wille van alle Suid-Afrikaners en die streek suid van die Sahara as geheel, moet so 'n situasie tot groot koste verhoed word.

Met inagneming van dit wat reeds hierbo gestel is aangaande die skrywer se eie lewens- en wêreldbeskouing, sowel as die skrywer se eie vooroordele en vrese, moet aanvaar word dat juridiese neutraliteit in 'n studie soos 'n proefskrif, of dan inderdaad enige plek waar die reg gepraatiseer word, waarskynlik teoreties onmoontlik is. Daar sal egter teen die agtergrond van bogemelde sover moontlik gepoog word om die doel van hierdie proefskrif juridies so neutraal moontlik te stel as die volgende: om binne die omvang van die reg soos wat dit tans in Suid-Afrika daar uitsien, te probeer bepaal of regstellende aksie soos wat dit op die oomblik regtens gereël word, die toets van grondwetlikheid slaag.¹⁸

Dit behoeft egter om dadelik die volgende te stel: Eerder as om in 'n debat oor die betekenis van "grondwetlikheid" as sulks betrokke te raak, word daar verder vir doeleindes hiervan gestel, dat die betekenis van hierdie begrip as niks anders gesien moet word as die vraag of die regstellende aksie maatreëls onder bespreking, aan die vereistes van die Grondwet voldoen nie.

Alhoewel menings mag bestaan dat die grondwetlike waardes nie neutraal daar kan uitsien nie, kan daar nie van die feit ontsnap word dat terwyl die Grondwet die *grundnorm* van ons regstaat is, die grondwetlike waardes die *grundnorm* van die Grondwet is nie. Dus moet hierdie waardes van menswaardigheid en die bereiking van gelykheid as die wegspringpunt neerslag vind, ongeag of almal dit as juridies neutraal beskou of nie. Dit is die beginpunt van enige juridiese oorweging wat op die Grondwet gebaseer is. Hierdie waardes is immers die fondament waarop die Grondwet geskoei staan en daarom is die neutraliteit daarvan vir doeleindes van

¹⁸ In hierdie verband moet die toets van grondwetlikheid as niks anders gesien word as die vraag of die regstellende aksie maatreëls, soos dit regtens daar uitsien en in wetgewing vervat is, die toets van die Grondwet deurstaan nie.

hierdie studie irrelevant, en moet dit bloot as 'n gegewe en as 'n juridiese verhoog aanvaar word, vanaf waar daar geargumenteer sal word. Daar sal dus met die voorafgaande as vertrekpunt, veral klem gelê en lyne getrek word tussen die grondwetlike waardes¹⁹ van menswaardigheid en die bereiking van gelykheid insoverre dit die kwessies rondom regstellende aksie in hierdie studie betref. Verder sal hierdie lyne verleng word om ook die fundamentele regte van menswaardigheid²⁰ en gelykheid²¹ te oorweeg soos wat dit in die Grondwet verskans is.

Die relevante wetgewing wat ter sprake kom wanneer na regstellende aksie verwys word, sal ook bespreking geniet. Hierdie kwessies is almal kwessies wat direk relevant is vir die bespreking van die kontensieuse begrip van regstellende aksie, aangesien hierdie een van die taaiste tameletjies is waarmee ons moet handel in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regstaat.

Daar sal dus binne die raamwerk van die Grondwet bepaal word of regstellende aksie maatreëls in Suid-Afrika, veral soos in wetgewing vervat, aan die verskillende vereistes van die Grondwet voldoen. Ten einde die resultate van die navorsing behoorlik te ontleed, soos immers vereis word van regsnavorsing,²² word daar gekyk na 'n aantal kwessies deur dit by wyse van vraagstelling te hanteer. Hierdie vrae na die grondwetlikheid van regstellende aksie handel dus oor die volgende brandpunte wat as 'n aantal vrae geformuleer is. Is dit grondwetlik om:

- (i) by wyse van wetgewing voor te skryf dat een van die doelwitte van regstellende aksie die verteenwoordiging van die demografie van die bevolking in alle posvlakke in die werksmagte van aangewese werkgewers is, beide in die privaat-²³ en die openbare sektor?²⁴

¹⁹ Artikel 1 van die Grondwet verskans sekere waardes, waarvan menswaardigheid en gelykheid, twee is.

²⁰ Artikel 10 van die Grondwet.

²¹ Artikel 9 van die Grondwet.

²² Mouton J ea (reds) *Regsnavorsing* 3

²³ Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming, waarvan die ooreenstemmende bepaling in die Namibiese *Affirmative Action (Employment) Act* 29 of 1998 (hierna genoem die Namibiese Wet op Regstellende Aksie), artikel 17(1) is.

²⁴ Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming, waarvan die ooreenstemmende bepaling in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, artikel 17(1) is.

- (ii) te onderskei tussen mense, spesifiek op grond van ras, om te bepaal wie die voordele van regstellende aksie kan ontvang en wie nie?²⁵
- (iii) tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers (in die Namibiese reg word verwys na relevante en nie-relevante werkgewers) te onderskei om te bepaal wie regstellende aksie maatreëls moet toepas en wie nie?²⁶
- (iv) teen die werknemers en werksoekers van nie-aangewese of nie-relevante werkgewers wat nie regstellende aksie maatreëls hoef toe te pas nie te diskrimineer, weens die feit dat slegs sogenaamde relevante of aangewese werkgewers verplig is tot regstellende aksie maatreëls?²⁷

1.3 *Werkswyse*

Eerstens sal daar begin word met die ontleding van die relevante begrippe vir hierdie bespreking, waarby ingesluit is 'n behoorlike definiering van die begrippe wat relevant is vir hierdie studie. Die verskillende benaderings tot regstellende aksie sal ook uiteengesit word. Daarna sal ingegaan word op die redes vir regstellende aksie in die land. Al die voormelde vind plaas voordat 'n kort historiese en kontekstuele oorsig geskied van die belangrikste wetgewende en ander politieke maatreëls wat die afgelope eeu die sterkste daartoe aanleiding gegee het dat Suid-Afrika aan hierdie twee-nasie sindroom ly, veral insoverre dit op die skeefgetrekte demografiese verteenwoordiging van die bevolking in die arbeidsmag van toepassing is.

²⁵ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming definieer die term "aangewese groep" as mense wat Swart, Bruin en Indiër van ras is, as die enigste rasse-groepe wat op die voordele van regstellende aksie kan aanspraak maak soos bepaal in hoofstuk 3 van die wet.

²⁶ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming definieer die term "aangewese werkgewers" en onderskei tussen verskillende soorte werkgewers, terwyl artikel 12 van hierdie wet hoofstuk 3 van die wet, wat handel met die regstellende aksie maatreëls, op hierdie aangewese werkgewers van toepassing maak.

²⁷ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming onderskei tussen verskillende soorte werkgewers op grond van die groottes van hul werksmagte en omsette om te bepaal of hulle die verpligtinge van hoofstuk 3 van hierdie wet, wat met regstellende aksie maatreëls handel, moet nakom. Hierdie onderskeid trek ook hul werknemers en persone by wat by hulle aansoek doen om werk.

Hierna kom 'n bespreking aan die beurt van die wetgewende raamwerk waarbinne regstellende aksie tans in Suid-Afrika en Namibië plaasvind, maar slegs nadat die ontwikkeling van regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika, waar regstellende aksie immers sy oorsprong het, die nodige aandag geniet het. Hierdie regsvergelykende bespreking van die posisies in Suid-Afrika en Namibië gee aandag aan die belangrikste wetgewing wat sedert die koms van 'n regstaatlike bedeling in beide Suid-Afrika en Namibië gepromulgeer is, ten einde die historiese ongelykhede te probeer regstel, waarby ingesluit is 'n bespreking van die grondwetlike waardes en die ooreenstemmende fundamentele regte soos dit in Suid-Afrika en tot 'n mindere mate in Namibië, neerslag vind. Die rede vir die mindere fokus op die Namibiese fundamentele regte en grondwetlike waardes, is omdat hierdie studie primêr fokus op die grondwetlikheid van regstellende aksie in Suid-Afrika en dat die studie van die Namibiese reg as hulpmiddel hiertoe aangewend word. Hierdie studie handel nie oor die grondwetlikheid van regstellende aksie soos dit in Namibië toegepas word nie. Laasgenoemde element van die studie oor die relevante wetgewing in beide lande handel ook oor die wetgewing wat op die wetboek gepaas is ten einde uitvoering te gee aan 'n aantal grondwetlike bepalings, alles natuurlik in die lig van regstellende aksie.

Deur die loop van die hele bespreking word die belangrikste uitsprake van die Suid-Afrikaanse en Namibiese hoër hofe in aanmerking geneem en toegepas. Die rede hiervoor is dat daar deurentyd tydens die verloop van hierdie bespreking gepoog word om regsvergelykings te tref tussen die regstellende aksie van Suid-Afrika en haar buurland, Namibië, aangesien hierdie twee lande 'n baie soortgelyke geskiedenis het en baie soortgelyke probleme ervaar wanneer dit by 'n arbeidsmark kom wat nie die demografie van die samelewing weerspieël nie. Hierdie regsvergelyking sal help om die probleem van regstellende aksie in die konteks van die Suider-Afrikaanse streek te beskou ten einde dit beter te verstaan en tot groter kennis daaroor te kom. Dit sal ook help om tot objektiewe gevolgtrekkings te kom oor die kwessie wat ter bespreking staan in hierdie proefskrif, naamlik die vraag na die grondwetlikheid van die kwessies

in Suid-Afrika soos wat dit hierbo uiteengesit is.²⁸ Venter meen, ten opsigte van grondwetlike regsvergelyking, dat sodanige regsvergelyking nie kan plaasvind sonder om ag te slaan op die besondere geskiedenis van die grondwetlike stelsels wat vergelyk word nie. Hy skryf verder dat die proses van regsvergelyking grotendeels bepaal word deur die doel waarvoor die regsvergelyking onderneem word.²⁹ Daar kan nie ontken word dat hierdie twee lande aan die suidpunt van Afrika mekaar se geskiedenis tot 'n groot omvang help bepaal het nie, dat hul ekonomieë grootliks ineengewef is en dat die mense na aan mekaar is, sosiaal, maatskaplik, kultureel, ekonomies, histories en polities nie. Hierdie grootskaalse soortgelykheid kan natuurlik ook die proses van regsvergelyking ondermyn en daarom moet daar ook aan 'n ander stelsel aandag gegee word insoverre dit regstellende aksie betref, *in casu* die ervaring van die Verenigde State van Amerika.

Die Amerikaanse ervaring oor regstellende aksie het nie slegs soos ons eie geskied weens 'n strewe na groter gelykheid nie tussen die verskillende rassegroepe nie, maar het ook aanleiding gegee tot regstellende aksie in baie ander jurisdiksies, onder andere ons eie en dié van Namibië. Onder andere weens die uiteenlopendheid van daardie regstelsel met ons eie en die insig wat uit die bespreking van die Amerikaanse benadering verwerf kan word, sal 'n studie soos hierdie nie volledig wees sonder dat aandag ook aan die regsontwikkeling van regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika verleen word, waar regstellende aksie eers baie populêr was en tans blyk aan die teenkant van die pendulum te staan te gekom het nie. Gevolglik sal tyd en plek in hierdie studie aan hierdie belangrike deel van die internasionale regsgegeskiedenis van regstellende aksie afgestaan word.

Daar bestaan dus min twyfel dat gereelde kontak oor kontensieuse kwessies soos regstellende aksie moet plaasvind tussen regsgeleerdes van beide Suid-Afrika en Namibië. Nie een van hierdie lande se regstaatlikheid kan in elk geval behoorlik onafhanklik van mekaar ontwikkel, sonder om ag te slaan op wat die ander land doen

²⁸ Mouton J ea (reds) *Regsnavorsing* 214; Venter F "Utilizing constitutional values in constitutional comparison" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1/2001.html> 1-12 1; Venter F *Constitutional Comparison: Japan, Germany, Canada & South Africa as Constitutional States* (Juta Kaapstad 2000) 17-19 stel dat daar 'n *tertium comparationis* geïdentifiseer moet word voordat behoorlike regsvergelyking kan plaasvind.

en dan daaruit te leer nie.³⁰ Weens die soortgelyke en ineengeweepte aard van hierdie twee lande se geskiedenis en regstelsels en die soortgelyke grondwetlike waardes en fundamentele regte van menswaardigheid en gelykheid wat in beide lande toepassing vind, stel die voormelde goeie materiaal daar vir regsvergeelyking in 'n studie soos hierdie. Die moontlikheid mag laastens nie uit die oog verloor word dat Suid-Afrika en Namibië se regstelsels en ervarings oor regstellende aksie dalk totaal onafhanklik van mekaar kan ontwikkel nie.

In beide lande het die vorige politieke bedelings van hierdie lande teen die meerderheid van die bevolkings in hierdie lande gediskrimineer op grond van ras, 'n meerderheid wat vandag aan die politieke stuur van sake staan en uit die aard van die saak die skeefgetrekte posisie ook op ekonomiese gebied reggestel wil hê, met goeie rede.³¹ Dit handel hier inderdaad, anders as in die geval van westerse lande soos byvoorbeeld die Verenigde State van Amerika en Kanada, oor regstellende aksie wat juis ten gunste van die meerderheid van die bevolking toegepas word, ten koste van die minderheid – die regerende meerderheid wat die ekonomiese minderheid uitmaak. Die grondwetlike magtigings tot regstellende aksie in beide Suid-Afrika en Namibië, tesame met die wetgewing wat regstellende aksie in die werkplek en die ekonomie in beide lande reël, sal in detail bespreek word. Dit sal plaasvind juis omdat die aard van die spesifieke regsvergeelyking en die materiaal wat gebruik word die metodologiese besluitneming moet beïnvloed rondom die proses van grondwetlike regsvergeelyking wat gevolg gaan word.³²

Die posisie soos dit in die Verenigde State van Amerika ontwikkel het sal onder die loep geneem word omdat dit onder andere die land was wat oorsprong verleen het aan regstellende aksie as begrip, maar ook as 'n stelsel om diskriminasie en benadeling reg te stel. Die groot verskil is egter natuurlik, soos reeds hierbo uitgewys, dat regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika ten gunste van die minderheid van die bevolking geskied, terwyl juis die teenoorgestelde die geval in ons eie land is.

²⁹ Venter F 2001 *PER* 2, 3; Venter F *Comparison* 44-45

³⁰ Venter F *Comparison* 256

³¹ Jauch HM *Affirmative Action in Namibia: Redressing the Imbalances of the Past* (New Namibia Books Windhoek 1998) 19

³² Venter F 2001 *PER* 1

Dieselfde soort en mate van regsvergelyking wat tussen die Suid-Afrikaanse en Namibiese regsposisies plaasvind in hierdie proefskrif, sal nie moontlik wees nie, juis weens die rede waarom dit op hierdie spesifieke wyse gedoen is ten opsigte van hierdie twee Suider-Afrikaanse state. Spesifiek omdat die Suid-Afrikaanse en die Namibiese posisies so ooreenstemmend is, dieselfde geskiedenis het en dieselfde ten doel het, kan hierdie tipe van regsvergelyking gedoen word deur hierdie lande gesamentlik te vergelyk, maar weens die uiteenlopendheid van die Suid-Afrikaanse en die Amerikaanse reg, kan daar nie anders as om die posisie in die Verenigde State afsonderlik te bespreek nie. Weens die feit dat regstellende aksie in Suid-Afrika ontwikkel het lank nadat dit in die Verenigde State van Amerika feitlik 'n volle geregtelike sirkel voltooi het, sal die Amerikaanse regsposisie eers aandag geniet voordat die regsvergelyking tussen Suid-Afrika en Namibië aan die beurt kom. Binne die konteks van 'n internasionale geskiedenis van regstellende aksie het die idee van regstellende aksie immers in Suid-Afrika en Namibië 'n werklikheid geword gedurende die afgelope dekade.

Voormalige Appèlregter Hennie van Heerden het, as destydse voorsitter van die Suid-Afrikaanse Regskommissie, so lank gelede as 1990 reeds bevind dat regstellende aksie ten gunste van ongeveer 84% van die bevolking toegepas sou moes word indien so 'n stelsel in Suid-Afrika geïmplementeer sou word.³³ Wanneer daar na die meerderheid van die bevolking in hierdie proefskrif verwys word, dan word daar spesifiek na rasgebaseerde regstellende aksie verwys, eerder as regstellende aksie ten gunste van byvoorbeeld vroue, wat in die meeste lande en definitief in beide Suid-Afrika en Namibië, in elk geval die meerderheid van die bevolking uitmaak. Die groot ongelykhede in Suid-Afrika is immers ten opsigte van ras en weens vorige rasdiskriminerende wetgewing, eerder as geslagsdiskriminerende wetgewing, alhoewel goot hoeveelhede van laasgenoemde ook deel van die vorige politieke bedeling was. Jauch skryf in die konteks van regstellende aksie in Namibië, wat ook die geval in Suider-Afrika behoort te wees, dat anders as in lande soos Indië, Maleisië, Sri Lanka en die Verenigde State van Amerika, is regstellende aksie in Suider-Afrika nie slegs daarop gemik om die lande van die streek se instellings verteenwoordigend

van die bevolking van die land te maak nie. Die doel van regstellende aksie in die streek is drievoudig:³⁴

- (a) Verteenwoordigendheid van die land se instellings wat voorheen deur slegs een deel van die bevolking gedomineer is;
- (b) 'n Verandering in die institusionele kultuur van instellings wat voorheen gedomineer is deur kulture van rassisme en kolonialisme; en
- (c) Sosio-ekonomiese herverdeling.

Omdat die Grondwet die volkereg as deel van die Suid-Afrikaanse reg inkorporeer by die uitleg van die Handves van Regte,³⁵ sal 'n studie soos hierdie nie volledig wees tensy die volkereg ook deurentyd aandag geniet insoverre dit op ons reg van toepassing gemaak kan word, ten opsigte van die regsrae onder bespreking nie. Gevolglik word die belangrikste volkeregtelike en internasionale beginsels, konvensies, verdrae en ooreenkomste deurentyd aangeraak en onder die loep geneem wanneer dit vir hierdie bespreking relevant is. Artikel 39, die uitlegbepaling van die Handves van Regte, bepaal immers dat by die uitleg van die Handves, die volkereg in ag geneem moet word.³⁶ Daar is maar min van 'n keuse daaroor – hierdie bepaling is verpligtend in die toepassing van hierdie artikel van die Grondwet. Natuurlik is die volkereg nie altyd van toepassing nie, afhangende van die omstandighede. Die volkereg moet egter wel in ag geneem word by die uitleg van die Grondwet, maar indien die Grondwet duidelik is oor die spesifieke kwessie, dan is dit onnodig om die implikasies van die spesifieke volkeregtelike beginsel toe te pas.³⁷

Die Konstitusionele Hof het reeds by verskeie geleenthede die mening uitgespreek dat ag geslaan sal word op buitelandse gesag, maar nie verplig sal voel om daardie gesag

³³ Van Heerden HJO "Provision for affirmative action in a bill of rights" 1990 *THRHR* 372-375 373

³⁴ Jauch HM *Imbalances* 18

³⁵ Artikels 35(1) en 231 van die Oorgangsgrondwet en artikel 39(1)(b) sowel as artikels 231, 232 en 233 van die Grondwet.

³⁶ Artikel 39(1):
 By die uitleg van die Handves van Regte –
 (a) ...
 (b) moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem; en
 (c) ...

te volg indien dit meen dat die Suid-Afrikaanse regstelsel, geskiedenis, omstandighede, en die struktuur en teks van ons eie Grondwet van die buitelandse gesag verskil nie.³⁸ Die Konstitusionele Hof waardeer dit nie as dit gebombardeer word met massas buitelandse gesag sonder dat die toepassing daarvan in die Suid-Afrikaanse reg uiteengesit word nie.³⁹ Hierdie hof let altyd eerstens op Suid-Afrikaanse beginsels en leerstukke wat reeds daargestel is in vorige sake. Dit maak dan van buitelandse gesag gebruik waar sodanige beginsels en leerstukke nog nie neergelê is nie.⁴⁰ Vir dieselfde redes kan buitelandse ervarings van regstellende aksie nie netso in ons eie land van toepassing gemaak word as ons nie daardie lande se spesifieke omstandighede oorweeg en met ons eie vergelyk nie.⁴¹ Dit is juis om hierdie rede dat Namibië wat ons reeds vooruit is insoverre dit regstellende aksie betref, so 'n goeie eksperiment maak vir regsvergelyking in hierdie verband. Die Verenigde State van Amerika is ons natuurlik reeds dekades voor op die gebied van regstellende aksie en word waarskynlik deur verskillende waardes gedryf as wat die geval hier te lande is. In hierdie opsig en weens die uiteenlopende aard van die betrokke regstelsels, sal die Amerikaanse stelsel ook met ons eie vergelyk word ten opsigte van regstellende aksie.

'n Verpligting om die volkereg te oorweeg, vereis dat 'n ondersoek gedoen word na die norme van die volkereg, ten einde te bepaal wat 'n behoorlike uitleg van die Grondwet sal wees.⁴² Voor die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet, het daar 'n

³⁷ *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 671 (KH); 1996 8 BCLR 1015 (KH); 1996 1 BHRC 52 (KH) 65H-66A

³⁸ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) par [37]-[39]; *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [72]; *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 7 BCLR 851 (KH); 1997 3 SA 786 (KH) para [58]; *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* 1997 4 SA 1176 (KH); 1997 10 BCLR 1348 (KH) para [141]

³⁹ *Bernstein and Others v Bester and Others NNO* 1996 2 SA 751 (KH); 1996 4 BCLR 449 (KH) para [133]; *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 160H; Dupper O "Proving indirect discrimination in employment: A South African view" 2000 *ILJ* 747-792 748

⁴⁰ *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others* 1998 4 SA 1127 (KH) para [3]

⁴¹ Smith N "Affirmative Action: Its origin and point" 1992 *SAJHR* 235-248 234-235

⁴² O'Shea A "International Law and the Bill of Rights" in Rautenbach IM ea *The Bill of Rights Compendium* (Butterworths Durban 1998) 7A-7; *Ex Parte Attorney-General Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of the State* 1991 3 SA 76 (Nm) 86; *Coetzee v Government of the Republic of South Africa*; *Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* 1995 4 SA 631; 1995 10 BCLR 1382 (KH) para [51]

regsvermoede bestaan dat die wetgewer nie wetgewing op die wetboek geplaas het in stryd met die land se volkeregtelike verpligtinge nie.⁴³ Hierdie regsvermoede is nou vervang deur die bepalings van artikel 232 van die Grondwet en maak dit volkeregtelike gewoontereg in die land van toepassing, tensy dit onbestaanbaar is met die Grondwet of 'n parlements wet, terwyl artikel 233 van die Grondwet die uitleg van wetgewing tot versoening met die volkereg dwing. Dit bepaal soos volg:

By die uitleg van wetgewing moet elke hof aan enige redelike uitleg van die wetgewing wat met die volkereg bestaanbaar is, voorkeur gee bo enige alternatiewe uitleg wat met die volkereg onbestaanbaar is.

Indien die volkeregtelike regsposisie egter daarop neerkom dat dit in stryd is met die Grondwet of 'n parlements wet, dan sal die Grondwet as die hoogste reg van die land, of die bepaalde parlements wet voorrang geniet.⁴⁴ In elk geval blyk die volkereg regstellende aksie te erken uit hoofde van die gevolge van vorige diskriminasie en die beskerming van minderhede.⁴⁵ Gevolglik kan dit nie anders as om die volkereg en volkeregtelike gewoontereg, as deel van 'n studie soos hierdie te behandel, waar dit van toepassing is nie.

Laastens, maar waarskynlik die belangrikste van alles, is die feit dat die grondwetlike waardes deurentyd ter sprake is by 'n bespreking soos hierdie. Die grondwetlike waardes van veral menswaardigheid en die bereiking van gelykheid sal tydens hierdie bespreking voorrang geniet, as die mees funderende grondwetlike waardes wat relevant is tot hierdie bespreking. Menswaardigheid as grondwetlike waarde, verder versinnnebeeld as fundamentele reg, is immers die fondament, of bron van vele van

⁴³ *Maynard v The Field Cornet of Pretoria* (1894) SAR 214; *Achterburg v Glinister* 1903 TS 326 334; *Claassens v Wilkins* 1905 ORC 139 141; *R v Lionda* 144 AD 348 352; *Hajaree v Ismail* 1905 TS 45 46; *S v Penrose* 1966 1 SA 5 (N) 11E-F; *Ex Parte Adair Properties* 1967 2 SA 622 (R) 627B-F; *Binga v Cabinet for South West Africa* 1988 3 SA 155 (SWA) 184-185;

⁴⁴ Artikel 233 van die Grondwet; O'Shea A *International Law* 7A-10; Frowein JA "Constitutional law and international law at the turn of the century" in 1998 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-6 6

⁴⁵ Eie beklemtoning. *Ex Parte Gauteng Provincial Legislature: In Re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995* 1996 3 SA 165 (KH) par [68]-[69]

die ander regte wat in die Handves van Regte verskans is.⁴⁶ Menswaardigheid staan ook sentraal tot die reg op gelykheid⁴⁷ en die bereiking van gelykheid is opsigself een van die kernwaardes van ons regstaatlike bedeling.⁴⁸ Die grondwetlike waardes is immers daardie element wat die vereistes daarstel waaraan uitleg, toepassing en operasionalisering van 'n grondwet en alles wat daarvan afhang, moet voldoen. Indien enigiets nie sou voldoen aan die standaard van 'n besondere grondwetlike waarde nie, dan sou dit inderdaad beteken dat die standaard van 'n laer, verskillende, botsende of ekstra-konstitusionele maatstaf toegepas word, wat dus sal lei tot ongrondwetlike resultate.⁴⁹ Albertyn en Goldblatt meen dat die verskil tussen gelykheid as 'n grondwetlike waarde en 'n grondwetlike reg, die volgende is:⁵⁰ as 'n waarde, gee gelykheid substansie aan die visie van die Grondwet. As 'n reg, stel dit 'n meganisme daar om substantiewe gelykheid te bereik, wat persone en groepe daarop geregtig maak om die belofte wat die fundamentele waarde van gelykheid inhou, op te eis, terwyl dit ook die gereedskap verskaf om substantiewe gelykheid te kan bereik, wat inderdaad 'n reg is. Die feit dat daar 'n verband bestaan tussen die reg en die waarde

⁴⁶ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) par [144], [324], [328]-[329]; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [28] ("the right to dignity is a cornerstone of our constitution"); *Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH); 1997 2 BCLR 153 (KH) para [20]; *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [47], [51], *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41], *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) par [31]-[33]; *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) par [17]-[18]. Du Plessis LM "Menseregte in die skadu's en skanse van die ivoortoring" 1997 *Stellenbosch Law Review* 181-191 185; Goolam NMI "Human dignity – our supreme constitutional value" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1.html> 1-8 1; L'Heureux-Dubé C "Making a difference: The pursuit of equality and a compassionate justice – address at the Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand, 1 August 1997" 1997 *SAJHR* 335-353 352

⁴⁷ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) par [31]-[33]; *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [46], [50]-[53]; *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35]; Schooling H "The notion of 'dignity' in South African equality jurisprudence" 1999 *Responsa Meridiana* 1-18 1

⁴⁸ De Vos P "Equality for all? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court" 2000 *THR:IR* 62-75 63

⁴⁹ Venter F 2001 *PER* 3

⁵⁰ Albertyn C en Goldblatt B "Facing the challenge of transformation: difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality" 1998 *SAJHR* 248-276 249

van gelykheid – die waarde word aangewend om die reg uit te lê en toe te pas – beteken dat die reg ineengewef is met die substantiewe inhoud van die waarde.

Omdat die grondwetlike waardes nog grootliks ongedefinieer is in die Suid-Afrikaanse reg en weens die feit dat ons regstaat nog in sy kinderskoene staan, kan 'n bespreking soos hierdie slegs verryk word indien dit 'n bydrae sou lewer tot die definiëring van die grondwetlike waardes van ons jong demokrasie. Dit sal ook kan help bydra aan die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse regstaat.

Alhoewel die uitbou van vryheid ook een van die funderende waardes van die grondwet is, is die aard van hierdie waarde, soos dit neerslag vind in van die verskillende fundamentele regte en vryhede in die Handves van Regte vervat en soos verder gedefinieer deur 'n meerderheidsuitspraak van die Konstitusionele Hof⁵¹ in 'n saak waar die reg op die vryheid van die persoon onder die soeklig gekom het,⁵² nie direk van toepassing in 'n bespreking soos hierdie nie.⁵³ Daar bestaan geen afsonderlike fundamentele reg op vryheid in die Handves van Regte, of elders in die Grondwet nie. Vryheid word vervat in en vind deurentyd neerslag deur verskeie ander bepalings van die Handves van Regte. Daar sal ook hieronder gesien word dat die toets soos deur die Konstitusionele Hof neergelê wanneer dit oor kwessies van diskriminasie handel, alleen verwys na oorwegings van gelykheid en menswaardigheid en dat vryheid nie deel vorm van die regsrekening nie. Gevolglik kan daar tot geen ander gevolgtrekking gekom word, as dat die Konstitusionele Hof vryheid, beide as reg en as grondwetlike waarde, nie in dieselfde soewereine lig beskou as wat die geval is met gelykheid en menswaardigheid wanneer dit by

⁵¹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [169]-[185]

⁵² Ingevolge artikel 11(1) van die Oorgangsgrondwet wat gehandel het oor die vryheid en sekuriteit van elke persoon.

⁵³ *Albertyn C en Goldblatt B* 1998 *SAJHR* 254 se uiteensetting van die reg op vryheid, wat hierdie reg stel as die vermoë van die individu om keuses te maak om sy menslike potensiaal te maksimaliseer binne die konteks van sosiale verhoudinge en wat daardie keuses fasiliteer in die afwesigheid van sistemiese grense, is nie heeltemaal in lyn met die Konstitusionele Hof se benadering tot hierdie reg in *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [169]-[185] nie. Regter Ackermann definieer egter die reg op die vryheid van die persoon in para [54] van die Ferreira-uitspraak, en soos dit vervat is in artikel 11(1) van die Oorgangsgrondwet, in 'n negatiewe sin. Hy stel dit dat hierdie reg, die reg van individue omsluit om nie struikelblokke

kwessies van diskriminasie kom, waarvan regstellende aksie een is nie. Verdere bespreking oor vryheid as grondwetlike waarde en die neerslag daarvan by wyse van ander fundamentele regte, vind hieronder meer volledige aandag.

Behalwe vir bogemelde wat alles oorwegings is by vrae na grondwetlikheid, word dit van 'n studie soos hierdie vereis om sentrale kriteria neer te lê en dit dan te volg ten einde te bepaal of die regstellende aksie maatreëls onder bespreking aan die vereistes van grondwetlikheid voldoen al dan nie. Hierdie kriteria vorm dan letterlik die grondwetlike litmustoets waaraan die regstellende aksie maatreëls onder bespreking moet voldoen. Ten einde die regsrae so na as moontlik te hou aan die grondwetlike konteks soos dit tans bestaan binne die Suid-Afrikaanse regsomgewing, sal daar van die sogenaamde *Harksen-toets*⁵⁴ gebruik gemaak word, soos deur die Konstitusionele Hof geformuleer binne die konteks van 'n diskriminasie-gewysde, om te bepaal of die betrokke regstellende aksie maatreëls inderdaad grondwetlik is of nie. Binne die konteks van diskriminasie en die oorwegings van artikel 9 van die Handves van Regte, word daar om te bepaal of diskriminasie onbillik en ongrondwetlik is, 'n aantal stappe gevolg om te bepaal of bepaalde maatreëls inderdaad grondwetlik is al dan nie.⁵⁵ Hierdie stappe is kortliks die volgende, maar sal later meer volledige bespreking geniet:

- (i) Die eerste stap is om te bepaal of daar 'n differensiasie of onderskeid gemaak word tussen persone of kategorieë persone.
 - (a) Indien daar wel sodanige onderskeid gemaak word, dan word die volgende vraag gestel: Bestaan daar een of ander legitieme

geplaas te hê (deur die Staat in daardie saak) ten opsigte van hul moontlike keuses en aktiwiteite nie.

⁵⁴ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [53]
⁵⁵ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [54]. Hierdie benadering ten opsigte van die stappe om gevolg te word in die benadering tot die gelykheidsanalise is nou reeds in 'n aantal sake deur die Konstitusionele Hof bevestig in oa *Hoffmann v South African Airways* 2001 1 SA 1 (KH); 2000 11 BCLR 1211 (KH) para [16]; *S v Manamela (Director-General of Justice Intervening)* 2000 3 SA 1 (KH); 2000 5 BCLR 491 (KH); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [17]; *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others* 1998 2 SA 61 (KH); 1998 1 BCLR 1 (KH) para [22]

owerheidsdoel en is daar 'n rasonale verband tussen die onderskeid wat getref word en die legitieme owerheidsdoel wat met daardie onderskeid nagestreef word?

- (b) Indien geen sodanige legitieme doel of rasonale verband bestaan nie, dan is daar 'n oortreding van die gelykheidsbepaling soos dit in die Grondwet neergelê is.

Selfs in gevalle waar daar wel sodanige legitieme doel en rasonale verband aanwesig is tussen die onderskeid en die doel wat daarmee beoog word, kan dit steeds neerkom op diskriminasie vir die doeleindes van die gelykheidsbepaling.⁵⁶ Hierdie toets ten opsigte van 'n legitieme owerheidsdoel en die rasonale verband, kom slegs voor ten opsigte van die ongelyste gronde, naamlik die gronde wat nie in artikel 9(3) genoem word nie. Die *ratio* hiervoor is daarin geleë dat diskriminasie op die gelyste gronde in elk geval ingevolge artikel 9(5) vermoed word ongrondwetlik te wees - wat die toets na 'n legitieme owerheidsdoel en 'n rasonale verband totaal onnodig maak.

- (ii) Daar word dan oorweeg of die diskriminasie wat gepleeg is, neerkom op onbillike diskriminasie. Om hierdie vraag te kan beantwoord is daar ook 'n twee-fase benadering wat gevolg moet word:

- (a) Kom die onderskeid wat getref word neer op "diskriminasie?" Indien die diskriminasie op 'n gelyste grond is, soos dit in die gelykheidsbepaling van die Grondwet uiteengesit is, dan kan daar afgelei word dat daar wel diskriminasie plaasgevind het.
- (b) Indien die onderskeid wat getref is nie plaasvind op een van die gelyste gronde soos dit in die gelykheidsbepaling van die Grondwet vervat is nie, dan sal die vraag of daar diskriminasie was, objektief bepaal moet word volgens die karakters trekke wat in die omstandighede die potensiaal het om die fundamentele menswaardigheid van persone as

menslike wesens aan te tas of om hulle nadelig te affekteer op 'n soortgelyke ernstige wyse.

- (iii) Indien die onderskeid neerkom op "diskriminasie," volgens die vrae hierbo uiteengesit, dan moet vervolgens bepaal word of hierdie "diskriminasie" neerkom op "onbillike diskriminasie." Dit is hierdie gedeelte van die *Harksen*-toets wat menswaardigheid inherent deel maak van hierdie toets eerder as om net op gelykheid alleenlik te fokus. In hierdie verband beslis Regter Mokgoro in *Larbi-Odem and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another*⁵⁷ dat hierdie gedeelte van die *Harksen*-toets menswaardigheid in verband bring met gelykheid, aangesien dit die onbillikheid, of dan die impak van die diskriminasie op die klaer oorweeg. Paragraaf 51 van die *Harksen*-uitspraak word met respek deur Regter Mokgoro aangehaal en bewys die aanwesigheid van die vereistes van menswaardigheid in hierdie gedeelte van die toets, welke paragraaf as volg lees:

In (*Hugo*) dignity was referred to as an underlying consideration in the determination of fairness. The prohibition of unfair discrimination in the Constitution provides a bulwark against invasions which impair human dignity or which affect people adversely in a comparably serious manner.

Gevolgtrek hou hierdie kriteria, vir doeleindes van hierdie proefskrif, verband met beide menswaardigheid en gelykheid, insoverre dit die grondwetlike waardes en die fundamentele regte van hierdie konsepte betref. Die volgende is egter die vrae ter sprake by hierdie gedeelte van die toets.

⁵⁶ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [42], [54]

⁵⁷ *Larbi-Odem and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another* 1998 1 SA 745 (KH); 1997 12 BCLR 1655 (KH) para [17].

- (a) Sodra diskriminasie op een van die gelyste gronde in die gelykeheidsbepaling, spesifiek artikel 9(3) plaasgevind het, word dit vermoed om onbillik te wees.
- (b) Wanneer die diskriminasie egter nie plaasgevind het op een van die gelyste gronde in die gelykeheidsbepaling vervat nie, dan sal die onbillikheid van die diskriminasie deur die klaer bewys moet word. Die toets vir onbillikheid fokus primêr op die impak van die diskriminasie teen die klaer en ander persone of groepe persone wat hulle in sy of haar situasie sou bevind. Sodra daar op hierdie stadium van die ondersoek met oortuiging gesê kan word dat die diskriminasie nie onbillik was nie, dan kan die ondersoek in die betrokke geval as afgehandel beskou word as sou daar nie 'n oortreding van artikels 9(3) of (4) gewees het nie.⁵⁸

Die hof onderskei nie ten opsigte van watter attribute of karaktertrekke na verwys word nie. Daar kan slegs afgelei word dat dit na die gelyste gronde van artikel 9(3) verwys, sowel as analoë gronde wat die potensiaal het om die menswaardigheid van mense aan te tas of hulle soortgelyk ernstig te benadeel.⁵⁹ Onbillike diskriminasie beteken hoofsaaklik om mense verskillend te behandel op 'n wyse wat hul fundamentele waardigheid as mense, wat inherent gelyk is in waardigheid, aantas.⁶⁰ Die maklikste manier om te bepaal of die diskriminasie op 'n ongelyste grond die gewraakte potensiaal het om menswaardigheid aan te tas of soortgelyke ernstige gevolge te hê, is om die gevolge van die diskriminasie te oorweeg.⁶¹ Die volgende moet in ag geneem word ten einde laasgenoemde te kan vasstel.⁶²

⁵⁸ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [46]-[51], [53]

⁵⁹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]

⁶⁰ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [31]

⁶¹ *Larbi-Odem and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another* 1998 1 SA 745 (KH); 1997 12 BCLR 1655 (KH) para [20]. Hierdie saak is volledig bespreek in Klaaren J "Cases and comments: Non-citizens and constitutional equality *Larbi-Odem v The Member of the Executive Council for Education (North-West Province)* 1998 1 SA 745 (KH)" 1998 SAJHR 286-297.

- (i) die posisie van die klaer in die gemeenskap en of die klaer gelyk het onder vorige of patrone van diskriminasie op 'n spesifieke of 'n ander grond;
- (ii) die aard van die bepaling of die magtiging (die hof verwys na die term "power") en die doel wat daardeur nagestreef word. As dit nie direk teen die klaer gemik is nie, maar byvoorbeeld gemik is op 'n groter gemeenskapsdoel;
- (iii) Met inagneming van die voormelde twee faktore, sowel as ander relevante faktore, word die omvang waartoe die diskriminasie die regte of belange van die klaers geaffekteer het in ag geneem, tesame met die vraag of dit inbreuk gemaak het op hul menswaardigheid en of hulle soortgelyk ernstig benadeel is.

Bogemelde is geen *numerus clausus* nie en kan verder deur die Konstitusionele Hof ontwikkel word in die toekoms. Laastens word dit in hierdie verband gestel dat dit die saangestelde effek is van bogemelde oorwegings, eerder as net een oorweging alleenlik wat die vraag na onbillikheid beantwoord.⁶³

Soos gestel, sal bogemelde die kriteria moet wees waaraan die grondwetlikheid van die regstellende aksie maatreëls onder bespreking gemeet word en sal die regsrae uit hoofde van hierdie kriteria beantwoord moet word.

⁶² *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]
⁶³ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [49], [52]; De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 215

HOOFSTUK 2: ONTLEDING VAN DIE BEGRIPPE

Voordat met die bespreking van enige konsep voortgegaan kan word, is dit nodig dat daar behoorlik uitgeklaar word waarmee presies gehandel word in die spesifieke studie. Dit is geensins anders hier nie. Tewens, dit is tot 'n groter omvang die geval by kontensieuse besprekings soos dié wat oor regstellende aksie handel. Behoorlike ontleding van die begrippe sal dus ook hier vereis word voordat die bespreking verder gevoer word.

2.1 *Die Grondwet as vertrekpunt*

As vertrekpunt in die uiteensetting van die begrippe moet dit gestel word dat nóg die Oorgangsgrondwet, nóg die Grondwet, die begrip regstellende aksie of enige sinonieme daarvan konkreet, of selfs vaagweg definieer. Vir 'n behoorlike definisie van regstellende aksie, mag artikel 9(2) van die Grondwet egter nie uit die oog verloor word nie. Dit is immers die magtigende bepaling vir regstellende aksie en lees soos volg:

Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.

As wegspringpunt, is dit opvallend dat hierdie magtigende bepaling nie spesifiek handel met die vraag tot wanneer die diskriminasie wat tot die ongelikheid aanleiding gee het, moes plaasgevind het nie. Dit kan dus gestel word dat by die uitleg van die begrip regstellende aksie, daar grondwetlik verwys moet word na persone teen wie daar in die verlede en steeds gediskrimineer word, sowel as persone teen wie daar in die toekoms gediskrimineer sal word. Al wat benodig word vir regstellende aksie om neerslag te *kan*¹ vind, is die feit dat daar in die verlede gediskrimineer moes gewees

¹ Die Grondwet skep geen absolute verpligtinge in hierdie verband nie.

het teen die relevante persone of kategorieë persone, waarna maatreëls dan getref *kan* word ter beskerming of ontwikkeling van daardie persone teen wie gediskrimineer is. Die benadeling deur die diskriminasie veroorsaak, moet egter steeds teenwoordig wees, maar op hierdie vereiste sal daar in detail hieronder uitgebrei word.

Bogemelde sou inderdaad daarop neerkom dat indien 'n werkgewer in 2010 teen 'n groep van sy vroulike werknemers sou diskrimineer, maatreëls in 2012, of selfs jare daarna getref kan word ten einde daardie groep vroue te beskerm of te ontwikkel *ten einde gelykheid te bevorder* en nie vir 'n ander doel nie. Die werknemers is persone teen wie daar onbillik gediskrimineer sal gewees het teen daardie tyd (in die verlede dus). As die benadeling dan steeds voortduur teen die tyd wat die regstellende aksie maatreëls ingestel word, sal dit inderdaad veroorloof wees regstellende aksie maatreëls te neem ingevolge artikel 9(2) van die Handves. Diskriminerende optrede verwys ook nie slegs na ras, geslag of die tradisioneel bekende gronde van diskriminasie nie, maar ook na enige ander gronde waarvolgens die gewraakte diskriminasie dan sou plaasgevind het. Hierdie benadering word onderskryf in Namibië, volgens die Namibiese grondwetlike gelykheidsbepaling.²

Laastens moet dit gestel word dat artikel 8(3)(a) van die Oorgangsgrondwet regstellende aksie in die vooruitsig blyk te gestel het wat nie slegs vaagweg daarop gemik was om *gelykheid te bevorder* het vir voorheen benadeeldes, soos wat die geval in artikel 9(2) van die Grondwet is nie, maar om die genieting van alle ander regte en vryhede moontlik te gemaak het. Waarom hierdie onderskeid tussen die Oorgangsgrondwet en die Grondwet bestaan, kan nie hier verklaar word nie en is met respek nie relevant vir doeleindes van hierdie bespreking nie. Daar kan vir doeleindes hiervan aanvaar word dat die twee bepalinge se omvang vir alle praktiese redes op dieselfde neerkom.

Enige definisie van regstellende aksie moet dus teen hierdie grondwetlike agtergrond gesien word. Weens die reuse-omvang van die kwessie van gelykheid in alle sfere van die Suid-Afrikaanse samelewing, sal hierdie studie bloot fokus op regstellende

² Artikel 10; *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1995 1 SA 51 (Nm) 87F-G

aksie, insoverre dit van toepassing is op die arbeidsfeer en die wetgewing wat direk daarmee verband hou. Van die ander terreine waar regstellende aksie voorkom is onder andere grond en grondhervorming, voorsiening van behuising op groot skaal aan die dakloses en die voorsiening van basiese dienste soos water en elektrisiteit aan persone wat hierdie dienste nie vantevore geniet het nie. Die redes waarom hierdie studie hoofsaaklik fokus op regstellende aksie in die werkplek, is onder andere weens die kontensieuse aard daarvan, die internasionale voorbeelde wat daarvoor beskikbaar is, die wetgewing wat reeds hieroor gepromulgeer is in beide Suid-Afrika en Namibië en laastens die persoonlike belangstelling van die skrywer van hierdie proefskrif.

2.2 Twee benaderings tot regstellende aksie

'n Ander punt wat ook ter harte geneem kan word is 'n kwessie wat deur Joubert³ aangeroei word. Daar bestaan aldus hierdie skrywer twee wyses van interpretasie (en toepassing) van regstellende aksie. Ten einde 'n kwessie soos regstellende aksie behoorlik te begryp, kan 'n studie soos hierdie nie as volledig beskou word, indien die teoretiese benaderings tot die kwessie nie minstens deel van die oorweging van die studie geniet nie.

Die onderskeid word getref tussen remediërende ("remedial") en bevoordelende ("preferential") regstellende aksie. Remediërende regstellende aksie is die regstelling van die diskriminerende optredes van die verlede.⁴ Dit verwys na die gewilde gelyke speelveld-benadering wat in die arbeidsfeer byvoorbeeld beteken dat werkgewers pogings moet aanwend om gelyke toegang vir almal tot die werkplek te bevorder. Dit beteken ook in 'n breër sin dat die negatiewe gevolge van vroeëre diskriminasie uitgeskakel moet word. Hierdie tipe regstellende aksie word deur Emsley, breë regstellende aksie genoem, aangesien dit ook 'n mate van meriete inhou, omdat dit op gelyke toegang tot geleenthede gebaseer is, eerder as gelykheid van uitkomst.⁵ Alles dui daarop dat beide die Suid-Afrikaanse en Namibiese wetgewende benaderings tot regstellende aksie grootliks hierdie soort regstellende aksie onderskryf

³ Joubert DJ "Affirmative action in employment: The rationale" 1994 *De Jure* 116-135 117-118

⁴ Ook in Joubert DJ "Regstellende aksie by indiensneming" 1994 *De Jure* 1-42 3-4

insoverre dit die privaatsektor betref. Elemente van bevoordelende regstellende aksie is egter minstens gedeeltelik teenwoordig ten opsigte van die strewe na die demografiese weerspieëling van die bevolking regoor alle posvlakke.⁶ In die staatsdiens,⁷ op die regbank⁸ en by die staatsinstellings ter ondersteuning van die grondwetlike demokrasie,⁹ is die benadering weer meer een van bevoordelende regstellende aksie. Uit die bespreking wat hieronder volg, sal hierdie afleidings egter duidelik na vore kom.

Bevoordelende regstellende aksie daarteenoor kom neer op voorkeurbehandeling wat op formele of informele wyse aan persone gegee word, bloot op grond van hul voorkoms, ras, kleur, geslag of ander gronde, soos wat dit in spesifieke gevalle bepaal kan word. Hierdie tipe van regstellende aksie is in wese diskriminerend¹⁰ en staan ook bekend as *corrective action* of omgekeerde diskriminasie. Interessant genoeg kan dit terloops hier opgemerk word dat die Engelse vertaling van regstellende aksie, *affirmative action*, veel verder van die Afrikaans lê as die term, *corrective action*, alhoewel eersgenoemde die term is wat algemeen gebruik word in Engels. Terminologiegebruik slaan tog direk op die tipe van regstellende aksie wat gebruik staan te word in 'n stelsel waar regstellende aksie van toepassing is, naamlik remediërende of bevoordelende regstellende aksie.

Bevoordelende regstellende aksie is dikwels gerig op proporsionaliteit wat die instel van kwotas veronderstel waarvolgens lede van verskillende gemeenskappe proporsioneel toegang tot hulpbronne verkry ten einde die rassasamestelling van die samelewing te reflekteer. Meriete en behoefte word dikwels oorgiesien tydens aanstellings, bevorderings of selfs die toekenning van hulpbronne by die toepassing van hierdie tipe regstellende aksie.¹¹ Hierdie tipe regstellende aksie word deur

⁵ Emsley I *The Malaysian Experience of Affirmative Action: Lessons for South Africa* (Human & Rousseau Kaapstad 1996) 11

⁶ Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming, waarvan die ooreenstemmende bepaling in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, artikel 17(1) is.

⁷ Ingevolge artikel 195(1)(i) van die Grondwet

⁸ Ingevolge artikel 174(2) van die Grondwet

⁹ Ingevolge artikel 193(2) van die Grondwet

¹⁰ Moolman HJ *Die grondwetlikheid van "regstellende aksie"-maatreëls in die Wet op Billike Indiensneming 55 van 1998* (LLB-skripsie PU vir CHO 1999)

¹¹ Venter AJ 1993 *Aambeeld* 25

Emsley eng regstellende aksie genoem, want dit laat meriete buite rekening en het slegs die fokus op gelykheid van uitkomst, eerder as gelyke toegang tot geleenthede.¹² Laastens kan dit gestel word dat daar nie werklik tydens die toepassing van bevoordelende regstellende aksie bewys kan, of hoef te word, dat diegene wat bevoordeel sal word deur regstellende aksie, werklik voorheen, of selfs in die spesifieke omstandighede, benadeel is nie. Redes hiervoor lê daarin dat die enigste kriterium vir die ontvang van die voordele van die betrokke regstellende aksie, die vraag is of die persoon wat bevoordeel gaan word uit hoofde van die regstellende aksie, lid is van die spesifieke groep op wie regstellende aksie gemik is, hetsy dit ras-, etnies- of geslagsgebaseer is. Gevolglik kan groot onregverdigheid volg deur die toepassing van bevoordelende regstellende aksie.

Soos wat gesien kan word, kan geeneen van hierdie twee benaderings in streng kompartemente geplaas word nie. Hierdie feit blyk ook uit die benaderings van beide Suid-Afrika en Namibië tot regstellende aksie, wat beide remediërende en bevoordelende regstellende aksie in verskillende grade onderskryf op verskillende terreine.

2.3 Enkele definisies van die begrip "regstellende aksie"

Die term regstellende aksie of "affirmative action" het sy ontstaan te danke aan President JF Kennedy van die Verenigde State wat die sogenaamde "Executive Order # 10925" in 1961 uitgereik het. Hierdie presidensiële bevel het die term "affirmative action" bevat as die benaming vir beleid wat daarop gemik was om die destydse gevolge van vorige rassediskriminasie uit te wis.¹³ Dit was veral daarop gemik om van firmas wat ingevolge staatskontrakte presteer het, te vereis om hul indiensneming van minderheidsgroepe te vermeerder.¹⁴

¹² Emsley I *Lessons* 11

¹³ O'Shea A *International Law* 7A-7

¹⁴ Van Rooyen JWF *Guide* 10

Die Drietalige Regswoordeboek¹⁵ gebruik as sinonieme vir regstellende aksie die volgende terme: regstelling van agterstande, regstellende optrede en omgekeerde diskriminasie. Verder word die term "affirmative action" soos volg gedefinieer:

Uitvoerende of administratiewe handeling vir die regstelling van 'n agterstand waarin persone of groepe om historiese redes verkeer, soos volksgroepe wat in die verlede benadeel is op grond van kleur.

Die *Concise Oxford Dictionary*¹⁶ se verklaring vir "affirmative action" is heel bondig:

...action favouring those who often suffer from discrimination.

'n Sinoniem wat in 'n geregtelike sin dikwels vir die term regstellende aksie gebruik word is die sogenaamde "employment equity" wat na "billike indiensneming" verwys, soos dit in die Afrikaanse teks van die Wet op Billike Indiensneming voorkom. In hierdie sin definieer die *Concise Oxford Dictionary*¹⁷ "equity" as:

Fairness. The application of the principles of justice to correct or supplement the law.

In lyn hiermee definieer die Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal¹⁸ die term "billik" as: "Regverdig. Redelik." Dit is interessant dat hierdie woordeboek, wat in veral baie Afrikaanse huishoudings die eerste verwysingsbron is wanneer na die definiëring van woorde gesoek word, geensins die term "regstellende aksie" as term, konspe of as begrip bevat nie. Dit beteken egter nie dat regstellende aksie as begrip, of as term, nie deel van die Afrikaanse woordeskat vorm nie (soos wat baie Afrikaanses eerstehands kan getuig!). Daar kan slegs geraai word dat toe dié woordeboek in 1992 gepubliseer is, die begrip nie so alledaags voorgekom het as wat vandag die geval is nie en dit weens daardie rede deur die skrywers buite rekening

¹⁵ Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 3de uitg (Juta Kaapstad 1992) 7

¹⁶ Allen RE ea (red) *The Concise Oxford Dictionary of Current English* 8ste uitg (Clarendon Oxford 1990) 20

¹⁷ Allen RE ea (red) *Concise* 396

gelaat is. 'n Dekade later is dit, waarskynlik weens die kontensieuse aard daarvan en die alledaagsheid van die kwessie, een van die mees gebruikte begrippe in die Afrikaanse woordeskat.

Die term "regstellende aksie" kom wel voor in *The Bill of Rights Handbook* waar "affirmative action" soos volg gedefinieer word:¹⁹

Affirmative action means preferential treatment for disadvantaged groups of people. Typically, an affirmative action programme will require a member of a disadvantaged group to be preferred for the distribution of some benefit over someone who is not a member of that group. The grounds of preference are usually race or gender.

Daarteenoor definieer Smith²⁰ in 'n akademiese sin die term "regstellende aksie" as:

...preferential access to social resources for persons who are members of groups which have been previously disadvantaged by adverse discrimination.

Joubert²¹ se definisie stem grootliks met dié van Smith ooreen en lui soos volg:

... the term affirmative action is used without qualification simply to indicate that members of a group are given some preference by virtue of their membership of that group for some purpose approved of at law, such as the allocation of jobs and other benefits.

Die begrip word in 'n konteks van minderhede wat hulself moet help, eerder as om op die staat of derdes staat te maak, deur Van der Walt²² uiteengesit as:

¹⁸ Odendal FF ea (red) *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 3de uitg (Perskor Doornfontein 1994) 87

¹⁹ De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* 2001 4de uitg (Juta Kaapstad 2000) 223

²⁰ Smith N 1992 *SAJHR* 235

²¹ Joubert 1994 *De Jure* 118

²² Van der Walt DJ "Regstellende optrede in die praktyk" 1995 30(2) *SAIPA* 109-121 111

...regstellende optrede impliseer personeelpraktyke wat daarop gemik is om lede van 'n spesifieke bevolkingsgroep wat as deel van diskriminerende wette en regulasies (op grond van ras, kleur of geslag) benadeel is en as gevolg daarvan van spesifieke regte en voorregte weerhou is, as minderheidsgroep op te hef en in die posisie te stel om hulself te ontwikkel en op gelyke voet om alle poste te kan meeding.

Alhoewel Van der Walt se definisie na 'n minderheidsgroep verwys kan dit steeds in die huidige Suid-Afrikaanse konteks van toepassing gemaak word, aangesien dit hier aan die hand gedoen word dat regstellende aksie soos wat Van der Walt dit definieer, ook op die meerderheid van die bevolking van toepassing is. Verder word regstellende aksie by baie Suid-Afrikaanse instellings toegepas, juis omdat die meerderheid van die bevolking nie demografies in die werksmag weerspieël word nie en dikwels inderdaad die minderheid van daardie werksmag vorm.

Faundez²³ sit die begrip weer uiteen as:

...affirmative action (treats) persons belonging to a specific group differently so that they obtain an equitable share of a specific good. In the sphere of employment, its object is generally to ensure that the target group should be equitably represented in the workforce of a particular employer.

Daarteenoor stel die Arbeidsmarkbeleidskommissie²⁴ die volgende definisie van regstellende aksie voor:

²³ Faundez J "Promoting affirmative action" 1994 *ILJ* 1187-1194

²⁴ Arbeidsmarkbeleidskommissie *Restructuring the South African labour market in Employment Equity* (Instituut vir Ontwikkeling en Arbeidsreg aan die Universiteit van Kaapstad) soos aangehaal in Gerber R *Affirmative action: A Comparative Perspective* (LLM-verhandeling UK 1997) 2

... a policy and programme applied by an employer that is aimed at redressing the inequalities that exist within the workplace as a result of unfair discrimination.

Gerber²⁵ definieer regstellende aksie in sy LLM-verhandeling oor hierdie term as:

Affirmative action then, entails firstly, a means of transforming the racial and gender composition of the workforce, through ending discriminatory employment practices, and the setting of targets or quotas, and secondly, more broadly, increasing the participation of previously disadvantaged groups in the economy as a whole.

Gerber gaan egter verder deur te stel dat regstellende aksie deel is van 'n wyer ontwikkelingsraamwerk, aangesien dit meer mense in die hoofstroomekonomie moet inbring en dus behoort by te dra tot vinniger ekonomiese groei.

Gebaseer op die Wet op Billike Indiensneming word die term "regstellende aksie maatreëls" deur Solomon gedefinieer uit hoofde van artikel 15(1) van hierdie wet (en implisiet ook artikel 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie)²⁶ as maatreëls wat ontwerp is om te verseker dat geskikte gekwalifiseerde persone vanuit die aangewese groepe (Swartmense, Bruinmense, Indiërs, vroue en gestremdes) gelyke geleenthede ontvang en regverdig verteenwoordig word regoor alle beroepskategorieë en -vlakke in die werksmag van 'n aangewese werkgewer (soos in die wet self aangegee).²⁷ Hierdie laaste vereiste is volgens Solomon in lyn met die aanhef van die Grondwet wat handel met eenheid in diversiteit. Gevolglik is die strewe van regstellende aksie in beide Suid-Afrika en Namibië om 'n werksmag daar

²⁵ Gerber R *Affirmative action* 3

²⁶ Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming:

Affirmative action measures are measures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitably represented in all occupational categories and levels of the workforce of a designated employer.

Artikel 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie:

In filling positions of employment a relevant employer shall give preferential treatment to suitably qualified persons of designated groups.

²⁷ Solomon M "The regulation of affirmative action by the Employment Equity Act 55 of 1998" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 231-239 232

te stel wat verenig is, maar nie eenvormig is nie.²⁸ Die teenkant van hierdie argument kan natuurlik wees dat eenvormigheid ook daaruit kan bestaan dat elke werksmag, van elke aangewese werkgewer, indien dit oor alle posvlakke uiteindelik die demografie van die bevolking weerspieël, ook eenvormig sal wees en nie sal toelaat dat minderhede ook op sommige plekke in die ekonomie domineer nie. Daarin is dus ook 'n sterk element van eenvormigheid opgesluit, maar op hierdie argument sal later hieronder ingegaan word.

Laastens word daar gekyk na 'n internasionale definisie vir die term "regstellende aksie." Die *United States Commission on Civil Rights*²⁹ definieer regstellende aksie soos volg:

Affirmative action encompasses any measure beyond simple termination of a discriminatory practice, adopted to correct or compensate for past or present discrimination or to prevent discrimination from recurring in the future.

Vir doeleindes van hierdie proefskrif sal daar weggeskram word van die term "billike indiensneming" soos dit in die Wet op Billike Indiensneming voorkom as die Afrikaanse weergawe van "employment equity." Die rede hiervoor is dat die Afrikaanse vertaling van die woord nie direk die Engelse weergawe, wat die meer dominante term in die land is, weerspieël nie. Daar sal ook weggeskram word van 'n direkte vertaling van die Namibiese term "affirmative action" wat blyk die Amerikaanse benaming netso oor te geneem het. 'n Laaste rede hiervoor is omdat "affirmative action" die Engelse naam van hierdie beleid is en die skrywer van hierdie proefskrif gepoog het om dit in Standaard-Afrikaans te skryf.

Regstellende aksie gaan immers oor meer as die blote *indiensneming* van mense of die *bevestiging* van iets (as direkte vertaling vir "affirmative"). Dit handel ook oor die afdanking van mense, die toepassing van die beleid van regstellende aksie op

²⁸ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 233

²⁹ Hugo P "The South African debate on affirmative action: learning cues from India, Malaysia and post-independence Africa" 1993 12(1) *Politica* 44; Gerber *Affirmative action* 3

mense wat reeds in diens is, onderwys en opleiding en in die breër sin, 'n groot sosiale verandering, in wese 'n nasionale sosiale ingenieursprojek binne die arbeidsmag, maar ook die staat as geheel. Artikel 9(2) van die Grondwet beperk die maatreëls wat getref kan word ten einde gelykheid te bereik nie slegs tot die sfeer van die arbeidsreg nie. In die lig van die voormelde kan daar nie van die terme, "billike indiensneming," of "affirmative action" gebruik gemaak word nie en eerder as om 'n nuwe term te skep, sal daar deurgaans verwys word na die meer algemeen gebruikte term in die Afrikaanse volksmond, naamlik, regstellende aksie. Dit is immers 'n term wat meer bekend is in Afrikaans en gee beter uitdrukking aan dit wat die beleid van "billike indiensneming" / "affirmative action" beoog, soos dit in die Grondwet gestel word, naamlik die bereiking van gelykheid.

Die definisie wat dus gebruik sal word ten opsigte van regstellende aksie vir doeleindes van hierdie studie, na behoorlike inagneming van al die bogemelde, is eenvoudig die volgende:

Regstellende aksie is die toepassing van 'n verskeidenheid wetgewende en ander maatreëls met die doel om die bereiking van gelykheid te bevorder en persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, te beskerm en / of te ontwikkel.

HOOFSTUK 3: REDES VIR REGSTELLENDEN AKSIE IN SUID-AFRIKA

Daar is geen twyfel dat Suid-Afrika 'n samelewing van kontraste en veral, ongelykhede is nie. Suid-Afrika is immers bekend as 'n land van uiterstes. Wanneer na die bevolking as geheel gekyk word, dan is dit duidelik dat die vorige politieke bedeling in Suid-Afrika groot ongelykhede, nie slegs polities nie, maar ook sosiaal, maatskaplik en ekonomies teweeggebring het wat regstelling vereis by wyse van verskeie vorme van regstellende aksie.¹ Daar kan in hierdie verband na vele faktore verwys word. Solomon meen in hierdie verband dat die bereiking van gelykheid aan die kern van regstellende aksie lê, aangesien dit gemik is op vorige en huidige sosiale wanbalanse, deur daardie persone te bevorder waarteen daar voorheen onregverdig gediskrimineer is.²

3.1 Die historiese konteks

Die Gini koëffisiënt word gebruik om die mate van ongelykheid of verdeling van persoonlike inkomste en verbruik in 'n gemeenskap te meet. 'n Gemeenskap wat totaal gelyk is sal 'n koëffisiënt van 0 geniet, terwyl 'n totaal ongelyke gemeenskap 'n koëffisiënt van 100 sal hê. In 1993 is Suid-Afrika se koëffisiënt gemeet op 58,4 wat Suid-Afrika naas Brasilië (met 'n koëffisiënt van 63,4) op daardie stadium die land met die mees ongelyke gemeenskappe in die wêreld gemaak het. Die rykste 10% van die bevolking was op daardie stadium verantwoordelik vir ongeveer die helfte (47,3%) van die land se verbruikersbesteding.³

Blanke Suid-Afrikaners word aansienlik beter gevoed en het baie beter onderwysfasiliteite as hul Swart mede-burgers. In 'n studie van die Suid-Afrikaanse Instituut vir Rasverhoudinge in 1994, is dit bevind dat twee keer soveel Swartmense (80%) as Blankes (40%) in die land nie kon lees of reken op 'n vlak gelykstaande aan graad 7, wat beskou word as die basiese vlak van geletterdheid nie.⁴ Hiermee saam

¹ Van Heerden HJO 1990 *THRHR* 374

² Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 231

³ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 183

⁴ Suid-Afrikaanse Instituut vir Rasverhoudinge *South Africa Survey 1995/96* 6 in De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 183

moet dit oorweeg word dat die sterftes van babas en die lewensverwagting van Swart Suid-Afrikaners vergelykbaar is met dié van die armste lande ter wêreld. 'n Bewys hiervoor is daarin geleë dat die menslike ontwikkelingsindeks vir Suid-Afrikaanse Blankes in 1991 bereken is op 0,901, wat vergelykbaar is met bevolkings van lande soos Singapoer en Luxemburg. Daarteenoor het Bruinmense 0,663 op die indeks gehaal, Indiërs 0,863 en Swartmense 0,500. Hierdie indeks is 'n aanwysing van mense se vermoëns om lang en gesonde lewens te geniet, om te kan kommunikeer, deelname aan die gemeenskapslewe te kan geniet en genoegsame middele te hê om 'n ordentlike lewe te kan lei.⁵

In 1993 het 59% van die nasionale inkomste 13% van die bevolking, die Blankes alleen toegeval, terwyl die Swartes wat 76% van die bevolking was slegs 29% van die nasionale inkomste ontvang het. Hierdie syfers het op 'n wit-swart ongelykheid neergekom van 11,8:1 onderskeidelik, wat beteken het dat terwyl die helfte van alle Blanke huishoudings na belasting op 'n jaarlikse inkomste van ongeveer sestigduisend rand kon reken, slegs 6% van Swart huishoudings dieselfde lewenstandaard sou kon handhaaf. In 1998 was 93% van die werklose armes in Suid-Afrika, Swartmense, terwyl van daardie persone wat minder as eenduisend rand per maand verdien het, was 42% van hulle Swartmense, maar slegs 4% was Blankes. 85% van Blankes het in 1998 oor 'n huishoudelike telefoon beskik maar slegs 14% van Swartmense het hierdie voordeel geniet. Die sterftesyfer van babas onder een jaar was in 1998 vir Blankes 7,3 per 1000, maar Swartmense se syfers was 54,3 per 1000, welke syfers vergelykbaar was met dié van Zimbabwe en Kenia wat derdewêreldlande is. Wanneer in ag geneem word dat daar 'n verband bestaan tussen armoede en misdaad dan moet ook genoem word dat Swartmense 'n twintig keer groter kans gehad het as Blankes om aan 'n moord om te kom in 1998. In 1995 was 95% van alle verkrachtings gepleeg teenoor Swart vroue. Teen 1996 was 75% van alle polisieostasies in voormalige Blanke gebiede teenwoordig.⁶

⁵ Sentrale Statistiekdiens *RSA Statistics in Brief* (1996) in De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 183

⁶ Hierdie syfers is aangehaal deur die Suid-Afrikaanse President TM Mbeki tydens sy begrotingsdebat in 'n toespraak as die destydse Adjunk-President, in die nasionale vergadering, Kaapstad, op 3 Junie 1998, soos aangehaal in Hadland A en Rantao J Mbeki 198.

Die voormelde is die gevolg van 'n vorige politieke bedeling wat gebaseer was op ongelykheid en diskriminasie. Selfs die Konstitusionele Hof het al by verskeie geleenthede hieroor uitgewys dat:⁷

Apartheid systematically discriminated against black people in all aspects of social life ... senior jobs and access to established schools and universities were denied to them ... The deep scars of this appalling programme are still visible in our society.

Sake het formeel sedert 2 Februarie 1990 aansienlik begin verbeter. Met die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet het dinge finaal onomkeerbaar verander met die daarstel van 'n konstitusionele regstaat waar almal gelyk is voor die reg en die Grondwet die hoogste reg is.⁸ Na 27 April 1994 het formele gelykheid ingetree vir alle Suid-Afrikaners en politieke gelykheid is nie te betwis nie, maar substantiewe gelykheid wanneer dit by toegang tot bronne kom, is steeds 'n hersenskim vir die meeste Suid-Afrikaners wat daagliks die wrede werklikheid van uiterste armoede in die gesig moet staar. Hierdie realiteit en die omvorming daarvan tot 'n algemene situasie waar almal volle en gelyke genieting het van alle regte en vryhede soos in die Handves van Regte vervat, is die onderliggende doel van die magtigingsbepaling vir regstellende aksie.⁹

Die Grondwet het in ieder geval nie regstellende aksie in die lewe geroep nie. Regstellende aksie het in Suid-Afrika bestaan lank voor 27 April 1994, maar sedert daardie datum veroorloof die Grondwet slegs 'n stelsel van regstellende aksie indien dit aan die grondwetlike vereistes voldoen.¹⁰ Regstellende aksie, soos dit in artikel 9(2) veroorloof word, het as een van die vereistes van Grondwetlike Beginsel V van die Oorgangsgrondwet voorgekom en moes dus vervat word in artikel 9(2), toe die

⁷ *Brink v Kitshoff* NO 1996 4 SA 197 (KH); 1996 6 BCLR 752 (KH) para [40]. Hierdie uitspraak word in detail bespreek in Carpenter G "Motifs inscribed on our social fabric: equality in *Brink v Kitshoff*" 1997 *SAJHR* 304-310.

⁸ Artikel 4 van die Oorgangsgrondwet en artikels 2 en 8 van die Grondwet.

⁹ Artikel 9(2) van die Grondwet

¹⁰ Van der Vyver JD "Gelykberegting" 1998 *THRHR* 367-399 387

grondwetlike teks van die Grondwet deur die Grondwetlike Vergadering opgestel en aanvaar is.¹¹

Daar moet nie vir 'n oomblik ontken word dat daar 'n verband bestaan tussen (substantiewe) gelykheid as die volle en gelyke genieting van alle regte wat in die Handves van Regte vervat is en ekonomiese bemagtiging nie. Hierdie twee elemente is ineengeweef en ononderskeibaar. Armoede in Suid-Afrika is immers endemies van aard aangesien ongeveer 40% van die bevolking arm is. Hierdie is nie slegs 'n juridiese of 'n ekonomiese probleem nie, maar het ook ernstige sosiale dimensies deurdat Suid-Afrikaners weens hul armoede ook aan siektes ly, ondervoed is, gebrekkige opvoeding geniet, misdaad hoogty vier in arm gebiede en indien hierdie brandpunte nie daadwerklik aangespreek word binne die afsienbare toekoms nie, kan die gevolge vir die land en die streek noodlottig wees. Regstellende aksie is 'n manier om te poog om hierdie grootskaalse agterstande van die meeste Suid-Afrikaner te help uitwis. Die groepe in die land wat die grootste toegang tot die bronne van die land het, is immers ook die groepe wie se ekonomiese mag die sterkste is. Sonder om verder te steun op bewese ekonomiese teorieë en wetenskaplike gesag vir hierdie stelling, sal daar dus aanvaar word dat ekonomiese bemagtiging waarskynlik een van die belangrikste voertuie sal wees om uiteindelik substantiewe gelykheid in ons land te help verwesenlik vir al ons land se inwoners.

Voordat daar oorgegaan kan word na die regsrae wat natuurlik handel oor die grondwetlikheid van regstellende aksie, is dit belangrik om egter eers regshistories die wetgewende maatreëls te oorweeg wat direk tot hierdie grootskaalse ongelykhede aanleiding gegee het. Sonder 'n behoorlike oorweging van die regsposisie soos dit vantevore daar uitgesien het, met spesifieke verwysing na veral vorige onderdrukkende wetgewing, sal daar nie gesê kan word dat 'n bespreking soos hierdie volledig kan wees nie. Ten einde hierdie studie egter te probeer fokus, maar ook weens die reusagtige omvang van al die wetgewing wat deel van die apartheidstelsel uitgemaak het en wat moontlik *indirek* tot die groot ongelykhede in die arbeidsmark

¹¹ Grondwetlike Beginsel V: The legal system shall ensure the equality of all before the law and an equitable legal process. Equality before the law includes laws, programmes or activities

aanleiding gegee het, sal slegs daardie wetgewende bepalings oorweeg word insoverre dit direk van toepassing was op die arbeidsmark. 'n Verdere rede vir hierdie beperking is die feit dat die Wet op Billike Indiensneming slegs op die arbeidsmark gefokus word in beide die openbare en die private sektore en hierdie studie gaan tog inderdaad oor die grondwetlikheid van die regstellende aksie maatreëls soos vervat in hierdie wet, soos dit blyk uit die vrae wat hierbo geformuleer is en wat beantwoording verg uit hierdie studie. In die bespreking van die onderwerp ter hande, is daar gepoog om sover prakties moontlik die wetgewende posisie deurgaans chronologies te bespreek soos wat die wetgewing ontwikkel het.

3.2 *Vorige rasdiskriminerende wetgewende maatreëls*

Daar was altyd drie hoofredes waarom voormalige Blanke vakbonde en werkers deurentyd vir beskerming teen Swart werkers geageer het. Hierdie redes was eerstens die vrees dat Swartmense vir minder vergoeding as Blankes sou werk, tweedens die vrees om kompetisie om dieselfde werksgeleenthede (vervanging van Blankes met Swartes) en laastens die vrees om 'n magstryd.¹² Eersgenoemde twee redes was veral ter sprake toe die beleid van beskaafde arbeid ingevoer is. Laasgenoemde rede was altyd 'n oorweging om Swartmense van geregistreerde vakbonde uit te sluit. Die vrees het altyd bestaan dat weens die oormag van die Swart getalle, dit net 'n kwessie van tyd sou wees voordat die vakbonde deur Swartmense gedomineer sou word, indien laasgenoemde daartoe toegelaat sou word.¹³

Gevolglik kom 'n chronologiese bespreking van daardie vorige rasdiskriminerende wetgewende maatreëls aan die beurt, wat grootliks bygedra het tot die probleem wat reggestel moet word deur regstellende aksie, wat in sy verskillende verskyningsvorme in die Suid-Afrika van vandag deel van die werklikheid is waarmee alle Suid-Afrikaners moet handel.

which have as their object the amelioration of the conditions of the disadvantaged, including those disadvantaged on the grounds of race, colour or gender.

¹² Lever J "White Organised Labour and the Development of Non-White South Africans" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 43-60 44-49; Randall E Power, *Privilege and Poverty* (Spro-Cas Johannesburg 1972) 40

¹³ Lever J *White Organised Labour* 47

3.2.1 Die Wet op Myne en Bedrywe 12 van 1911¹⁴

Wetgewing van hierdie aard is op die wetboek geplaas op aandrang van opgeleide Blanke mynwerkers wat nie kompetisie wou hê van groot getalle onopgeleide Swart, Bruin en Indiërwerkers wat die laer posvlakke beklee het nie. Hul vrees was dat hulle hul werk ten gunste van die Swart werkers sou verloor soos wat inderdaad gebeur het net voor die staking van 1922, toe Blanke werkers op groot skaal met goedkoper Swart arbeid vervang is.¹⁵ Gevolglik het hierdie wet ook getalleverhoudinge neergelê tussen Blanke werkers aan die een kant en Swart, Bruin en Indiërwerkers werkers aan die ander kant, wat nagekom moes word by die indiensneming van werkers. Dit moes dus veral die getalle van die Swart, Bruin en Indiërwerkers reguleer¹⁶ en was inderwaarheid niks anders as die eerste werksreserveringswetgewing wat in die nuwe Unie van Suid-Afrika die lig gesien het nie.¹⁷

Alhoewel hierdie wet op die oog af geen spesifieke verwysings na ras bevat nie, het die wet tog aan die Goewerneur-Generaal die magte verleen om regulasies uit te vaardig ten opsigte van die toekenning van bevoegdheidsertifikate vir die verrigting van opgeleide werk.¹⁸ Omdat sodanige bevoegdheidsertifikate nie aan Swartnense, Bruinmense en Indiërs toegeken is ingevolge die regulasies wat uit hoofde van hierdie wet uitgevaardig is nie, het dit neergekom op werksreservering vir die Blankes in poste wat opleiding vereis het.¹⁹ Nie minder nie as twee en dertig soorte werk is in die destydse Transvaal en die Oranje Vrystaatse myne opsygesit om slegs deur Blankes verrig te word.²⁰

¹⁴ Die *Wet op Myne en Bedrywe 12 van 1911* word hierna genoem die *Wet op Myne en Bedrywe*.

¹⁵ Chanock M *Legal Culture* 442, 451

¹⁶ Grobbelaar JA "An Overview of Industrial Relations in South Africa" in Grey Coetzee JA *Industrial Relations in South Africa: An Event-Structure of Labour* (Juta Kaapstad 1976) 178; Chanock M *Legal Culture* 406

¹⁷ Qunta C *Who's Afraid of Affirmative Action: A Survival Guide for Black Professionals* (Kwela Boeke Kaapstad 1995) 11

¹⁸ Artikel 4(1)(n)

¹⁹ Lipton M *Capitalism* 19

²⁰ Qunta C *Survival Guide* 11

Hierdie beleid van werksreservering is in 1923 deur die howe *ultra vires* verklaar,²¹ maar die Paktregering het ander planne gehad en in die *Wysigingswet op Myne en Bedrywe*²² is hierdie oorwinning teen werksreservering by wyse van wetgewing omgekeer.²³ As gevolg van die destydse soewereiniteit van die Unieparlement, kon laasgenoemde wet nie in die howe aangeval word nie.

Groot onregverdigheid het uit hierdie wet voortgevloei. Soos Chanock opmerk, het dit dikwels voorgekom dat die Blanke toesighouers oor die Swart, Bruin en Indiërwerkers, minder van die werk geweet het as laasgenoemde,²⁴ terwyl werksreservering ook Swart, Bruin en Indiërlone afwaarts gedwing het weens die ooraanbod van hierdie werkers. Blanke lone daarenteen het opwaarts geneig weens die tekorte aan Blanke werkers.²⁵ Aangesien ongeskoolde lone vir geskoolde werk betaal kon word aan die Swart, Bruin en Indiërwerkers, welke soort betaling vir die mynbase koste-effektief was, is daar van hierdie soort uitbuiting gebruikgemaak deur die mynbase.²⁶

3.2.2 Die Wet op die Reëling van Naturelle-Arbeid 15 van 1911²⁷

Hierdie wet was deel van die sogenaamde "Master and Servant Laws" en was 'n konsolidasie van die wetgewing wat in al die vorige kolonies voor uniewording in plek was.²⁸ Hierdie "Master and Servant" ordonnansie²⁹ was sedert 1841 in die Kaapkolonie van toepassing en is met 'n strengere weergawe vervang in 1856³⁰ nadat verteenwoordigende regering aan die Kaapkolonie toegestaan is deur die destydse Britse regering. 'n Aantal oortredings is deur hierdie wetgewing ingestel, onder

²¹ *R v Hildick Smith* 1924 TPD 69 het beslis dat die toekenning van die magte om gedelegeerde wetgewing uit te vaardig, nie die reg ingesluit het om op grond van ras te diskrimineer, tensy dit in die magtigende wetgewing vervat was nie. Chanock *M Legal Culture* 446

²² *Wysigingswet op Myne en Bedrywe* 25 van 1926

²³ Lipton *M Capitalism* 113. Sien ook die bespreking by 3.2.5 hieronder.

²⁴ Chanock *M Legal Culture* 445

²⁵ Chanock *M Legal Culture* 447

²⁶ Qunta C *Survival Guide* 11

²⁷ *Wet op die Reëling van Naturelle-Arbeid* 15 van 1911 is 'n eie vertaling van die Nederlandse benaming *Naturellearbeid Regelingswet* 15 van 1911. Hierna genoem die *Wet op die Reëling van Naturelle-Arbeid*.

²⁸ Bylae tot die wet

²⁹ *Master and Servant Ordinance*, 1841

³⁰ *Master and Servant Ordinance*, 1856

andere onwettige afwesigheid van die werk deur 'n Swart werker, nalatige of onbehoorlike werksprestasie of 'n versuim om 'n werkgever se instruksies uit te voer. Drosterij of die blootstelling van die werkgever se eiendom aan skade was as meer ernstige misdrywe beskou. Hierdie misdrywe het almal gevangenisstraf verdien indien daar 'n skuldigbevinding gevolg het, maar werkgevers kon nie geld of kos van werknemers weerhou nie, welke optrede ook as 'n misdryf gestel is.³¹

Die Wet op die Reëling van Naturelle-Arbeid was dus die natuurlike wetgewende gevolg van hierdie Master and Servant Laws. Dit was slegs van toepassing ten opsigte van Swart werkers wat op die myne en selfs in industrie gewerk het.³² Ingevolge hierdie wet is die kampongstelsel op die myne ingestel ingevolge waarvan arbeidsinspekteurs boetes aan Swart werkers kon oplê wat geweier, of nagelaat het om te werk of die opdragte van 'n werkgever uit te voer.³³ Dieselfde was die geval by persone wat van die werk af weggebly het.³⁴ Hierdie stelsel is in stand gehou ter wille van winste op die myne en om te verseker dat die normale siviele regstelsel nie onderbrekings in die arbeidsvoorraad tot gevolg sou hê nie. Die arbeidsinspekteurs het met gereelde intervalle die kampongs op die myne geïnspekteer, persone summier verhoor vir werksoortredings soos hierbo uiteengesit en boetes opgelê wat direk van die salarisse van die werkers afgetrek is.

Hierdie wet het by wyse van gedelegeerde wetgewing³⁵ 'n absolute ryk geskep wat Swart mynwerkers beheer het en waarby ingesluit was 'n afsonderlike strafregstelsel vir oortredings wat gepaard gegaan het met die verrigting van werk.³⁶ Een van die redes wat vir die toepassing van hierdie strafregtelike aspekte aangegee is, eerder as die normale siviele remedies, was die feit dat die Swartmense nie die subjekte kon word van siviele remedies nie, as gevolg van hul armoedige materiële toestande en dus het die strafregtelike remedies 'n beter effek op hulle gehad.³⁷ Hierdie argument

³¹ Qunta C *Survival Guide* 10

³² Artikel 1 van die wet het Swart werkers spesifiek so gedefinieer.

³³ Qunta C *Survival Guide* 10

³⁴ Artikel 19

³⁵ Artikel 23

³⁶ Chanock M *The Making of South African Legal Culture 1902-1936: Fear, Favour and Prejudice* (Cambridge University Press Cambridge 2001) 433-434, 476; Lipton M *Capitalism and Apartheid: South Africa 1910-1986* (David Philip Publisher Claremont 1985) 20, 130

³⁷ Chanock M *Legal Culture* 449

verdien negatiewe kritiek. As die strawwe wat opgelê is meestal bestaan het uit boetes wat van salarisse afgetrek is, kan daar nie gesien word waarom die normale siviele remedies nie teen die Swart werkers toegepas kon word nie. Verder was Swart werkers nadat dienskontrakte gesluit was, welke dienskontrakte verpligtend was om enigsins in diens geneem te kon word,³⁸ verplig om hierdie dienskontrakte na te kom en kon hulle nie vrylik hul werk opgee, dros, van werk verander of selfs van die werk af wegbly nie.³⁹ Soos die res van hierdie rasdiskriminerende wetgewende maatreëls, verdien hierdie benadering van die ekonomiese owerhede, met terugskouing, die strengste negatiewe kritiek moontlik.

3.2.3 Die Beleid van "Beskaafde Arbeid," 1924⁴⁰

Hierdie beleid was, alhoewel nie soseer in 'n wet vervat nie, tog een van die hoekstene van die nasionale regeringsbeleid, nadat die Paktregering van Generaal J.B.M. Hertzog in 1924 aan bewind gekom het.⁴¹ Dit het 'n enorme invloed gehad op die indiensneming van Blanke werkers, veral in die staatsdiens. Voorkeure ter wille van die indiensneming van Blankes op hierdie terrein het in elk geval geen wetgewing benodig nie. Hierdie beleid was daarop gebaseer dat die Blanke met sy hoër lewenstandaard 'n hoër loon moes verdien as die Swarte, wat oor die algemeen 'n laer lewenstandaard gehandhaaf het. Volgens hierdie beleid was die Blanke beskaaf en gevolglik moes 'n beskermingsbeleid teenoor hom gevoer word ten einde sy beskaafde lewenstandaard te beskerm. Gevolglik is die beskaafde arbeidsbeleid gebore.⁴²

Ingevolge hierdie beleid van die regering, moes alle werk waarvoor opleiding nodig was, in die eerste plek deur Blankes verrig word. Nadat alle Blankes in diens geneem is in hierdie poste, moes daar voorsiening gemaak word vir Bruinmense en Indiërs en daarna eers, sou daar voorsiening gemaak word vir Swartmense. Indiensneming het

³⁸ Artikel 12

³⁹ Artikel 14

⁴⁰ Hierna genoem die beskaafde arbeidsbeleid.

⁴¹ Die Paktregering was 'n koalisie tussen die Nasionale Party gelei deur Genl JBM Hertzog en die destydse Arbeidersparty gelei deur Kol FP Creswell.

⁴² Chanock M *Legal Culture* 452-453

veral plaasgevind in die staatsdiens en die staatskorporasies.⁴³ Swartmense is gesien as persone wat gevolglik "onbeskaafde arbeid," met ander woorde arbeid sou verrig waarvoor daar geen opleiding nodig was nie en arbeid waar baie lae lone betaal kon word weens die lae lewenstandaarde van die Swart werkers. Hierdie beleid het egter verder gegaan, deur ook voorsiening te maak vir daardie Blankes wat uitgesluit was van opgeleide arbeid. Blankes se indiensneming is spesifiek voorgestaan insoverre dit die poste en posvlakke betref het waarvoor opleiding nie nodig was nie. Die gevolg van hierdie beleid was dus die volgende: eers nadat alle Blankes in die land in diens geneem is, was daar dan plek gemaak vir die ander rassegroepe.

Baie kritiek is teen hierdie beleid uitgespreek, ironies genoeg deur die tradisioneel Blanke vakbonde wat ageer het vir gelyke betaling vir gelyke werk, uit vrees dat die Swart, Bruin en Indiërwerkers die Blanke werkers van hul werk kon ontnem, weens hul laer lone. Een van die hoofdoelmerke van die beskaafde arbeidsbeleid moes dus wees om te verseker dat daar geen gelyke werk was tussen Blankes aan die een kant van die spektrum en Swartmense, Bruinmense en Indiërs aan die ander kant nie.⁴⁴

Ten einde hierdie regeringsbeleid te kon implementeer, is 'n verskeidenheid metodes gevolg.⁴⁵ In staatsondernemings, waar koste nie soos in die privaatsektor altyd die oorwegende faktor was om beleid te bepaal nie, is Swart arbeid direk vervang met Blanke arbeid (hoofsaaklik Blank, maar voorsiening is ook gemaak vir Bruin- en Indiërarbeid) wat dan teen hoër vergoeding gewerk het weens hul hoër lewenstandaarde, gemeet teen dié van die Swartmense. Die 1948-verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning spreek boekdele wanneer dit die volgende stel:⁴⁶

Though the [civilised labour policy is] not strictly a legal measure, this policy has had a profound [negative] impact on non-European employment.

⁴³ Thompson C *Legislating* 22.

⁴⁴ Van der Horst S "Comment" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 61-66 63

⁴⁵ *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning 1948*, UG 53/1948 36; Chanock M *Legal Culture* 441

Die verslag gaan verder deur te stel dat politieke oorwegings swaarder gewees het as ekonomiese beginsels.⁴⁷

In Government undertakings, where cost is not the decisive factor in policy, the direct substitution of civilised labour (principally European, though Coloured and Asiatics may be included) for Native labour, at higher rates of pay, took place to a considerable extent ...

Verskeie maatreëls is as deel van hierdie beleid ook in die privaatsektor afgedwing om die Blanke werkers 'n voordeel te besorg by indiensneming. In die motor- en boubedrywe is die Industriële Rade deur die Departement van Arbeid gebruik om te verseker dat Blanke werkers Swart, Bruin en Indiërwerkers sou vervang in sekere semi-opgeleide poste. Dit is gedoen deur spesiale grade van werknemers te skep op wisselende loonvlakke, met die verstandhouding dat sodanige hoër loonvlakposte dan slegs deur Blankes gevul sou word.⁴⁸

Die destydse *Doeanewet*⁴⁹ is ook ter wille van die beskaafde arbeidsbeleid aangewend, deurdat artikel 66 daarvan bepaal het dat belasting op goedere in 'n bedryf verhoog kon word, indien "bevredigende arbeidstoestande" nie in daardie bedryf gehandhaaf is na die oordeel van die Raad op Handel en Nywerheid nie. "Bevredigende arbeidstoestande" het bloot neergekom op die onderskrywing van die beskaafde arbeidsbeleid.⁵⁰ Die Regulasies van die Raad op Tenders en Voorrade van die Unie van Suid-Afrika het voorsiening gemaak vir 'n goedgekeurde lys van regeringstenderaars. Hierdie regulasies het verder bepaal dat tenderaars van sodanige lys uitgesluit kon word indien sodanige tenderaars nie voldoen het aan "bevredigende arbeidstandaarde" nie, waarby inbegrepe was die indiensneming van 'n redelike hoeveelheid beskaafde arbeid.⁵¹ Beskouing van hierdie maatreëls kan nie anders as

⁴⁶ *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 35

⁴⁷ *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 35

⁴⁸ *Verslag van die Departement van Arbeid* 1935, UG 4/37 16

⁴⁹ *Doeanewet* 35 van 1944

⁵⁰ *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 36

⁵¹ *Amptelike Jaarboek van die Raad op Tenders en Voorrade van die Unie van Suid-Afrika*, 1941 217 in die *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 36. Dit is interessant

om te herinner aan die huidige regstellende aksie wat in Suid-Afrika en Namibië plaasvind by wyse van regeringstenders en staatskontrakte nie.⁵²

3.2.4 Die Loonwet 27 van 1925⁵³

Die doel van hierdie wet was,⁵⁴ soos die latere loonwette, om 'n loonraad daar te stel met die doel om enige aangeleentheid in verband met lone, arbeidstandaarde, ure van werk, of diensvoorwaardes te ondersoek en dan die uitslag van die ondersoek met aanbevelings aan die Minister van Arbeid te rapporteer. Sommige van hierdie ondersoeke was na aanleiding van aansoeke daartoe deur geregistreerde vakbonde of werkgewersorganisasies. Omdat Swartmense, Bruinmense en Indiërs nie lede van geregistreerde vakbonde of werkgewersorganisasies kon wees nie, is hulle dus op hierdie wyse benadeel. Die Departement van Arbeid het dit duidelik gestel dat die doel van die Loonwet was om beskermingsmaatreëls daar te stel ten opsigte van die lone en diensvoorwaardes van laagbesoldigde en ongeorganiseerde werkers.⁵⁵ In hierdie gevalle het dit bloot na Blanke werkers verwys, soos dit bevestig is deur die destydse Minister van Arbeid, Kolonel F.P. Creswell.⁵⁶ 'n Voorbeeld hiervan is die feit dat daar maksimum werksure vir Blanke werkers ingestel is, maar geen sodanige reëlings is vir die Swart, Bruin of Indiërwerkers getref nie.⁵⁷

Daar is verder van die loonraad vereis om in die aanbevelings ten opsigte van lone, spesifiek voorsiening te maak vir lone waarvolgens werkers "beskaafde lewenswyses" sou kon voer.⁵⁸ Anders as die *Nywerheidsversoeningswet* 11 van 1924, is die Swartmense, Bruinmense en Indiërs nie van die definisie van "werknemer" uitgesluit nie en dus sou die loonraad teoreties wel die lone van hierdie mense dramaties kon

dat een van die sanksies vir nie-nakoming van die bepalings van die Wet op Billike Indiënsneming die weerhouding is van die reg om te tender vir staatskontrakte.

⁵² Ingevolge die Suid-Afrikaanse *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkyngsbeleid* 5 van 2000 en die konsepregulasies daarvan, sowel as die *Tender Board of Namibia Act* 16 of 1996, met die gepaardgaande regulasies daarvan.

⁵³ Die *Loonwet* 27 van 1925 word hierna genoem die Loonwet.

⁵⁴ Artikel 3, soos gewysig deur die *Wysigingswet op die Loonwet* 23 van 1930.

⁵⁵ Lipton M *Capitalism* 20 en Lever J *White Organised Labour* 50-51

⁵⁶ Chanock M *Legal Culture* 453

⁵⁷ Chanock M *Legal Culture* 448, 458

⁵⁸ Artikel 3(3); Chanock M *Legal Culture* 453-455.

verhoog het, as dit wou.⁵⁹ Landbouwerkers en huisbediendes, twee van die grootste beroepsgeleenthede vir veral Swartmense en Bruinmense, is van die werking van die wet uitgesluit. Daar was verdere bepalings in die wet wat daarop neergekom het dat in gevalle waar die nywerheid afhanklik was van die werk van laagbesoldigde Swart, Bruin en Indiërwerkers, die loonraad die behoeftes en vermoëns van sodanige werkgewers om hul besighede voort te sit in ag kon neem by die bepaling van lone. Die loonraad het dan aan die Minister gerapporteer dat geen "beskaafde loon" vasgestel kon word nie. Indien laasgenoemde deur die Minister aanvaar is, kon hy die loonraad aansê om die "beskaafde standaard" te ignoreer en 'n aanbeveling te maak ten opsigte van lone wat geskik sou wees in die besondere omstandighede.⁶⁰

Die magte van die loonraad was egter beperk tot sake wat daarna verwys is, om aanbevelings daarvoor aan die Minister van Arbeid te doen en laasgenoemde het in ieder geval die magte gehad het om die aanbevelings van die loonraad te verwerp. Interessant genoeg het die wet nie direkte verwysings na enige ras bevat nie⁶¹ en toe die wetsontwerp in die parlement gedebatteer is, was dit streng geopponeer as sou dit Swart, Bruin en Indiërarbeid se kostes die hoogte kon laat inskiet. Die vrees was dat die loonraad die lone van hierdie mense so hoog sou vasstel, dat geen van hierdie werkers in diens geneem sou word nie.⁶² Ironies genoeg kan daar nou met terugskouing gesien word dat dit inderdaad nie die geval was nie en dat die teenoorgestelde gebeur het, soos wat so dikwels die geval is met sosiale ingenieurswese.

3.2.5 Die Wysigingswet op Myne en Bedrywe 25 van 1926⁶³

Die regulasies wat ingevolge hierdie wet uitgevaardig is het veral Swartmense uitgesluit van byna alle verantwoordelike poste in myne, sowel as verwante bedrywe

⁵⁹ Chanock M *Legal Culture* 453

⁶⁰ Lever J *Capital* 100

⁶¹ Lever J *Capital* 99

⁶² Chanock M *Legal Culture* 454; Davies RH *Capital, State and White Labour in South Africa 1900-1960: An Historical Material Analysis of Class Formation and Class Relations* (Harvester Press Brighton 1979) 211-212

⁶³ Die *Wysigingswet op Myne en Bedrywe 25 van 1926* word hierna genoem die *Wysigingswet op Myne en Bedrywe*.

in die destydse provinsies van die Oranje Vrystaat en Transvaal.⁶⁴ Hierdie werksreservering het nie alleen Swartmense, Bruinmense en Indiërs se werksgeleenthede verminder nie, maar dit het ook die vraag na opgeleide Blanke arbeid verhoog en gevolglik die vergoeding van Blanke werkers die hoogte laat inskiet.⁶⁵ Werksreservering is gevolglik by wyse van wetgewing ingevoer nadat dit deur die houe as *ultra vires* verklaar is in 1923.⁶⁶ Veral Indiërs en Swartmense is van werk weerhou wat sertifikate van die owerheid vereis het en hierdie sertifikate was vir die Swart en Indiërwerkers bloot onbekombaar.⁶⁷ Hierdie wet het verder toegelaat dat soortgelyke regulasies uitgevaardig kon word om Swartmense, Bruinmense en Indiërs uit te sluit van ander soortgelyke industriële beroepe. Nie alleen het die gewraakte regulasies hierdie mense van werk ontnem nie, maar dit het ook die natuurlike markkragte beïnvloed insoverre dit die styging van hul lone betref het. Swartmense, Bruinmense en Indiërs se lone is weens hierdie wetgewing uiters nadelig geraak en is op onnatuurlike wyse afgedwing weens die werkskaarstes wat ontstaan het ten opsigte van Blanke werkers.⁶⁸ Dit het laastens bygedra tot die vergroting van die gaping tussen die lone van die Blankes en die ander rassegroepe, as gevolg van hierdie tekort aan opgeleide Blanke arbeid.⁶⁹

3.2.6 Die Swart Administrasiewet 38 van 1927⁷⁰

Ingevolge hierdie wet kon die Goewerneur-Generaal die grense van die gebied van enige Swart stam definieer of wysig, stamme verdeel, amalgameer, of selfs nuwe stamme skep ter wille van goeie regering vir die Swartmense binne die grense van die destydse Unie van Suid-Afrika. Die Goewerneur-Generaal kon ook enige Swart stam of deel daarvan rondskuif binne die Unie, maar slegs met die goedkeuring van beide huise van die parlement indien die Swart stam beswaar daarteen sou aanteken.⁷¹

⁶⁴ Randall E Power 53 en Lever J *Capital* 101

⁶⁵ Lever J *White Organised Labour* 53

⁶⁶ *R v Hildick Smith* 1924 TPD 69; Lipton M *Capitalism* 112; Lever J "Capital and Labour in South Africa: The Passage of the Industrial Conciliation Act, 1924" in Webster E (red) *Essays in South African Labour History* 3de uitg (Ravan Press Johannesburg 1978) 82-107 99

⁶⁷ Qunta C *Survival Guide* 11

⁶⁸ *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 33

⁶⁹ Randall E Power 40

⁷⁰ Die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927 word hierna genoem die Swart Administrasiewet.

⁷¹ Artikels 5(1)(a) en (b)

Verder kon hy pasgebiede afkondig binne welke gebiede daar van Swartmense verwag sou word om passe te dra en regulasies kon ook afgekondig word vir die beheer en die verbod op die beweging van Swartmense na en vanuit sodanige pasgebiede.⁷² Hierdie pasgebiede kon egter nie binne die sogenaamde Swart gebiede val wat reeds in 1913 afgekondig is, welke gebiede later die tuislande en selfregerende gebiede gevorm het nie.⁷³ Daar is geen twyfel dat hierdie beperking op die bewegingsvryheid van die Swartmense die natuurlike ekonomiese verspreiding van die arbeidsmag binne die grense van Suid-Afrika beperk het en ook 'n dramatiese invloed op die natuurlike ekonomiese ontwikkeling van die land gehad het nie.

3.2.7 *Die Naturelle Dienskontrakwet 24 van 1932*⁷⁴

Daar was deurentyd pogings om dit al hoe moeiliker te maak vir Swartmense om die diens van plaasboere te verlaat. Met die aanvaarding van hierdie wet is die skroewe in hierdie verband baie styf vasgedraai en het dit die strafreg al hoe verder as deel van die afdwinging van arbeidsregtelike ooreenkomste ingevoer.⁷⁵ Voorsiening is by wyse van hierdie wet daarvoor gemaak dat die hoof van 'n Swart huishouding namens sy hele huishouding, volwassenes en jeugdiges, 'n dienskontrak met die eienaar van die grond waarop die huishouding gewoon het kon aangaan, ingevolge waarvan die hele huishouding tot diens gebind kon word vir tydperke van ses maande tot een jaar.⁷⁶ Verbrekking van hierdie ooreenkoms deur enige lid van die huishouding kon tot die uitsetting van daardie hele Swart huishouding lei⁷⁷ en voorsiening is gemaak vir lyfstraf vir oortreders.⁷⁸ In die praktyk was hierdie wet egter baie naby aan sinneloos, aangesien die destydse Departement van Naturellesake nie die bepalings van die wet afgedwing het nie.⁷⁹ Laastens het die wet oor die algemeen ernstige beperkings

⁷² Artikel 28(1)

⁷³ Die *Wet op Naturellen Grond* 27 van 1913

⁷⁴ Die *Naturelle Dienskontrakwet* 24 van 1932 word hierna genoem die *Naturelle Dienskontrakwet*.

⁷⁵ Chanock M *Legal Culture* 400; Lipton M *Capitalism* 91.

⁷⁶ Artikels 3, 4 en 5; Lipton M *Capitalism* 20.

⁷⁷ Artikels 5(11) en 5(12)

⁷⁸ Artikel 11

⁷⁹ Dubow S *Racial Segregation and the Origins of Apartheid in South Africa 1919-1930* (Macmillan Oxford 1989) 64, 120-121

geplaas op die bewegingsvryheid van die Swartmense en die vloeï van Swart arbeid na die stedelike gebiede help beperk.⁸⁰

3.2.8 *Die Wet op Elektrotegniese Draadwerkers en Aannemers 20 van 1939*⁸¹

Elektriese draadwerk kon slegs gedoen word deur 'n geregistreerde elektrisiën (of draadwerker soos wat die pos in die wet genoem is), of 'n vakleerling onder sodanige elektrisiën se toesig.⁸² 'n Eksamen moes geslaag word om as elektrisiën te kon kwalifiseer. Opleiding as vakleerlinge en ambagsmanne het plaasgevind ingevolge die destydse wetgewing, of deur die opdoen van ervaring.⁸³ Baie Swartmense, Bruinmense en Indiërs het die eksamen geslaag as elektrisiëns, maar werksreservering het hulle in vele gevalle daarvan weerhou om werk te kry in hierdie rigting. Weens die arbeidstekorte aan Blanke elektrisiëns is daar op 'n wye skaal vrystellings verleen om ook Swartmense, Bruinmense en Indiërs te kon aanstel in hierdie poste. Geen vrystellings was nodig om aanstellings in die tuislande of die Swart woongebiede te kon doen nie.⁸⁴

3.2.9 *Die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk 22 van 1941*⁸⁵

Hierdie wet het aangeleenthede gereël soos die maksimum werksure tydens die werkswaek,⁸⁶ rustye tydens die werksdag,⁸⁷ oortyd, siekte- en jaarlikse verlof⁸⁸ en ander aangeleenthede wat tans as deel van basiese diensvoorwaardes gereken word. In die algemeen is hierdie wet sonder rassevoorkeure toegepas, maar voorsiening

⁸⁰ Chanock M *Legal Culture* 420

⁸¹ *Die Wet op Elektrotegniese Draadwerkers en Aannemers 20 van 1939* word hierna genoem die Wet op Elektrotegniese Draadwerkers en Aannemers.

⁸² Artikel 20

⁸³ Artikels 11 en 12

⁸⁴ Scheepers JJ "Industrial Legislation and Non-White Development" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 66-77 69

⁸⁵ *Die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk 22 van 1941* word hierna genoem die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk.

⁸⁶ Artikel 19

⁸⁷ Artikel 19(1)(c)

⁸⁸ Artikel 20

moes gemaak word ingevolge die wet dat aparte toilette, eetkamers en sover moontlik aparte werkplekke vir die verskillende rassegroepe geskep moes word.⁸⁹

Aparte geriewe het nie gelyke geriewe beteken nie en daar bestaan min twyfel dat Swartmense, Bruinmense en Indiërs ernstig benadeel is in hul werk wanneer hierdie bepalinge teenoor hulle toegepas is. Een van die hoofredes hiervoor was die feit dat dit koste-implikasies ingehou het vir die werkgewers om aparte geriewe te geskep het vir die verskillende rassegroepe. Werkgewers is sodoende afgeskrik om meer as een rassegroep in diens te neem en het meestal net by Blanke werkers gebly.⁹⁰

3.2.10 Die Ongevallewet 30 van 1941⁹¹

Voorsiening is gemaak vir vergoeding om betaal te word in gevalle van dood, besering of siekte wat ontstaan het uit en aan diens.⁹² Mediese onkoste is betaal⁹³ sowel as vergoeding vir tydelike en permanente ongeskiktheid. Selfs lewenslange pensioene is betaal in ernstige gevalle van permanente besering en afhanklikes het pensioene ontvang in gevalle van dood weens 'n ongeluk.⁹⁴ Hierdie betalings is alles deur die staat gedoen en alle werkers is oor die algemeen as gelykes behandel vir doeleindes van die wet. Die administrasie van Swart eise is egter deur die destydse Kommissarisse vir Bantoesake hanteer. 'n Onderskeid met die stelsel wat op die Blankes van toepassing was, was die feit dat geen pensioene aan Swart afhanklikes betaal is in gevalle van dood of besering nie. Voorsiening is slegs gemaak vir lompsoembetalings.⁹⁵ 'n Rede wat vir hierdie onderskeid aangevoer is, is die groot aantal trekarbeiders wat onder die Swart werkers voorgekom het, wat pensioenbetalings baie moeilik sou gemaak het. Nieteenstaande het dit baie Swartmense ernstig benadeel.⁹⁶

⁸⁹ Qunta C *Survival Guide* 12; Scheepers JJ *Non-White Development* 69-70

⁹⁰ Qunta C *Survival Guide* 12

⁹¹ Die *Ongevallewet* 30 van 1941 word hierna genoem die *Ongevallewet*.

⁹² Artikel 27

⁹³ Artikel 77

⁹⁴ Artikels 29 en 30 en Hoofstuk V van die *Ongevallewet*

⁹⁵ Hoofstuk IX van die *Ongevallewet*

⁹⁶ Scheepers JJ *Non-White Development* 70

3.2.11 Die Wet op Vakleerlinge 37 van 1944⁹⁷

Geskrewe kontrakte om vakleerlingskappe moes ingevolge hierdie wet by die destydse Departement van Arbeid geregistreer word.⁹⁸ Vakleerlingskapkomitees in elke industrie het die toelating tot vakleerlingskappe beheer, welke komitees uit verteenwoordigers van geregistreerde werkgewersorganisasies, sowel as vakbonde bestaan het.⁹⁹ Alhoewel die wet geen direkte melding van ras gemaak het nie, het administratiewe beheer die toelating van Swart, Bruin en Indiërvakleerlinge beperk,¹⁰⁰ aangesien beheer oor toetrede tot die ambagte, letterlik aan die Blanke vakbonde oorgelaat is.¹⁰¹

Redes hiervoor was veral daarin geleë dat alhoewel die wet op die oog af nie-rassig was, het die nywerheidsversoeningswetgewing soos dit van tyd tot tyd gewysig is, eers baie jare na die promulgering van die Wet op Vakleerlinge, toegelaat dat Swartmense, Bruinmense en Indiërs ook by vakbonde kon aansluit of selfs vakbondverteenwoordigers kon hê. Aangesien die vakleerlingskapkomitees wat die toelatings tot vakleerlingskappe beheer het, uitsluitlik uit Blankes bestaan het wat die bevoordeling van Blanke werkers nagestreef het, is bitter min vakleerlingskappe ooit aan Swartmense, Bruinmense en Indiërs toegeken.¹⁰²

Verder was die minimumvereistes vir feitlik alle ambagte minstens standaard ses en daar is van vakleerlinge verwag om deelydse tegniese klasse by te woon. Hierdie vereistes het dit baie moeilik gemaak vir Swartmense, Bruinmense en Indiërs om ambagsmanne te kon word, weens die feit dat daar min onderwysfasiliteite vir hulle beskikbaar was. Vrystellings kon egter verleen word van die streng vereistes van die wet en een van die gronde daarvoor kon 'n gebrek aan onderwysfasiliteite wees. Die laaste groot probleem met die opleiding van vakleerlinge was die konvensionele kleurgrens wat algemeen geheers het in voorkeure wat daar ten opsigte van Blanke

⁹⁷ Die *Wet op Vakleerlinge* 37 van 1944 word hierna genoem die *Wet op Vakleerlinge*.

⁹⁸ Artikel 23

⁹⁹ Artikels 5 en 13

¹⁰⁰ Scheepers JJ *Non-White Development* 68

¹⁰¹ Sonn F "Afrikaner Nationalism and Black Advancement as Two Sides of the Same Coin" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 6

¹⁰² Lipton M *Capitalism* 19; Randall E *Power* 42; Grobbelaar JA *Overview* 180.

werkers bestaan het. Hierdie probleem het dit vir baie Swartmense, Bruinmense en Indiërs bitter moeilik gemaak om aanvaar te word as vakleerlinge by Blanke werkgewers. Vele Swartmense, Bruinmense en Indiërs het weens hierdie probleme geweier om vakleerlingskappe op te neem.¹⁰³

3.2.12 Die Naturelle (Stadsgebiede) Konsolidasiewet 25 van 1945¹⁰⁴

Die beweging van Swartmense na en van stedelike gebiede is ingevolge hierdie wet baie streng aan bande gelê. Die Goewerneur-Generaal moes op versoek van 'n stedelike plaaslike owerheid Swartmense verbied om daardie stedelike gebied binne te gaan vir doeleindes om werk te soek, of werk op te neem, of selfs daar te woon, tensy dit plaasgevind het ingevolge neergelegde voorwaardes.¹⁰⁵

Verder mag niemand Swartmense na 'n geproklameerde stadsgebied toe gebring het waar registrasie van dienskontrakte vereis is, ten einde daardie Swart persoon toe te laat het om werk te soek, of werk op te neem, sonder die toestemming van die plaaslike owerheid nie. Om sodanige toestemming te kon verkry, moes die persoon wat daardie Swart persoon na die betrokke stadsgebied toe wou bring, sekuriteit stel dat die Swart persoon weer na sy / haar woonplek sou terugkeer, indien hy / sy nie werk kon vind binne 'n bepaalde tydperk nie, of by die beëindiging van daardie Swart werker se dienskontrak.¹⁰⁶

Artikel 12 van hierdie wet het vereis dat die Sekretaris van Naturellesake (soos die regeringsdepartement op daardie stadium bekend was), sowel as die relevante stedelike plaaslike owerheid, moes toestem voordat Swartmense wat buite Suid-Afrika, die destydse Suidwes-Afrika, of die destydse protektorate van Betsjoeanaland, Basutoland of Swaziland gedomisileerd was, enige stedelike gebied kon binnekom om diens te aanvaar of selfs diens kon voortsit in enige betrekking. Geproklameerde gebiede kon ook afgekondig word in stedelike gebiede ten einde die registrasie van

¹⁰³ Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning 33

¹⁰⁴ Die Naturelle (Stadsgebiede) Konsolidasiewet 25 van 1945 word hierna genoem die Naturelle (Stadsgebiede) Konsolidasiewet.

¹⁰⁵ Artikel 10(1)

¹⁰⁶ Artikel 11

dienskontrakte te vereis, sowel as om die beëindiging van diens van Swartnense of die dros van Swart werkers van hul werk te kon aanspreek.¹⁰⁷ Binne hierdie geproklameerde gebiede moes elke Swart man sy aankoms binne so 'n gebied rapporteer.¹⁰⁸ Toegang tot sodanige geproklameerde gebiede kon geweier word indien:

- (i) daar reeds 'n oormaat Swart arbeid in daardie gebied teenwoordig was;¹⁰⁹
- (ii) die betrokke Swart persoon nie die paswette nagekom het nie deurdat daardie Swart persoon onder andere gedomisilieerd was op grond buite 'n Swart woongebied en nie vrygestel is van die lewering van diens ingevolge die persoon se dienskontrak met sy of haar werkgewer nie;¹¹⁰
- (iii) die betrokke Swart persoon jonger as agtien jaar oud was, tensy daardie persoon vergesel is van, of na sy of haar ouer of voog toe gekom het in die geproklameerde gebied. Toestemming kon aan Swart persone onder die ouderdom van agtien jaar verleen word, sonder dat daardie persoon van sy of haar ouer vergesel is, indien die betrokke Swart persoon goedgekeurde diens wou opneem binne daardie stedelike gebied.¹¹¹
- (iv) 'n Swart vrou sonder 'n goedkeuringssertifikaat van die stedelike plaaslike owerheid, sowel as 'n goedkeuringssertifikaat van die landdros of die Swart Kommissaris van die gebied waar sy gewoon het, daardie gebied probeer binnekom het. Om sodanige sertifikaat te kon verkry moes die betrokke Swart vrou ook die toestemming van haar voog hê indien sy jonger as een en twintig jaar oud was. Sertifikate is egter dadelik uitgereik aan Swart vroue wie se eggenote of vaders (indien ongetroud) voortdurend in die betrokke gebied woonagtig was vir ten minste twee jaar;¹¹²
- (v) 'n Swart persoon nie binne veertien dae nadat daardie persoon die gebied binnegekome het werk kon kry nie, nie binne daardie gebied gebore is nie en

¹⁰⁷ Artikel 23(1)(a)

¹⁰⁸ Artikel 23(1)(b); Chanock M *Legal Culture* 410-424.

¹⁰⁹ Artikel 23(1)(c)(i)

¹¹⁰ Artikel 23(1)(c)(ii)

¹¹¹ Artikel 23(1)(c)(iii)

¹¹² Artikel 23(1)(d)

nie permanent in daardie gebied woonagtig was nie, kon daardie persoon aangesê word om die geproklameerde gebied te verlaat.¹¹³

Indien dit vir 'n polisiebeampte of die amptenaar belas met die bestuur van 'n Swart woonplek of -gebied sou blyk dat enige Swart persoon gereeld werkloos was, geen eerlike inkomste gehad het nie, 'n lui, losbandige of wanordelike bestaan gevoer het, of andersins onwettig opgetree het, kon daardie persoon sonder 'n lasbrief gearrester word. Indien daardie persoon na sodanige arres nie voldoende rekenskap van homself of haarself kon gee aan die verantwoordelike landdros of die Swart Kommissaris nie, kon die gearresterde Swart persoon dan uit daardie gebied verwyder word na 'n gebied ingevolge hierdie wet aangewys.¹¹⁴

Laastens kon die Goewerneur-Generaal op versoek van 'n stedelike plaaslike owerheid, of die Minister van Naturellesake, proklameer dat geen Swart persoon op enige publieke plek mag gewees het binne die jurisdiksie van die betrokke stedelike gebied, gedurende spesifieke ure van die nag nie. Dit was egter nie van toepassing op Swart woongebiede, die geregistreerde Swart eienaars van grond binne die gebied, of persone met geskrewe toestemming van hul werkgewers of 'n ander amptenaar nie.¹¹⁵

3.2.13 Die Wet op Registrasie vir Werk 34 van 1945¹¹⁶

Die registrasie van alle werksoekers is deur hierdie wet in die vooruitsig gestel,¹¹⁷ sowel as die verleen van beroepsadvies en -plasings.¹¹⁸ Sodra iemand werkloos sou word, is daar van daardie persoon verwag om te registreer by die Departement van Arbeid.¹¹⁹ By die registrasie van 'n Blanke het professionele personeel dikwels daardie Blanke se psigologiese vermoëns, belangstellings en persoonlikheid getoets en die beroepsadvies en -leiding wat verskaf is, was op hierdie toetse gebaseer. Die

¹¹³ Artikel 23(1)(e)

¹¹⁴ Artikel 29

¹¹⁵ Artikel 31(1)

¹¹⁶ Die *Wet op Registrasie vir Werk 34 van 1945* word hierna genoem die *Wet op Registrasie vir Werk*.

¹¹⁷ Artikel 4

¹¹⁸ Artikel 12 en 20

¹¹⁹ Artikels 6 en 7

diens is egter nie aan Swartmense, Bruinmense of Indiërs beskikbaar gestel nie, wat 'n baie negatiewe invloed op hul vermoëns gehad het om werk te kon vind, gemeet teen die voordelige posisie wat Blankes geniet het uit hoofde van hierdie wetgewing. Swartmense se plasings is ook onafhanklik gedoen deur die destydse Nie-Blanke Sake departemente van die plaaslike owerhede, wat feitlik geen professionele dienste aan Swartmense verskaf het nie.¹²⁰

3.2.14 Die Wet op Naturellebouwerkers 27 van 1951¹²¹

Hierdie wet het gehelp om die statutêre kleurgrens in die arbeidsmark uit te brei na die sekondêre en tersiêre sektore van die ekonomie.¹²² Swartmense kon nie by wyse van die Wet op Vakleerlinge of die wet wat die opleiding van ambagsmanne gereël het,¹²³ die bou-ambag aanleer nie. 'n Groot aantal Swartmense is egter ingevolge hierdie wet opgelei as bouwerkers deur betrokkenheid as werkers by Swart behuisingskemas.¹²⁴ Veral plaaslike owerhede het hierdie geleentheid aan Swartmense gebied.

Die opleiding wat aangebied is was nie so omvangryk as ingevolge die Wet op Vakleerlinge nie, aangesien die huise wat opgerig is in hierdie Swart behuisingskemas baie eenvoudig van aard was. Verder kon die verantwoordelike Minister die getalle van Swart werkers wat die bou-ambag jaarliks kon aanleer beperk deur beperkinge op die getalle van Swartwerkers te plaas wat jaarliks opgelei kon word.¹²⁵ "Geskoolde werk" is gedefinieer as messel- en klipmesselwerk, pleisterwerk, timmer- en skrynwerk, skilder- en letterskilderwerk, loodgieterswerk, houtbewerking by wyse van masjinerie, glas-in-loodwerk, verniswerk, elektriese montering en aanleg van leidings en enige ander bouvak of afdeling van so 'n vak wat deur die Minister van Arbeid tot geskoolde werk verklaar is.¹²⁶ Swart bouwerkers is

¹²⁰ Scheepers JJ *Non-White Development* 68

¹²¹ Die *Wet op Naturellebouwerkers* 27 van 1951 word hierna genoem die Wet op Naturellebouwerkers; Van Eck BPS "Some thoughts on the constitutionality of the Employment Equity Act" 1999 *De Jure* 160-168 161

¹²² Lipton M *Capitalism* 142

¹²³ *Wet op die Opleiding van Ambagsmanne* 38 van 1951

¹²⁴ Artikel 10

¹²⁵ Qunta C *Survival Guide* 12

¹²⁶ Artikel 1(iv)

slegs toegelaat om in diens geneem te word vir geskoolde werk in die voormalige tuislande, of by projekte in die Swart woongebiede,¹²⁷ tensy spesiale vrystellings verkry is tot die teendeel.¹²⁸ Werk as bouwerkers in die voormalige Blanke gebiede was verbode. Weens die tekort aan Swart ambagsmanne het vrystellings egter later makliker beskikbaar geword¹²⁹ en in 1955 is die *Wysigingswet op Naturellebouwerkers*¹³⁰ onder andere deur die parlement gevoer ingevolge waarvan plaasboere spesifiek uitgesluit is van die verbod om opgeleide Swart bouwerkers in diens te kon neem.

Selfs die voormalige Nasionale Party-regering wat in 1948 aan die bewind gekom het, het hierdie wet gebruik om Swart bouwerkers op te lei en in diens te neem. Die doel hiermee was om die koste van die opklaar van Swart slum-gebiede en die bou van Swart behuising te beperk, sowel as om die tekorte van opgeleide ambagsmanne te kon oorkom. Swart ambagsmanne is twee sjielings per uur betaal teenoor die Blanke koers van sewe sjielings per uur.

3.2.15 Die Wet op die Opleiding van Ambagsmanne 38 van 1951¹³¹

Die wet het voorsiening gemaak vir 'n teoretiese en praktiese opleidingstydperk vir vakleerlinge by regeringsinstellings. Hierdie wet het aan ouer mans met beperkte beroepsmoontlikhede die geleentheid gebied om ambagsmanne te kon word. Opleidingsuitgawes is deur die staat betaal en daar is selfs voorsiening gemaak om vir die leerders onderhoud te betaal vir hul families tydens die opleiding. Alhoewel hierdie wet dit moontlik gemaak het vir baie Bruinmense en Indiërs om die ambagstoets te kon slaag en sodoende ambagsmanstatus te kon bereik, was die opleidingsfasiliteite wat ingevolge hierdie wet daargestel is, slegs oop vir Blankes.¹³²

¹²⁷ Lipton M *Capitalism* 24, 208; Qunta C *Survival Guide* 11; Sonn F *Afrikaner* 6

¹²⁸ Artikel 19

¹²⁹ Scheepers JJ *Non-White Development* 69; Lipton M *Capitalism* 87, 235

¹³⁰ *Wysigingswet op Naturellebouwerkers* 60 van 1955

¹³¹ Die *Wet op die Opleiding van Ambagsmanne* 38 van 1951 word hierna genoem die *Wet op die Opleiding van Ambagsmanne*.

¹³² Scheepers JJ *Non-White Development* 68-69

3.2.16 Die Wet op Naturelle-arbeid (Beslegting van Geskille) 48 van 1953¹³³

Omdat Swartmense uitgesluit is van die prosesse van kollektiewe bedinging en die reg om geregistreerde vakbonde te kon hê, is daar in hierdie wet voorsiening gemaak vir sogenaamde streekskomitees vir naturelle-arbeid.¹³⁴ 'n Swart arbeidsamptenaar het as voorsitter opgetree¹³⁵ en dit was sy taak om te kommunikeer met Swartmense in enige betrokke industrie en om geskille te bemiddel waarby Swartmense betrokke was.¹³⁶ Weens die verbod op geregistreerde vakbonde om Swartmense te verteenwoordig, is die konsep van werkskomitees daargestel vir implementering in werkplekke met meer as twintig Swartmense. Elke werkskomitee het 'n lid vir skakeling aangewys om met die Swart arbeidsamptenaar te kon skakel.¹³⁷ Hierdie werkskomitees het min byval gevind en bitter min sulke komitees is ooit ingestel wat Swart verteenwoordiging, wat reeds baie laag sou wees selfs al is hierdie wet wyd geïmplementeer, op bykans nul te staan gebring het.¹³⁸

Soos gestel moes die Swart arbeidsamptenaar geskille bemiddel waarby Swart werkers betrokke was. Indien die mediasie ten opsigte van die geskil onsuksesvol was, dan is die dispuut na die destydse Sentrale Naturelle Arbeidsraad verwys en as laasgenoemde verwysing ook onsuksesvol was, het die loonraad opgetree as arbiter.¹³⁹

Swartmense is deur 'n sentrale raad en die Swart arbeidsamptenaar by nywerheids- en versoeningsrade verteenwoordig, wat gevolglik slegs indirekte verteenwoordiging vir Swart werkers beteken het.¹⁴⁰ Weens die feit dat die werkskomitees feitlik nooit van die grond af gekom het nie, moes hierdie wet drasties gewysig word om beter voorsiening te maak vir Swart verteenwoordiging teen 1973.¹⁴¹

¹³³ Die *Wet op Naturelle-arbeid (Beslegting van Geskille)* 48 van 1953 word hierna genoem die *Wet op Naturelle-arbeid (Beslegting van Geskille)*.

¹³⁴ Artikel 4; Grey Coetzee *JA Event-Structure* 53-54.

¹³⁵ Artikel 4(2)(a)

¹³⁶ Artikel 6

¹³⁷ Artikel 7; Lipton M *Capitalism* 27.

¹³⁸ Grobbelaar *JA Overview* 184

¹³⁹ Artikel 10

¹⁴⁰ Artikel 9

¹⁴¹ Scheepers *JJ Non-White Development* 75

3.2.17 Die Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956¹⁴²

In effek is 'n verbod deur hierdie wet op die uitreik van kompetensiesertifikate aan Swartmense binne sekere beroepe geplaas, soos dit by regulasie afgekondig is.¹⁴³ Sulke sertifikate kon inderdaad slegs aan Blankes, Kaapse Bruinmense en Maleiers, Bruinmense wat in Suid-Afrika gebore is, of mense van Kreoolse afkoms vanuit Mauritius of St. Helena wat in Suid-Afrika gebore is, uitgereik word.¹⁴⁴

3.2.18 Die Wet op Nywerheidsversoening 28 van 1956¹⁴⁵

Die bepalings van die 1937-Nywerheidsversoeningswet, soos gewysig,¹⁴⁶ is grootliks voortgesit deur hierdie wet, soos dit oorspronklik vanaf die aanvang van die Paktregering deur die 1924-Nywerheidsversoeningswet, soos gewysig,¹⁴⁷ in die Suid-Afrikaanse reg ingevoer is. Hierdie wet het soos die voorgangers daarvan, ook die instelling van vakbonde en werkgewersorganisasies gereël,¹⁴⁸ sowel as die daarstel van die destydse nywerheidsrade vir spesifieke industrieë.¹⁴⁹ Die doel van hierdie rade was die bevordering van arbeidsvrede en die skikking van arbeidsdispute by wyse van kollektiewe ooreenkomste of arbitrasie.¹⁵⁰

Swartmense is steeds daarvan weerhou om lede te word van geregisteerde vakbonde.¹⁵¹ 'n Verbod soos hierdie het grootliks daartoe bygedra dat vakbonde dikwels uit slegs een ras bestaan het, naamlik Blankes. Dit was die direkte gevolg van die uitsluiting van Swartmense van die definisie van "werknemer" ingevolge hierdie wet.¹⁵² Swartmense kon wel aansluit by vakbonde, maar sodanige vakbonde

¹⁴² *Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956*

¹⁴³ Artikel 12(2)(a)

¹⁴⁴ Van Eck BPS 1999 *De Jure* 161

¹⁴⁵ *Wet op Nywerheidsversoening 28 van 1956*

¹⁴⁶ *Wet op Nywerheidsversoening 36 van 1937*

¹⁴⁷ *Wet op Nywerheidsversoening 11 van 1924*

¹⁴⁸ Artikels 4-8

¹⁴⁹ Artikels 18-19

¹⁵⁰ Artikel 23

¹⁵¹ Lever J *White Organised Labour* 51; Davies R "The Class Character of South Africa's Industrial Conciliation Legislation" in Webster E (red) *Essays in South African Labour History* 3de uitg (Ravan Press Johannesburg 1978) 69-81 74

¹⁵² Artikel 1(1)(xlvj); Lipton M *Capitalism* 19; Grobbelaar JA *Overview* 180; Chanock M *Legal Culture* 437; Qunta C *Survival Guide* 12

kon nie geregistreer word nie en as sodanig kon Swartmense dus nie deelneem aan kollektiewe bedinging nie.¹⁵³ Die uitsluiting van Swartmense van die definisie van "werknemer" as begrip, is aanvanklik teengestaan deur georganiseerde Blanke arbeid, maar slegs vir redes wat verband gehou het met die beskerming van die belange van daardie Blanke arbeid. Die vrees het bestaan dat weens die ongeorganiseerdheid van die Swart werker, die feit dat hy nie 'n lid van 'n vakbond kon wees nie, nie mag gestaak het nie en vir laer lone sou werk, die Swart werker meer aantreklik sou maak as die Blanke werker wat al die voordele van voormelde geniet het.¹⁵⁴

Die mees kontensieuse kwessie wat deur hierdie wet gereël is, ook vir doeleindes van hierdie studie, was die invoering van statutêre werksreservering vir sekere rassegroepe,¹⁵⁵ wat sou voortduur tot 1987, toe die laaste vorm van werksreservering finaal herroep is.¹⁵⁶ Hierdie was inderdaad 'n vorm van regstellende aksie, alhoewel in 'n baie meer kru vorm as wat ons dit vandag ken.¹⁵⁷ Indien die Minister van Arbeid dit sou goeddink om die ekonomiese welvaart van enige ras in enige nywerheid, bedryf, beroep of onderneming te beskerm, het hy die nywerheidstribunaal gevra om 'n ondersoek daarna te gelas en hom van advies daaroor te bedien.¹⁵⁸ Die Minister kon dan op aanbeveling van die nywerheidstribunaal sodanige werksreserverings maak.¹⁵⁹

Hierdie werksreservering was daarop gemik om die verhoudinge in rassegetalle konstant te hou tussen die verskillende rasse in die werkplek, soos wat die geval was

¹⁵³ Lever J *Capital* 102; Grey Coetzee JA *Event-Structure* 53

¹⁵⁴ Davies R *Legislation* 76; Lever J *Capital* 86, 88, 92; Chanock M *Legal Culture* 439

¹⁵⁵ Artikel 77; Lipton M *Capitalism* 19, 24, 40, 141-142; Grey Coetzee JA *Event-Structure* 46-47, 132-133; Thompson C *Legislating* 22. Hierdie kwessie aangaande werksreservering het die eerste keer in die hof ter sprake gekom, in 'n saak wat teen die staat beslis is, naamlik *Garment Workers' Union, Cape Peninsula v Viljoen* 1958 2 SA 393 (K) waarin die hof die aanbevelings aan die Minister, sowel as die werksreservering, op grond van tegniese probleme daarmee tersyde gestel het.

¹⁵⁶ Rycroft A "Unfair discrimination in employment" in Robertson M (red) *South African Human Rights and Labour Law Yearbook 1991* (Oxford University Press Kaapstad 1992) 371-381 374

¹⁵⁷ Van Wyk M "The constitutional contours of affirmative action as 'fair discrimination'" 1997 1 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 17-20 18

¹⁵⁸ Artikel 77(1)

¹⁵⁹ Artikel 77(7)(a)

toe die reserverings gepromulgeer is.¹⁶⁰ As gevolg van arbeidstekorte, moes vrystellings veral in die jare sestig en sewentig op groot skaal toegestaan word.¹⁶¹ Sodanige vrystellings het dan dikwels aan Swartmense, Bruinmense en Indiërs die werk verskaf, maar omdat dit gereserveer was vir Blanke werkers, moes die eersgenoemdes dan teen 'n laer loon werk in dieselfde poste.¹⁶²

Dit was egter 'n feit dat die Blankes nie hul getalle kon handhaaf in die arbeidsmag nie, weens die feit dat die ekonomie aanhoudend en vinniger gegroei het tydens hierdie jare. Gevolglik het Blankes begin om die hoër posvlakke te beklee. Dit het dan ruimte geskep in die laer posvlakke vir Bruinmense en Indiërs om hierdie ontruimde poste te kon beklee en as laasgenoemde dan weer opgeskuif het op die leer van indiensneming, is voorsiening gemaak vir Swart werkers. Die beleid van beskaafde arbeid het dus steeds voortgeduur. In baie gebiede waar daar nie veel Bruinmense en Indiërs teenwoordig was nie, soos groot gedeeltes van die destydse provinsie van Transvaal, het hierdie stelsel vereis dat Swartmense dadelik die voormalige Blanke gedomineerde posisies kon beklee. Omdat baie Blankes se gekunstelde status aangetas sou word as hulle dieselfde werk as Swartmense, Bruinmense en Indiërs verrig het, is daar dikwels twee posbenamings geskep vir dieselfde pos, een vir die Blanke en die ander vir die Swart, Bruin of Indiërwerker. Diskriminasie ten opsigte van vergoeding vir dieselfde werk, was in hierdie verband en om redes wat reeds genoem is, ook nie ongewoon nie.¹⁶³

Allerweë moet dit vandag gestel word dat werksreservering moreel onaanvaarbaar is. Probleme daarmee het veral voorgekom in tye van depressie wanneer Blankes hul werk verloor het. Die Swartmense, Bruinmense en Indiërs wat gereserveerde Blanke poste opgeneem het tydens die tydperke van ekonomiese opbloei, moes dan padgee om voorsiening te maak vir hierdie werklose Blankes.¹⁶⁴ Hierdie stand van sake het dan tot groot onregverdigheid gelei.

¹⁶⁰ Scheepers JJ *Non-White Development* 72; Lipton M *Capitalism* 195; Lever J *White Organised Labour* 47

¹⁶¹ Scheepers JJ *Non-White Development* 72 en Grey Coetzee JA *Event-Structure* 134

¹⁶² Randall E *Power* 41

¹⁶³ Scheepers JJ *Non-White Development* 74

Dit beteken egter nie dat die stelsel meer regverdig was omdat Swartmense, Bruinmense en Indiërs werk kon kry tydens ekonomiese bloeitydperke in poste wat vir Blankes gereserveer was nie. Werksreservering was deurentyd tot nadeel van die meerderheid van die bevolking.

3.2.19 *Die Loonwet 5 van 1957*¹⁶⁵

Soos met die vorige loonwette, is 'n statutêre loonraad daargestel¹⁶⁶ om ondersoekte te doen in die verskillende industrieë en dan aanbevelings te doen ten opsigte van minimum lone, werksomstandighede en basiese diensvoorwaardes.¹⁶⁷ Alle werknemers ongeag hul ras is deur die wet se bepalings gedek en mag getuienis voor die loonraad afgelê het. Die rasse-onderskeid het egter daarin gelê dat slegs geregistreerde vakbonde en werkgewersorganisasies as assessors op die raad verteenwoordig kon wees.¹⁶⁸

Aangesien Swartmense nie lede van hierdie organisasies kon wees nie, kon hulle nie assessors wees op die loonrade ten einde die belange van Swartmense spesifiek te kon beskerm en behartig het nie.¹⁶⁹ Dat nadeel hierdeur gely is, is ongetwyfeld die geval en hierdie wet het waarskynlik groot bydraes gelewer tot die vergroting van loongapings tussen die verskillende rasse.

3.2.20 *Die Wet op Winkels en Kantore 75 van 1964*¹⁷⁰

Behalwe vir die feit dat hierdie wet gehandel het met die situasie in winkels en kantore, was die wet se toepassing soortgelyk aan dié van die Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk, soos reeds hierbo bespreek.

¹⁶⁴ Grey Coetzee JA *Event-Structure* 138

¹⁶⁵ *Loonwet 5 van 1957*

¹⁶⁶ Artikel 3

¹⁶⁷ Artikel 4

¹⁶⁸ Scheepers JJ *Non-White Development* 75

¹⁶⁹ Sien ook die bespreking ten opsigte van die Wet op Nywerheidsversoening hierbo.

¹⁷⁰ Die *Wet op Winkels en Kantore 75 van 1964* word hierna genoem die *Wet op Winkels en Kantore*.

3.2.21 Die Werkloosheidversekeringswet 30 van 1966¹⁷¹

Voordele is ingevolge hierdie wet aan werkers betaal in gevalle van werkloosheid. Geen uitdruklike bepalings ten opsigte van ras is in die wet vervat nie, maar Swart eise is deur die destydse Bantoe-Arbeidsburo hanteer. Swartmense kon ook nie lede wees van die komitees wat daargestel is om appèlle te oorweeg nie. Verder is Swart werkers op die goud- of steenkoolmyne wat van voedsel en verblyf voorsien is, sowel as landelike Swart werkers, tensy laasgenoemde in 'n fabriek, myn of verwante bedrywe in diens was, van die werking van hierdie wet uitgesluit. Swartmense wat minder as 'n sekere bedrag verdien het, is ook uitgesluit van die bepalings van hierdie wet.¹⁷²

3.3 Samevatting

Na die staking van mynwerkers aan die Witwatersrand in 1922 het die regerings van die dag geen ander keuse gehad as om die belange van die Blanke werker te beskerm indien hulle polities wou oorleef nie.¹⁷³ Die val van die regering van Generaal Jan Smuts tydens die algemene verkiesing van 1924, as 'n direkte gevolg van die voormelde staking, is 'n bewys van hierdie stelling.¹⁷⁴ Dit staan egter ook onteenseglik vas dat hierdie gereelde inmenging in die natuurlike ekonomiese markkragte van die land 'n dramatiese invloed op die ontwikkeling van die land as geheel gehad het. Verder benodig dit nie wetenskaplike berekeninge om te besef dat die rasdiskriminerende wetgewende bepalings soos dit hierbo bespreek is, 'n dramatiese negatiewe effek op die Swart, Bruin en Indiërbevolking van die land gehad het nie. Die werking van baie van die bogemelde wetgewing was in elk geval ook in Namibië, as die destydse Suidwes-Afrika, van toepassing gemaak.

'n Standpunt wat vandag steeds bestaan, is dat dit die taak van die owerheid is om alle sektore in die land te reguleer, want as een of meer sektore, die arbeidsmark in hierdie

¹⁷¹ Die *Werkloosheidversekeringswet* 30 van 1966 word hierna genoem die *Werkloosheidversekeringswet*.

¹⁷² Scheepers JJ *Non-White Development* 70-71

¹⁷³ Lever J *White Organised Labour* 49; Grobbelaar JA *Overview* 179; Chanock M *Legal Culture* 408

geval, aan die werknemers en die werkgewers alleen oorgelaat sou word, dan kan dit tot chaos lei, aangesien beide partye dikwels slegs in eiebelang optree. Werknemers stel in die algemeen slegs belang in hoër lone en werkgewers se fokus is grootliks toegespits op hoër winste.¹⁷⁵

Waarteen egter nie geargumenteer kan word nie, is dat die wetgewende posisie om die Blanke voortdurend te bevoordeel in die arbeidsmark, die natuurlike weerspieëling van die bevolkingsdemografie skeefgetrek het in die werkplek. Om hierdie rede moet regstellende aksie toegepas word in Suid-Afrika. Ekonomiese bemagtiging moet geskied ten einde groter gelykheid mee te bring vir die meeste Suid-Afrikaners. Nie net is dit juridies en ekonomies die regte ding om te doen nie, maar moreel verg dit van alle Suid-Afrikaners om die groot ongelykhede in ons samelewing te erken en te help om dit reg te stel. Terwyl die meeste burgers in armoede leef, kan daar nie gesê word dat gelykheid soos dit in die grondwetlike waardes en die fundamentele regte verskans word, vir alle Suid-Afrikaners 'n werklikheid is nie. Hierdie ongelykheid en armoede is tot 'n groot mate teweeggebring deur wetgewing soos dit wat hierbo bespreek is. Baie van die mense wat vandag in armoede leef, leef so, dikwels weens dit wat hul voorgangers in 'n vorige bedeling moes verduur, net soos wat baie ryk mense ryk is weens dit wat hul voorgangers kon bymekaarmaak in 'n era van bevoordeling van sekere groepe. Op hierdie kwessie sal daar egter verder hieronder uitgebrei word. Gevolglik kan hierdie studie dan, teen die agtergrond wat reeds geskep is nou verder geneem word, aangesien nadele wat deur die bespreekte wetgewing daargestel is, nie vanself sal verdwyn nie.

¹⁷⁴ Lever J *Capital* 82.
¹⁷⁵ Van der Horst S *Comment* 65

HOOFSTUK 4: REGSTELLENDEN AKSIE IN DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

4.1 *Agtergrond, ooreenkomste en verskille ten opsigte van regstellende aksie in Suid-Afrika, Namibië en die Verenigde State van Amerika*

Soos reeds hierbo gestel, het die wêreld die ontstaan van regstellende aksie as konsep, maar ook as stelsel, te danke aan die Amerikaners. Die Verenigde State van Amerika het reeds in 1961 die sogenaamde "Executive Order # 10925" die lig laat sien as een van die maatreëls wat deur wyle President JF Kennedy uitgevaardig is ten einde groter gelykheid tussen die minderheids- en die meerderheidsgroepe, wat soos in Suid-Afrika ook tot 'n groot mate op grond van ras gedefinieer kan word, in daardie land te probeer bewerkstellig het.

Hierdie presidensiële bevel het die term "affirmative action" bevat as die benaming vir beleid wat daarop gemik was om die destydse gevolge van vorige rassediskriminasie uit te wis en het dit gestel dat staatskontrakteurs "... will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and employees are treated during their employment, without regard to their race, creed, colour, or national origin."¹ Dit was veral daarop toegespits om van firmas wat die tenders vir staatskontrakte ontvang het, te vereis om hul indiensneming van minderheidsgroepe te vermeerder.² Interessant genoeg het hierdie uitvoerende bevel van President Kennedy die term "affirmative action" slegs een maal bevat en kon niemand waarskynlik ooit weet hoe bekend hierdie term wêreldwyd sou word nie.

Regstellende aksie en die ontleding daarvan in die Amerikaanse konteks is belangrik vir die Suid-Afrikaanse reg en die beskouing en ontleding van die vroeë grondwetlikheid soos dit reeds hierbo geformuleer is. Dit is die geval, nie slegs weens die uiteenlopende aard van die Amerikaanse stelsel vergeleke met ons eie nie, maar ook weens die feit dat regstellende aksie daar ontstaan het en tot regstellende

¹ O'Shea A *International Law* 7A-7; Mills N "Introduction: To Look Like America" in Mills N (red) *Debating Affirmative Action: Race, Gender, Ethnicity and the Politics of Inclusion* (Dell Publishing New York 1994) 4

aksie in baie ander jurisdiksies aanleiding gegee het waarby ons eie land ongetwyfeld ingesluit moet word. Interessant genoeg word regstellende aksie egter in daardie land, soos in Suid-Afrika, hoofsaaklik ook toegepas ten gunste van een van die rassegroepe van die bevolking, naamlik Swartmense. Mense van Latyns-Amerikaanse en ander afkomste, geniet egter ook voordele ingevolge regstellende aksie. Hierdie is mense wat tradisioneel die slagoffers van rassediskriminasie in daardie land was en dikwels steeds is. Verder word regstellende aksie daar, anders as hier te lande, tot voordeel van die minderheid van die bevolking toegepas, wat Qunta meen nooit blootgestel was aan 'n amptelike regeringsbeleid van rassediskriminasie nie.³ In die lig van dit waarop hieronder uitgebrei sal word ten opsigte van die verdrukkende segregasiemaatreëls waaraan Swart Amerikaners vir 'n lang tyd onderworpe was, sowel as die feit dat slawerny vir baie lank in daardie land voortgeduur het, nadat dit reeds in al die ander Britse kolonies afgeskaf was, Suid-Afrika inkluis, is dit te betwyfel of Qunta korrek is wanneer sy dit stel dat rassediskriminasie nooit amptelike regeringsbeleid was in daardie land nie. Terwyl Swartmense in beide Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika die ekonomiese minderheid uitmaak en hierdie stand van sake in die Verenigde State hoogstens sal verbeter, maar waarskynlik nooit die ekonomiese meerderheid sal wees nie, bloot weens bevolkingsgetalle, is die werklikheid dat die Swartmense in Suid-Afrika nie slegs die politieke meerderheid is nie, maar ook uiteindelik die ekonomiese meerderheid sal uitmaak. In Suid-Afrika moet ons ook nie vergeet dat daar 'n Swart gedomineerde regering aan die bewind is, wat onwaarskynlik is in die Amerikaanse konteks nie. Dit is dus binne hierdie werklikheidskonteks dat regstellende aksie in Suid-Afrika toegepas moet word.

4.2 Gelykheid as die grondslag vir regstellende aksie in beide Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika

In beide Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika is die klem op groter gelykheid en die bereiking van gelykheid vir alle mense een van die hoofdoelwitte met die regstellende aksie maatreëls wat in beide lande getref word. Hierdie gevolgtrekking kan gemaak word deur bloot te let op die bewoording van ons eie

² Van Rooyen JWF *Guide* 10

artikel 9 van die Handves van Regte soos dit in die Grondwet vervat is, gemeet teenoor die Amerikaanse "Executive Order # 10925" en die verskeie ander maatreëls wat daarna uitgevaardig is in die naam van regstellende aksie en waarop hieronder in meer detail uitgebrei sal word. Gesien in die lig van die uiteenlopendheid van die twee stelsels en die verskillende omstandighede waarin die twee lande hulself bevind aan verskillende kante van die aardbol, is dit 'n feit dat die strewe na groter gelykheid die regstellende aksie van beide lande onderlê. Anders as Suid-Afrika het die Amerikaanse grondwet geen bepaling wat met grondwetlike waardes as sulks handel nie. Die Amerikaanse regsfilosofie rondom regstellende aksie is eerder geskoei op 'n ideaal wat verband hou met die bereiking van groter gelykheid tussen die rassegroepe van daardie land, as op een of ander spesifieke grondwetlike waarde soos wat menswaardigheid en die bereiking van gelykheid byvoorbeeld as grondwetlike waardes hier in ons eie stelsel 'n rol te speel het. Van der Vyver meen op sy beurt dat die groot ooreenkoms tussen die Amerikaanse en die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van regstellende aksie die feit is dat in beide lande regstellende aksie toegepas word ten einde te poog om groter gelykheid, inderwaarheid substantiewe gelykheid teweeg te bring. Regstellende aksie word immers in beide lande as deel van gelyke regsbeskerming gekonstrueer.⁴ In hierdie lig moet die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid, wat nou saamhang met menswaardigheid as grondwetlike waarde, saamgelees word met die Amerikaanse grondwetlikheidskonsep van gelykheid soos dit daar neerslag vind en hieronder in meer detail bespreek sal word.

Die gelykheidsreg word in die Amerikaanse grondwet aangetref in die laaste gedeelte van artikel twee van die Veertiende Amendement tot die Amerikaanse grondwet wat bepaal dat geeneen van die Amerikaanse federale deelstate:

... shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

³ Qunta C *Survival Guide* 29

Hierdie Veertiende Amendement is ook van toepassing gemaak op die federale regering en die wetgewing wat dit promulgeer, alhoewel hierdie bepaling met die eerste oogopslag blyk slegs die federale deelstate te bind.⁵ Hierdie amendement tot die Amerikaanse grondwet is die bepaling wat aangewend is ten einde hul handves van regte van toepassing te kon maak op optrede deur die staat. Hierdie is die enigste bepaling wat aangewend kon word om individue teen wetgewende optrede deur die staat te beskerm, weens die bewoording en die aard daarvan en moet onderskei word van ons eie grondwet waar die hoofstuk wat oor fundamentele regte handel baie meer breedvoerig is as die Amerikaanse gewysde. Gevolglik moes allerlei afleidings in daardie jurisdiksie gemaak word ten einde dieselfde resultaat ten opsigte van die vryheid van die individu te verkry as wat ons by wyse van afdwingbare fundamentele regte geniet.⁶

Daarmee saam moet erkenning geskied van die Amerikaanse onafhanklikheidsverklaring van 4 Julie 1776 wat dit gestel het dat:

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal,
that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights,
that among these are life, liberty and pursuit of happiness.

Ook die bekende Amerikaanse grondwetkenner, Laurence H. Tribe erken dat gelykheid tans die mees toonaangewende grondwetlike waarde in die Amerikaanse reg is wanneer hy skryf:⁷

Indeed, the notion that equal justice under law may serve as
indirect guardian of virtually all constitutional values is evidenced by
more than a maxim carved in marble on the United States Supreme

⁴ Van der Vyver JD "Gelykberegting" 1998 *THRHR* 367-399 389

⁵ Barrie GN "The 'equal protection clause' one hundred and twenty five years on" 1993 *TSAR* 723-731 723

⁶ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [176]

⁷ Tribe LH *American Constitutional Law* 2de uitg (The Foundation Press Mineola 1988) 1437 soos aangehaal deur Venter F "Utilizing constitutional values in constitutional comparison" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1/2001.html> 1-12 6

Court. That notion, expressed with growing frequency and even stridency throughout this century, wars with the idea that equality is liberty's great enemy and can be purchased only at an unacceptable price to freedom.

Alhoewel Tribe homself blyk ten gunste van die idee van gelyke geregtigheid, eerder as gelykheid as streng konsep uit te spreek, sal daar vir doeleindes van hierdie bespreking aanvaar word dat hy bloot na gelykheid verwys. Dit blyk ook uit die voorgaande aanhaling uit Tribe dat alhoewel menswaardigheid al die ander waardes in die Suid-Afrikaanse reg onderlê (soos hieronder in meer detail bespreek sal word), word hierdie rol in die Amerikaanse reg deur gelykheid vervul. Aangesien die Amerikaanse grondwet egter geen waardebepalingsartikel het soos die Suid-Afrikaanse Grondwet nie, sal daar nie veel meer bespreking aan hierdie kwessie gewy word nie, behalwe insoverre dit die diskoers hieronder betref waaruit die bogenoemde gevolgtrekking van Tribe blyk korrek te wees.

Die ontwikkeling van gelykheid as waarde in die Amerikaanse reg het oor 'n lang tyd plaasgevind. Dit was nie tydens die Amerikaanse onafhanklikheidsverklaring van dieselfde betekenis as wat vandag die geval is nie. Ten opsigte van gelykheid het die Amerikaanse *Supreme Court* homself ook alreeds by verskeie geleenthede uitgespreek ten gunste van substantiewe, eerder as formele gelykheid. In die saak van *Plyler v Doe*⁸ het daardie hof hierdie beginsel as volg verwoord:

The Equal Protection Clause directs that 'all persons similarly circumstanced shall be treated alike.' *FS Royster Guano Co v Virginia*, 253 US 412, 415 (1920). But so too, '[t]he Court does not require things which are different in fact or opinion to be treated in law as though they were the same' *Tigner v Texas*, 310 US 141, 147 (1940). The initial discretion to determine what is 'different' and what is 'the same' resides in the legislature of the States. A legislature must have substantial latitude to establish classifications that roughly

⁸ *Plyler v Doe* 457 US 202 (1981) 216, 72 L Ed 2d 786 798-799, 102 S Ct 2382

approximate the nature of the problem perceived, that accommodate competing concerns both public and private, and that account for limitations on the practical ability of the State to remedy that very ill. In applying the Equal Protection Clause to most forms of state action, we thus seek only the assurance that the classification in issue bears some fair relationship to the legitimate public purpose.

Hierdie toepassing van die reg op gelykheid stem dus baie ooreen met ons eie Konstitusionele Hof se benadering tot die reg op gelykheid en die toepassing van daardie reg in ons eie land, soos meer volledig hieronder sal blyk. Vryheid is natuurlik in Suid-Afrika ook 'n belangrike grondwetlike waarde, maar by ons is, soos hieronder meer duidelik sal blyk, daar 'n baie sterker fokus op die grondwetlike waardes van menswaardigheid en gelykheid. In die lig van die lang geskiedenis van die stryd teen verdrukking soos dit welbekend is in Suid-Afrika en die groot aantal maatreëls wat mense se menswaardigheid en gelykheid vir te lank ontken het, soos dit onder andere hierbo bespreek is, kan daar verstaan word waarom menswaardigheid en gelykheid as grondwetlike waardes so 'n belangrike rol hier vervul. Die Oorgangsgrondwet is immers gepromulgeer toe Suid-Afrika 'n demokrasie geword het. Dit was die einde van apartheid en die einde van 'n era waar daar teen mense gediskrimineer is op grond van hul ras. Dit was die begin van 'n nuwe era waar almal se gelyke menswaardigheid sedert hul geboorte ten volle erken word. Hierdie menswaardigheid is ten volle erken vir almal vanaf 27 April 1994 en is nie onderworpe aan 'n evolusionêre proses soos wat die geval is met die reg op gelykheid in die Grondwet nie. Terwyl artikel 1(a) van die Grondwet menswaardigheid as grondwetlike waarde erken, soos saamgelees met artikel 10 van die Grondwet wat menswaardigheid as fundamentele reg verskans, erken artikel 1(a) van die Grondwet slegs die bereiking van gelykheid, eerder as gelykheid *per se*, as grondwetlike waarde, terwyl artikel 9(2) van die Grondwet, wat die fundamentele reg op gelykheid verskans, hierdie evolusionêre proses as deel van die fundamentele reg op gelykheid stel. Hierdie evolusionêre proses geskied uit hoofde van die bepaling van die Grondwet wat regstellende aksie magtig, artikel 9(2), in die besef dat substantiewe gelykheid nie oornag aanbreek nie. Weens die feit dat die Amerikaanse grondwet reeds meer as twee eeue oud is en regstellende aksie as stelsel maar ongeveer veertig

jaar deel van die moderne wêreld is, kan daar verstaan word waarom geen magtigingsbepaling vir regstellende aksie in daardie land se grondwet vervat is nie en waarom die Amerikaanse bepalings wat die sterkste met gelykheid handel lees soos wat die geval is. Gevolglik moes die Amerikaanse hoewe maar die Amerikaanse grondwet interpreteer soos wat dit daar uitsien en sal dit hieronder aangetoon word hoe dieselfde teks in verskillende tye verskillend uitgelê is.

Ook vryheid word as 'n evolusionêre proses in artikel 1(a) van die Grondwet erken, terwyl dit as integrale deel van 'n hele aantal grondwetlik verskanste fundamentele regte in die Handves van Regte vervat word, eerder as 'n afsonderlike reg op vryheid opsigself.

Die Amerikaanse reg vervat die vryheidsreg in die sogenaamde "Fifth Amendment"⁹ wat soos volg lees:

(No person)... shall be compelled in any criminal case to be witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.

Veral die laaste deel van hierdie Vyfde Amendement is natuurlik die belangrike frase wanneer dit by die reg op vryheid kom, wat ook dikwels as 'n grondwetlike waarde in die Amerikaanse reg erken word, maar wat in die huidige milieu nie naastenby so belangrik geag word as gelykheid nie.¹⁰ Ongelukkig het die Amerikaanse grondwet nie soos ons eie Grondwet 'n beperkingsbepaling daarin vervat waarmee die fundamentele regte in daardie grondwet beperk kan word nie en moet alle beperkings van daardie regte in die betrokke regte self ingelees word.¹¹ Hierdie vryheidsreg van die Amerikaanse grondwet is egter deurentyd 'n liberale betekenis toegedig en dit is nie streng toegepas alleenlik in omstandighede wat gehandel het oor die reg om nie self-inkriminasie te pleeg nie. Insoverre dit regstellende aksie betref, is weinig van

⁹ Hierna genoem die Vyfde Amendement.

¹⁰ Tribe LH *American Law* in Venter F 2001 PER 6

¹¹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [77]; *Thomson Newspapers Ltd et al v Director of Investigation and Research et al* (1990) 67 DLR (4th) 206h-207a

die sake wat hieroor deur die Amerikaanse howe beslis is, op die vryheidsreg gebaseer en vind die gelykheidsreg in daardie land baie sterker aanwending in hierdie verband. Uit hoofde hiervan, sal daar nie verder aandag gegee word aan die Amerikaanse vryheidsreg nie.

'n Verdere afwesigheid in die Amerikaanse grondwet wat vermelding verdien is die gebrek aan 'n bepaling wat uitdruklik regstellende aksie magtig, soos wat in die Suid-Afrikaanse en die Namibiese grondwette die geval is. Die Kanadese Hooggeregshof het laasgenoemde (wat bevestig is deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof), in die saak van *Thomson Newspapers Ltd et al v Director of Investigation and Research et al*¹² bevestig met die volgende *obiter* opmerking, toe dit die Amerikaanse reg met die Kanadese reg vergelyk het ten opsigte van die beperking van die grondwetlike regte:

The United States Constitution has no provision comparable to s. 1.
As a consequence any limits on constitutional rights must be read into
the rights themselves.

Die Amerikaanse *Supreme Court* het immers reeds in die saak van *Bakke*¹³ hierdie feit gekonstateer toe dit die volgende *dictum* by wyse van die meerderheidsuitspraak wat deur Regter Powell gelewer is, aanvaar het as deel van daardie land se reg:¹⁴

Nothing in the Constitution supports the notion that individuals may be
asked to suffer otherwise impermissible burdens in order to enhance
the societal standing of their ethnic groups.

¹² *Thomson Newspapers Ltd et al v Director of Investigation and Research et al* (1990) 67 DLR (4th) 206h-207a, soos bevestig deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof in *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [77]

¹³ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 57 L Ed 2d 750 (1978), 98 S Ct 2733; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 12de uitg (Prentice Hall Upper Saddle River New Jersey 1999) 613; Ducat CR *Constitutional Interpretation: Rights of the Individual* Vol II (Wadsworth / Thomson Learning Belmont California 2000) 1242-1246

¹⁴ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265 298, 57 L Ed 2d 750 (1978) 776, 98 S Ct 2733

Soos reeds hierbo gestel, kan dit nie uit die oog verloor word dat die Amerikaanse grondwet vir ongeveer twee eeue lank daardie land se geregtelike *grundnorm* was, voordat die konsep van regstellende aksie eers die lig begin sien het nie. Gegewe hierdie feit, kan die afwesigheid van so 'n grondwetlike magtiging tot regstellende aksie verstaan word. Toe die Amerikaanse grondwet gepromulgeer is deur die stigtingsvaders van daardie land, was slawerny immers nog 'n wettige praktyk. Regstellende aksie sou definitief nie moontlik gewees het binne daardie tydsgewrig nie. Ongeag die feit dat regstellende aksie na die aanvaarding daarvan in die Amerikaanse reg deurentyd deur die howe beslis is om redelik te moet wees, het een van die stel federale Amerikaanse Hooggeregshowe reeds in 1979 die volgende beslis:¹⁵

Moreover, the Constitution imposes on states a duty to take affirmative steps to eliminate the continuing effects of past discrimination.

Die redes vir regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika word dikwels teruggevoer na die dae toe slawerny 'n erkende bedryf in daardie land was.¹⁶ Met die onafhanklikheidsverklaring van die Amerikaners op 4 Julie 1776 is daar ongeag die grondwetlike erkenning dat alle persone gelyk was en dat sekere regte soos lewe, vryheid en die strewe na van geluk onvervreembare regte was wat gewaarborg is, steeds voortgegaan met die gehate bedryf van slawerny. As 'n kompromie tussen die noordelike en die suidelike state is daar ooreengekom dat geen slaaf meer as die ekwivalent van drie-vyftes van 'n vrye burger sou uitmaak vir doeleindes van politieke verteenwoordiging en die heffing van belastingen nie.¹⁷ Dit het beteken dat die grondwetlike erkenning van gelykheid nie op slawe van toepassing gemaak kon word nie.¹⁸ In die saak van *Dred Scott v Sandford*¹⁹ is daar byvoorbeeld verklaar dat

¹⁵ *Detroit Police Officers' Association v Young* 608 F 2d 671 694 (1979) in Joubert DJ 1994 *De Jure* 8-9

¹⁶ Little JW "Affirmative action: Legal bases and risks in the United States and South Africa" 1994 *Stellenbosch Law Review* 262-275 264

¹⁷ *Plessy v Ferguson* 163 US 551 (1896), 41 L Ed 256

¹⁸ Edwards AB "Affirmative action: a euphemism for reverse discrimination?" 1997 2 *Codicillus* 13-30 14

¹⁹ *Dred Scott v Sandford* 15 L Ed 691; Guernsey JB *Affirmative Action: A Problem or a Remedy* (Lerner Publications Co Minneapolis 1997) 27; Little JW 1994 *Stellenbosch Law Review* 265;

'n slaaf nie 'n burger van die Verenigde State van Amerika was nie en dat 'n slaaf dus as eiendom beskou kon word van sy of haar eienaar. In hierdie saak het die destydse Hoofregter Taney die volgende *dictum* as die posisie van die *Supreme Court* hieroor bepaal.²⁰

... the Circuit Court of the United States had no jurisdiction when by the laws of the state, the plaintiff was a slave and not a citizen.

Gedurende 1863 is 'n emansipasieverklaring uitgereik wat alle slawe bevry het en die direkte gevolg hiervan was die Amerikaanse burgeroorlog. In 1865 is die Amerikaanse grondwet gewysig om ook by wyse van die "Fourteenth Amendment"²¹ daarvoor voorsiening te gemaak het dat alle persone, slawe inkluis, as gelykes behandel is. Diskriminasie het egter in baie van die Amerikaanse federale deelstate voortgeduur, ongeag pogings om groter gelykheid daar te stel vir alle persone van alle rasse. So is daar byvoorbeeld erkenning verleen aan die beginsel van "separate but equal"²² wat eers in 1954 ongrondwetlik verklaar is deur die Amerikaanse *Supreme Court*.²³ Hierdie beginsel is as volg deur die Amerikaanse *Supreme Court* gedefinieer in die voorlaaste eeu:²⁴

Under that doctrine, equality of treatment is accorded when the races are provided substantially equal facilities, even though these facilities be separate.

Dit het verder erkenning geniet as 'n leerstuk wat wel geregtigheid laat geskied het aan die beginsel van gelykheid. Regter Brown se opmerkings hieroor in die saak van

Maltz EM *Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism and the Politics of Judicial Review* (University Press of Kansas Lawrence, Kansas 1999) 87

²⁰ *Dred Scott v Sandford* 15 L Ed 691 720

²¹ Hierna genoem die Veertiende Amendement.

²² *Plessy v Ferguson* 163 US 627 (1896) 41 L Ed 256; Guernsey JB *Remedy* 28

²³ *Brown v Board of Education of Topeka Kansas* 347 US 483 (1958) 98 L Ed 873; Guernsey JB *Remedy* 28; Barrie GN 1993 *TSAR* 723; Joubert DJ "Regstellende aksie by indiensneming" 1994 *De Jure* 1-42 8; Little JW 1994 *Stellenbosch Law Review* 270

²⁴ *Plessy v Ferguson* 163 US 537 (1896), 41 L Ed 256, 16 S Ct 1138

Plessy v Ferguson, 'n saak wat gehandel het oor aparte geriewe vir die rasse insoverre dit openbare vervoer betref het, is besonder relevant in hierdie verband.²⁵

Gauged by this standard, we cannot say that a law which authorizes or even requires the separation of the two races in public conveyances is unreasonable or obnoxious...

Uiteindelik is die gehate "separate but equal" leerstuk ongrondwetlike verklaar in 'n uitspraak van die destydse Amerikaanse Hoofregter Warren, toe hy in *Brown v Board of Education of Topeka Kansas*²⁶ as volg oor hierdie kwessie beslis het:

We come then to the question presented: Does segregation of children in public schools solely on the basis of race, even though the physical facilities and other "tangible" factors may be equal, deprive the children of the minority group of equal educational opportunities? We believe that it does.

Vir 'n lang tyd is die streng formalistiese beginsel van gelykheid toegepas wat nie gelykheid van uitkomst verseker het nie, maar eerder gelyke behandeling. Dit is voorgedoen as 'n kleurblinde benadering soos wat die Veertiende Amendement tot die Amerikaanse grondwet vereis het.

Die volgende opmerkings van Regter Brown is tekenend van hierdie benadering van die Amerikaanse *Supreme Court* hieroor:²⁷

If the civil and political rights of both races be equal, one cannot be inferior to the other civilly or politically. If one race be inferior to the other socially, the Constitution of the United States cannot put them upon the same plane.

²⁵ *Plessy v Ferguson* 163 US 537 (1896), 41 L Ed 256 260-261, 16 S Ct 1138

²⁶ *Brown v Board of Education of Topeka Kansas* 347 US 483, 493 (1958), 98 L Ed 873 880

4.3 Die wetgewende raamwerk van regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika

Om uiteindelik aan ware, oftewel substantiewe gelykheid uitvoering te verleen in die Verenigde State van Amerika, was die eerste van die maatreëls wat uitgevaardig is in hierdie verband, die reeds genoemde "Executive Order # 10925" van wyle President JF Kennedy wat onder andere federale arbeidsdiskriminasiebepalings bevat het. Hierdie uitvoerende bevel, wat 'n wye verskeidenheid maatreëls ingesluit het, het onder andere gepoog om diskriminasie in die arbeidsveld te voorkom.²⁸ Hierna is die *Civil Rights Act*²⁹ in 1964 gepromulgeer, welke wet onder andere daarop afgestem was om gelyke werkseleenthede vir almal te bevorder deur die instelling van 'n Gelyke Werkseleenthede-Kommissie om werksdiskriminasie te kon verhoed. Weens die feit dat hierdie kommissie egter baie min magte gehad het, was die werksaamhede daarvan baie beperk en gekortwiek.³⁰ Dit het feitlik geen magte gehad nie, maar kon wel sekere optrede en bedrywe onwettig verklaar.³¹

Wat as die primêre bron van regstellende aksie bekendstaan in die Verenigde State is egter eers in 1965 deur President Kennedy se opvolger, President Lyndon Johnson uitgevaardig as "Executive Order 11246."³² Ingevolge hierdie uitvoerende bevel is die magte en bevoegdhede om regstellende aksie in te stel in die hande van die federale Departement van Arbeid geplaas wat ook die bevoegdheid verkry het om federale regulasies hieroor uit te vaardig.³³ In 1967 het "Executive Order 11375" gevolg wat regstellende aksie ten gunste van vroue gemagtig het.³⁴ As deel van hierdie uitvoerende Presidensiële bevel is daar twee federale instansies ingestel wat regstellende aksie programme moes bevorder. Hierdie instansies is die "Equal Employment Opportunity Commission" en die "Office for Federal Contract Compliance" wat later uitgebrei is na die kantore van die "Civil Rights Division" en

²⁷ *Plessy v Ferguson* 163 US 537, 552 (1896); Moolman HJ *Regstellende aksie* 24 en Venter F 2001 *PER* 6-7.

²⁸ Guernsey JB *Remedy* 30-32

²⁹ *Civil Rights Act*, 1964. Hierna genoem die Civil Rights Act.

³⁰ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 38

³¹ Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 15

³² Qunta C *Survival Guide* 29; Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 15

³³ Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 16

³⁴ Mills N *Introduction* 7

die "Solicitor of Labour." Hierdie agentskappe val regtens nou saam met die sogenaamde Titel VII van die Amerikaanse *Civil Rights Act*, welke titel op gelyke geleenthede in die werkplek afgestem is en ook van toepassing gemaak is op vakbonde en indiensnemingsagentskappe.³⁵ Dit word toegepas op alle werkgewers in beide die privaat- en die openbare sektore wat meer as vyftien werknemers in diens het en wat elkeen twintig of meer kalenderweke per jaar in diens is by die betrokke werkgewer.³⁶ Hierdie perke was tydens die Johnson-Presidensie gestel as werkgewers wat vyftig of meer werknemers in diens gehad het of wat jaarliks meer as vyftigduisend dollar se besigheid met die regering gedoen het.³⁷ In die begin was regstellende aksie bloot daarop ingestel om geskikte gekwalifiseerde persone uit die minderheidsgroepe te vind, te werf en dan te laat aansoek doen vir werk, waar hulle dan op 'n kleurblinde basis met die meerderheid van die bevolking moes meeding vir werksgeleenthede.³⁸

Alhoewel die "Office for Federal Contract Compliance" geen kwotas daargestel het nie, het die programme van hierdie federale agentskap verseker dat die Swart en vroulike werknemers van die staatskontrakteurs direk proporsioneel was tot die getalle gekwalifiseerde werknemers van die totale arbeidsmag van die land.³⁹ Personeelrekords is ook op grond van ras gehou deur hierdie federale agentskappe ten einde die vooruitgang van regstellende aksie te monitor.⁴⁰ Ten einde regstellende aksie verder aan te moedig het die staat van kontrakteurs vereis om aan te toon dat hulle goedgegunstig was teenoor regstellende aksie en moes met hul aanbiedinge responsief wees ten opsigte van regstellende aksie. Sulke tenders is dan 'vinnig aanvaar teenoor ander tenders wat nie hierdie tipe van toegeneentheid tot regstellende aksie gehad het nie.⁴¹ Met die instelling van die sogenaamde "Order No. 4" is die idee van regstellende aksie planne tot nuwe hoogtes gevoer. Aangewese werkgewers wat onder hierdie bevel aangespreek is, as sou hulle nie genoegsaam tydskaal en doelwitte daargestel het om hul indiensneming van minderheidsgroepe te verbeter

³⁵ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 39

³⁶ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 39; Joubert DJ 1994 *De Jure* 10

³⁷ Mills N *Introduction* 8

³⁸ Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 16

³⁹ Qunta C *Survival Guide* 30

⁴⁰ Mills N *Introduction* 8

⁴¹ Mills N *Introduction* 8-9

soos wat hierdie groepe in die totale arbeidsmag van die land en die omgewing voorgekom het nie, moes binne eenhonderd en twintig dae sodanige tydskele en doelwitte instel of kon hul regeringsbesigheid verloor.⁴² Hierteenoor het die "Equal Employment Opportunity Commission" gefokus op die monitering en afdwinging van regeringsriglyne ingevolge billike indiensnemingsbeleid ten opsigte van veral Swartmense en vroue. Indien maatskappye nie aan hierdie riglyne voldoen het nie, dan het hierdie federale agentskap regtens teen daardie maatskappy of werkgewer opgetree.⁴³

Regstellende aksie het egter oor tyd ontwikkel om die volgende programme te omsluit:⁴⁴

- (i) Daar is onder andere wyer soektogte geloods ten einde wyer deelname te verseker vir persone wat die voordele van regstellende aksie moes geniet het. Dit het geskied deur wyer werwing te doen aan hoërskole en instellings van hoër onderwys, maar ook deur wyer te adverteer;
- (ii) Verwydering van struikelblokke: hierdie programme hou verband met beide die verwydering van onnodige kwalifikasies ten opsigte van werksgeleenthede maar ook die verwydering van byvoorbeeld toegangstruikelblokke by geboue vir gestremde persone;
- (iii) Spesiale toelatings: spesiale toelatings tot instellings van hoër onderwys word verleen aan persone wat op regstellende aksie geregtig is;
- (iv) Doelwitte of kwotas: instansies wat aansoek doen om federale kontrakte word deur die federale regering verplig om regstellende aksie planne in plek te stel ten einde gebruik te maak van die arbeid van minderheidsgroepe en vroue. Ongelukkig het die buigsaamheid wat met doelwitte gepaard gaan in kwotas verander wat verband hou met kwessies soos rasse- en geslagsvoorkeure. Kwotas word in elk geval op baie plekke nie as wenslik of wettig beskou nie,⁴⁵

⁴² Mills N *Introduction* 12

⁴³ Qunta C *Survival Guide* 30

⁴⁴ Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 16

⁴⁵ *Morrow v Chrysler* 491 F 2d 1053 1060 (1974) in Joubert DJ 1994 *De Jure* 12

aangesien dit deur baie as plafonne op beide die bevoorregte en die benadeelde groepe se getalle beskou word;⁴⁶

- (v) Opsistellings: Federale programme moedig die gebruik van kontrakteurs aan uit die minderheidsgroepe deur die opsist van 'n teikenpersentasie vir minderheidsdeelname in konstruksie- en ander projekte.

Verder moet alle regstellende aksie wat gepleeg word by wyse van 'n plan wat vir daardie doel opgestel is geskied,⁴⁷ welke plan ook vrywilliglik deur die werkgewer opgestel mag word, soos beslis deur Regter Brennan in die saak van *United Steelworkers of America v Weber*.⁴⁸ Geen regstellende aksie wat vrywilliglik deur enige werkgewer geïmplementeer is, is *per se* ongrondwetlik nie, maar rasgebaseerde maatreëls mag nooit die norm word ter wille van regstellende aksie of enige ander doel nie.⁴⁹ Natuurlik is daar ook ander maatreëls op die Amerikaanse wetboek geplaas ten einde diskriminasie in die werkplek op ander gronde te verhoed, byvoorbeeld ras, geslag, nasionale herkoms, gestremdheid ensovoorts,⁵⁰ maar vir doeleindes van hierdie proefskrif wat spesifiek op regstellende aksie ten opsigte van ras fokus, is daardie ander teen-diskriminasie bepalings, alhoewel interessant, nie direk vir doeleindes van hierdie studie relevant nie.

4.4 Regsontwikkeling rondom regstellende aksie in die Amerikaanse howe

Ingevolge Titel VII van die *Civil Rights Act*, kan 'n besondere eienskap, as dit noodsaaklik is vir die normale funksionering van 'n besigheid, as 'n uitsondering beskou word op die bepalings van hierdie Titel VII. Geslag kan byvoorbeeld in bepaalde omstandighede so 'n noodsaaklike uitsondering wees. Sodanige uitsonderings mag egter nooit ras of nasionale herkoms insluit nie. Selfs waar 'n rasgebaseerde neutrale praktyk ander gevolge inhou vir een rassegroep as vir 'n ander

⁴⁶ Joubert DJ 1994 *De Jure* 13

⁴⁷ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 40

⁴⁸ *United Steelworkers of America v Weber* 443 US 193 197, 99 S Ct 2721, 61 L Ed 2d 480 (1979); *Johnson v Transportation Agency, Santa Clara County, California* 480 US 616, 107 S Ct 1454, 94 L Ed 2d 615 (1987); Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 741, 746; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 613; Ducat CR *Individual* 1247

⁴⁹ Stone GR ea *Constitutional Law* 2de uitg (Little Brown & Company Boston 1991) 641

⁵⁰ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 39

rassegroep, is dit al as 'n onwettige praktyk bevind. Hierdie bevestiging is gedoen deur die Amerikaanse *Supreme Court* in 'n eenparige beslissing in die saak van *Griggs v Duke Power Company* toe Hoofregter Burger as volg in hierdie verband beslis het:⁵¹

What Congress has forbidden is giving these devices and mechanisms controlling force unless they are demonstrably a reasonable measure of job performance. Congress has not commanded that the less qualified be preferred over the better qualified simply because of minority origins. Far from disparaging job qualifications as such, Congress has made such qualifications the controlling factor, so that race, religion, nationality, and sex become irrelevant. What Congress has commanded is that any tests used must measure the person for the job and not the person in the abstract.

In hierdie saak het die Swart applikant by die hof rassediskriminasie aangevoer, omdat die respondent slegs persone in diens geneem het wat 'n hoërskooldiploma gehad het of 'n intelligensietoets geslaag het. Aangesien die vereiste van 'n hoërskooldiploma meer persone uit die minderheidsgroepe getref het, wat ook die geval was met die intelligensietoets, is hierdie beleid van die respondent as ongrondwetlik bevind as sou dit ongelyke behandeling vir die aansoeker meegebring het wat lid was van 'n rasse minderheidsgroep. Die hof het bevind dat die vereistes van die werkgewer geensins verband gehou het met die werk wat deur die werknemers gedoen moes word nie en het die Amerikaanse *Supreme Court* eenparig ten gunste van die applikant beslis.⁵² Die hof het in werklikheid in hierdie saak die beginsel van substantiewe teenoor formele gelykheid by wyse van regstellende aksie erken.

⁵¹ *Griggs v Duke Power Company* 401 US 424, 436 (1971); Guernsey JB *Remedy* 36; Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 17

⁵² *Griggs v Duke Power Company* 401 US 424, 436 (1971); Mills N *Introduction* 12

Regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika moet egter uit hoofde van die beslissing van, hoofsaaklik *City of Richmond v JA Croson*,⁵³ volgens Regter O'Connor aan die volgende vereistes voldoen ten einde die toets van grondwetlikheid in daardie land te kan slaag:⁵⁴

- (i) Eerstens moet die betrokke regstellende aksie, soos reeds gestel, ingevolge 'n spesifieke plan geskied, soos wat maar ook die geval in ons eie land en Namibië is, soos meer volledig hieronder sal blyk. Hierdie plan is na die saak van *City of Richmond v JA Croson*⁵⁵ aan baie strenger riglyne onderworpe en moet as 'n rasgebaseerde voorkeurprogram ontleed word. Daar moet aangedui word dat dit 'n plan is wat presies aangepas en besonder noukeurig afgebaken is ("narrowly tailored") om 'n noodsaaklike staatsbelang ("compelling governmental interest") aan te dui, welke staatsbelang nie meer alleen daarop gebaseer kan wees dat daar in die verlede teen sekere groepe gediskrimineer is nie.⁵⁶
- (ii) Die maatreëls moet daarop gemik wees om die wanbalanse van sekere groepe se verteenwoordiging in die arbeidsmark te herstel teen wie daar voorheen gediskrimineer is.⁵⁷ Daar kan nie regstellende aksie ten gunste van enigeen toegepas word bloot uit hoofde van die feit dat daardie persoon uit 'n groep afkomstig is waarteen daar in die verlede gediskrimineer is nie. Daardie spesifieke individu moes self die nadele van diskriminasie gely het.⁵⁸ Hierdie is die vereiste dat die betrokke maatreëls streng ontwerp ("narrowly tailored") moet wees om die doelwit van regstellende aksie te kan bereik.
- (iii) Daar moet redelike beskerming aan die belange van ander groepe in die arbeidsmark verskaf word en nie onnodig op hul regte inbreuk gemaak word

⁵³ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989)

⁵⁴ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989) 855-856; Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 40

⁵⁵ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989); Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 27; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 616; Rotunda R *Modern Constitutional Law: Cases and Notes* 5de uitg (West Publishing Co St Paul Minnesota 1997) 547-548

⁵⁶ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 486, 493, 102 L Ed 854 (1989)

⁵⁷ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 493-494, 102 L Ed 854 (1989)

⁵⁸ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 500, 506, 102 L Ed 854 (1989); *Firefighters Local Union No 1784 v Stotts* 467 US 561, 104 S Ct 2576 (1984); Ducat CR *Individual* 1246; Stone GR ea *Constitutional Law* 657, 660

nie⁵⁹ – die sogenaamde "disparate treatment and disparate impact" vereiste hou hiermee verband, wat beteken dat daar nie méér inbreuk gemaak mag word op ander persone se regte as wat redelikerwyse nodig is nie.⁶⁰ Dit beteken ook dat die regstellende aksie maatreëls met ander maatreëls vergelyk is en dat hierdie ander maatreëls onvoldoende was om die probleem aan te spreek. Veral die soeke om die rasse proporsioneel presies te balanseer in die werkplek volgens hul persentasies in die bevolking, is deur Regter O'Connor in die *Croson*-saak verwerp.⁶¹

It is completely unrealistic that individuals of race will gravitate with mathematical exactitude to each employer or union absent unlawful discrimination.

- (iv) Laastens moet die regstellende aksie maatreëls beëindig word sodra die doelwitte waarop dit gemik was, bereik is.⁶² Dit is al bepaal om 'n redelike periode te wees wanneer daar met sekerheid gestel kan word dat die regstellende aksie plan se doelwitte bereik is.⁶³ Daar moet ook 'n ernstige behoefte aan die regstellende aksie wees en die middel wat opgeneem word, moet redelik wees.⁶⁴

Bogemelde vereistes is in 1979 vir die eerste keer deur die Amerikaanse *Supreme Court* neergelê in die saak van *United Steelworkers of America v Weber*⁶⁵ en later uitgebrei en bevestig in sake soos dié van *Croson*. In die saak van *Weber* het die *Supreme Court* in 'n 5:2 beslissing erkenning verleen aan 'n ooreenkoms tussen die werkgewer en die vakbond waarvolgens die helfte van die persone wat deur die

⁵⁹ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 500, 102 L Ed 854 (1989); Stone GR ea *Constitutional Law* 657.

⁶⁰ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 501, 102 L Ed 854 (1989); Joubert DJ 1994 *De Jure* 17

⁶¹ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 507-508, 102 L Ed 854 (1989)

⁶² *Johnson v Transportation Agency* 480 US 616, 639-640 (1987); Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 42; Joubert DJ 1994 *De Jure* 13, 17

⁶³ *Lehman v Yellow Freight Systems* 651 F 2d 520 (7th Cir 1981) in Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 43-44

⁶⁴ *Morgan v O'Bryant* 671 F 2d 23 29 (1982); *Wards Cove Packing Co Inc v Antonio* 490 US 642 656-657, 659 (1989); Joubert DJ 1994 *De Jure* 10

werkgewer opgelei sou word as staalwerkers Swart moes wees, totdat die totale getal Swart werkers werksaam by die werkgewer se vyftien aanlegte proporsioneel was tot die getal Swart werkers in die totale bevolking.⁶⁶ Die redes vir die hof se erkenning van hierdie plan was weens die feit dat die plan vrywilliglik aangeneem is deur beide partye, tydelik van aard was en ontwerp was om duidelike rassewanbalanse reg te gestel het in die werkplek van die werkgewer.⁶⁷ Daar is ook reeds beslis dat dit onwettig is om te weier om Blanke aansoekers vir werk aan te stel, ongeag die feit dat daar gesoek is na 'n kandidaat ter wille van regstellende aksie, maar waar geen sodanige aansoekers beskikbaar was of vir die betrokke werksgeleentheid aansoek gedoen het nie.⁶⁸

In die saak van *Franks v Bowman Transportation Co*⁶⁹ is die beslissing van *Weber* bevestig en verder gevoer toe daar beslis is dat waar maatreëls getref moes word ten einde die vorige diskriminasie van sekere mense uit te wis, dit wel sou kon gebeur dat onskuldige mense daaronder sou kon ly.⁷⁰ Hierdie beginsel is effens verder geneem in die saak van *Wygant v Jackson Board of Education*⁷¹ in 'n regspraak of sekere onderwysers wat oor meer ondervinding beskik het afgedank sou kon word op grond van regstellende aksie ten einde plek te maak vir onderwysers uit die voorheen benadeelde groepe. Alhoewel die meerderheid van die hof saamgestem het dat hierdie tipe van praktyk ongrondwetlik was, kon die meerderheid van die hof nie saamstem oor die redes vir die ongrondwetlikheid nie.⁷² Op daardie stadium was dit staatsbeleid dat alle rassese segregasie afgeskaf moes word in skole en optrede wat op ras gebaseer was, was wel geoorloof om hierdie doel te kon bereik. Laastens kon daar

⁶⁵ *United Steelworkers of America v Weber* 443 US 193, 99 S Ct 2721, 61 L Ed 2d 480 (1979); Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 26; Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 40

⁶⁶ Mills N *Introduction* 15

⁶⁷ Mills N *Introduction* 15

⁶⁸ Besluit van die Equal Employment Opportunities Commission Nr 75/268, 30 Mei 1975 in Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 17

⁶⁹ *Franks v Bowman Transportation Co* 474 S Ct 1251, 47 L Ed 2d 444 (1976); Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 41

⁷⁰ *Local Number 93, International Association of Fire Fighters v City of Cleveland* 478 US 501, 106 S Ct 3063; *Wygant v Jackson Board of Education* US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260, 280-281 (1986); Moolman HJ *Regstellende aksie* 25; Pretorius JL 1996 *TRW* 152-153

⁷¹ *Wygant v Jackson Board of Education* US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260 (1986); Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 41; Mills N *Introduction* 21; Stone GR ea *Constitutional Law* 642-645; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 614; Rotunda R *Cases and Notes* 547

⁷² Stone GR ea *Constitutional Law* 643

ook nie teen staatsamptenare gediskrimineer word op grond van ras nie. Om hierdie vereistes te kon versoen, moes daar dus genoegsame diskriminasie in die verlede plaasgevind het om die regstellende aksie te kon regverdig, wat dan by wyse van 'n regstellende aksie plan moes geskied het om daardie diskriminasiepraktyke van die verlede te kon korrigeer. Alhoewel die hof bevind het dat die doel van die afdankings nie onvanpas sou wees nie, was die betrokke regstellende aksie plan nie behoorlik ontwerp nie en kon die gewenste doel bereik word op minder diskriminerende wyses. Die volgende *dictum* van Regter Powell in die saak van *Wygant v Jackson Board of Education*⁷³ is aanduidend van die *Supreme Court* se benadering oor hierdie aangeleentheid.⁷⁴

This Court never has held that societal discrimination alone is sufficient to justify a racial classification. Rather, the Court has insisted upon some showing of prior discrimination by the governmental unit involved before allowing limited use of racial classifications in order to remedy such discrimination ...

Die belangrikste Amerikaanse saak wanneer dit by die reservering van plekke kom insoverre dit regstellende aksie op grond van ras betref, was egter vir 'n lang tyd die saak van *Regents of the University of California v Bakke*.⁷⁵ Hierdie saak het gehandel oor die streng toepassing van 'n kwotastelsel by toelatings tot die universiteit se mediese skool, ten gunste van sekere groepe aan 'n universiteit, ten koste van ander studente wat hoër punte behaal het. Die regsvraag was of hierdie reservering van plekke ten gunste van minderheidsgroepe, welke reserverings teen Bakke, wat 'n student uit die meerderheidsgroep was en wat hoër punte gehad het as die studente wat uit die minderheidsgroepe plekke bekom het, op Bakke se reg op gelykheid ingedruis het soos dit in die Amerikaanse reg verskans is. In die eerste plek moet dit gestel word dat die regbank verdeel was oor die vraag of ras aangewend kon word as

⁷³ *Wygant v Jackson Board of Education* US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260 (1986)

⁷⁴ *Wygant v Jackson Board of Education* US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260, 269 (1986); Stone GR ea *Constitutional Law* 643.

⁷⁵ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 57 L Ed 2d 750 (1978); Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 18-19; Guernsey JB *Remedy* 37-39; Barrie GN 1993 *TSAR* 725-726; Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 387-388; Little JW 1994 *Stellenbosch Law Review* 271-272; Stone GR ea *Constitutional Law* 618-627

'n maatstaf om regstellende aksie te kon toepas. In die een hoek is die benadering verwerp om aan mense die voordele van regstellende aksie te verleen suiwer op grond van hul ras, wat sou neerkom op suiwer rasseklassifikasie. Die ander benadering, wat die slag gewen het, het erken dat dit geregverdig was vir die reg om nie kleurblind om te gaan in omstandighede wat gebaseer was op historiese benadeling op grond van ras nie. Gevolglik het die Amerikaanse *Supreme Court* vir die eerste keer sy vroeëre beslissing van bykans 'n eeu gelede wat 'n kleurblinde benadering ondersteun het, in die saak van *Plessy v Ferguson*⁷⁶ verwerp. Die hof het die volgende, by monde van Regter Powell, as 'n beginselstandpunt aanvaar in die belangrike uitspraak van *Bakke*:⁷⁷

[The] guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person of another colour. If both are not accorded the same protection, then it is not equal.

Alhoewel die hof bevind het dat ras wel in ag geneem kon word ten einde meer diverse studentegemeenskappe te kon skep, kon die hof *in casu* geen getuienis vind wat aangetoon het dat so 'n streng reserveringstelsel op grond van ras soos wat in die besondere omstandighede toegepas is, nodig was ten einde hierdie doel te bereik nie. Regter Powell het dus in die meerderheidsuitspraak bevind dat die betrokke reserveringstelsel 'n ontoelaatbare kwota daargestel het.⁷⁸

Hence, the purpose of helping certain groups whom the faculty of the Davis Medical School perceived as victims of 'societal discrimination' does not justify a classification that imposes disadvantages on persons like respondent, who bear no responsibility for whatever harm the beneficiaries of the special admissions program are thought to have suffered.

⁷⁶

Plessy v Ferguson 163 US 537 (1896) in Venter F 2001 PER 6-7

⁷⁷

Regents of the University of California v Bakke 438 US 265, 289-290, 57 L Ed 2d 750 (1978) 770-771, 98 S Ct 2733. Bevestig in *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989).

Die groot gaping wat deur *Bakke* in die Amerikaanse reg gelaat is, totdat *Hopwood*⁷⁹ uiteindelik deur die Amerikaanse *Supreme Court* beslis is, was die feit dat daar erkenning verleen is deur die meerderheid van die hoogste Amerikaanse hof dat rasgebaseerde maatreëls wel geneem kon word ten einde regstellende aksie te kon bereik, maar daar was geen meerderheidsbeslissing oor watter standaard gestel moes word vir hierdie maatreëls om aan te voldoen nie en is groot onsekerheid deur hierdie beslissing geskep.⁸⁰ Dieselfde onsekerheid is voortgesit deur die saak van *Wygant*⁸¹ en regsgeleerdes is vir dekades lank in die duister gelaat oor presies wat die regsposisie in daardie land rondom hierdie kwessie was.

Van der Vyver meen in hierdie verband dat die hof dit in die saak van *Bakke* nie soseer gehad het teen regstellende aksie wat daarop ingestel was om benadeelde studente toe te gelaat het tot die universiteit nie, maar teen die uitsluiting van lede van die groep wat daardeur benadeel word om hierdie benadeelde studente te kon help.⁸² Hierdie siening word bevestig deur die volgende twee aanhalings uit die meerderheidsbeslissing van Regter Powell.⁸³

... any statute must be stricken that stigmatizes any group or that singles out those least well represented in the political process to bear the brunt of a benign program ...

en.⁸⁴

We have never approved a classification that aids persons perceived as members of relatively victimized groups at the expense of other innocent individuals in the absence of judicial, legislative, or administrative findings of constitutional or statutory violations.

⁷⁸ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 310, 57 L Ed 2d 750 (1978); Mills N *Introduction* 14-15; Stone GR ea *Constitutional Law* 620

⁷⁹ *Hopwood v Texas* 78 F 3d 932 (5th Cir 1996)

⁸⁰ Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 748

⁸¹ *Wygant v Jackson Board of Education* US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260, 267 (1986)

⁸² Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388

⁸³ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 311, 57 L Ed 2d 750 (1978); Stone GR ea *Constitutional Law* 624

⁸⁴ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 307, 57 L Ed 2d 750 (1978)

Meneer Bakke is dus inderdaad as student toegelaat tot die mediese skool waarvan hy oorspronklik uitgesluit is. Dit is interessant om daarop te let dat die Amerikaanse *Supreme Court* egter nog nooit beslis het dat regstellende aksie 'n dwingende regeringsbelang ("compelling governmental interest") moet daarstel ten einde remediërende stappe te kan neem nie. Om sogenaamde rassebalansering teweeg te bring, dit wil sê die verteenwoordiging van die rasse na te streef in die werkplek ingevolge hul persentasies in die bevolking, is al verskeie kere as 'n onwettige praktyk beslis.⁸⁵ Die naaste wat die hof daaraan gekom het om remediërende maatreëls as geoorloofde regstellende aksie te bevestig, was in die saak van *Bakke*⁸⁶ toe daar beslis is dat die skep van 'n diverse studentegemeenskap ter wille van hoër onderwys en die studente se algehele opleiding wel 'n dwingende regeringsbelang kon daarstel. Dit is bevestig in die saak van *Wygant*.⁸⁷

'n Verdere voorbeeld wat naby aan hierdie kwessie kom, maar wat nie direk van toepassing is nie, het voorgekom in die saak van *Metro Broadcasting Co v FCC*⁸⁸ waar die *Supreme Court* tot die gevolgtrekking gekom het dat die uitreik van uitsaailisensies aan eenaars van verskillende groepe wel as sodanig 'n dwingende regeringsbelang kan daarstel, aangesien dit 'n verskeidenheid aan die perspektiewe stel wat uitgesaai word oor die radio en die televisie.⁸⁹ 'n Ander soortgelyke siening het neerslag gevind in die saak van *United States v Paradise*⁹⁰ waar die inname van minderhede in die polisie diens as 'n geoorloofde doel beskou is, aangesien diversifisering van die range van die polisie effektiewe polisiëring kon aanhelp, deurdat dit gemeenskapsvertroue en -ondersteuning van die polisie kon verstewig.⁹¹

Twee vereistes is egter deur die hof neergelê in *Bakke* ten opsigte van regstellende aksie wanneer dit by die reservering van plekke kom, welke vereistes nie slegs van

⁸⁵ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 507, 102 L Ed 854 (1989); *Johnson v Transportation Agency* 480 US 616, 639 (1987)

⁸⁶ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 311-312, 57 L Ed 2d 750 (1978); Stone GR ea *Constitutional Law* 621

⁸⁷ *Wygant v Jackson Board of Education* 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260, 267 (1986)

⁸⁸ *Metro Broadcasting Co v FCC* 110 US 2997 (1990); Pretorius JL 1996 TRW 148-149; Rotunda R *Cases and Notes* 548-549; Ducat CR *Individual* 1247

⁸⁹ Stone GR ea *Constitutional Law* 670-671

⁹⁰ *United States v Paradise* 480 US 149, 167 (1987); Rotunda R *Cases and Notes* 557-558; Ducat CR *Individual* 1247

toepassing is aan universiteite en instellings van onderrig nie, maar ook in die arbeidsmark insoverre dit reserverings betref het: Ten eerste kon regstellende aksie op grond van ras wel plaasvind en 'n noodsaaklike doelwit wat deur die regstellende aksie bereik moes word, moes deur die instelling wat die regstellende aksie toegepas het, bewys word. In hierdie verband kan daar byvoorbeeld na die arbeidsmag in die algemeen gekyk word, vergeleke met die arbeidsmag van die betrokke werkgewer om te bepaal of regstellende aksie nodig is of nie.⁹² Slegs as regstellende aksie egter die gepaste remedie is om die wanbalans reg te stel, sal dit geoorloof wees, aangesien dit neerkom op rassediskriminasie. Dit mag die geval wees as daar byvoorbeeld sigbare wanbalanse in die arbeidsmag voorkom van die betrokke werkgewer wanneer dit met die arbeidsmag van die land as geheel vergelyk word.⁹³ As daar statistiek beskikbaar is, dan kan daardie statistiek aandui dat die betrokke werkgewer wel in die verlede op grond van ras gediskrimineer het,⁹⁴ maar vorige diskriminerende optrede van die betrokke werkgewer is nie altyd van toepassing nie.⁹⁵ Hiermee saam moet daar onthou word dat regstellende aksie deesdae slegs geïmplementeer mag word ten gunste van persone wat as individue onder die nadele van diskriminasie gely het en nie as lede van groepe wat aan diskriminasie blootgestel is nie.⁹⁶

Hierdie saak van *Bakke* het die kwessie oor regstellende aksie geensins opgelos nie en slegs groter verwarring geskep. Die beslissing in *Bakke* kan egter opgesom word as sou dit met 'n meerderheid van 5:4 die volgende beslissing gemaak het:⁹⁷

- (i) Eksplisiete, spesifieke en rigiede kwotas wat deur die universiteit ingestel is, is deur die hof van die hand gewys;
- (ii) Die gebruik van ras as 'n hulpmiddel om regstellende aksie toe te pas, is wel deur die hof goedgekeur;

⁹¹ Sien ook Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 743-744.

⁹² Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 41-42

⁹³ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 40

⁹⁴ *International Board of Teamsters v United States* 431 US 324, 327 (1970); *Firefighters Local Union No 1784 v Stotts* 467 US 561, 579, 104 S Ct 2576 (1984); Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 42

⁹⁵ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 42

⁹⁶ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 493-494, 102 L Ed 854 (1989); *Firefighters Local Union No 1784 v Stotts* 467 US 561, 579-580, 104 S Ct 2576 (1984); Stone GR ea *Constitutional Law* 657, 660; Ducat CR *Individual* 1246.

- (iii) Die idee is verwerp dat die gebruik van ras in enige programme wat van statutêre federale befondsing afhanklik was, onwettig was; en
- (iv) Die idee is verwerp dat enige begunstigende ("benign") gebruik van ras ter wille van regstellende aksie, wat in elk geval nie grondwetlik verbied was nie, toelaatbaar was.

Een van die belangrikste gevolge van *Bakke* is egter die feit dat rasse-klassifikasies volgens Regter Powell en die meerderheid van die hof altyd onder verdenking sal wees:⁹⁸

The Court has never questioned the validity of these pronouncements. Racial and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect and thus call for the most exacting judicial examinations.

'n Tweede saak van soortgelyke aard was dié van *De Funis v Odegaard*⁹⁹ maar het gehandel oor die toelating van 'n student tot die regskool van die Universiteit van Washington, op grond van die feit dat sy toelatingspunte hoër was as feitlik al die studente wat plekke aan die universiteit verkry het op grond van regstellende aksie. Die eerste rondte van litigasie is deur De Funis gewen, maar die Hooggeregshof van die betrokke federale deelstaat het die beslissing omgekeer en daarna is die saak op appèl geneem na die federale *Supreme Court*. Hierdie hof het in 'n doodloopstraat beland met die regters wat 4:4 teenoor mekaar gekant was ten opsigte van die vraag of De Funis toegelaat moes word tot die regskool of nie. Die beslissende stem van Regter William O'Douglas het ook nie betyds gekom voordat De Funis kon gradueer nie en het die saak bloot akademies van aard geword, veral nadat Regter O'Douglas kort daarna 'n beroerte-aanval gehad het en het hierdie saak nooit tot by 'n uitspraak gevorder nie.

Ten einde van die gelykeheidsnorm af te wyk en steeds die grondwetlikheidstoets te kan slaag, moet daar in die Verenigde State dus altyd aangetoon kan word dat 'n

⁹⁷ Barrie GN 1993 TSAR 726

⁹⁸ *Regents of the University of California v Bakke* 438 US 265, 291 (1978); Joubert DJ 1994 *De Jure* 14

dwingende regeringsbelang ("compelling governmental interest") nagestreef word en word daar dan met verskillende grade van geregtelike oorsig gemeet, wat van "strict scrutiny" tot "relaxed standards of scrutiny" wissel, welke grade bepaal word na gelang van die mate van agterdog waarmee die besondere afwyking van die beginsel van gelykheid in die besondere omstandighede bejeën word.¹⁰⁰ Wanneer daar van gelykheid afgewyk word op grond van rassegronde, sal daar altyd vereis word dat die strengste mate van geregtelike oorsig ("strict scrutiny") van toepassing gemaak word op die spesifieke geval. Die doel van hierdie toets van "strict scrutiny" is volgens Regter O'Connor die volgende:¹⁰¹

Indeed, the purpose of 'strict scrutiny' is to smoke out illegitimate uses of race by assuring that the legislative body is pursuing a goal important enough to warrant use of a highly suspect tool. The test also ensures that the means chosen 'fit' this compelling goal so closely that there is little or no possibility that the motive for the classification was illegitimate racial prejudice or stereotype.

*Fullilove v Klutznick*¹⁰² (wat bevestig is in *Metro Broadcasting Co v FCC*¹⁰³) het effens teruggekrabbel op die beslissing van *Bakke* toe die *Supreme Court* dit grondwetlik verklaar het dat die Amerikaanse Kongres 10% van fondse wat opsygesit is vir die befondsing van besigheid, vir besighede kon reserveer wat deur minderhede besit is.¹⁰⁴ Geeneen van die beslissings in hierdie saak kon egter daarin slaag om 'n meerderheid van die regters se steun te geniet nie.¹⁰⁵ Alhoewel hierdie soort van wetgewende bepaling juis die soort bepaling is wat geblyk het ongrondwetlik verklaar

⁹⁹ *De Funis v Odegard* 416 US 312 (1974)

¹⁰⁰ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388

¹⁰¹ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 493, 102 L Ed 854 (1989); Stone GR ea *Constitutional Law* 652; Pretorius JL 1996 *TRW* 146

¹⁰² *Fullilove v Klutznick (Secretary of Commerce)* 448 US 448, 100 S Ct 2758 (1980); Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388; Stone GR ea *Constitutional Law* 627; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 614; Gottlieb SE (red) *Public Values in Constitutional Law* (University of Michigan Press Michigan 1996) 225-226

¹⁰³ *Metro Broadcasting Co v FCC* 110 US 2997 (1990); Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 615

¹⁰⁴ Rotunda R, Nowak JE en Young JN *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure* Vol 2 (West Publishing Co St Paul Minnesota 1986) 737-738; Rotunda R *Cases and Notes* 546-547

¹⁰⁵ Stone GR ea *Constitutional Law* 627

te gewees het in die saak van *Bakke*, is dit deur die hof goedgekeur in *Fullilove*. Die hof het gemeen dat daar genoegsame buigsamheid in die voorwaardes was wat met die opsysit van die fondse gepaardgegaan het om te kon voorkom dat dit as 'n kwota afgemaak kon word. Die hof het verder bevind dat die Amerikaanse Kongres, as 'n afsonderlike tak van die federale regering, wydlopende magte het om maatreëls te tref wat met ras of etnisiteit gepaardgaan, ten einde vorige rassebenadeling reg te stel.¹⁰⁶ In die saak van *City of Richmond v JA Croson*¹⁰⁷ het die hof egter beslis dat plaaslike owerhede nie dieselfde omvangryke magte as die Amerikaanse Kongres het ten opsigte van maatreëls wat op grond van ras geneem kan word by regstellende aksie nie. *Fullilove* was egter vir die hof 'n verspeelde geleentheid, aangesien die hof weer eens nagelaat het om te antwoord op die vraag oor watter mate van versigtigheid aan die dag gelê moet word by sake wat oor regstellende aksie handel.¹⁰⁸

Die *Croson*-saak is self 'n belangrike Amerikaanse gewysde, aangesien dit in daardie saak beslis is dat alle klassifikasies wat op ras gebaseer is aan die "strict scrutiny" toets sal moet voldoen ingevolge die Veertiende Amendement van die Amerikaanse grondwet, aangesien dit beslis is om "suspisieuse klassifikasies" te wees.¹⁰⁹ Ten opsigte van suspisie insoverre dit die kwessie van ras betref, moet onthou word dat alle rasseklassifikasies in die Amerikaanse reg altyd onder verdenking is en daar is meer as 'n halfeeu gelede alreeds soos volg hieroor beslis:¹¹⁰

All legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect. That is not to say that all such restrictions are unconstitutional. It is to say that courts must subject them to the most rigid scrutiny. Pressing public necessity may sometimes justify the existence of such restrictions; racial antagonisms never can.

¹⁰⁶ Mills N *Introduction* 16

¹⁰⁷ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989); Mills N *Introduction* 21; Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 28.

¹⁰⁸ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388

¹⁰⁹ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388-389

¹¹⁰ *Korematsu v United States* 323 US 216, 89 L Ed 199 (1944)

Na hierdie saak is alle rasseklassifikasies nie slegs onder verdenking nie, maar moet dit ook 'n dwingende regeringsbelang bevorder ten einde suksesvol te kan wees. Tegelykertyd moet dit streng ontwerp wees ("narrowly tailored") om die toets van grondwetlikheid te kan slaag.¹¹¹ *Croson* was 'n definitiewe beslissing van dit wat as *obiter dicta* gestel is in die saak van *United States v Paradise*.¹¹² Laasgenoemde was 'n saak waarin 'n kwotastelsel, waarvolgens ten minste die helfte van toekomstige bevorderings tot die rang van korporaal in die polisiediens van die federale deelstaat Alabama vir Swartmense gereserveer moes word, wel bevind is om aan die "strict scrutiny" toets te voldoen.¹¹³ *Croson* het egter ook die argument onderskraag dat regstellende aksie broodnodig moes wees en as sodanig bewys moes word ten einde te kon slaag in die toets van "strict scrutiny."¹¹⁴ Die beslissing in die *Croson*-saak, wat gehandel het oor die tersydestelling van sekere konstruksie-kontrakte vir minderheidsbesighede kan egter kortliks soos volg opgesom word:¹¹⁵

- (i) Die plaaslike owerheid van die stad, Richmond, kon nie bewys dat daar diskriminasie bestaan het in die plaaslike konstruksie-nywerheid nie;
- (ii) Die program is nie streng ontwerp om vorige benadeling reg te stel het nie, aangesien dit as deel van die bevoorreedes die volgende groepe ingesluit het: Eskimo's en Asiërs, tesame met Swartmense en laasgenoemde was eintlik die groep wat vorige benadeling gely het en wat bevoordeel moes word in Richmond. Dit is nie 'n dwingende regeringsbelang wanneer regstellende aksie toegepas word bloot op grond van getuienis dat Swartmense histories benadeel is nie. Die regstelling van gemeenskapsdiskriminasie is nie 'n dwingende regeringsbelang nie, wel die regstel van benadeling wat deur spesifieke individue gely is;¹¹⁶

¹¹¹ Bevestig in *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 115 S Ct 2097 (1995) in Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 6de uitg (West Group St Paul Minnesota 2000) 737, 748; Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 616

¹¹² *United States v Paradise* 1987 480 US 149

¹¹³ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 388

¹¹⁴ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 389; Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 737; Maltz EM *Rethinking* 78-79

¹¹⁵ Barrie GN 1993 *TSAR* 728; Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 28

¹¹⁶ Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 738

- (iii) "Strict scrutiny" wat streng ontwerp is, beteken dat daar aangetoon sal moet word dat:
 - (a) minder diskriminerende alternatiewe oorweeg en defektief bevind is, of nie moontlik is nie – die maatreëls moet dus deeglik oorweeg wees en nie oorhaastig geneem gewees het nie en die maatreëls moet regtig nodig wees;¹¹⁷
 - (b) dat 'n spesifieke bevoordeelde van die betrokke regstellende aksie minstens aangetoon moet word om waarskynlik benadeel te gewees het deur vorige diskriminasie;
 - (c) die besondere regstellende aksie moet die regte van ander onbehoorlik aantast nie;
- (iv) Regstellende aksie deur die Amerikaanse Kongres, die hoogste vlak van wetgewende gesag in die Amerikaanse reg, geniet meer regsbeskerming as regstellende aksie wat deur die federale deelstate of plaaslike owerhede geïnisieer word wanneer die "strict scrutiny" toets toegepas word.
- (v) Die opsysit van 30% van die kontrakte het neergekom op 'n kwota eerder as 'n numeriese doelwit;

Aangesien die meerderheid van die bevolking van Richmond¹¹⁸ Swartmense is en die meerderheid van die setels op die plaaslike raad deur Swartmense beset is, het die hof ook die opinie uitgespreek dat hierdie regstellende aksie maatreëls inderdaad nie neergekom het op bevoordeling van die minderheid van die bevolking nie, maar eerder die bevoordeling van die meerderheid.¹¹⁹ Alhoewel *Croson* hoofsaaklik uit hoofde van die Veertiende Amendement tot die Amerikaanse grondwet beslis is, is hierdie kwessie in die saak van *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary*

¹¹⁷ Pretorius JL 1996 *TRW* 149

¹¹⁸ Interessant genoeg was Richmond, Virginia, die hoofstad van die konfederasie van suidelike state wat sesessie gepleeg het in die voorlaaste eeu hoofsaaklik weens die kwessie van slawerny en het dit tot die Amerikaanse burgeroorlog aanleiding gegee. Hierdie slawerny was juis toegepas teen die voorouers van die Swartmense wie se meerderheid van verteenwoordigers op die stadsraad van Richmond die regstellende aksie program geïnisieer het wat tot die saak van *Croson* aanleiding gegee het.

¹¹⁹ Barrie GN 1993 *TSAR* 728

of *Transportation et al*¹²⁰ verder gevoer om ook "strict scrutiny" van toepassing te maak op ras- of etnies gebaseerde regstellende aksie op federale vlak, toe daar beslis is dat:¹²¹

[F]ederal racial classifications, like those of a State, must serve a compelling governmental interest, and must be narrowly tailored to further that interest.

Met die aanvaarding van hierdie *dictum*, het dit in effek die einde van die kwota-stelsel in die Verenigde State van Amerika beteken insoverre dit regstellende aksie betref.¹²² In hierdie saak is daar ook weer eens ten gunste van rasgebaseerde maatreëls beslis ten einde regstellende aksie te kon neem en het net twee regters hulle totaal teen rasgebaseerde regstellende aksie uitgespreek.¹²³ Veral Regter Thomas Scalia het dit onomwonde in sy minderheidsuitspraak gestel dat dit nooit as 'n dwingende regeringsbelang gestel kan word om op rassegronde te diskrimineer ten einde op te maak vir vorige rassediskriminasie nie.¹²⁴ Dit is egter belangrik om daarop te let dat in 'n verdeelde regbank van 5:4, het die meerderheid van die regters ten gunste van "strict scrutiny" beslis by rasgebaseerde of etnies gebaseerde regstellende aksie, terwyl die minderheid van vier, slegs ten gunste van "intermediate scrutiny" was in gevalle soos hierdie.¹²⁵ Omdat die hof egter geen riglyne neergelê het oor hoe "strict scrutiny" toepassing moet vind in soortgelyke gevalle nie, moet daar steeds na *Croson* verwys word, wat nou ook op federale vlak toepassing vind ten opsigte van hierdie vereiste van "strict scrutiny."¹²⁶

¹²⁰ *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 115 S Ct 2097 (1995) in Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 44 en Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 389; Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 738-739.

¹²¹ *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 115 S Ct 2097, 2117 (1995) in Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 389 en Pretorius JL "Adarand Constructors Inc. v Pena: Tightening the constitutional parameters for affirmative action" 1996 *TRW* 143-153 143, 145

¹²² Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 740

¹²³ Pretorius JL 1996 *TRW* 143

¹²⁴ *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 115 S Ct 2097 (1995) in Pretorius JL 1996 *TRW* 145

¹²⁵ Pretorius JL 1996 *TRW* 146

¹²⁶ Pretorius JL 1996 *TRW* 146

Insoverre dit die reservering van plekke aan universiteite ten gunste van sekere groepe betref, blyk hierdie bedryf egter tans in die Amerikaanse reg ongrondwetlik te wees, aangesien ras as 'n faktor vir toelating tot 'n instelling vir hoër onderwys onwettig verklaar is in die saak van *Hopwood v Texas*.¹²⁷ In daardie saak het die Universiteit van Texas 'n reserveringstelsel vir minderheidstudente aan sy regskool gevolg ten einde nie slegs 'n heterogene studentegemeenskap te kon verseker nie, maar ook om diskriminasie van die verlede te kon regstel. In hierdie saak stel die hof dit weer eens onomwonde dat alle klassifikasies op grond van ras onder verdenking is en dus altyd aan die eise van "strict scrutiny" moet voldoen. Die hof bevind dit as 'n ongrondwetlike doelwit om by wyse van regstellende aksie 'n diverse studentegemeenskap te bevorder. In hierdie saak stel die hof dit ook dat daar ten minste aan twee vereistes voldoen moet word ten einde te slaag met die toets na grondwetlikheid.¹²⁸

- (i) Ten eerste moet die maatreëls 'n dwingende regeringsbelang dien, wat die volgende vereistes stel:
 - (a) Die regskool self moet die sondebok wees wat in die verlede teen die benadeelde partye gediskrimineer het en kan homself nie bloot op historiese of gemeenskapsdiskriminasie verlaat nie;¹²⁹ en
 - (b) Daar moet steeds gevolg wees van die diskriminasie wat gepleeg is en wat steeds deel is van die gevolg van die betrokke diskriminasie wat gepoog word om deur die regstellende aksie maatreëls aangespreek te word.
- (ii) Tweedens moet "strict scrutiny" toegepas word ten einde te verseker dat die maatreëls wat gevolg word wel inderdaad regstellende gevolge het.

Aangesien die regskool *in casu* nie daarin kon slaag om 'n dwingende regeringsbelang te kon bewys soos wat vereis is deur die faktore wat die hof neergelê het en soos dit hierbo uitgespel is nie, het die hof bevind dat die betrokke reserveringstelsel van die

¹²⁷ *Hopwood v Texas* 78 F 3d 932 (5th Cir 1996); Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 27; Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 44-45; Guernsey JB *Remedy* 84

¹²⁸ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 389

¹²⁹ Joubert DJ 1994 *De Jure* 14. Bevestiging van *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989) in Stone GR ea *Constitutional Law* 660.

regskool nie die grondwetlikheidstoets ten opsigte van gelykheid geslaag het nie.¹³⁰ Deur voorkeur te verleen het aan minderheidsgroepe op grond van regstellende aksie ten gunste van Swartmense en Latyns-Amerikaanse studente, het die universiteit onwettig gediskrimineer teen Blankes en ander nie-geïdentifiseerde minderhede. Die hof het bevind dat die Veertiende Amendement van die Amerikaanse grondwet nie hierdie tipe van regstellende aksie en diskriminasie toelaat nie. Ras mag dus nie as faktor aanwending vind by die toelating van studente tot die universiteit nie.¹³¹ Iemand mag wel spesiale behandeling kry by sy of haar toelating tot daardie universiteit, maar dan moet dit wees op grond van daardie persoon se spesiale omstandighede en nie weens die betrokke persoon se ras nie. Daar kan nie aanvaar word dat Swartmense en ander mense uit minderheidsgroepe nie aan die vereistes van die universiteit voldoen, wat gevolglik beteken dat hulle die voordele van regstellende aksie moet geniet nie.¹³²

Daar is geen rede om te glo dat dit nie dieselfde sal wees op ander terreine waar regstellende aksie by wyse van reservering geskied nie. Die redes vir hierdie verbod op reserverings is die feit dat daar nie alleen gediskrimineer word teen Blanke persone nie, maar ook alle ander persone wat nie aan die aangewese begunstigde ras behoort nie. Hierdie stelsel van reservering is direk in stryd met die beginsel van gelykheid soos dit in die Amerikaanse reg neerslag vind.¹³³

'n Belangrike beginsel is in die vroeëre saak van *Johnson v Transportation Agency*¹³⁴ neergelê ten opsigte van bevordering wat gemik is op regstellende aksie. Alhoewel hierdie saak oor regstellende aksie op grond van geslag gehandel het, is die beginsel net so van toepassing op regstellende aksie wat op rassegronde gebaseer is. Die hof het in hierdie saak bevind dat bevordering wel aangewend mag word ten gunste van die doelwitte van regstellende aksie veral as die gronde waarop die regstellende aksie gebaseer is slegs een van die gronde uitmaak waarop die betrokke bevordering beoordeel sal word. Niemand se regte mag onnodig geskend word in hierdie verband

¹³⁰ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 389

¹³¹ Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 27

¹³² Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 28

¹³³ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 44-45

nie en die hof het ook beslis dat niemand in elk geval enige regte ten opsigte van bevordering het nie.

Laasgenoemde moet onderskei word van die leerstuk van redelike verwagting soos dit in die Suid-Afrikaanse reg uitgekristalliseer het in veral die saak van *Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others*.¹³⁵ Ingevolge hierdie saak moet daar in die Suid-Afrikaanse reg, veral as dit op vorige optrede van die administratiewe orgaan gebaseer is en die verwagting bestaan dat sekere administratiefregtelike optrede geneem sal word wat mense se regte beïnvloed, eers gekonsulteer word met die party wat negatief geraak sal word deur die betrokke optrede.

Gebaseer op regstellende aksie sou dit kon beteken dat waar daar, soos in hierdie saak van *Traub*, die redelike verwagting bestaan dat sekere bevordering sal plaasvind, veral in die staatsdiens, eers met die persone wat negatief geraak word deur die regstellende aksie wat by wyse van bevordering geneem sal word, gekonsulteer word. Dit kan selfs wees dat die opstel van die regstellende aksie plan en die konsultasie met die verskillende groepe van werknemers daartydens, reeds voldoende konsultasie in hierdie verband daarstel. Om egter veilig te wees, word daar met respek voorgestel word dat daar deurentyd konsultasie plaasvind, veral as daar van lang gebruike afgesien word. Die redelike verwagting op bevordering sal egter in die huidige milieu deur omstandighede soos regstellende aksie en die werking van die Wet op Billike Indiensneming getemper word.¹³⁶

Die redelikheid van die betrokke regstellende aksie maatreëls is in elk geval tot 'n groot mate bepalend vir die geldigheid daarvan in die Amerikaanse reg. So sal die totale uitsluiting van manlike werknemers ten gunste van die minderheid van die werknemers op onregmatigheid neerkom.¹³⁷ Die oormatige reservering van plekke

¹³⁴ *Johnson v Transportation Agency* 480 US 616, 655-656 (1987); *Edwards* AB 1997 2 *Codicillus* 26; *Van Jaarsveld* M 2001 *Codicillus* 42

¹³⁵ *Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others* 1989 4 SA 731 (A) 761D-762C

¹³⁶ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 para [42]. Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

¹³⁷ *Sester v Novack* 638 F 2d 1137 (8th Cir 1981)

ten gunste van sekere bevooroordeelde groepe, of die onregverdige benadeling van persone wat nie regstellende aksie voordele geniet nie, sal ook onvanpas wees.¹³⁸

Die gepaste standaard om te bepaal of ras in 'n sekere situasie gepas is al dan nie, is die redelikheid van die optrede.¹³⁹ Die werkgewer sal in elk geval deurentyd goeie redes moet aantoon waarom daar teen sekere groepe gediskrimineer word, welke redes in die regstellende aksie plan vervat sal moet wees.¹⁴⁰ Aangesien die kwessie oor redelike verwagting egter eerder 'n administratiefregtelike kwessie is wat nie direk vir doeleindes hiervan relevant is in die Suid-Afrikaanse reg nie, sal dit nie hier verder geneem word nie.

4.5 Die bewyslas by regstellende aksie en onlangse verwikkelinge rondom regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika

Ten opsigte van die bewyslas, word daar in die Amerikaanse reg vereis dat die eiser moet bewys dat ras in ag geneem is by 'n besluit van die werkgewer wat op die werkplek van toepassing is.¹⁴¹ Hierna moet die werkgewer die rasionaliteit van sy besluit bewys, wat kan geskied deur 'n regstellende aksie plan aan te toon. By die aantoon van sodanige regstellende aksie plan, verskuif die bewyslas weer eens terug na die eiser om aan te toon dat die betrokke regstellende aksie plan ongeldig is. Hier kan die wanbalanse in die werkgewer se arbeidsmag, waartydens statistiese bewyse aangevoer mag word relevant wees, maar dit kan ook dui op die geldigheid van 'n bepaalde regstellende aksie plan. Hierdie reëls oor die bewyslas is neergelê in die saak van *McDonnell Douglas Corporation v Green*.¹⁴²

Ten opsigte van die bewyslas by regstellende aksie wat as sogenaamde remediërende regstellende aksie aangewend word, word daar terugverwys na die saak van *Wygant v*

¹³⁸ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 43

¹³⁹ *City of Richmond v JA Croson* 488 US 469, 500-501, 102 L Ed 854 (1989); Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 43

¹⁴⁰ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 43

¹⁴¹ Joubert DJ 1994 *De Jure* 13

¹⁴² *McDonnell Douglas Corporation v Green* 411 US 792 (1973)

*Jackson Board of Education*¹⁴³ waarin Regter Powell weer eens beslis het dat die owerheidsliggaam wat regstellende aksie maatreëls wil instel, vir hierdie doel oor sterk getuienis moet beskik wat aandui dat remediërende maatreëls nodig is:

This Court never has held that societal discrimination alone is sufficient to justify a racial classification. Rather, the Court has insisted upon some showing of prior discrimination by the governmental unit involved before allowing limited use of racial classifications in order to remedy such discrimination

Daar moet ten minste 'n *prima facie* saak daarvoor uitgemaak wees dat daar 'n oortreding van die grondwetlike of statutêre regte van minderhede was. Dit kan aangetoon word deur byvoorbeeld statistiek voor te lê wat die verskille toon tussen geskikte gekwalifiseerde minderhede in die spesifieke arbeidsveld teenoor hul verteenwoordiging by die spesifieke werkgewer. Blote ondervteenwoordiging van die minderheid ten opsigte van die betrokke sektor, gemeet aan hulle verteenwoordiging in die hele bevolking is nie genoegsaam om regstellende aksie in die sektor of in die betrokke arbeidsveld te regverdig nie. Dit moet spesifiek verband hou met geskikte gekwalifiseerdheid en nie die getalle van die minderheid in die nasionale bevolking as geheel nie.¹⁴⁴

Een van die groot verskille tussen die Amerikaanse en die Suid-Afrikaanse grondwette waarop daar hierbo net kortliks ingegaan is, maar waarop daar net vir 'n verdere wyle gefokus moet word, is die feit dat daar nie in die Amerikaanse grondwet, soos wat in ons eie land die geval is, spesifiek grondwetlik gesproke, voorsiening gemaak word vir regstellende aksie nie. Die feit dat hierdie uitdruklike voorsiening wel in ons Grondwet voorkom en by wyse van artikel 9(2) gemagtig word, hetsy *ex abundanti cautela* of nie,¹⁴⁵ is volgens Van der Vyver¹⁴⁶ egter aanduidend van die mate van geregtelike kontrole wat aan regstellende aksie toegeskryf sal kan word in

¹⁴³ *Wygant v Jackson Board of Education* 476 US 274, 90 L Ed 2d 260 (1986), US 106 S Ct 1842; Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 762-767.

¹⁴⁴ Pretorius JL 1996 TRW 147, 152

¹⁴⁵ Sien die opmerkings hieroor hieronder en ook Devenish GE *Commentary* 62 en Smith N 1995 SAJHR 89

die Suid-Afrikaanse reg. Van der Vyver meen dat die uitdruklike grondwetlike magtiging vir regstellende aksie in die Suid-Afrikaanse Grondwet, 'n Amerikaanse tipe van "strict scrutiny"-toets voorkom wanneer regstellende aksie voor die Suid-Afrikaanse howe sou land. Hy meen dat die toets na 'n dwingende regeringsbelang onvanpas sal wees in Suid-Afrika en dat daar hoogstens van "relaxed standards of scrutiny" gebruik gemaak sal kan word insoverre dit regstellende aksie betref wanneer dit voor ons howe land. Hierdie kwessie sal hieronder weer bespreking geniet wanneer die posisie in die Suid-Afrikaanse reg in baie meer detail bespreek word. Kortliks kan dit egter gestel word dat Van der Vyver reg kan wees wanneer dit by regstellende aksie kom wat in die staatsdiens en die instellings ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie toegepas word, maar nie noodwendig wanneer regstellende aksie byvoorbeeld in die private sektor toepassing vind nie. Die grondwetlike magtigings is immers verskillend, soos meer volledig hieronder sal blyk.

Teen die aanvang van die 1980's was die Amerikaanse populêre persepsies gekant teen regstellende aksie en het voormalige President Ronald Reagan 'n posisie teen regstellende aksie ingeneem¹⁴⁷ en begin om die befondsing van die federale agentskappe wat die ondersteuning tot die toepassing van regstellende aksie moes verskaf, ernstig te besnoei.¹⁴⁸ President Reagan het selfs gedreig om die uitvoerende bevel van President Johnson te herroep, maar nadat dit duidelik begin word het dat veral groot Amerikaanse maatskappye steeds sou voortgaan met aggressiewe regstellende aksie programme, blyk dit dat daar van hierdie voorneme afgesien is.¹⁴⁹ Baie Amerikaners het gemeen dat die howe en die owerhede nie meer konsekwent was met die toepassing van regstellende aksie en die beginsel van gelykheid nie en selfs die huidige *Supreme Court* Regter Thomas Scalia het hom as destydse universiteitsprofessor soos volg uitgelaat:¹⁵⁰

"I have grave doubts about the wisdom of where we are going in affirmative action, and in equal protection generally. It is increasingly

¹⁴⁶ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 390

¹⁴⁷ Maltz EM *Rethinking* 92

¹⁴⁸ Mills N *Introduction* 19

¹⁴⁹ Qunta C *Survival Guide* 32

¹⁵⁰ Mills N *Introduction* 16-17

difficult to pretend to one's students that the decisions of the Supreme Court are tied together by threads of logic and analysis – as opposed to what seems to be the fact that the decisions of the justices on the Court are tied together by threads of social preference and predisposition."

Ook die Amerikaanse *Supreme Court* het al hoe meer toegewildheid begin toon ten gunste van die werkgewers. Dit beteken die Amerikaanse gety het gedraai teen die idees van regstellende aksie en die bevordering en die beskerming van minderhede. Hierdie benadering het al hoe meer spoed opgetel namate meer registers deur President Reagan aangestel is wat gekant was teen regstellende aksie. Die teenaanslag hiertoe het gekom by wyse van die *Civil Rights Act*, 1991 wat 'n poging deur die Amerikaanse Kongres was om meer beskerming aan minderhede en vroue te kon verleen in die werkplek, onder andere by wyse van regstellende aksie.¹⁵¹ Regstellende aksie is die afgelope aantal jare aan baie strenger reëls, regulasies en riglyne onderwerp en die Amerikaanse howe het reeds die stelsel waarvolgens sekere staatskontrakte uitgehou is vir sekere minderheidsrassegroepe, ongeldig verklaar in die saak van *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al.*¹⁵² Hierdie was 'n bevestiging en die verder neem van 'n vroeëre erkenning deur die Amerikaanse *Supreme Court* in *Croson* dat die reservering van ongeveer 30% van staatskonstruksiekontrakte vir maatskappye en instellings wat deur rasseminderheidsgroepe besit is, nie die toets van grondwetlikheid geslaag het op plaaslike, deelstaat- of federale vlak nie.¹⁵³ Die saak van *Adarand Construction* het weer eens die beginsel van 'n kleurblinde uitleg van die Amerikaanse grondwet ingevoer en bevestig dat regstellende aksie slegs geregtig was in gevalle waar dit streng gefokus was op die bereiking van 'n dwingende staatsbelang.¹⁵⁴ "Strict scrutiny" sal uit hoofde van die voorgaande nou ook op federale tersydestellings van toepassing gemaak word en die volgende *dictum* van Regter O'Connor wat "strict scrutiny" definieer, is in hierdie saak van toepassing:¹⁵⁵

¹⁵¹ Guernsey JB *Remedy* 40-41

¹⁵² *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 115 S Ct 2097 (1995) in Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 44

¹⁵³ *City of Richmond v JA Croson Co* 488 US 468 (1989); Venter F 2001 *PER* 7

¹⁵⁴ *Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al* 515 US 200 (1995) in Venter F 2001 *PER* 7; Ducat CR *Individual* 1256

¹⁵⁵ In Edwards AB 1997 2 *Codicillus* 29

When race based action is necessary to further a compelling interest, such action is within constitutional constraints if it satisfies the 'narrow tailoring' test this court has set out in previous cases.

Hierna het die voormalige Amerikaanse President Bill Clinton bepaal dat alle regstellende aksie programme op federale vlak beëindig of hervorm moes word indien dit een van die volgende sou wees.¹⁵⁶

- (i) 'n kwotastelsel;
- (ii) 'n voorkeur sou verskaf aan ongekwalifiseerde individue;
- (iii) omgekeerde diskriminasie sou veroorsaak;
- (iv) sou voortgaan as die doelwitte van die regstellende aksie reeds bereik is; en
- (v) in stryd met die grondwetlike standaarde sou wees.

Die stryd teen regstellende aksie in die Amerikaanse reg het egter groot oorwinnings behaal, veral in die deelstaat van Kalifornië, op 'n stadium toe regstellende aksie in die Suid-Afrikaanse reg vir die eerste keer wetgewende magtiging begin verkry het, by wyse van onder andere die Wet op Billike Indiensneming. Na aanleiding van 'n referendum in Kalifornië gedurende 1996 oor die sogenaamde "Proposition 209" wat in wese handel het oor die voortgesette toepassing van regstellende aksie, is die Kaliforniese grondwet gewysig ten einde vir alle praktiese doeleindes die einde van regstellende aksie daar te beteken het.¹⁵⁷ Met 'n meerderheid van 54% teenoor 46% is hierdie voorstel om regstellende aksie in daardie deelstaat te beëindig het, deur die kiesers van Kalifornië aanvaar en 'n soortgelyke voorstel is in 1998 deur die kiesers van die federale deelstaat Washington aanvaar by wyse van 'n referendum meerderheid van 59% teenoor 41%.¹⁵⁸ Interessant genoeg en in lyn met die voormelde het die Universiteit van Kalifornië, waar die *Bakke*-saak sy oorsprong gehad het, teen 1997 besluit om geen toelatings meer te doen op grond van ras, geslag

¹⁵⁶ Van Jaarsveld M 2001 *Codicillus* 44

¹⁵⁷ Venter F 2001 *PER* 7; Guernsey JB *Remedy* 90

¹⁵⁸ Ducat CR *Individual* 1256

of etnisiteit nie. Daar is verwag dat die getalle van veral Swart en Latyns-Amerikaanse studente met tussen 40% en 50% sou daal.¹⁵⁹

4.6 *Samevatting van die Amerikaanse regsposisie rondom regstellende aksie*

Venter is van mening dat al hierdie gebeure aantoon dat hierdie swaai van die pendulum in die Amerikaanse reg, eers ten gunste van regstellende aksie en daarna weer na die teenkant toe, toon hoe die Veertiende Amendement se uitleg deur die howe oor tyd gewysig is, totdat ons nou weer sien hoe daar teruggekeer is na 'n feitlik totaal kleurblynde benadering ten opsigte van gelykheid, behalwe ten opsigte van die uitsonderings soos hierbo aangetoon. Hy meen in 'n siniese sin dat dit ook kan wees dat die meerderheid van die bevolking se siening dalk bloot meer deurslaggewend kan wees om die inhoud van grondwetlike waardes te bepaal as ander faktore. Barrie is ook hierdie mening toegedaan en stel dit duidelik dat die waardes van die meerderheid van die bevolking deurentyd deurslag gevind het in die Amerikaanse reg, insoverre dit die ontwikkeling van hul gelykheidsfilosofie betref het.¹⁶⁰ As dit die geval is in Suid-Afrika, kan ons immers aanvaar dat regstellende aksie ten gunste van die meerderheid van die bevolking nog baie lank met ons gaan wees, indien nie vir altyd nie. Daarmee saam gesien moet daar onthou word dat anders as die Amerikaanse grondwet waar daardie grondwet uitgelê moes word om vir regstellende aksie te kon voorsiening maak, is die Suid-Afrikaanse grondwetlike teks juis geskryf om voorsiening te kon maak vir regstellende aksie, soos meer volledig hieronder sal blyk. Vanuit 'n ander hoek beskou, het wyle Professor JD Joubert selfs sover gegaan as om te stel dat as regstellende aksie dan as diskriminasie gesien word, daar geen rede bestaan waarom die meerderheid nie teen homself mag diskrimineer nie.¹⁶¹ Op die keper beskou is hierdie standpunt, veral in die Suid-Afrikaanse reg, soos meer duidelik hieronder sal blyk, nie noodwendig regtens gesproke suiwer nie. Hierdie argument van Joubert faal hoofsaaklik weens die feit dat die fundamentele regte wat in die Handves van Regte vervat is, individuele regte is en dat elke individu daarop geregtig is om nie die slagoffer te wees van onbillike diskriminasie nie, ongeag of dit sy eie groep is wat

¹⁵⁹ Guernsey JB *Remedy* 84

¹⁶⁰ Barrie GN 1993 *TSAR* 729-731

¹⁶¹ Joubert DJ 1994 *De Jure* 10

teen hom diskrimineer of nie. Hierteenoor was regstellende aksie in die Amerikaanse reg vir lank 'n groepsremedie wat ten gunste van groepe eerder as individue aangewend is en die Amerikaanse *Supreme Court* het dit by meer as een geleentheid ten gunste van hierdie opinie uitgespreek.¹⁶² Na die uitspraak in *Croson* is dit egter duidelik dat regstellende aksie slegs ten gunste van individue toegepas kan word wat self onder die nadele van diskriminasie gely het.¹⁶³

Wat egter wel duidelik is, is dat die Amerikaners duidelik deesdae 'n argumenteringslyn inslaan wat totaal gekant is teen uitsonderings op die reg op gelykheid en vereis dus dat almal gelyk behandel word. Soos hieronder aangetoon sal word, is die Suid-Afrikaanse reg nog ver van daardie ontwikkelingspunt af, veral gesien teen die agtergrond dat gelykheid van uitkomst vir die meeste Suid-Afrikaners nog geensins eens op die horison in sig is nie. In elk geval sal daar veel verder op hierdie kwessie uitgebrei word hieronder insoverre dit regstellende aksie betref, maar veral op die gebied van kwotas en reservering van plekke ten gunste van groepe teen wie daar in die verlede gediskrimineer is.

¹⁶² *Local 28 Sheet Metal Workers International Association v EEOC* 478 US 421, 482 (1986); *Wygant v Jackson Board of Education* 476 US 288, US 106 S Ct 1842, 90 L Ed 2d 260, 277-278 (1986); Pretorius JL 1996 TRW 150; Ducat CR *Individual* 1247

¹⁶³ *Stone GR ea Constitutional Law* 657, 660; Ducat CR *Individual* 1246

HOOFSTUK 5: DIE GRONDWET VAN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA 108 VAN 1996 EN REGSTELLEDE AKSIE

5.1 Menswaardigheid

5.1.1 Die plek van menswaardigheid in die Grondwet

Die bepaling wat die reg op die respektering en beskerming menswaardigheid verskans, is 'n baie kort bepaling wat in die Handves van Regte vervat is en lees eenvoudig soos volg:

Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.

Die bepalings rondom die beskerming van die reg op menswaardigheid in die Oorgangsgrondwet en die Finale Grondwet verskil nie substansieel nie, behalwe dat die Grondwet hierdie reg as "ingebore" stel. Vir doeleindes hiervan kan aanvaar word dat die twee betekenisse dieselfde is.¹ Weens die sentrale rol wat die reg op menswaardigheid in die Suid-Afrikaanse regsorde vervul, is dit net gepas dat die reg op menswaardigheid in hierdie studie eerste aan die beurt kom vir bespreking, veral insoverre dit op die regsrae wat in hierdie proefskrif onder bespreking is, van toepassing gemaak kan word. Daarna sal die reg op gelykheid in verband met die regsrae hierin, in verband daarmee onder die loop van bespreking geneem word.

Menswaardigheid word as grondwetlike waarde die eerste keer in die Grondwet aangetref in artikel 1(a), as deel van die funderingsbepaling van die regstaat, waar dit as een van die waardes waarop die land gegrond is, aangegee word.² As grondwetlike

¹ Davis D "Dignity" in Davis D, Cheadle H en Haysom N *Fundamental rights in the Constitution: Commentary and Cases* (Juta Kaapstad 1997) 70-75 70

² Artikel 1: Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine staat, gegrond op die volgende waardes:

- (a) Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede.
- (b) Nie-rassigheid en nie-seksisme.
- (c) Die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg.

waarde hou menswaardigheid verband met 'n inherente menslike eienskap waaroor alle mense beskik. Alle mense beskik oor inherente waardigheid. Hierna kom menswaardigheid eers weer voor in artikel 7(1) van die Grondwet, die inleidingsbepaling tot die Handves van Regte, waarin dit gestel word dat die Handves van Regte nie net die regte van die mense in die land verskans nie, maar ook die waardes van *menswaardigheid*,³ gelykheid en vryheid.⁴ Hier het menswaardigheid as fundamentele reg te make met die reg op die respektering en beskerming van die inherente eienskap van menswaardigheid waaroor alle mense beskik. Die reg op die respektering en beskerming van menswaardigheid, dit wil sê die fundamentele reg op menswaardigheid, beskerm dus die menslike eienskap van menswaardigheid wat as grondwetlike waarde verskans is. Daar moet ook gelet word op die feit dat die ander twee waardes in artikel 1(a) vervat, naamlik vryheid en gelykheid, as prosesse gestel word, teenoor menswaardigheid wat reeds 'n vasgestelde waarde is, wat reeds bereik is.⁵ Elkeen het ingebore waardigheid en dit is nie iets wat bereik moet word soos vryheid en gelykheid nie. Wanneer iemand gebore word, het hy reeds menswaardigheid as 'n ingebore fundamentele reg, tot die volste omvang daarvan,⁶ maar hy is nie noodwendig so vry en gelyk as ander mense nie. Laasgenoemde is prosesse wat bereik moet word. In hierdie verband moet die reg op lewe genoem word. Die reg op lewe bestaan reeds ten volle vanaf geboorte, maar is nie soos menswaardigheid 'n grondwetlike waarde is nie. Lewe is immers nie 'n menslike eienskap nie, terwyl menswaardigheid dit wel is. Dit is juis weens menswaardigheid

- (d) Algemene stemreg vir volwassenes, 'n nasionale gemeenskaplike kieserslys, gereelde verkiesings en 'n veelpartystelsel van demokratiese regering, om verantwoordingspligtheid, 'n responsiewe ingesteldheid, en openheid te verseker.

³ Eie beklemtoning

⁴ Artikel 7(1): Hierdie Handves van Regte is 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.

⁵ Swanepoel J 1998 *PER* 10-11

⁶ *S v Williams & Others* 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH) para [77] soos bespreek in Angus L "S v Williams CCT/20/94; 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH)" 1996 *SAJHR* 142-145 144 en Sarkin J "Problems and challenges facing South Africa's Constitutional Court: An evaluation of its decisions on capital and corporal punishment" 1996 *SALJ* 71-85 80-85. In *S v Jordan and Others* 2002 6 SA 642 (KH) para [74] is hierdie feit erken en het die Konstitusionele Hof bevind dat beoefening van prostitusie afbreuk doen aan die inherente menswaardigheid van die betrokke prostituee.

vanaf geboorte dat elkeen die reg op lewe het en nie andersom nie, maar daar sal in meer detail oor hierdie kwessie hieronder uitgebrei word.⁷

Daarteenoor staan die *African Charter of Human and Peoples' Rights*⁸ wat menswaardigheid, vryheid, gelykheid en geregtigheid as prosessuele doelwitte stel om bereik te word, teenoor die Handves van die Verenigde Nasies⁹ wat weer spesifiek menswaardigheid en gelykheid, as prosessuele doelwitte stel wat bereik moet word.¹⁰ Suid-Afrika is 'n ondertekenaar van die *African Charter on Human and Peoples' Rights*¹¹ en was een van die stigterslede van die Verenigde Nasies – die destydse Suid-Afrikaanse Eerste Minister, Generaal Jan Christiaan Smuts, was immers verantwoordelik vir die skryf van die Handves van die Verenigde Nasies. Baie van die internasionale verdrae se doel was om niteenstaande die ideologiese verskille wat tussen die ondertekenaars van die verdrae gegeld het, steeds die belangrikheid van menswaardigheid, te kon erken kry op internasionale vlak.¹²

Hierdie sentrale rol van menswaardigheid word egter verder gevoer in die Grondwet, deurdat dit ook in artikel 36, welke artikel die beperkingsbepaling van die Handves van Regte daarstel, aangetref word en sentraal daarin staan.¹³ Ingevolge artikel 36(1), kan die regte in die Handves van Regte vervat, slegs volgens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word wat regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese

⁷ Vir doeleindes van hierdie bespreking sal die slaggate van argumente rondom abortsie en die reg op lewe vermy word.

⁸ Die *African Charter on Human and Peoples' Rights* is aanvaar op die agtiende Vergadering van Staats- en Regeringshoofde van die Organisasie vir Afrika-Eenheid op 17 Junie 1981 en het in werking getree op 21 Oktober 1986. Naldi GJ "Notes and comments: Limitation of rights under the African Charter on Human and People's Rights: The contribution of the African Commission on Human and People's Rights" 2001 *SAJHR* 109-118 109

⁹ Die Handves van die Verenigde Nasies is op 26 Junie 1945 te San Francisco onderteken aan die einde van die Verenigde Nasies Konferensie op Internasionale Organisasie en het in werking getree op 24 Oktober 1945.

¹⁰ In Swanepoel J 1998 *PER* 16

¹¹ Hierdie akte beskerm ook die regte op gelykheid in die volgende artikels daarvan:

3(1). Every individual shall be equal before the law.

3(2). Every individual shall be entitled to equal protection of the law.

15. Every individual shall have the right to work under equitable and satisfactory conditions, and shall receive equal pay for equal work.

19. All peoples shall be equal; they shall enjoy the same respect and shall have the same rights. Nothing shall justify the domination of a people by another.

¹² Basson AC "Die ontwikkeling van ekonomiese regte" 1994 *SAPR* 94-112 103

¹³ *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35]; Rautenbach IM 2001 *TSAR* 635

samelewing, gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.¹⁴ Wanneer die regte in die Handves van Regte by wyse van die beperkingsbepaling gebalanseer word, moet daar altyd gevra word hoe menswaardigheid beide as reg, maar ook as grondwetlik verskanste waarde, geaffekteer word.¹⁵ In die uitlegbepaling van die Handves van Regte, artikel 39, word die reg op menswaardigheid, tot niemand se verbasing nie, weer eens aangetref. Ingevolge hierdie artikel word dit aan die regsprekers in ons land opgedra om by die uitleg van die Handves van Regte, die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing wat gebaseer is op menswaardigheid, vryheid en gelykheid ten grondslag lê, te bevorder.¹⁶ Hierdie stelling impliseer opsigelf dat daar meer waardes is as bloot die drie wat hier genoem word, wat bevorder moet word. In hierdie verband moet artikel 1 van die Grondwet duidelike aandag geniet, aangesien hierdie stelling ook impliseer dat die ander grondwetlike waardes deur menswaardigheid, vryheid en gelykheid onderlê word. Laastens moet dit genoem word dat die reg op menswaardigheid, in gevalle van 'n noodtoestand, op geen wyse aangetas mag word nie.¹⁷

5.1.2 Die inhoud en betekenis van menswaardigheid

Die Hoogste Hof van Appèl het reeds in 1979 'n definisie van menswaardigheid aanvaar wat hierdie begrip gelykstel met onder andere status, eer en reputasie.¹⁸ Daar is egter al beslis dat die reg op menswaardigheid, soos vervat in artikel 10 van die Handves van Regte, meer omvangryk is as die Romeins-Hollandse konsep van *dignitas* en dit kan ook die reg op 'n reputasie insluit.¹⁹

¹⁴ Artikel 36(1): Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, ...

¹⁵ *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 4 SA 757 (KH); 1998 12 BCLR 1449 (KH) para [15]; *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35]

¹⁶ Artikel 39(1) By die uitleg van die Handves van Regte –
 (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder;
 (b) ...

¹⁷ Artikel 37(5)(c)

¹⁸ *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1979 1 SA 441 (A)

¹⁹ *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) 690G-H; 1994 5 BCLR 19 (OK); *Holomisa v Argus Newspaper Limited* 1996 2 SA 588 (W) 598E-F; 1996 6 BCLR 836 (W); *Bogoshi v*

Davis meen dat die reg op menswaardigheid selfs nog meer belangrik is as die reg op lewe. Dit is ook 'n kernreg in die internasionale publiekreg en stel die morele regverdiging daar vir baie ander universeel aanvaarde fundamentele regte. Die aard van die reg op menswaardigheid vereis respek vir al 'n persoon se regte.²⁰ So word hierdie reg erken in baie van die internasionale menseregte-aktes, onder andere die *Universal Declaration of Human Rights*²¹ wat in die aanhef daarvan die inherente menswaardigheid en die gelyke en onvervreembare regte van alle mense as die fondament van vryheid, geregtigheid en vrede stel. Die *Universal Declaration of Human Rights* verklaar verder in artikel 1 daarvan dat: "all human beings are born free and equal in dignity and rights..." Die *African Charter on Human and Peoples' Rights* beskerm daarenteen in artikel 5 van daardie akte, die reg op menswaardigheid baie soos die Suid-Afrikaanse Grondwet: "every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being." Daarteenoor beskerm die Amerikaners hierdie reg in artikel 11(1) van die *American Convention on Human Rights* as volg: "everyone has the right to have his honour respected and his dignity recognised."

5.1.3 Die benadering van die Konstitusionele Hof teenoor menswaardigheid

Die Konstitusionele Hof het nie lank geneem om die reg op menswaardigheid as een van die belangrikste regte in die Handves van Regte te erken nie. Reeds in die inogurele uitspraak²² van die Konstitusionele Hof, in die saak van *S v Makwanyane*

National Media Limited and Others 1996 3 SA 78 (W); *McNally v M and G Media (Pty) Ltd* 1997 4 SA 267 (W); 1997 6 BCLR 818 (W); *Rivett-Carnac v Wiggins* 1997 3 SA 80 (K); 1997 4 BCLR 80 (K); *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 BCLR 401 (KH) para [15]

²⁰ Davis D *Dignity* 70, 74; Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Butterworths Durban 1998) 51

²¹ Die *Universal Declaration of Human Rights* is op 10 Desember 1948 deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar en afgekondig by wyse van Resolusie 217A(III). Die stemming was 48 ten gunste van die resoluie en 8 state het buite stemming gebly, naamlik Wit-Rusland, die destydse Tsjeggo-Slowakye, Saudi-Arabië, Oekraïne, die voormalige USSR, Joegoe-Slawië en Suid-Afrika.

²² Streng gesproke was die saak van *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH), die eerste uitspraak van die Konstitusionele Hof, maar die saak van *Makwanyane* word allerweë as die inogurele uitspraak van hierdie hof beskou, ook weens die gewigte aangeleentheid wat in hierdie saak voor die hof gedien het, naamlik die grondwetlikheid van die doodstraf. Die inhoud en betekenis van die *Zuma*-beslissing word in detail onder die loep geneem in Erasmus G "The first judgment of the Constitutional Court: what does it tell us?" *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 5 BCLR 401 (SA)" 1995 SAPR 215-

and Another,²³ het hierdie hof bevind dat die reg op menswaardigheid saam met die reg op lewe, die belangrikste regte in die Handves is.²⁴ Dit is in daardie uitspraak erken dat die reg op menswaardigheid die fondament, of bron is van menigte ander regte wat ook in die Handves verskans is.²⁵

In 'n regstaat waar fundamentele regte erken word, moet menswaardigheid sentraal staan tot die ander regte in die Handves en voorsien dit ook die grondslag vir die reg op gelykheid.²⁶ Net soveel as wat elke persoon oor gelyke menswaardigheid beskik, moet elkeen as gelyke behandel word, met gelyke respek.²⁷ Om dus 'n skending van gelykheid te bewys, moet daar gewys word op 'n skending van menswaardigheid.²⁸ Respek vir menswaardigheid beteken ook dat die uitoefening van owerheidsgesag

225. Gutto SBO "The Constitutional Court's opening salvo in confronting the fundamental 'mischief' of the past and sowing seeds for the new SA jurisprudence *S v Zuma* CCT 5/94 1995 2 SA 642 (KH); 1995 5 BCLR 401 (SA) 1995" 1996 SAJHR 47-55 en Mosikatsana T "S v Zuma and Others CCT/5/94; 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 BCLR 401 SA" 1996 SAJHR 132-135.

²³ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) para [144]; Davis DM *Democracy* 71-72.

²⁴ Hierdie uitspraak word volledig bespreek in Bronstein V 1996 SAJHR 138-142 en Sarkin J 1996 SALJ 71-80.

²⁵ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) parr [144], [324], [328]-[329]: "Thus recognition and protection of human dignity is the touchstone of the new political order and is fundamental to the new Constitution..". Hierdie lyn van denke is ook in die latere sake van die Konstitusionele Hof beklemtoon oa *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [28] ("the right to dignity is a cornerstone of our constitution"); *Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH) para [20]; 1997 2 BCLR 153 (KH) 161; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) parr [47], [51], *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41], *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) parr [31]-[33]; Bevestig in die saak van *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) parr [17]-[18]. Davis DM *Democracy* 95; Cowen S "Can dignity guide SA's equality jurisprudence?" 2001 SAJHR 34-58 34-35; Du Plessis LM 1997 *Stellenbosch Law Review* 185; Goolam NMI 2001 *PER* 1; L'Heureux-Dubé C 1997 SAJHR 352; Schooling H 1999 *Responsa Meridiana* 1.

²⁶ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 231; *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) parr [31]-[33]; *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) parr [46], [50]-[53]; *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35];

²⁷ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [30] ("the rights of equality and dignity are closely related")

²⁸ Cowen S 2001 SAJHR 34-35

gebaseer moet wees op respek vir mense as menslike wesens.²⁹ Selfs al is 'n spesifieke reg nie in die Handves van Regte vervat nie, sal die Konstitusionele Hof daaraan beskerming verleen indien dit verband hou met menswaardigheid. In hierdie verband kan gekyk word na die reg om in die huwelik te tree en 'n familie te begin,³⁰ die verbod op die trekarbeid- en paswetstelsels,³¹ laster,³² sekere metodes vir die ondersoek van misdade,³³ die verbod op die doodstraf³⁴ en die verbod op lyfstraf, wat in beide Suid-Afrika³⁵ en Namibië³⁶ op grond van menswaardigheid as ongrondwetlike praktyke bevind is. Hierdie is almal voorbeelde van kwessies wat nie direk in die Handves van Regte verskans is nie, maar wat verband hou met die reg op menswaardigheid en waaraan die hof uiting verleen het. Vir dieselfde rede sal daar, soos hieronder sal blyk, nie van die reg op menswaardigheid vergeet kan word wanneer ons handel met regstellende aksie, wat juis daarop gemik is om te help om aan benadeelde persone groter menswaardigheid te verleen nie. Maar ander persone, die slagoffers van regstellende aksie, se menswaardigheid mag nie in hierdie verband buite rekening gelaat word nie..

In die saak van *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*³⁷ het die Konstitusionele Hof in 'n saak wat gehandel het oor die grondwetlikheid van die misdaad van sodomie,³⁸ beslis dat daardie verbod

²⁹ *The Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH); 2000 11 BCLR 1169 (KH) para [83]; Rautenbach IM *Staatsreg* 2de uitg (Butterworths Durban 1996) 329

³⁰ *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [37]

³¹ *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 4 SA 744 (KH); 1996 10 BCLR 1253 (KH) para [100]

³² *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) 690; 1994 5 BCLR 19 (OK)

³³ *S v Huma* 1996 1 SA 232 (W) 236

³⁴ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) parr [271]-[272], [282], [313], [327]-[329], [331], [335]-[337], [346]

³⁵ *S v Williams & Others* 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH) para [39]

³⁶ *Ex Parte Attorney-General, Namibia: In Re Corporal Punishment by Organs of State* 1991 3 SA 76 (Nm) 87D-H

³⁷ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) parr [28], [120] – hierna genoem die sodomie-saak.

³⁸ Die eerste saak waar die kriminalisering van sodomie as ongrondwetlik verklaar is, was die saak van *S v Kampher* 1997 9 BCLR 1283 (K); 1997 4 SA 460 (K); 1997 2 SACR 418 (K) en hierdie saak word volledig bespreek in Louw R "Sexual orientation, the right to equality and the common law offence of sodomy: *S v Kampher* 1997 2 SACR 418 (C)" 1998 *SA Journal of*

'n ongrondwetlike inbreukmaking op die reg op menswaardigheid is.³⁹ Die hof het beslis dat dit duidelik is dat ons ten minste moet erken dat die grondwetlike waarborg van menswaardigheid, die waarde ("value and worth") van elke individu moet erken as lede van ons gemeenskap.

Gevolgtrek is menswaardigheid nie net 'n waarde van die Grondwet en die regstaat nie, maar ook 'n beregbare en afdwingbare fundamentele reg wat gerespekteer en beskerm moet word.⁴⁰

5.1.4 Menswaardigheid en regstellende aksie

Die verband tussen die reg op menswaardigheid en regstellende aksie is nog nie deur die Suid-Afrikaanse hof oorweeg nie, maar het wel in die Namibiese saak van *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others*⁴¹ aandag geniet. Regstellende aksie word deur die Namibiese grondwet⁴² veroorloof in artikel 23 van daardie grondwet, wat soos volg lees:

- (1) The practice of racial discrimination and the practice and ideology of apartheid from which the majority of the people of

Criminal Justice 112-117 en Singh D "The refusal to recognize same-sex marriages – a Pandora's box of inequalities" 1999 *De Jure* 29-43 31-34.

³⁹ Hierdie uitspraak word volledig bespreek in: Albertyn C en Goldblatt B "Cases and comments: The decriminalization of gay sexual offences: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1998 6 BCLR 726 (W)" 1998 *SAJHR* 461-472; Blake RC "The frequent irrelevance of US judicial decisions in South Africa: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH)" 1999 *SAJHR* 192-200; De Vos P "Sexual orientation and the right to equality in the SA Constitution: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others*" 2000 *SALJ* 17-25; Freedman W "Formal versus substantive equality and the jurisprudence of the Constitutional Court: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998 12 BCLR 1517 (KH); 1999 1 SA 6 (KH)" 2000 *THRHR* 314-320; Pantazis A "How to decriminalize gay sex: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH)" 1999 *SAJHR* 188-192. Hierdie kwessie en die argumente oor die ongrondwetlikheid van die verbod op homoseksualiteit word bespreek in Cameron E "Sexual orientation and the constitution: a test case for human rights" 1993 *SALJ* 450-472 en Katz MP "Close encounters of the third kind: Privacy, equality and the expression of homosexual preference" 1998 *SAJHR* 308-320.

⁴⁰ *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35]

⁴¹ *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1996 4 SA 965 (Nm); Van Zyl LJ "What do women want from the law?" 1992 *SALJ* 509-518 517.

⁴² *Constitution of Namibia Act* 1 of 1990. Hierna genoem die Namibiese grondwet.

Namibia have suffered for so long shall be prohibited and by Act of Parliament such practices, and the propagation of such practices, may be rendered criminally punishable by the ordinary courts by means of such punishment as Parliament deems necessary for the purposes of expressing the revulsion of the Namibian people at such practices.

- (2) Nothing contained in art 10 hereof shall prevent Parliament from enacting legislation providing directly or indirectly for the advancement of persons within Namibia who have been socially, economically or educationally disadvantaged by past discriminatory laws or practices, or for the implementation of policies or programmes aimed at addressing social, economic or educational imbalances in the Namibian society arising out of past discriminatory laws or practices, or for achieving a balanced restructuring of the public service, the police force, the defence force, and the prison service.
- (3) In the enactment of legislation and the application of any policies and practices contemplated by subarticle (2) hereof, it shall be permissible to have regard to the fact that women in Namibia have traditionally suffered special discrimination and that they need to be encouraged and enabled to play a full, equal and effective role in the political, social, economic and cultural life of the nation.

Hiermee saam is dit belangrik om ook te let op twee bepalings van die hoofstuk van die Namibiese grondwet wat handel met fundamentele regte en wat direk op hierdie situasie van regstellende aksie van toepassing is. In die eerste plek moet daar gelet word op die Namibiese gelykheidsbepaling⁴³ en tweedens op die beskerming van menswaardigheid⁴⁴ in die Namibiese grondwet. Die redes hiervoor is eerstens ter wille van regsvergelyking, met spesifieke verwysing na die Suid-Afrikaanse grondwetlike waardes van menswaardigheid en die bereiking van gelykheid. Ten

⁴³ Artikel 10 van die Namibiese grondwet

tweede word artikel 23 van die Namibiese grondwet, as die Namibiese magtigingsbepaling vir regstellende aksie en die eweknie van die Suid-Afrikaanse grondwetlike artikel 9(2), spesifiek aangemerkt as 'n uitsondering op die reg op gelykheid in daardie land en moet daar dus gelet word op daardie Namibiese fundamentele reg. Laastens het die *Kauesa*-saak spesifiek gehandel oor die verband tussen regstellende aksie in Namibië en die reg op menswaardigheid in daardie land. Dit word hier aan die hand gedoen dat weens die soortgelyke aard van die twee grondwette, wetgewing en regsposisies van hierdie twee lande, is die posisie soos dit in die *Kauesa*-saak uiteengesit is, netso in die Suid-Afrikaanse reg van toepassing. Hierdie Namibiese grondwetlike bepalings lui as volg:

8. Respect for Human Dignity

- (1) The dignity of all persons shall be inviolable.
- (2) (a) In any judicial proceedings or in any other proceedings before any organ of State, and during the enforcement of a penalty, respect for human dignity shall be guaranteed.
- (b) No persons shall be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

10. Equality and Freedom from Discrimination

- (1) All persons shall be equal before the law.
- (2) No persons may be discriminated against on the grounds of sex, race, colour, ethnic origin, religion, creed, or social or economic status.

Die feite in hierdie saak van *Kauesa*, het nie direk met regstellende aksie gehandel nie, maar belangrike opmerkings word wel in die Namibiese konteks ten opsigte van regstellende aksie gemaak insoverre dit met menswaardigheid in daardie land verband hou. Weens die soortgelyke geskiedenis van die twee lande, sowel die aard, reg en grondwet van Namibië gemeet teenoor ons eie, word hierdie beslissing ten opsigte

van die verband tussen regstellende aksie en menswaardigheid spesifiek voorgehou as sou hierdie beslissing van die Namibiese hooggeregshof, netso in Suid-Afrika van toepassing gemaak kan word. Soos in artikel 9(2) van die Suid-Afrikaanse Grondwet, word daar ook in artikel 23(2) van die Namibiese grondwet voorsiening gemaak vir die staat om regstellende aksie te onderneem, maar soos hier te lande, is daar geen absolute verpligting op die staat om dit te doen nie.⁴⁵

Die appellant, 'n offisier in die Namibiese polisie, was 'n lid van 'n besprekingspaneel op 'n Namibiese televisieprogram, waartydens regstellende aksie, en die herstrukturering van die staatsdiens en ander instellings oorweeg is. As gevolg van sekere opmerkings wat deur die appellant ten tyde van die televisieprogram gemaak is, is hy aangekla van die oortreding van ondergeskikte Namibiese wetgewing⁴⁶ wat dit strafbaar gestel het indien enige lid van die polisie in die openbaar negatiewe opmerkings oor die administrasie van die polisiemag gemaak het. Gevolglik het die grondwetlikheid van hierdie ondergeskikte wetgewing in dié saak ter sprake gekom, aangesien die Namibiese grondwet in artikel 21(1)(a) daarvan, die reg op vryheid van spraak en uitdrukking waarborg.⁴⁷ Die hof het bevind dat die doel van die gewraakte strafbepaling was om polisiebeamptes te straf, ongeag of die opmerkings wat deur hulle in die openbaar gemaak waar of onwaar was. Solank as wat dit ongunstig was teenoor die polisie, was sodanige opmerkings strafbaar.⁴⁸ Gevolglik is die gewraakte bepaling wat gepromulgeer is tydens die Suid-Afrikaanse administrasie van die voormalige Suidwes-Afrika, bevind te wyd geformuleer te wees vir die hedendaagse grondwetlike Namibië en is dit dus as ongrondwetlik verklaar.⁴⁹

Wat deur die appellant op televisie gestel is, het oor regstellende aksie gehandel en aangesien die appèlhof nie dit wat die hof *a quo* ten opsigte van die verband tussen die reg op menswaardigheid en regstellende aksie in twyfel getrek het nie, kan daar aanvaar word dat die Namibiese hooggeregshof die benadering van die hof *a quo*

⁴⁵ De Villiers B "Social and Economic Rights" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 599-628 613

⁴⁶ Reg 58(32) gepubliseer in GK R203 in SK 791 gedateer 14 Februarie 1964

⁴⁷ *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1996 4 SA 965 (Nm) 970I-972D, 981F-982E

⁴⁸ Op 984F-G

⁴⁹ Op 984G-I, 987E-F, 988B, 988E

onderskryf het. In die verhoorsaak,⁵⁰ het die hof beslis dat alhoewel die Namibiese grondwet regstellende aksie veroorloof, dit nie die oortreding van die reg op menswaardigheid toelaat in die toepassing van regstellende aksie nie. Artikel 8(1) van die Namibiese grondwet stel immers die reg op menswaardigheid as onaantasbaar ("inviolable"). Gevolglik mag regstellende aksie maatreëls in Namibië nie die reg op menswaardigheid aantast nie.⁵¹ Regstellende aksie word volgens die hof, alhoewel dit in artikel 23 vervat is, nie verhef tot 'n fundamentele reg of vryheid nie.⁵² Hierdie benadering ten opsigte van die uitoefening van die staatsgesag, word ook in die Suid-Afrikaanse reg erken, aangesien die uitoefening van die gesag van die staat gebaseer moet wees op die erkenning van menswaardigheid.⁵³

Ten opsigte van die verband tussen regstellende aksie en menswaardigheid, skryf Steyn dat regstellende aksie menswaardigheid in Suid-Afrika aantast soos wat dit tans toepassing vind, onder andere weens die gebrek aan werk en die kompetisie daarvoor tussen die verskillende rassegroepe. Regstellende aksie geskied onder andere terwyl die aangewese groepe bloot op grond van die geskiedenis 'n voordeel geniet in hierdie kompetisie om 'n skaars voordeel, naamlik werk. Steyn meen verder dat regstellende aksie rassspanning aanblaas wat beteken dat mense uit die verskillende gemeenskappe verder van mekaar vervreem word as wat die geval was voor die toepassing van regstellende aksie 'n aanvang geneem het.⁵⁴ Hierdie is oorwegings wat ter sprake moet kom by die beskouing van regstellende aksie se grondwetlikheid en die vraag of dit in ooreenstemming is met die grondwetlike waardes waarvan menswaardigheid die primêre waarde is. Of hierdie egter geregtelike oorwegings is wat die regsrae in hierdie proefskrif sal help bepaal, sonder dat enige wetenskaplike studie hieroor gedoen is, of statistiek daarvoor bestaan, is te betwyfel. In die Europese Unie, soos wat die geval hier te lande is, tas rassediskriminasie menswaardigheid regtens aan.⁵⁵ Regstellende aksie as die teenkant van rassediskriminasie (wat diskriminasie is met die doel om die slagoffer daarvan te benadeel), is regtens steeds

⁵⁰ *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1995 1 SA 51 (Nm)

⁵¹ Op 84F

⁵² Op 87D

⁵³ *The Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH); 2000 11 BCLR 1169 (KH) para [83]

⁵⁴ Steyn DJ "Affirmative action: sociology of law investigates" 1999 *Codicillus* 56-64 63

⁵⁵ Strydom HA "The private domain and the Bill of Rights" 1995 *SAPR* 52-72 63

'n vorm van rassediskriminasie, en maak tot 'n sekere mate ook inbreuk op menswaardigheid, beide as grondwetlike waarde en fundamentele reg.

Naldi meen ten opsigte van die *Kauesa*-beslissing dat alhoewel die hof bepaal het dat regstellende aksie nie die status van 'n fundamentele reg of vryheid in die Namibiese grondwet verkry nie, dit nie beteken dat regstellende aksie nie van fundamentele belang is vir Namibië nie.⁵⁶ Hierdie opmerkings deur Naldi kon net sowel in die Suid-Afrikaanse konteks gemaak gewees het. Alhoewel artikel 9(2) van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte regstellende aksie veroorloof, verhef dit steeds nie regstellende aksie tot 'n afsonderlike en onafhanklike fundamentele reg nie. Dit gee egter wel aan regstellende aksie 'n fundamenteel belangrike plek in die Grondwet, deurdat gelykheid wat as prosessuele reg gestel is in artikel 9(2) en as prosessuele waarde in artikel 1(a) daarvan, regstellende aksie in artikel 9 veroorloof en impliseer as 'n wyse waarop gelykheid bereik kan word. Gelykheid as beide grondwetlike waarde en fundamentele reg, is prosessueel gedefinieer in die Grondwet, anders as menswaardigheid, wat ingebore is as iets waaroor alle mense vanaf geboorte ongekwalifiseerd beskik.⁵⁷ Geen voertuie word in enige van die grondwetlike bepalinge geskep om menswaardigheid te bereik nie. Dit bestaan ten volle vanaf geboorte vir alle mense.⁵⁸

Met bogemelde vertrekpunt moet regstellende aksie gesien word as veroorlowing in die reg op gelykheid en word geen dwingendheid daaraan gekoppel nie. Dit is iets wat bloot in die Grondwet veroorloof word om die prosessuele aard van gelykheid, beide as waarde en as reg te help vervul. Daar is egter geen rede om te glo dat die Grondwet regstellende aksie afdwing as 'n voertuig wat aangewend moet word om gelykheid te bereik nie. Die grondwetlike waarde van menswaardigheid onderlê beide die reg en die grondwetlike waarde van gelykheid. Daar sal nie verder op hierdie kwessie gefokus word hier nie en gelykheid en die prosessuele aard daarvan sal later verdere bespreking geniet.

⁵⁶

Naldi GJ *Constitutional Rights in Namibia* (Juta Kaapstad 1995) 56

⁵⁷

In *S v Jordan and Others* 2002 6 SA 642 (KH) para [74] is hierdie feit erken en het die Konstitusionele Hof bevind dat beoefening van prostitusie afbreuk doen aan die inherente menswaardigheid van die betrokke prostituee.

Opsigself kan die argument egter nie uitgemaak word dat regstellende aksie 'n eie en afsonderlike fundamentele reg is nie – dit is slegs 'n metode, 'n voertuig en in elk geval nie die enigste metode wat veroorloof word ingevolge artikel 9(2), om gelykheid te bevorder nie. Laasgenoemde beteken egter nie dat dit as 'n wet van Mede en Perse beskou moet word dat regstellende aksie gebruik *moet* word ten einde gelykheid te bereik nie.

Ander maatreëls kan ook vir hierdie doel gebruik word, byvoorbeeld die opvoeding van mense om mekaar ten volle te respekteer en gelykheid en verskeidenheid te erken; skole en ander opleidingsentra kan geïntegreer word ten einde mense aan mekaar bloot te stel; buitelandse finansiële hulp kan nagestreef word ten einde aan almal basiese mediese sorg en onderwys te voorsien. Die voorbeelde van hierdie tipes maatreëls is legio. Regstellende aksie is in elk geval nie die enigste wyse om gelykheid te bevorder soos dit in artikel 9(2) gestel is nie, maar is een van die metodes wat ingevolge artikel 9(2) veroorloof is om gelykheid te bereik.

Die keuse oor welke metode gevolg gaan word om gelykheid te bereik, is 'n politieke beleidsbesluit waarby die howe nie kan inmeng nie.⁵⁹ In hierdie geval het die wetgewer verkies om die bereiking van gelykheid by wyse van regstellende aksie, ten gunste van die aangewese groepe in die werkplek na te streef by aangewese werkgewers.

Al wat nou oorbly om bepaal te word, is of die keuse van die wetgewer wat in die Wet op Billike Indiensneming vervat is, aan die grondwetlike vereistes in hierdie verband voldoen of nie. Indien dit nie aan die vereistes van die Grondwet voldoen nie, sal die wetgewer sy politieke beleidsbesluit of die wetgewing moet wysig, of die beleidsbesluit andersins moet uitoefen, ten einde die wetgewing wel aan die Grondwet te kan laat voldoen.

⁵⁸ Weer eens sal enige en alle argumente rondom aborsie sowel as menswaardigheid en gelykheid nie hier oorweeg word nie.

⁵⁹ *Soobramooney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHR 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) par [98]-[102]; *Carpenter G* 2001 *THRHR* 631; *Frowein JA* 1998 *PER* 3

5.2 Gelykheid

5.2.1 Die plek van gelykheid in die Grondwet⁶⁰

Die gelykeheidsbepaling soos vervat in artikel 9 van hoofstuk 2 van die Grondwet, die hoofstuk van die Grondwet wat die Handves van Regte heet, lees soos volg:

- (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
- (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
- (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
- (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.
- (5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

Soos reeds gestel, is die gelykeheidsreg een van die belangrikste fundamentele regte wat in die Handves van Regte verskans is. In *Fraser v Children's Court, Pretoria*

⁶⁰

⁶⁰ 'n Bespreking van hierdie stand van sake kan ook gevind word in De Vos P 2000 *THRHR* 63.

*North and Others*⁶¹ het die Konstitusionele Hof immers beslis dat gelykheid aan die hart lê van die Grondwet. Hierdie artikel van die Grondwet verbied in elk geval slegs onderskeide wat nie gebaseer is op redelike en objektiewe regverdiging nie en selfs dan is sodanige onderskeide nie altyd grondwetlik nie.⁶² Daar kan uit die staanspoor gestel word dat een van die grootste probleme wat daar onder andere met enige diskriminasie bestaan, is dat dit dikwels gebaseer is op karakters trekke van die slagoffers van die gewraakte optrede, wat inherent en aangebore is - karakters trekke waaraan hierdie mense self niks kan verander nie en dus die gevolge van die diskriminasie moet dra ongeag of hulle enige sê daaroor het of nie.⁶³ Die meeste van hierdie faktore is in artikel 9(3) van die Handves van Regte vervat.⁶⁴

Voordat daar egter met 'n bespreking van die reg op gelykheid voortgegaan kan word, moet dit genoem word dat die filosofie en die beslissings rondom die reg op gelykheid, soos dit inkrementeel deur die Konstitusionele Hof ontwikkel is,⁶⁵ ewe veel op artikel 8 van die Oorgangsgrondwet van toepassing is as wat die geval is met artikel 9 van die Grondwet, ongeag die verskille in bewoording tussen die twee artikels.⁶⁶ Hierdie inkrementele benadering tot die ontwikkeling van die reg op

⁶¹ In *Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH) para [20]; 1997 2 BCLR 153 (KH) 161: "... equality lies at the very heart of the Constitution." Hierdie saak is volledig bespreek in Malan K "Oor gelykheid en minderheidsbeskerming na aanleiding van *Ryland v Edros en Fraser v Children's Court, Pretoria North*" 1998 *THRHR* 300-312 en hierdie beginsel is onlangs bevestig in die saak van *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) para [18].

⁶² Steyn E "From closet to constitution: the gay family rights odyssey" 1998 *TSAR* 97-117 101

⁶³ Hierdie probleem is so vroeg as 1995 reeds deur die destydse Nywerheidshof erken in die saak van *Association of Professional Teachers and Another v Minister of Education and Others* (1995) 16 *ILJ* 1048 (IC) 1080G-H en is bespreek in Naidu M 1998 *JBL* 33 en Naidu M 1998 *South African Mercantile Law Journal* 181-182.

⁶⁴ Rautenbach IM *Staatsreg* 328

⁶⁵ In *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [20] verklaar die Konstitusionele Hof homself ten gunste van 'n inkrementele benadering in die ontwikkeling van die konstitusionele regsfilosofie rondom gelykheid. Hierdie benadering van die Konstitusionele Hof is bevestig in *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [42], [125]; *Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd (Minister of Labour Intervening)* 1999 2 SA 1 (KH); 1999 2 BCLR 139 (KH) para [6]; Ook aangeraak in die Namibiese saak van *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1996 4 SA 965 (Nm) 974 in verband met staatsreg in die algemeen; Swart GJ "The constitutional criteria for legislative differentiation in the economic sphere – an appraisal of judicial deference towards the legislature after *Jooste v Score Supermarket Trading*" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 250-258 251-252

⁶⁶ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [12]; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [15]; Swart GJ "An outcomes-based approach to the interpretation of the right to equality" 1998 *SAPR* 217-233 224

gelykheid is in lyn met die Konstitusionele Hof se benadering tot grondwetlike regs vrae ingevolge die sogenaamde "salutary rule." Hierdie reël vereis dat geen grondwetlike kwessie of regsvraag geantisipeer word, tensy dit nodig is om dit te beantwoord nie. Verder word 'n grondwetlike regsreël nooit wyer geformuleer as wat vereis word deur die presiese feite waarvoor dit toegepas word nie.⁶⁷ Laasgenoemde verhoed dat die Grondwet onnodig uitgelê word oor kwessies wat nie pertinent bestaan nie en kan dikwels lei tot onregverdighede en selfs belaglikhede, as 'n teoretiese uitleg van die Grondwet dan op praktiese situasies van toepassing gemaak moet word.

Die verwysing na gelykheid en die idee dat almal gelyk is, kom vir die eerste keer in die aanhef tot die Grondwet voor, onder andere met die erkennings dat die land aan almal behoort wat daarin woon⁶⁸ en dat elke burger gelyk deur die reg beskerm word.⁶⁹ Soos menswaardigheid, word die bereiking van gelykheid as een van die funderende waardes in die Grondwet in artikel 1 aangetref – maar die belangrike van hierdie bepaling is die feit dat dit nie gelykheid as sulks is wat as waarde in die Grondwet erken word nie, maar die *bereiking van gelykheid*, wat sinspeel op die feit dat ons nog nie 'n situasie van gelykheid in die land betree het nie. Die blote skrapping van diskriminerende wetgewing en die beëindiging van sulke praktyke het in ieder geval geen ware gelykheid meegebring nie.⁷⁰ Substantiewe gelykheid gaan nog baie lank neem voordat dit bereik word deur die grootste gros van ons mense. Hierdie idee word weer eens erken in artikel 9(2) van die Grondwet, wat ook handel met die bereiking van gelykheid. Interessante filosofering kan voortvloei uit die vraag

⁶⁷ *Zantsi v Council of State, Ciskei and Others* 1995 4 615 (KH) parr [2], [5], [7]; Currie I "Judicious avoidance" 1999 *SAJHR* 138-165 157-158

⁶⁸ "Glo dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin woon, verenig in ons verskeidenheid."

⁶⁹ "Daarom neem ons, deur ons vryverkose verteenwoordigers, hierdie Grondwet aan as die hoogste reg van die Republiek ten einde –

...
Die grondslag te lê vir 'n demokratiese en oop samelewing waarin regering gegrondves is op die wil van die bevolking en elke burger gelyk deur die reg beskerm word."

⁷⁰ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [60]. Sien ook die bespreking oor formele en substantiewe gelykheid hieronder.

of daar ooit 'n staat van absolute gelykheid bereik kan word, maar dit is nie hier relevant nie.⁷¹

Venter is van mening dat hierdie waarde van gelykheid, anders as die waarde van menswaardigheid, eerder as 'n proses geëien moet word, weens die wyse waarop dit geformuleer is, naamlik die bereiking van gelykheid, teenoor byvoorbeeld die elemente of sub-spesies van gelykheid wat in artikel 1(b) van die Grondwet aangetref word.⁷² In die genoemde artikel 1(b) word die waarde van gelykheid verder gevoer, deurdat die waardes van nie-rassigheid en nie-seksisme ook as waardes in die Grondwet verskans word. Natuurlik hou die waarde van die oppergesag van die Grondwet en die reg, soos dit as waardes in artikel 1(c) van die Grondwet voorkom, sowel as in artikel 2, ook elemente van gelykheid van almal in, maar dit regverdig 'n totaal ander bespreking as die huidige.

Anders as die aanhef van die Grondwet, wat slegs die gelyke beskerming van burgers in die vooruitsig stel, is artikel 1 nie tot burgers se regte beperk nie en nog minder is die res van die Grondwet waar dit met gelykheid handel. Wat presies die rede is vir hierdie onderskeid, is onseker. Artikel 3 van die Grondwet voorsien vir 'n gelyke burgerskap vir alle burgers, terwyl artikel 7, soos reeds hierbo gestel, die Handves van Regte ten doel stel om die waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid te bevestig.

Volkereglik kan daar verstaan word waarom die reg op gelykheid so 'n belangrike rol in die Suid-Afrikaanse grondwetlike konteks speel. Dit is juis weens die vorige politieke bedeling dat die land as die muishond van die wêreld afgemaak is en dit het selfs gelei tot 'n internasionale konvensie in hierdie verband, naamlik die *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crimes of*

⁷¹ Venter F 2001 *PER* 6 meen dat netso min as wat die reg op lewe, lewe kan waarborg na die beëindiging van die natuurlike lewe van die draer van die reg op lewe, netso min kan ongekwalifiseerde gelykheid as fundamentele reg, die geregtelike waarborg van gelykheid meebring.

⁷² Venter F "Die betekenis van die bepalinge van die 1996 Grondwet: Die aanhef en hoofstuk 1" 1998 Vol 1 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-31 28

Apartheid.⁷³ As die land waar hierdie beleid inderwaarheid ontstaan het en afgedwing is, is dit eintlik verbasend as in ag geneem word dat Suid-Afrika steeds tot datum hiervan, nog nie hierdie konvensie geratifiseer het, wat juis teen Suid-Afrika as die hoofbeskuldige van die tyd, gemik was nie.

Die reg op gelykheid soos dit in artikel 9 voorkom is laastens 'n uitvoering van die land se volkeregtelike verpligtinge, aangesien die land onder andere 'n ondertekenaar⁷⁴ is van die *International Covenant on Civil and Political Rights*.⁷⁵ Hierdie verbond bepaal onder andere in artikel 26 daarvan soos volg:

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Lidstate moet dus die nodige maatreëls tref ten einde te verseker dat hul bevolkings die regte wat in hierdie internasionale konvensie voorkom, geniet. Ten einde laasgenoemde te verwesenlik, kan regstellende aksie maatreëls onder andere geneem word.⁷⁶ Dit beteken dat hierdie reëls ook vir Suid-Afrika as ondertekenaar van hierdie internasionale verbond geld.⁷⁷ Uit hoofde van bogemelde kon die wetgewer van die land, selfs as dit wou, nie anders as om die reg op gelykheid so te beskerm dat dit voldoen aan die vereistes van hierdie verbond nie.

⁷³ Die *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crimes of Apartheid* is as internasionale konvensie aanvaar en geopen vir ondertekening en ratifikasie by wyse van Resolusie 3068(XXVIII) van die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies op 30 November 1973 en het op 18 Julie 1976 in werking getree.

⁷⁴ Barrie GN "International Human Rights Conventions" in Rautenbach IM ea *Bill of Rights Compendium* (Butterworths Durban 1998) 1B-73

⁷⁵ Die *International Covenant on Civil and Political Rights* is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar by wyse van Resolusie 2200A(XI) op 16 Desember 1966 waarna die verbond geopen is vir ondertekening, ratifikasie en aanvaarding en dit het in werking getree op 23 Maart 1976.

⁷⁶ English K en Stapleton A *The Human Rights Handbook* (Juta Kaapstad 1997) 18

⁷⁷ English K en Stapleton A *Human Rights* 288; Barrie GN *Conventions* 1B-73

5.2.2 Die verhouding tussen gelykheid en menswaardigheid

Soos die waardes van menswaardigheid en die uitbou van vryheid, word die waarde van die bereiking van gelykheid ook voorop gestel wanneer die regte in die Handves beperk word.⁷⁸ Verder moet die bevordering daarvan saam met die bevordering van die waardes van menswaardigheid en die uitbou van vryheid in ag geneem word deur 'n hof, tribunaal of forum wat die Handves van Regte uitlê.⁷⁹

Gelykheid is dus, soos menswaardigheid en vryheid, altyd relevant by die uitleg van alle regte in die Handves vervat. Die rede hiervoor is dat hierdie artikel van die Grondwet dit eksplisiet stel dat dit nie goed genoeg is om die waardes van menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van vryheid, slegs in ag te neem by die uitleg van die Grondwet nie. Dit moet ook aktief bevorder word tydens sodanige oefeninge. Dit word hier aangevoer dat wanneer die Grondwet na die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte verwys, dit juis hierdie drie waardes, naamlik menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van vryheid is, wat ter sprake is.⁸⁰

Albertyn en Kentridge het soortgelyke gedagtes oor gelykheid en die rol wat dit saam met die reg op vryheid speel in verband met die ander regte in die Handves. Verder meen hulle dat 'n waardegebaseerde uitleg dus aan die Grondwet verleen moet word.⁸¹

Devenish beskou menswaardigheid as die morele premis vir die bestaan en werking van al die ander regte⁸² en Davis erken die feit dat in die volkereg, die reg op

⁷⁸ Artikel 36(1); De Vos P 2000 *THRHR* 63. Die beperkingsbepaling, naamlik artikel 36 in die Grondwet word volledig bespreek in Rautenbach 1997 *TSAR* 571-583 en Rautenbach IM 2001 *TSAR* 617-641.

⁷⁹ Artikel 39(1)(a)

⁸⁰ Artikel 39(2): By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.

⁸¹ *Qozaleteni v Minister of Law and Order and Another* 1994 3 SA 625 (OK); 1994 1 BCLR 75 (OK) 633G-I; Albertyn A en Kentridge K "Introducing the right to equality in the interim Constitution" 1994 *SAJHR* 149-178 149; Pretorius R "Discrimination against aliens – international law, the courts and the Constitution" 1996 *SAPR* 261-275 271-272; Sarkin J 1996 *SALJ* 80

⁸² Devenish GE *A Commentary on the South African Bill of Rights* (Butterworths Durban 1999) 81

5.2.2 Die verhouding tussen gelykheid en menswaardigheid

Soos die waardes van menswaardigheid en die uitbou van vryheid, word die waarde van die bereiking van gelykheid ook voorop gestel wanneer die regte in die Handves beperk word.⁷⁸ Verder moet die bevordering daarvan saam met die bevordering van die waardes van menswaardigheid en die uitbou van vryheid in ag geneem word deur 'n hof, tribunaal of forum wat die Handves van Regte uitlê.⁷⁹

Gelykheid is dus, soos menswaardigheid en vryheid, altyd relevant by die uitleg van alle regte in die Handves vervat. Die rede hiervoor is dat hierdie artikel van die Grondwet dit eksplisiet stel dat dit nie goed genoeg is om die waardes van menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van vryheid, slegs in ag te neem by die uitleg van die Grondwet nie. Dit moet ook aktief bevorder word tydens sodanige oefeninge. Dit word hier aangevoer dat wanneer die Grondwet na die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte verwys, dit juis hierdie drie waardes, naamlik menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van vryheid is, wat ter sprake is.⁸⁰

Albertyn en Kentridge het soortgelyke gedagtes oor gelykheid en die rol wat dit saam met die reg op vryheid speel in verband met die ander regte in die Handves. Verder meen hulle dat 'n waardegebaseerde uitleg dus aan die Grondwet verleen moet word.⁸¹

Devenish beskou menswaardigheid as die morele premis vir die bestaan en werking van al die ander regte⁸² en Davis erken die feit dat in die volkereg, die reg op

⁷⁸ Artikel 36(1); De Vos P 2000 *THRHR* 63. Die beperkingsbepaling, naamlik artikel 36 in die Grondwet word volledig bespreek in Rautenbach 1997 *TSAR* 571-583 en Rautenbach IM 2001 *TSAR* 617-641.

⁷⁹ Artikel 39(1)(a)

⁸⁰ Artikel 39(2): By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemeenereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.

⁸¹ *Qozeleni v Minister of Law and Order and Another* 1994 3 SA 625 (OK); 1994 1 BCLR 75 (OK) 633G-I; Albertyn A en Kentridge K "Introducing the right to equality in the interim Constitution" 1994 *SAJHR* 149-178 149; Pretorius R "Discrimination against aliens - international law, the courts and the Constitution" 1996 *SAPR* 261-275 271-272; Sarkin J 1996 *SALJ* 80

⁸² Devenish GE *A Commentary on the South African Bill of Rights* (Butterworths Durban 1999) 81

gelykheid, soos in die volkereg-aktes vervat, baie naby aan die reg op menswaardigheid geassosieer word.⁸³

Venter voer hierdie argument verder wanneer hy aanvoer dat waar gelykheid en vryheid as waardes in artikels 7(1), 36(1) en 39(1) van die Grondwet gestel word, dit soos wat dit in artikel 1(a) voorkom, die afleiding regverdig dat hierdie twee waardes van gelykheid en vryheid by menswaardigheid gevoeg moet word as kernwaardes van die Grondwet. Slegs menswaardigheid kan egter, aldus Venter, as ongekwalifiseerde waarde in die Grondwet vertolk word en met hierdie argument kan daar heelhartig saamgestem word. Hy meen verder dat hierdie twee waardes nie op dieselfde vlak kan staan as die waarde van menswaardigheid nie, veral as in ag geneem word dat hierdie waardes in diens staan van menswaardigheid, eerder as andersom. 'n Rangorde van waardes word dan deur Venter aan die hand gedoen wat soos volg lyk:⁸⁴

Primêre kernwaarde	Menswaardigheid
Ondersteunende kernwaardes	Gelykheid Vryheid
Strukturele prosedurele waardes	Demokrasie Oppergesag van die Grondwet Heerskappy van die reg
Afgeleide waardes	Nie-rassigheid en nie-seksisme

Hierdie benadering van Venter word ook onderskryf deur Van der Vyver wanneer hy meen dat in gevalle van botsings tussen die grondwetlike bepalings wat oor menswaardigheid, vryheid en gelykheid handel, eersgenoemde altyd die swaarste moet weeg.⁸⁵ Verder word Venter ten opsigte van die reg op gelykheid, soos hierbo onder die bespreking van die reg op menswaardigheid gestel, deur die Konstitusionele Hof ondersteun, uit hoofde van die reg op gelyke menswaardigheid. Hierdie idee het die eerste keer neerslag gevind in die saak van *Prinsloo v Van der Linde and*

⁸³ Davis D *Dignity* 71

⁸⁴ Venter F 1998 *PER* 28

⁸⁵ Van der Vyver JD 1998 *THRHR* 370

*Another*⁸⁶ waar die hof die sentrale plek van menswaardigheid erken het in die verbod op onregverdigde diskriminasie:

In our view unfair discrimination principally means treating people differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, who are inherently equal in dignity.

In die saak van *President of the Republic of South Africa v Hugo*⁸⁷ het die hof hierdie idee weer eens laat neerslag vind en ook die Kanadese beslissing van *Egan v Canada*⁸⁸ in die Suid-Afrikaanse reg laat respieer waar daardie land se hoogste hof soos volg beslis het ten opsigte van die verband tussen die regte op menswaardigheid en gelykheid:

This court has recognized that inherent human dignity is at the heart of individual rights in a free and democratic society ... Equality, as that concept is enshrined as a fundamental human right ... means nothing if it does not represent a commitment to recognizing each person's equal worth as human being, regardless of individual differences. Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity.

Daar kan dus min twyfel bestaan oor die vraag welke waarde, welke reg onderlê, in die regstaatlike bedeling waarin ons ons bevind. Hierdie onderbou van

⁸⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH). Hierdie uitspraak word bespreek in Rautenbach IM "Die verband tussen die gelykheidsbepaling en die algemene beperkingsbepaling in die Handves van Regte: *Prinsloo v Van der Linde* KH 4/96, 18 April 1997; *President van die Republiek van Suid-Afrika v Hugo* KH 11/96, 18 April 1997" 1997 TSAR 571-583

⁸⁷ *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]. Bevestig in die saak van *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) para [17]. Die *Hugo*-saak word bespreek in Rautenbach IM 1997 TSAR 571-583.

⁸⁸ *Egan v Canada* (1995) 29 CRR (2d) 79 104-105; De Vos P "Same-sex marriage, the right to equality and the SA Constitution" 1996 SAPR 355-382 377; L'Heureux-Dubé 1997 SAJHR 341; Louw R 1999 SAJHR 402; Schooling H 1999 *Responsa Meridiana* 6

menswaardigheid word nie oral deur al die skrywers ondersteun nie en veral skrywers soos Albertyn, Goldblatt⁸⁹ en Fagan⁹⁰ is nie ingenome met hierdie stand van sake nie. Nieteenstaande, is hierdie benadering van die Konstitusionele Hof, soos hierbo uiteengesit, die rigting waarin ons grondwetlike bedeling tot op hede ontwikkel het.

Inteendeel, daar is tans niks om aan te dui dat enige koersveranderinge op die kaarte is in hierdie verband nie en is gevolglik die benadering wat in hierdie bespreking gevolg sal word. In elk geval stem die skrywer van hierdie proefskrif saam met die benadering van die Konstitusionele Hof in hierdie verband.

5.2.3 *Formele versus substantiewe gelykheid*⁹¹

Om sinvol met die reg op gelykheid te kan omgaan in 'n bespreking soos hierdie, is dit belangrik om die onderskeid te verstaan wat daar tussen substantiewe en formele gelykheid aangetref word.⁹² Formele gelykheid veronderstel dat almal in alle omstandighede gelyk behandel sal word, ongeag hul spesifieke omstandighede.⁹³ Erkenning word verleen aan die hipotese dat almal tot 'n gelyke mate die draers is van regte en dat almal dus dieselfde behandeling vereis. Formele gelykheid veronderstel dat die staat dieselfde skoolopleiding sal aanbied vir kinders wat oor normale intellektuele vermoëns beskik, kinders wat aan Down-sindroom lei, sowel as gestremde kinders - met ander woorde alle ander kinders. Hierdie vorm van gelykheid kan dikwels tot groot ongeregtighede lei en hieruit is die konsep van

⁸⁹ Albertyn C en Goldblatt B 1998 *SAJHR* 248-276

⁹⁰ Fagan A "Dignity and unfair discrimination: A value misplaced and a right misunderstood" 1998 *SAJHR* 220-247

⁹¹ Hierdie kwessie word breedvoerig onder die loop geneem in Freedman W 2000 *THRHR* 314-320

⁹² Devenish GE *South African Constitution* 48-49

⁹³ De Vos P 2000 *THRHR* 67; Du Plessis LM en Gouws A "'n Dialektiese perspektief op die statutêre en grondwetlike verwesenliking van vroueregte in Suid-Afrika" 1993 *Stellenbosch Law Review* 240-260 242; Freedman W 2000 *THRHR* 315-316; Kaganas F "Joint custody and equality in South Africa" 1994 *Acta Juridica* 169-184 180; Kentridge J "Measure for measure: Weighing up the costs of a feminist standard of equality at work" 1994 *Acta Juridica* 84-108 89; L'Heureux-Dubé 1997 *SAJHR* 338; Malan K 1998 *THRHR* 307; Meyerson D "How useful is the concept of racial discrimination?" 1993 *SALJ* 575-580 576; Smit N 1998 *TSAR* 500; Van Reenen TP "Equality, discrimination and affirmative action: an analysis of section 9 of the Constitution of the RSA" 1997 *SAPR* 151-165 153

substantiewe gelykheid gebore,⁹⁴ wat veronderstel dat daar nie slegs gelyke voorsiening vir almal gemaak moet word nie, maar dat daar ook gekyk word na gelyke uitkomst vir almal.⁹⁵ Ware gelykheid impliseer immers nie bloot die herroeping van diskriminerende wetgewing nie.⁹⁶ Dit is tog waarom die Grondwet die *bereiking* van gelykheid as waarde erken, eerder as gelykheid *per se*, dit wil sê iets wat reeds bereik is. Dit is anders as die reg op menswaardigheid wat nie prosessueel, as grondwetlike waarde gestel word nie, maar as iets wat reeds teenwoordig is tot die volle omvang daarvan, soos reeds hierbo bespreek. In die lig hiervan kan na twee Amerikaanse beslissings verwys word, waarin die hoogste hof van daardie land in die eerste saak van *Jennes v Forsten*⁹⁷ opgemerk het dat: "sometimes the greatest discrimination can lie in treating things that are different as though they were exactly alike." In die vroeëre beslissing van *Dennis v United States*⁹⁸ is die wyse opmerking in 'n minderheidsuitspraak gemaak dat: "It is a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals." Hierdie twee sake bewys ook die krag van die waarheid in die voorbeeld hierbo en

⁹⁴ Dieselfde argumenteringslyn is onder andere gevolg in die saak van *S v Rens* 1996 1 SA 1218 (KH) para [29], toe daar beslis is dat dit nie nodig is dat elkeen 'n identiese appêlprosedure volg nie. Solank elkeen gelyk behandel word, word die gelykheidsvereiste aan voldoen. Daarteenoor is die prosedure om te appelleer wel as 'n onregverdigde inbreuk op die reg op gelykheid bevind, in die saak van *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (KH) para [18], aangesien daar van gevangenes wat in die gevangenis opgesluit was, vereis is om eers regtersertifikaat te verkry voordat hulle kon appelleer, 'n vereiste wat nie aan ander persone gestel is nie. In *Langemaat v Minister of Safety and Security and Others* 1998 3 SA 312 (T) is daar beslis dat daar onregverdig teen homoseksuele persone gediskrimineer word wanneer hulle lewensmaats van die voordele van mediese skemas weerhou word, wat nie die geval sou wees as hulle in die huwelik kon tree, soos wat die geval is met heteroseksuele egpare nie. Hierdie saak word volledig bespreek in Louw R "Langemaat v Minister of Safety and Security 1998 3 SA 312 (T): A gay and lesbian victory but a constitutional travesty" 1999 *SAJHR* 393-405 sowel as Singh D 1999 *De Jure* 38-39. Die *Langemaat*-beslissing is egter direk in stryd met die vroeëre beslissing van *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 2 SA 325 (W) soos bespreek in Singh D "Discrimination against lesbians in family law" 1995 *SAJHR* 571-581 572-575 en Singh D 1999 *De Jure* 41.

⁹⁵ Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law* 293; Rautenbach IM *Staatsreg* 328; Smit N 1998 *TSAR* 500; Van Marle K "Gender sensitivity in the workplace" 1996 2 *Codicillus* 36-38 36; Van Marle K "Equality: an ethical interpretation" 2000 *THRHR* 595-607 595, 597

⁹⁶ *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 137-138; Cowen S 2001 *SAJHR* 37, 41

⁹⁷ *Jennes v Forsten* 403 US 431 (1971) 442 in Devenish GE *Commentary* 43 en Devenish GE "The legal and constitutional significance of the equality clause in the interim Constitution" 1996 *Stellenbosch Law Review* 93-113 99. Vir 'n volledige bespreking oor die geregtelike posisie van regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika kan verwys word na Van Jaarsveld M "Regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika" 2001 *Codicillus* 36-45, Edwards AB "Affirmative action: a euphemism for reverse discrimination?" 1997 2 *Codicillus* 13-30, Joubert DJ 1994 *TRW* 1-42 en Little JW "Affirmative action: Legal bases and risks in the United States and South Africa" 1994 *Stellenbosch Law Review* 262-275.

word deur Solomon en Van der Vyver bevestig wanneer hulle skryf dat gelykheid nie bereik kan word deur aan te hou om ongelykes as gelykes te behandel nie.⁹⁹

Aristoteles het reeds millennia gelede gesê dat gelykheid daaroor handel dat soortgelyke sake soortgelyk hanteer moet word en ongelyksoortige sake verskillend tot die mate van hul soortgelykheid of verskille.¹⁰⁰ Hy het dus inderdaad eerder die idee van substantiewe as formele gelykheid onderskryf. 'n Soortgelyke benadering word deur Dworkin nagestreef wanneer hy gelyke behandeling beskryf as soortgelyke situasies wat soortgelyk hanteer word en dat elke burger die reg het op 'n gelyke verdeling van geleenthede, bronne en verpligtinge.¹⁰¹

Substantiewe gelykheid erken dat almal tot 'n gelyke mate die draers is van regte, maar erken verder dat elkeen se spesiale omstandighede in ag geneem moet word om gelyke uitkomst vir elkeen te verseker.¹⁰² Dit erken dat die soeke na ware gelykheid nie die uitwissing van alle verskille inhou nie.¹⁰³ Uit die aard van die saak sal dieselfde skoolopleiding in 'n gewone skool nie vir die kind wat aan Down-sindroom lei, dieselfde voordele inhou as wat die geval is vir die kind wat oor normale intellektuele vermoëns beskik nie. Gelyke behandeling, soos blyk uit die voorbeeld hierbo, verseker nie gelykheid van uitkomst nie en daarom word die idee van substantiewe gelykheid vereis, wat wel gelyke uitkomst verseker na inagneming van die spesifieke omstandighede van elke persoon of groep persone. Daarom word daar vereis dat spesiale skole daargestel word vir kinders met spesiale behoeftes, byvoorbeeld Down-sindroom of ander gestremdhede.¹⁰⁴ Hierdie benadering word

⁹⁸ *Dennis v United States* 339 US 162 (1951) in Devenish GE *Commentary* 45

⁹⁹ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 231; Van der Vyver JD "Comparative law in constitutional litigation" 1994 *SALJ* 19-31 29

¹⁰⁰ Kentridge J 1994 *Acta Juridica* 86; Lind C "Sexual orientation, family law and the transitional Constitution" 1995 *SALJ* 481-502 492; Loenen T "The Equality clause in the SA Constitution: Some remarks from a comparative perspective" 1997 *SAJHR* 401-429 404-405; Mubangizi JC 2000 *SAJHR* 698

¹⁰¹ Klug H 1991 *SAJHR* 319

¹⁰² Devenish GE 1996 *Stellenbosch Law Review* 96; De Vos P 2000 *THRHR* 67; Dibodu TM 1995 *Codicillus* 21; Kende MS 2000 *SALJ* 751; Klug H 1991 *SAJHR* 325; L'Heureux-Dubé C 1997 *SAJHR* 338-339; Loenen T 1997 *SAJHR* 414; Malan K 1998 *THRHR* 307; Meyerson D 1993 *SALJ* 576; Van Reenen TP 1997 *SAPR* 153

¹⁰³ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [22]; Cowen S 2001 *SAJHR* 41

¹⁰⁴ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 200; Loenen T 1997 *SAJHR* 405, 410; De Vos P 2000 *THRHR* 67

deur die Grondwet onderskryf in artikel 9(2) met die bewoording: Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in.¹⁰⁵

Ons Konstitusionele Hof het nie lank geneem voordat dit erken het dat die Grondwet nie afgestem is op die bereiking van formele gelykheid nie, maar dat die doel daarvan die bereiking van substantiewe gelykheid vir alle mense in Suid-Afrika is.¹⁰⁶ In *President of the Republic of South Africa v Hugo*¹⁰⁷ het die hof die volgende beslis wat direk van toepassing is op hierdie punt:

We need ... to develop a concept of unfair discrimination which recognizes that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved. Each case, therefore, will require a thorough understanding of the impact of the discriminatory action upon the particular people concerned to determine whether its overall impact is one which furthers the constitutional goal of equality or not. A classification which is unfair in one context may not necessarily be unfair in a different context.

Hierdie benadering van die Konstitusionele Hof is ook in lyn met Grondwetlike Beginsel V, soos dit vervat was in die Oorgangsgrondwet. Laasgenoemde Grondwetlike Beginsel se doel was om te verseker dat 'n substantiewe benadering tot gelykheid, waarby regstellende aksie inbegryp moet word, in die Finale Grondwet verseker sou wees, en het soos volg gelees:

¹⁰⁵ Kentridge J "Equality" in Chaskalson M ea *Constitutional Law of South Africa* (Juta Kaapstad 1996) 14-58

¹⁰⁶ Albertyn C en Goldblatt B 1998 *SAJHR* 250; Birenbaum J "Contextualising choice: Abortion, equality and the right to make decisions concerning reproduction" 1996 *SAJHR* 485-503 488; Chaskalson A 2000 *SAJHR* 204; Devenish GE 1996 *Stellenbosch Law Review* 94

¹⁰⁷ *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Brink v Kitshoff NO* 1996 4 SA 197 (KH); 1996 6 BCLR 752 (KH) para [42]; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) par [60]-[61].

Die regstelsel moet die gelykheid van almal voor die reg en 'n regverdigde regsproses verseker. Gelykheid voor die reg sluit in wette, programme of bedrywighede wat gerig is op die verbetering van die omstandighede van die benadeeldes, met inbegrip van dié wat op grond van ras, kleur of geslag benadeel is.

Selfs die Permanente Hof vir Internasionale Geregtigheid van die voormalige Volkebond,¹⁰⁸ gesetel te Den Haag in Nederland, het ongeveer 'n driekwart eeu gelede reeds beslis dat *de facto* gelykheid die idee van formele gelykheid uitsluit. Hierdie hof het egter verder gegaan en ook gestel dat die onderskeid tussen formele en substantiewe gelykheid getref moet word en in die volgende *dictum* beslis dat:¹⁰⁹

Equality in law precludes discrimination of any kind; whereas equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations.

Die benadering van hierdie hof is in lyn met die *Universal Declaration of Human Rights* wat ook die idee van formele gelykheid verwerp ten gunste van substantiewe gelykheid.¹¹⁰ Die reg bestaan dus nie net as neutrale ryk om te verseker dat almal dieselfde behandel word nie. In sommige omstandighede verseker dit dat die minderbevoordeeltes se nadele en agterstande uitgewis word, deur hulle as bevoordeeldes te behandel,¹¹¹ soos wat die Grondwet vereis.¹¹² Dit moet dus gelykheid van uitkomst verseker. Hierdie is die essensie van regstellende aksie.¹¹³

¹⁰⁸ Die Volkebond as organisasie is die internasionale voorganger van die huidige Verenigde Nasies wat in 1945 tot stand gekom het.

¹⁰⁹ *Minority Schools in Albania* – Saaknr 182, Adviserende Opinie van 6 April 1935 van die Permanente Hof van Internasionale Geregtigheid in *Annual Digest and Reports of Public International Cases 1935-1937* op 389-390 gevind in Chaskalson M ea *Constitutional Law* 14-13

¹¹⁰ Artikels 1, 2 en 7. Hawthorne L "The principle of equality in the law of contract" 1995 *THRHR* 157-176 159

¹¹¹ *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 135-136

¹¹² Van Reenen TP 1997 *SAPR* 154

¹¹³ Hidayatullah M *Constitutional Law of India* (Bar Council of India Trust Nieu-Delhi 1984) 258, 263; Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law* 293

In hierdie verband moet die *dictum* van Regter Langa aangehaal word in die saak van *Pretoria City Council v Walker*¹¹⁴ toe hy beslis het dat:

... the ideal of equality will not be achieved if the consequences of those inequalities and disparities caused by discriminatory laws in the past are not recognized and dealt with.

Wanneer hierdie onderskeid tussen formele en substantiewe gelykheid dan erken en verstaan word as integrale fondamente van ons Suid-Afrikaanse gelykheidsfilosofie, kan daar ingesien word waarom die waarde van gelykheid prosessueel gestel word in artikel 1(a) en artikel 9(2) van die Handves, soos dit hierbo uiteengesit is. Substantiewe gelykheid het nie aangebreek op 27 April 1994 toe die Oorgangsgrondwet in werking getree het of nadat alle diskriminerende wetgewing herroep is nie.¹¹⁵ Alhoewel daar sterk argumente daarvoor uitgemaak kan word dat elkeen nou polities gelyk is voor die reg en gelyke politieke regte het, kan daar nie verby die argument van President Thabo Mbeki gekyk word wanneer hy aanvoer dat Suid-Afrika uit twee nasies bestaan, een ryk en wit en die ander arm en swart nie.¹¹⁶ Apartheid was 'n sistematiese stelsel van diskriminasie en soos hierbo aangetoon is ten opsigte van die arbeidsmark, duur sistemiese ongelykheid steeds voort, dikwels as gevolg van vorige diskriminasie waarvan die gevolge in baie oorde steeds bitter naby aan die lyf gevoel word deur baie mense. Gevolglik veroorloof die Grondwet dat wetgewende en ander maatreëls getref kan word ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder. Hierdie idee is in die sodomie-saak deur die Konstitusionele Hof aangespreek ten opsigte van die sistemiese nadeel waaraan homoseksuele mans blootgestel was voor 1994, deur na hierdie tipe gelykheid te verwys as remediërende gelykheid van restitusie.¹¹⁷

¹¹⁴ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [243] soos bevestig in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [60]-[61].

¹¹⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [60]; *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 SA 468 (T) 477 E/F-H, 478B-D; *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 137.

¹¹⁶ Hadland A en Rantao J Mbeki 188. Sien ook die bespreking hieroor onder 1 hierbo.

¹¹⁷ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [60]-[61].

Particularly in a country such as South Africa, persons belonging to certain categories have suffered considerable unfair discrimination in the past. It is insufficient for the Constitution merely to ensure, through its Bill of Rights, that statutory provisions which have caused such unfair discrimination in the past are eliminated. Past unfair discrimination frequently has ongoing negative consequences, the continuation of which is not halted immediately when the initial causes thereof are eliminated, and unless remedied, may continue for a substantial time and even indefinitely. Like justice, equality delayed, is equality denied ... One could refer to such equality as remedial or restitutionary equality.

Hierdie benadering van die Konstitusionele Hof stem ooreen met die beslissing van daardie hof in *Brink v Kitshoff NO*.¹¹⁸ In laasgenoede saak is daar beslis dat die doel van die gelykeheidsbepaling die beskerming van voorheen benadeeldes is, die sogenaamde "disfavoured and disadvantaged" groepe, en dat maatskappye en daardie persone wat reeds gelykheid bereik het, byvoorbeeld die ryk magnate, nie tot dieselfde omvang kan aanspraak maak op die beskerming van die gelykeheidsbepaling as hierdie voorheen benadeeldes nie.

Insoverre dit regstellende aksie betref, blyk ons howe twee teenoorgestelde benaderings te volg ten opsigte van die vraag of regstellende aksie as deel van die reg op gelykheid gesien moet word of nie. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se aanbevelings in 1995 het ingehou dat regstellende aksie as bevestiging van die regte op menswaardigheid en gelykheid beskou moet word, eerder as om dit as 'n reg opsigself te beskou.¹¹⁹ Hierdie benadering blyk die een te wees wat deur ons reg ondersteun word. In die voormalige Nywerheidshof (tans die Arbeidshof), is daar beslis dat dit wel die geval is,¹²⁰ terwyl die Hooggeregshof tot die teenoorgestelde

¹¹⁸ *Brink v Kitshoff NO* 1996 4 SA 197 (KH); 1996 6 BCLR 752 (KH) par [40]-[42]

¹¹⁹ *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 138

¹²⁰ *George v Liberty Life Association of Africa Ltd* 1996 8 BLLR 985 [IC]; Naidu M 1998 *Codicillus* 13

gevolgtrekking gekom het.¹²¹ In die lig van die bewoording van artikel 9(2) van die Handves van Regte, moet daar tot die gevolgtrekking gekom word dat regstellende aksie gemagtig is as een van die metodes om substantiewe gelykheid te bereik, maar dat dit nie die enigste roete is op pad na gelykheid nie en dat daar geen dwingendheid in artikel 9(2) opgesluit is wat die wetgewer verplig om regstellende aksie af te dwing nie.¹²² Regstellende aksie kan egter wel 'n doel dien ten opsigte van die bereiking van substantiewe gelykheid as dit reg toegepas word. Ons moet egter nie blind wees vir die gevare nie en besef dat terwyl regstellende aksie ook ongelykheid in die hand kan werk as dit nie reg toegepas word nie, deur byvoorbeeld aan persone wat nie nadele gelyk het onder vorige of huidige diskriminerende maatreëls nie, voordele van regstellende aksie te verleen, in stryd met die magtiging van artikel 9(2) en die grondwetlike waarde van artikel 1(a) wat die bereiking van gelykheid ten doel het. Solomon meen dat die Wet op Billike Indiensneming ongrondwetlik sal wees indien dit op die wetboek bly indien gelykheid wel eendag bereik is.¹²³ Met hierdie argument is daar waarskynlik ernstige probleme. Alhoewel Solomon se standpunt met 'n ander regspraak te make het as die vrae onder bespreking, moet die volgende tog hieroor gestel word: Regstellende aksie sal slegs ongrondwetlik wees indien iemand regstellende aksie sou toepas ten gunste van persone wat reeds gelyk is, ten koste van ander persone. Dat regstellende aksie wetgewing deurentyd benodig sal word, liefs in 'n verskillende vorm, ten einde deurentyd die bereiking van gelykheid na te streef, kan tog nie ontken word nie. Daar sal altyd persone wees wat ander as ongelyk behandel en dan moet daar wetgewing byderhand wees ten einde daardie ongelykhede te kan regstel.

5.2.4 Direkte en indirekte diskriminasie

Artikels 9(3) en (4) verbied beide direkte en indirekte diskriminasie vertikaal en horisontaal op beide die gelyste gronde in artikel 9(3) sowel as die ongelyste en

¹²¹ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T)

¹²² Swanepoel J 1998 PER 19

¹²³ Solomon M 1999 SA Mercantile Law Journal 239

analoë gronde tot die lys van artikel 9(3).¹²⁴ Die Konstitusionele Hof se benadering ten opsigte van beide direkte en indirekte diskriminasie is in elk geval dieselfde.¹²⁵

Direkte diskriminasie verwys na diskriminasie wat direk gemik is teen 'n spesifieke individu of individue of groepe en wat nie as neutraal aangemerkt kan word nie.¹²⁶ In hierdie verband kan die stelling gemaak word dat die Wet op Billike Indiensneming direk diskrimineer op grond van ras, geslag en gestremdheid, teen daardie persone wat nie onder die aangewese groepe geklassifiseer kan word nie.

Indirekte diskriminasie vind plaas wanneer beleid wat blyk neutraal te wees, op so 'n wyse toegepas word dat dit die lede van 'n sekere groep disproportioneel affekteer.¹²⁷ Hierdie vorm van diskriminasie, naamlik indirekte diskriminasie, is vir die eerste keer in die Verenigde State van Amerika erken as 'n verbode vorm van diskriminasie in die saak van *Griggs v Duke Power Co.*¹²⁸ 'n saak wat gehandel het oor die werwingsbeleid van 'n elektrisiteitsmaatskappy wat op die oog af neutraal geblyk te wees het. In die werwing van werknemers, het die elektrisiteitsmaatskappy vereis dat die minimum kwalifikasies vir alle werknemers 'n hoërskooldiploma moes wees en die applikante het aangevoer dat alhoewel hierdie vereiste op die oog af neutraal geblyk het, dit indirek diskriminerend was, aangesien dit disproportioneel meer Swartmense van werk weerhou het weens hul proporsionele onvermoë om aan hierdie vereiste van die elektrisiteitsmaatskappy te voldoen. Die Amerikaanse hoogste hof

¹²⁴ Swart GJ 1998 *SAPR* 223; Rautenbach IM *Staatsreg* 328

¹²⁵ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [31]

¹²⁶ Devenish *South African Constitution* 49; Van Reenen TP 1997 *SAPR* 159; Goldberg V "The right of access of a father of an illegitimate child: further reflections" 1996 *THRHR* 282-294; Kentridge J 1994 *Acta Juridica* 92

¹²⁷ *Leonard Dingle Employee Representative Council v Leonard Dingle* 1998 *ILJ* 285 (LC) 289E-F; *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [32]; Dupper O 2000 *ILJ* 747, 776; Goldberg V 1996 *THRHR* 292; Joubert DJ 1994 *TRW* 11; Kentridge J 1994 *Acta Juridica* 92; Loenen T 1997 *SAJHR* 419-420; Louw C "What is sexual equality (with particular reference to equality in the workplace)?" 1994 1 *Codicillus* 19-27 20-21; Loveday G "Gender discrimination in the workplace" 1997 *TSAR* 100-116 102; Van Reenen TP 1997 *SAPR* 159; Naidu M "The causes of indirect discrimination against women in employment" 1998 *Codicillus* 12-18 12; Pieterse M 2000 *SAJHR* 127; Smit N 1998 *TSAR* 494, 501

¹²⁸ *Griggs v Duke Power Co* 401 US 424 (1971); Bespreek in Dupper O 2000 *ILJ* 784-785, 789, Naidu M 1998 *South African Mercantile Law Journal* 173-182 174-176 en O'Regan C "Equality at work and the limits of the law: Symmetry and individualism in anti-discrimination legislation" 1994 *Acta Juridica* 64-83 70.

het op hierdie argument ingekoop en die konsep van indirekte diskriminasie in die lewe geroep.

Indirekte diskriminasie op grond van ras is ook deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof erken in die saak van *Pretoria City Council v Walker*,¹²⁹ waar die stadsraad van Pretoria die historiese Blanke woonbuurte anders behandel het as die historiese Swart woonbuurte. Hierdie was ook die eerste saak waarin die konsep van indirekte diskriminasie deur die Suid-Afrikaanse hof erken is. Alhoewel hierdie differensiasie op die oog af geografies blyk te gewees het, het die Konstitusionele Hof in die meerderheidsuitspraak aanvaar dat hierdie diskriminasie op grond van ras plaasgevind het en het dit verder geen rede gesien om ten opsigte van die vraag na gelykheid enigsins die kwessie van indirekte diskriminasie anders te behandel as direkte diskriminasie nie. Van Marle meen dat hierdie saak aangetoon het dat die hof die pragmatiese benadering van die stadsraad verwerp het ten gunste van 'n meer beginselgebaseerde benadering ten opsigte van die reg op gelykheid, want die uitspraak word nie gedryf deur politieke, ekonomiese of sosiale oorwegings nie.¹³⁰

In die saak van *S v Jordan and Others*¹³¹ het die Konstitusionele Hof bevind dat die verbod op prostitusie nog direkte nog indirekte diskriminasie daarstel. Dit is die prostituut wat deur die verbod getref word en nie vroue of mans as sulks nie. Gevolglik het die hof die argumente van die appellante rondom indirekte diskriminasie verwerp.

Die hof het hierdie argumente ook verwerp insoverre dit die onderskeid tussen die prostitute en hul kliënte betref het. Die hof het bevind dat die beste manier om kommersiële handel op hierdie gebied te tref, is om die handelaar self, naamlik die prostituut met kriminele sanksie te tref en dat dit nie opsigeslf direkte of indirekte diskriminasie op enige gronde daarstel wanneer dieselfde sanksie nie die kliënt van die prostituut ook tref nie.¹³²

¹²⁹ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [105]

¹³⁰ Van Marle K 2000 *THRHR* 602-603

¹³¹ *S v Jordan and Others* 2002 6 SA 642 (KH) par [9]-[10]

5.2.5 Die benadering van die Konstitusionele Hof teenoor gelykheid

Noudat hierdie onderskeid tussen formele en substantiewe gelykheid aangewys is as gegewes en as die agtergrond waarteen regstellende aksie veroorloof is uit hoofde van artikel 9(2) van die Handves van Regte, is dit belangrik om vir 'n wyle stil te staan by die benadering van die Konstitusionele Hof wanneer inbreukmakings op die reg op gelykheid oorweeg word. Ten spyte van die inkrementele benadering wat deur die hof voorgestaan is in die saak van *Prinsloo v van der Linde*,¹³³ het die hof dit tog goedgevind, wat met respek die korrekte besluit was,¹³⁴ om duidelikheid te verskaf oor die benadering wat gevolg moet word wanneer sake wat oor inbreuke op die reg op gelykheid handel voor ons howe land. In die saak van *Harksen v Lane NO and Others*¹³⁵ waarin die grondwetlikheid van sekere bepalinge van die *Insolvensiewet* 24 van 1936¹³⁶ onder die loep gekom het, het die Konstitusionele Hof, by monde van Regter Richard Goldstone, van hierdie geleentheid gebruik gemaak. Laasgenoemde benadering tot ontledings van sodanige inbreuke is daarna in 'n hele aantal opeenvolgende sake van toepassing gemaak.¹³⁷

Die feite in hierdie saak was kortliks die volgende: Ingevolge artikel 21 van die *Insolvensiewet* word die trustees van die insolvente eggenoot se boedel toegelaat om op die bates van die solvente eggenoot beslag te lê, na die sekwestrasie van die insolvente eggenoot, wanneer die gades buite gemeenskap van goedere getroud is.¹³⁸ Verder is die gade van die insolvent in hierdie saak gedagvaar om ingevolge artikels 64 en 65 by die eerste vergadering van skuldeisers teenwoordig te wees en alle

¹³² Op para [10]

¹³³ *Prinsloo v van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [20]

¹³⁴ Ook volgens Carpenter G 2001 *THRHR* 628

¹³⁵ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) soos ook bespreek in Evans RG "The constitutionality of section 21 of the Insolvency Act 24 of 1936" 1998 *Stellenbosch Law Review* 359-372, Freedman W "Understanding the right to equality" 1998 *SALJ* 243-251, Jansen van Rensburg L "Weeg die belange van die skuldeisers swaarder as die belange van die solvente eggenoot?" 1998 *TSAR* 334-343, Kende MS 2000 *SALJ* 749, Louw R 1999 *SAJHR* 398-399, Rautenbach IM "Die konstitusionele hof se riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid" 1996 *TSAR* 317-325 en Rycroft A en Louw R 2000 *ILJ* 862.

¹³⁶ Die *Insolvensiewet* 24 van 1936 word hierna genoem die *Insolvensiewet*.

¹³⁷ Ook uiteengesit in: Albertyn C en Goldblatt B 1998 *SAJHR* 256

¹³⁸ Beide gades se gesamentlike boedel word gesequestreer wanneer hulle binne gemeenskap van goedere getroud is.

dokumente in verband met haar en haar man se geldsake saam te bring. Gevolglik het die solvente gade aangevoer dat hierdie bepalings van die Insolvensiewet ongrondwetlik is omdat dit met die gelykheidsbepaling in die Oorgangsgrondwet gebots het. Die argumente van die solvente gade, die appellant in hierdie saak, het ingehou dat verpligtinge en nadele vir solvente eggenote, wat volgens enige reg of gewoonte met insolvente persone getroud is of met hulle saamwoon asof hulle getroud is, meegebring is deur hierdie wetgewing. Hierdie verpligtinge en nadele is nie van toepassing op ander persone wat transaksies of noue verbintenisse met insolvente persone het nie en is dus volgens Mevrouw Harksen ongrondwetlik en onregverdig diskriminerend, teen haar as solvente eggenote van die insolvente Meneer Harksen.

Om te bepaal of diskriminasie onbillik en ongrondwetlik is, word daar 'n aantal stappe gevolg om die antwoord op hierdie vraag te bepaal.¹³⁹ Die eerste stap is om te bepaal of daar 'n differensiasie of onderskeid gemaak word tussen persone of kategorieë persone. Indien daar wel sodanige onderskeid gemaak word, dan word die volgende vraag gestel: Bestaan daar een of ander legitieme owerheidsdoel en is daar 'n rasonale verband tussen die onderskeid wat getref word en die legitieme owerheidsdoel wat met daardie onderskeid nagestreef word? Indien geen sodanige legitieme doel of rasonale verband bestaan nie, dan is daar 'n oortreding van die gelykheidsbepaling soos dit in die Grondwet neergelê is. Selfs in gevalle waar daar wel sodanige legitieme doel en rasonale verband aanwesig is tussen die onderskeid en die doel wat daarmee beoog word, kan dit steeds neerkom op diskriminasie vir die doeleindes van die gelykheidsbepaling.¹⁴⁰ Hierdie toets ten opsigte van 'n legitieme owerheidsdoel en die rasonale verband, kom slegs voor ten opsigte van die ongelyste gronde, naamlik die gronde wat nie in artikel 9(3) genoem word nie. Die *ratio* hiervoor is daarin geleë

¹³⁹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [54]. Hierdie benadering ten opsigte van die stappe om gevolg te word in die benadering tot die gelykheidsanalise is nou reeds in 'n aantal sake deur die Konstitusionele Hof bevestig in o.a. *Hoffmann v South African Airways* 2001 1 SA 1 (KH); 2000 11 BCLR 1211 (KH) para [16]; *S v Manamela (Director-General of Justice Intervening)* 2000 3 SA 1 (KH); 2000 5 BCLR 491 (KH); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [17]; *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others* 1998 2 SA 61 (KH); 1998 1 BCLR 1 (KH) para [22]

dat diskriminasie op die gelyste gronde in elk geval ingevolge artikel 9(5) vermoed word ongrondwetlik te wees - wat die toets na 'n legitieme owerheidsdoel en 'n rasonale verband totaal onnodig maak.

Wanneer die bogenoemde oorweeg is, word die tweede stap geneem. Dit hou dan in om vas te stel of die diskriminasie wat gepleeg is, neerkom op onbillike diskriminasie. Om hierdie vraag te kan beantwoord is daar ook 'n twee-fase benadering wat gevolg moet word:

- (a) Eerstens word die vraag afgeva of die onderskeid wat getref word neerkom op "diskriminasie." Indien die diskriminasie op 'n gelyste grond is, soos dit in die gelykeheidsbepaling van die Grondwet uiteengesit is, dan kan daar afgelei word dat daar wel diskriminasie plaasgevind het. Indien die onderskeid wat getref is nie plaasvind op een van die gelyste gronde soos dit in die gelykeheidsbepaling van die Grondwet vervat is nie, dan sal die vraag of daar diskriminasie was, objektief bepaal moet word volgens die karaktertrekke wat in die omstandighede die potensiaal het om die fundamentele menswaardigheid van persone as menslike wesens aan te tas of om hulle nadelig te affekteer op 'n soortgelyke ernstige wyse.

Hierna volg die tweede stap van die ondersoek.

- (b) Indien die onderskeid neerkom op "diskriminasie," volgens die vrae hierbo uiteengesit, dan moet vervolgens bepaal word of hierdie "diskriminasie" neerkom op "onbillike diskriminasie." Sodra diskriminasie op een van die gelyste gronde in die gelykeheidsbepaling, spesifiek artikel 9(3), plaasgevind het, word dit vermoed om onbillik te wees. Wanneer die diskriminasie egter nie plaasgevind het op een van die gelyste gronde in die gelykeheidsbepaling vervat nie, dan sal die onbillikheid van die diskriminasie deur die klaer bewys moet word. Die toets vir onbillikheid fokus primêr op die impak van die diskriminasie teen die klaer en ander persone of groepe persone wat hulle in sy

of haar situasie sou bevind. Sodra daar op hierdie stadium van die ondersoek met oortuiging gesê kan word dat die diskriminasie nie onbillik was nie, dan kan die ondersoek in die betrokke geval as afgehandel beskou word as sou daar nie 'n oortreding van artikels 9(3) of (4) gewees het nie.¹⁴¹

Die hof het nie moeite gedoen om in die stelling dat dit hier gaan oor attribute of kenmerke wat aan mense kleef, te onderskei oor watter attribute of karakertrekke na verwys word nie. Daar kan slegs afgelei word dat dit na die gelyste gronde van artikel 9(3) verwys, sowel as analoë gronde wat die potensiaal het om die menswaardigheid van mense aan te tas of hulle soortgelyk ernstig te benadeel.¹⁴² Onbillike diskriminasie beteken hoofsaaklik om mense verskillend te behandel op 'n wyse wat hul fundamentele waardigheid as mense, wat inherent gelyk is in waardigheid, aantast.¹⁴³ Die impak van die diskriminasie op die klaer help ook om die onbillikheid te bepaal en die volgende moet in ag geneem word ten einde laasgenoemde te kan vasstel:¹⁴⁴ Iemand se menswaardigheid word aangetas wanneer daardie persoon onderwerp word aan behandeling wat degraderend of vernederend is, of aan optrede wat iemand as minder as menslik hanteer.¹⁴⁵ In die Romeins-Hollandse Reg is menswaardigheid uitgelê as "selfrespek." Die aantasting van menswaardigheid het verband gehou met belediging. Dit hou verband met aanstootlike, degraderende behandeling van iemand anders in die publieke of privaatsefeer of die blootstelling van 'n persoon aan 'n kwade gesindheid, bespotlikheid, disrespek of minagting.¹⁴⁶

- (i) die posisie van die klaer in die gemeenskap en of die klaer gelyk het onder vorige of patrone van diskriminasie op 'n spesifieke of 'n ander grond;
- (iv) die aard van die bepaling of die magtiging (die hof verwys na die term "power") en die doel wat daardeur nagestreef word. As dit nie direk teen die

[54]

¹⁴¹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [46]-[51], [53]

¹⁴² *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]

¹⁴³ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [31]

¹⁴⁴ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]

¹⁴⁵ *Davis D Dignity* 73. Dit is ook onderskryf in *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1995 1 SA 51 (Nm) 95C.

¹⁴⁶ *Argus Printing & Publishing Company Ltd v Esselins Estate* 1994 2 SA 1 (A) 23

klaer gemik is nie, maar byvoorbeeld gemik is op 'n groter gemeenskapsdoel, dan kan dit 'n invloed hê op die bepaling van die vraag of die klaer werklik benadeel is deur die spesifieke bepaling – in hierdie verband word daar gedink aan die *Hugo*-saak waar die klaer, ook as deel van 'n groep van manlike gevangenes, benadeel is tydens die nastreef van 'n groter gemeenskapsdoel, naamlik die bevoordeling van die kinders van moeders wat in die gevangenis opgesluit is vir nie-geweldsmisdade;

- (v) Met inagneming van die voormelde twee faktore, sowel as ander relevante faktore, word die omvang waartoe die diskriminasie die regte of belange van die klaers geaffekteer het in ag geneem, tesame met die vraag of dit inbreuk gemaak het op hul menswaardigheid en of hulle soortgelyk ernstig benadeel is.

Die Konstitusionele Hof het dit egter duidelik gestel dat hierdie lys geen *numerus clausus* daarstel nie en dat dit verder ontwikkel kan word na gelang ons gelykheidsfilosofie aanwending vind en dit verder deur ons howe ontwikkel word deur regspraak. In elk geval is dit die kumulatiewe effek van bogemelde faktore wat oorweeg moet word om te bepaal of diskriminasie billik is of nie.¹⁴⁷

Die vraag of die diskriminasie op een van die gelyste gronde in die gelykheidsbepaling plaasgevind het, is slegs belangrik vir die bepaling van die bewyslas in die betrokke saak. Indien die diskriminasie op een van die gelyste gronde plaasgevind het, dan is die bewyslas op daardie persoon of instansie wat die diskriminasie gepleeg het om te bewys dat die diskriminasie billik was. Indien die diskriminasie egter op 'n ongelyste grond plaasgevind het, dan is die bewyslas op die klaer om te bewys dat die diskriminasie onbillik was.¹⁴⁸ Die *Harksen*-saak maak ook 'n ander belangrike gevolgtrekking sover dit die kwessie van die gelyste en ongelyste gronde betref. Ongelyke behandeling op die gelyste gronde is sonder meer diskriminasie, maar nie noodwendig onbillik van aard nie. Ongelyke behandeling op ongelyste gronde is egter slegs diskriminasie indien dit potensieel menswaardigheid

¹⁴⁷ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [49], [52]; De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 215

¹⁴⁸ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 211

kan aantas of soortgelyke ernstige gevolge kan hê.¹⁴⁹ Sodanige diskriminasie sal dan in stryd wees met die gelykeheidsbepaling en as sodanig ongrondwetlik wees indien daar aan hierdie vereiste voldoen kan word deur die klaer.¹⁵⁰ Die maklikste manier om te bepaal of die diskriminasie op 'n ongelyke grond die gewraakte potensiaal het om menswaardigheid aan te tas of soortgelyke ernstige gevolge te hê, is om die gevolge van die diskriminasie te oorweeg.¹⁵¹

Met die oorweging van die vraag of daar onbillike diskriminasie is, behoort slegs gekonsentreer te word op die gevolge of potensiële uitwerking van die ongelyke behandeling en nie op die belangrikheid van die doel van die maatreël, die aard en omvang van die beperking, die verband tussen die beperking en die doel van die maatreël en die beskikbaarheid van alternatiewe nie. Dit is beperkingsoorwegings wat slegs ingevolge die toets van artikel 36 ter sprake kom.¹⁵²

Gevolgtrek kan gestel word dat daar na aanleiding van (a) en (b) hierbo eers bepaal moet word of daar 'n oortreding van die reg op gelykheid voor die reg was, waarna die vraag na onbillike diskriminasie aan die beurt kom. Maar, die Konstitusionele Hof het alreeds, ongeag die toets soos hierbo uiteengesit, dit baie duidelik gestel dat die regte op gelykheid voor die reg en die reg om nie onbillik teen gediskrimineer te word nie, nie in waterdichte kompartemente verdeel moet word nie, aangesien dit nog wenslik, nog prakties is, juis aangesien die reg op gelykheid 'n saamgestelde reg is.¹⁵³ Hierteenoor het die Konstitusionele Hof in die sodomie-saak verder gegaan en beslis dat 'n hof nie noodwendig beide fases van die toets moet toe te pas nie, aangesien die hof beslis het dat die eerste fase van die toets duidelik onnodig sou wees waar die hof

¹⁴⁹ *Harkens v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [46]-[47]

¹⁵⁰ *Rautenbach* IM 1996 TSAR 324

¹⁵¹ *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another* 1998 1 SA 745 (KH); 1997 12 BCLR 1655 (KH) para [20]. Hierdie saak is volledig bespreek in Klaaren J "Cases and comments: Non-citizens and constitutional equality *Larbi-Odam v The Member of the Executive Council for Education (North-West Province)* 1998 1 SA 745 (KH)" 1998 SAJHR 286-297.

¹⁵² *Rautenbach* IM 1998 TSAR 322

¹⁵³ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [22]

beslis dat die diskriminasie onbillik en onregverdigbaar sou wees.¹⁵⁴ Dus kan daar tot die gevolgtrekking gekom word, voordat daar met die laaste stap van hierdie toets aangegaan word, dat in gevalle waar die hof bevind dat 'n wetsbepaling of sekere optrede onregverdigbaar artikels 9(3) en (4) skend, is daar geen rede waarom dit eers nodig is om te bepaal of die gewraakte bepaling of optrede 'n oortreding van artikel 9(1) van die gelykeheidsbepaling is nie.

Die hof het ook hierdie benadering toegepas in die eerste HIV-saak wat voor die hof geland het, naamlik *Hoffmann v South African Airways*¹⁵⁵ waar die hof met die beleid van die Suid-Afrikaanse nasionale lugdiens om nie HIV-positiewe persone in diens te neem nie, gehandel het as sou dit onbillike diskriminasie daargestel het, voordat die hof oorweeg het of dit 'n oortreding van artikel 9(1) daargestel het. In hierdie verband moet daar *obiter* gewys word op die mening van Heywood en Hassan,¹⁵⁶ dat die verbod op toetsing vir HIV / Vigs ingevolge die Wet op Billike Indiensneming, uitgesluit is insoverre dit lede van die nasionale weermag betref, aangesien persone met HIV / Vigs nie mag ontplooi nie en dus geen werklike relevante doel kan dien in die weermag nie.

De Waal, Currie en Erasmus kritiseer egter hierdie nuutste opmerkings van die Konstitusionele Hof, wanneer dit oorweeg word teen die toets wat daar in die *Harksen*-saak neergelê is.¹⁵⁷ Hulle meen dit is onduidelik uit die hof se eie opmerkings en gelykeheidsfilosofie wanneer oorweging van artikel 9(1) "clearly unnecessary" sal wees wanneer bevind word dat 'n wetsbepaling of optrede onbillike diskriminasie daarstel. Dit kan volgens die skrywers nie aangeneem word dat omdat bevind word dat die gewraakte wetsbepaling of optrede een reg oortree, dit die hof toelaat of verhoed om te oorweeg of dit enige ander reg oortree nie. In die sodomie-saak het die Konstitusionele Hof byvoorbeeld bevind dat die gewraakte

¹⁵⁴ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [18]

¹⁵⁵ *Hoffmann v South African Airways* 2001 1 SA 1 (KH); 2000 (11) BCLR 1235 (KH) para [26]. Hierdie saak word volledig bespreek in Rycroft A en Louw R "Discrimination on the basis of HIV: Lessons from the Hoffmann case" 2000 *ILJ* 856-866.

¹⁵⁶ Heywood M en Hassan F 1999 *ILJ* 846-847

¹⁵⁷ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 203

kriminaliseringsbepaling van sodomie,¹⁵⁸ drie afsonderlike regte in die Handves van Regte geskend het. Dit kan volgens die skrywers ook nie aanvaar word dat onregverdigde diskriminasie altyd 'n oortreding van die reg op gelyke behandeling uitmaak nie, aangesien so 'n hipotese die *Harksen*-toets erg sou ondermyn wat dit duidelik stel dat daar eers vir 'n rasonale basis getoets word en slegs indien laasgenoemde teenwoordig is, dan word daar getoets vir onregverdigde diskriminasie.

Hierna kom die laaste stap van die ondersoek aan die beurt wat handel oor die regverdiging van die gewraakte optrede:

- (c) Indien die diskriminasie bevind word om onregverdig te wees, dan sal daar as 'n laaste stap bepaal moet word of die diskriminasie geregverdig kan word uit hoofde van die beperkingsbepaling, naamlik artikel 36 van die Grondwet.

Rautenbach meen dat aangesien onbillike diskriminasie 'n baie ernstiger vorm van ongelyke behandeling is as ongelyke behandeling wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, sal die algemene beperkingsbepaling van artikel 36 van die Grondwet baie strenger toegepas word as in ander gevalle. 'n Rasonale verband sal vereis word in die sin dat die beperking die doel sal moet kan bevorder en die oogmerk sal baie deeglik oorweeg word by die opweging van die oogmerke teen die aard en omvang van die ongelyke behandeling. Vir 'n persoon om ongelyke behandeling te kan aanvoer in so 'n geval sal dus baie moeiliker wees, as wanneer die ongelyke behandeling nie neerkom op onbillike diskriminasie nie.¹⁵⁹ Verder is dit belangrik om by te voeg dat in gevalle waar daar bevind sou word dat by die bepaling of die onderskeid op diskriminasie neerkom of nie en die ongelyke behandeling nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, behoort die algemene beperkingsbepaling ook toegepas te word op maatreëls wat andersins onderskeide tref. In hierdie gevalle sal die beperkingsbepaling egter nie so streng toegepas word as in die geval waar die ongelyke behandeling sou neerkom op onbillike diskriminasie nie.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Artikel 20A van die *Ontugwet* 23 van 1957

¹⁵⁹ Jagwanth S 1999 *SAJHR* 204

¹⁶⁰ Rautenbach IM 1998 *TSAR* 325

Wanneer 'n aantasting van een van die funderingswaardes van die Grondwet plaasgevind het, veral die bereiking van gelykheid *in casu*, soos dit in artikel 1(a) van die Grondwet uiteengesit word, sal dit baie moeilik wees vir die respondent om 'n regverdiging vir sodanige aantasting te kan bewys.¹⁶¹ In hierdie saak het dit gehandel oor die Minister van Binnelandse Sake wat geweier het om aan homoseksuele persone se lewensmaats dieselfde behandeling te verleen as heteroseksuele persone se gades en hierdie optrede van die Minister is deur die Konstitusionele Hof as ongrondwetlik bevind.¹⁶²

Nadat die hof al die bogenoemde stappe oorweeg het, het die hof die saak teen die appellant, Mevrouw Harksen, beslis, maar nie in 'n eenparige beslissing nie. Die hof het bevind dat die Insolvensiewet wel onderskei tussen solvente gades van insolvente persone en ander persone wat transaksies met insolvente persone aangegaan het en dat 'n rasionele verband tussen die onderskeid en 'n wettige oogmerk bestaan. Die hof het in ag geneem dat alhoewel die wet se bepalings nadelige gevolge inhou, alternatiewe metodes om die doel te bereik ontoereikend sou wees. Die doel was immers om samespanning tussen die gades te voorkom ten einde die belange van die skuldeisers te ondermyn. Die omvang van die nadeel word egter beperk, deurdat voorsiening gemaak word vir die vrystelling van sekere kategorieë eiendom ten gunste van die solvente gade. Voorsiening word ook gemaak vir die solvente gade om haar tot die hof te wend vir die uitsluiting van eiendom wat werklik hare is in gevalle waar daarop beslag gelê is. Die hof het dus grootliks, na aanleiding van die rasionele verband wat daar bestaan tussen die doel van die beperking en die diskriminasie self, beslis dat daar wel sodanige rasionele verband bestaan wat geregverdig kan word, na toepassing van die stappe soos wat dit hierbo uiteengesit is.

¹⁶¹ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Home Affairs and Others* 1999 3 SA 173 (K) 186J-187A; *Lotus River, Ottery, Grassy Park Residents' Association v South Peninsula Municipality* 1999 2 SA 817 (K) 831B-C

¹⁶² *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2002 2 SA 1 (KH); 2000 1 BCLR 39 (KH). Hierdie saak word volledig bespreek in Chetty C "Sexual orientation as a constitutional right: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 2000 1 BCLR 39 (KH)" 2001 *THRHR* 657-666, Kende MS 2000 *SALJ* 768-770 en Louw R 1999 *SAJHR* 400.

Terwyl hierdie beslissing gemaak is uit hoofde van artikel 8 van die Oorgangsgrondwet, is daar deur Regter Catherine O'Regan bevind dat alhoewel huwelikstatus nie een van die gelyste gronde is vir doeleindes van die gelykheidsbepaling nie, dit wel een van die analoë gronde ten opsigte van hierdie artikel kan uitmaak, aangesien diskriminasie op grond van huwelikstatus wel menswaardigheid kan aantas of die benadeelde op soortgelyk ernstige gronde kan tref.¹⁶³ Interessant genoeg maak die Grondwet in artikel 9(3) wel voorsiening vir "huwelikstaat" (teenoor huwelikstatus) as een van die gelyste gronde¹⁶⁴ – vir die redes deur die hof aangevoer, word dit egter hier aanvaar dat die hof ingevolge die Grondwet steeds tot dieselfde bevinding sou gekom het as wat die geval was op die feite ingevolge die Oorgangsgrondwet. Al was hierdie uitspraak gelewer ingevolge die Oorgangsgrondwet, het die finale Grondwet 'n byvoeging tot die lys wat tans in artikel 9(3) saamgevat word, naamlik huwelikstaat, wat nie een van die gronde was wat in artikel 8 van die Oorgangsgrondwet voorgekom het nie.

Nadat die bogenoemde toets dus oorweeg is, kan die volgende gevolgtrekking gemaak word oor die toets wat daar deur die Konstitusionele Hof neergelê is: Artikel 9 bepaal drie wyses waarop differensiasie tussen mense of kategorieë mense kan plaasvind. Eerstens is daar wat die Konstitusionele Hof blote onderskeid ("mere differentiation")¹⁶⁵ noem, wat terwyl dit sommige mense anders as ander mense behandel, nie noodwendig diskriminasie uitmaak nie. Blote onderskeid is 'n onwettige oortreding van artikel 9 tensy daar 'n legitieme doel met die onderskeid bewys kan word en 'n rasonale verband aangetoon kan word tussen die regmatige owerheidsdoel en die gewraakte optrede of wetsbepaling.¹⁶⁶ Wanneer daar egter 'n legitieme (owerheids)doel en 'n rasonale verband bewys kan word, kan daar steeds onbillike diskriminasie ingevolge artikels 9(3) of (4) bewys word. Derdens is daar die wetsbepaling of optrede wat diskrimineer, maar wat nie onbillik is nie, met

¹⁶³ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 300 SA (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [93]

¹⁶⁴ Artikel 9(3) bevat die gelyste gronde en "huwelikstaat" word in die Engelse teks aangegee as "marital status" eerder as "marital state" wat eerder die ooreenkomstige vertaling van die Afrikaanse teks sou wees. Die Engelse teks is egter die gesaghebbende teks van die Grondwet.

¹⁶⁵ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [22]; Swart GJ 1999 SA Mercantile Law Journal 252-253; De Vos P 2000 *THRHR* 69-70

¹⁶⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [25]

inagnening van die impak van die diskriminasie op die klaer en ander persone in die klaer se posisie.¹⁶⁷ Dit is natuurlik belangrik om dit duidelik te stel dat die ondersoek na oortreding van artikels 9(3) en (4) ten opsigte van onbillike diskriminasie, handel met attribute of karakertreкке wat die potensiaal het om die menswaardigheid van die klaer aan te tas of die klaer soortgelyk ernstig te benadeel. In gevalle waar die gewraakte optrede of wetgewende bepalings nie die vermoë het om die menswaardigheid van menslike wesens aan te tas, of hulle soortgelyk ernstig te tref nie, dan is die enigste gronde waarop die besondere wetsbepaling of optrede aangeval kan word, artikel 9(1), wat handel met die vraag na 'n legitieme owerheidsdoel en 'n rasonale verband tussen die legitieme owerheidsdoel en die betrokke optrede of wetsbepaling.

Dit was byvoorbeeld die geval in *Prinsloo v Van der Linde*¹⁶⁸ waar die fokus op die grondwetlikheid van artikel 84 van die *Boswet* 122 van 1984 geval het. Hierdie wet se doel was om veld- en bosbrande te voorkom en te beheer deur brandbeheerareas daar te stel waar skemas van verpligte brandbeheer ingestel is. Daar is nie van eienaars van grond buite hierdie brandbeheerareas vereis om brandbeheermaatreëls in te stel nie, maar hulle is wel aangemoedig om dit te doen by wyse van 'n verskeidenheid van metodes. Een van laasgenoemde metodes was artikel 84,¹⁶⁹ wat 'n vermoede van nalatigheid geskep het teen die grondeienaar op wie se grond brande plaasgevind het in nie-beheerde areas. Geen sodanige vermoede het gegeld in gebiede wat binne die brandbeheerareas geval het nie. Nadat die hof bevind het dat die betrokke artikel nie ongelykheid skep wat menswaardigheid aantas, of die klaer soortgelyk ernstig tref nie, het slegs die artikel 9(1)-toets van legitieme owerheidsdoel en rasonale verband oorgebly, beide waarvan die hof bevind het teenwoordig te wees.

Ten einde die artikel 9(1)-toets toe te pas, kan die hof nie vra na die beleidsoorwegings wat die owerheid in ag geneem het voordat dit 'n spesifieke beleidsbesluit geneem het nie. Dit is die doel van die howe om reg te spreek en howe

¹⁶⁷ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 203-204

¹⁶⁸ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH)

¹⁶⁹ *Boswet* 122 van 1984

moet hulself daarvan weerhou om beleidsbesluite te neem.¹⁷⁰ Die hof sal slegs die redes wat die respondent aangee waarom 'n differensiasie geskep is oorweeg om te bepaal of dit legitiem is of nie. Daarna sal die hof oorweeg of daar 'n rasonale verband bestaan tussen die doel van die wet en die differensiasie daargestel. Die hof mag nie ondersoek instel na ander metodes om dieselfde doel te bereik of die effektiwiteit van die metode wat wel deur die wetgewer gekies is nie.¹⁷¹

5.3 Vryheid

5.3.1 Die plek van vryheid in die Grondwet

In nóg die Oorgangsgrondwet, nóg die Grondwet, is daar een enkele fundamentele vryheidsreg wat slegs handel met die beskerming van vryheid. Weens die wyse waarop die Grondwet met vryheid handel, soos gemanifesteer deur die ander fundamentele regte en die feit dat dit duidelik nie dieselfde rangorde geniet as menswaardigheid nie, maar as ondersteunende kernwaarde tot menswaardigheid dien, word dit as die laaste grondwetlike waarde bespreek.

Daar moet egter onderskei word tussen gelykheid en vryheid as grondwetlike waardes en as fundamentele regte. Gelykheid en menswaardigheid is afsonderlike grondwetlike waardes wat menswaardigheid as die sentrale grondwetlike waarde ondersteun, indien 'n hiërargiese rangorde uitgemaak kan word tussen die grondwetlike waardes.¹⁷² Hiermee saam het gelykheid, soos menswaardigheid, letterlik elk 'n eie bestaan, as eiesoortige fundamentele regte in die Handves van Regte vervat, terwyl dit nie die geval is met vryheid, wat geen eie afsonderlike fundamenteelregtelike bestaan geniet in die Handves van Regte nie, maar alleen

¹⁷⁰ *Soobramooney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHRC 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) parr [98]-[102]; *Carpenter G* 2001 *THRHR* 631; *Frowein JA* 1998 *PER* 3

¹⁷¹ *De Waal J, Currie I en Erasmus G Handbook* 208; *Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd (Minister of Labour Intervening)* 1999 2 SA 1 (KH); 1999 2 BCLR 139 (KH) para [17]

¹⁷² *Venter F* 1998 *PER* 28

neerslag vind deur die vergestaltung van ander fundamentele regte, onder andere die reg op gelykheid, soos hierbo aangehaal.

Gelykheid en vryheid is beide grondwetlike waardes wat as prosessuele grondwetlike waardes erken word in artikel 1 van die Grondwet, maar die grondwetlike waardes is nie netso vervat as fundamentele regte in Hoofstuk 2 nie. So word nie-rassigheid en nie-seksisme byvoorbeeld in artikel 1(b) erken as van die funderende grondwetlike waardes van die land. Hierdie konsepte vind egter aanwending as deel van die fundamentele reg op gelykheid, waar hierdie vorme van diskriminasie onwettig verklaar word. Dieselfde is soortgelyk die geval met van die ander grondwetlike waardes wat as deel van die fundamentele regte neerslag vind. Gevolglik geniet nie al die grondwetlike waardes dienooreenkomstige erkenning as eiesoortige fundamentele regte nie, aangesien die grondwetlike waardes onderliggend is tot ons reg, eerder as dat dit as direk afdwingbare regte geld. Dit word eerder gemanifesteer by wyse van die fundamentele regte.

Vryheid word as 'n baie wyer en omvangryker konsep in ons reg erken as een enkele fundamentele reg. Soos gestel, vind dit neerslag in 'n hele aantal van die verskillende fundamentele regte wat in die Handves van Regte voorkom. So vind dit onder andere eksplisiet woordeliks neerslag in onder andere artikels 12,¹⁷³ 15,¹⁷⁴ 16,¹⁷⁵ 18,¹⁷⁶ 21¹⁷⁷ en 22.¹⁷⁸

In bogemelde artikels word dit telkens eksplisiet gestel dat elke persoon die reg op vryheid het om het van die een of ander gegewe. Maar die reg op vryheid is egter ook implisiet inbegrepe in van die ander bepalings waar dit nie so eksplisiet gestel word nie. Vryheid as begrip is tog 'n oop konsep wat die teenkant van dwang insluit. So lees artikel 13 van die Grondwet as volg lees:

¹⁷³ Vryheid en sekerheid van die persoon
¹⁷⁴ Vryheid van godsdiens, oortuiging en mening
¹⁷⁵ Vryheid van uitdrukking
¹⁷⁶ Vryheid van assosiasie
¹⁷⁷ Vryheid van beweging en verblyf
¹⁷⁸ Vryheid van bedryf, beroep en professie

Niemand mag aan slawerny, knegskap of dwangarbeid onderwerp word nie.

Die gevolg hiervan is dat vryheid implisiet by hierdie reg inbegrepe is sonder dat die woord vryheid eksplisiet begryp word. Wat presies die rede is vir hierdie spesifieke bewoording van artikel 13 is onduidelik, maar die vryheid van die persoon om nie aan hierdie vorme van dwang onderwerp te word nie, is duidelik sigbaar, selfs sonder die eksplisiete neerslag van die woord vryheid. Nog 'n voorbeeld is artikel 23(2) wat as volg lees:

Elke werker het die reg om –

- (a) 'n vakbond te stig en daarby aan te sluit;
- (b) aan die bedrywighede en programme van 'n vakbond deel te neem;
en
- (c) te staak.

Hierdie bepaling kon net sowel gelees het dat elke werker vry is om 'n vakbond te stig, vry is om daarby aan te sluit, vry is om aan die bedrywighede en programme van 'n vakbond deel te neem en vry is om te staak. Die impak van hierdie bepaling sou dieselfde gewees het. Dieselfde geld vir 'n hele rits ander fundamentele regte in die Handves van Regte vervat, onder andere artikels 14,¹⁷⁹ 17¹⁸⁰ en 19.¹⁸¹

Gevolgtlik is daar geen enkele bepaling as sulks, wat vryheid as fundamentele reg verskans nie, aangesien die vryheid van die mens nie slegs een enkele fundamentele reg omvat nie. Vryheid as konsep is baie wyer en omvangryk en omvat waarskynlik al die regte soos dit in die Handves van Regte neerslag vind, aangesien 'n ware vrye lewe, soos dit in 'n liberaal-demokratiese samelewing neerslag vind, al die regte vervat soos dit in die Handves van Regte verskans is en nie slegs een enkele reg op vryheid nie.

179

Privaatheid

180

Vergadering, betoging, linievorming en petisie

181

Politieke regte

Artikel 1(a) van die Grondwet bepaal onder andere dat die land op die volgende waardes gegrond is: ... die uitbou van menseregte en vryhede.

Artikel 1 beperk dus nie die vryheid van die mens as een begrip of een konsep nie. Dit stel vryheid egter in die meervoud, naamlik as deel van 'n aantal ander menseregte, *in casu* die fundamentele regte soos dit in Hoofstuk 2 van die Grondwet verskans is, maar ook as deel van 'n aantal ander menseregte wat nie fisies gemanifesteer word in die Grondwet nie, maar wat die individu steeds toekom om te geniet. Vryheid handel nie slegs oor fisiese vryheid nie, maar ook die vryheid om te kan leef soos jy wil, doen soos jy wil en ook om nie te doen wat jy nie wil nie. Hierdie vryhede moet egter deurentyd, soos alle ander regte, uitgeoefen word binne die beperkinge van die Grondwet, die algemene reg en met inagneming van die regte van ander draers van regte.

In artikel 7(1) word vryheid egter in die enkelvoud gestel as een van die demokratiese waardes waarop die land gegrond is. In hierdie verband moet dit genoem word dat artikel 7(1) van die Grondwet slegs drie demokratiese waardes erken, naamlik menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Hierdie waardes word nie as prosessuele waardes erken soos wat in artikel 1 van die Grondwet die geval is nie en alhoewel artikel 1(a) vryhede, as meervoud erken, doen die bewoording van artikel 7(1) nie afbreuk daaraan dat dit in feitlik al die fundamentele regte wat in Hoofstuk 2 verskans word, gemanifesteer word nie. Dit word hier aan die hand gedoen dat artikel 7(1) vir doeleindes van doelmatige taalgebruik waarskynlik geformuleer is, soos wat tans die geval is en nie om afbreuk te doen aan die grondwetlike waardes nie. Dit sou immers nie reg ge lees het in Engels, as die geldende teks, of dan in hierdie geval Afrikaans indien die bewoording van artikel 7(1) verwys het na die demokratiese waardes van menswaardighede, gelykhede en vryhede nie. Daarmee saam moet ook aanvaar word dat demokrasie bereik is in Suid-Afrika tydens, of dan hoogstens met die aanvaarding van die Grondwet. Om hierdie waardes as prosessuele demokratiese waardes te gestel het, sou geïmpliseer het dat die demokrasie verder moet ontwikkel as wat in die Grondwet vervat is. So 'n benadering sou nie slegs onprakties gewees het nie, maar dit kon ook die land in 'n oneindige politieke onsekerheid gedompel het met strydende partye wat deurentyd die demokrasie tot iets anders sou wou laat ontwikkel.

Dit word ook hier terloops genoem, dat alhoewel Venter¹⁸² gelykheid en vryheid beide as ondersteunende kernwaardes tot menswaardigheid beskou, sluit die gelykeidsbepaling, artikel 9(2) van die Grondwet, vryheid in as deel van die gelykeidsreg, wanneer dit as volg bepaal: Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en *vryhede* in.¹⁸³

Die bewoording van die gelykeidsbepaling verdien ook erkenning in hierdie verband. Vryheid word pertinent by gelykheid inbegrepe as sou gelykheid dit insluit. Gelykheid word in artikel 9(2) van die Grondwet gestel as die volle en gelyke genieting van alle regte en *vryhede*. Gevolglik sluit gelykheid volgens die eksplisiete bewoording van die Grondwet, vryheid in. Vryheid sluit nie eksplisiet gelykheid in nie, alhoewel goeie argumente daarvoor uitgemaak kan word dat vryheid onbestaanbaar is, sonder gelykheid. Deel van die prosessuele aard van die bereiking van gelykheid is dus die bereiking van vryhede, onder andere soos dit in die fundamentele regte van Hoofstuk 2 verskans is. Dit is hierdie sub-artikel van die gelykeidsbepaling van die Grondwet wat regstellende aksie sanksioneer en aangesien vryheid inbegrepe is by die bereiking van gelykheid, beteken dit dus noodwendig dat regstellende aksie ook die bereiking van vryheid tot die volste omvang daarvan impliseer.

In hierdie verband moet daar vir 'n wyle stilgestaan word by die benadering van die Konstitusionele Hof tot vryheid en die twee aspekte daarvan wat veral ten opsigte van ligaamlike en fisiese vryheid en integriteit neerslag vind. In die saak van *S v Coetzee*¹⁸⁴ is die volgende uitspraak deur die hof gelewer by monde van Regter O'Regan:

[there are] two different aspects of freedom: the first is concerned particularly with the reasons for which the state may deprive someone of freedom [the substantial component] and the second is concerned with the manner whereby a person is deprived of freedom [procedural component]

¹⁸² Venter F 1998 *PER* 28

¹⁸³ Eie beklemtoning

¹⁸⁴ *S v Coetzee* 1997 3 SA 527 (KH) para [159]

... [O]ur Constitution recognises that both aspects are important in a democracy: the state may not deprive its citizens of liberty for reasons that are not acceptable, nor when it deprives its citizens of freedom for acceptable reasons, may it do so in a manner that is procedurally unfair.

In hierdie bespreking wat handel oor regstellende aksie handel dit nie oor vryheid insoverre dit die fisiese en liggaamlike integriteit van die draer van die vryheidsregte betref nie. Die gaan oor 'n veel wyer uitleg van vryheid, naamlik die vryheid van die individu om aan die ekonomiese verkeer deel te neem, te werk waar en hoe daardie individu wil, die vryheid om bevordering te ontvang volgens meriete, sonder dat in ag geneem word wie of wat hy is en die vryheid van die werkgewer om in sy besigheid met sy werknemers om te gaan soos hy wil insoverre dit indiensneming, aflëgging, bevordering en dies meer betref, sonder dat die werkgewer aan bande gelê word in sy keuses oor wie die werknemers is en hoe die werkgewer se werksmag lyk.

5.3.2 *Die benadering van die Konstitusionele Hof tot vryheid*

Daar is niks wat aandui dat dit die bedoeling van die teks van die Grondwet is dat vryheid so wyd geformuleer moet word dat dit die regte van individue sou insluit om nie struikelblokke geplaas te hê (deur die Staat in die *Ferreira*-beslissing) ten opsigte van al hul moontlike keuses en aktiwiteite nie.¹⁸⁵ Hierteenoor moet dit egter genoem word dat Regter Ackermann die gees en betekenis van persoonlike vryheid in dieselfde saak, maar in 'n minderheidsuitspraak uitleë, as sou die Grondwet, alhoewel by implikasie, al die beperkinge op persoonlike vryheid wat gedurende apartheid Suid-Afrika aan die orde van die dag was, verbied.¹⁸⁶ Dit is onder andere die reg wat 'n ouer het om sy kind te identifiseer, medies te laat versorg of van onderwys te voorsien; die vryheid om 'n woon- of werkplek te kies of om eiendom te besit; die soort van werk wat 'n mens toegelaat was om te verrig; die persoon met wie jy mag trou; die wyse waarop jy aan die politieke lewe kon deelneem; of selfs waar jy

¹⁸⁵ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) parr [54], [173]. Hierdie was die benadering van die minderheidsuitspraak, maar is deur die meerderheid verwerp.

¹⁸⁶ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [51]

begrawe mag word. In kort hou dit verband met beperkinge of verbodings van die vryheid om jou eie identiteit te kies of te ontwikkel wat verband hou met 'n weerhouding van die vryheid om ten volle 'n mens te wees.¹⁸⁷ Soos hieronder aangetoon en soos sake nou staan, staan dit die wetgewer egter vry om wel beperkinge te plaas op die persoonlike vryheid van individue en groepe, maar dit sal uit die aard van die saak nie so ver kan gaan as wat die geval was voor 1994, volgens die voorbeelde wat byvoorbeeld hierbo aangehaal is nie.¹⁸⁸

Die kwessie oor vryheid en die omvang daarvan soos dit neerslag vind in die Grondwet, het onder die loep gekom uit hoofde van die bepalings van die Oorgangsgrondwet, in die saak van *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*¹⁸⁹ waarin die feite van die saak kortliks opgesom, die volgende was: Ingevolge artikel 417(2)(b) van die *Maatskappyyewet* 61 van 1973¹⁹⁰ is daar bepaal dat waar 'n maatskappy gelikwedeer is, enige persoon gedagvaar kon word om oor die sake van die maatskappy te getuig en dat daardie persoon dan verplig is om die vrae wat so aan hom of haar gestel is te beantwoord, ongeag of dit daardie persoon geïnkrimineer het of nie en sulke antwoorde mag dan later teen daardie persoon gebruik word as getuies in latere regsverrigtinge. Artikel 417(2)(b) van die *Maatskappyyewet* is dus uitgedaag as sou dit op 'n ongrondwetlike wyse persone gedwing het om hulself te inkrimineer en hierdie bepaling is deur die applikante gestel om in stryd te wees met artikel 25(3) van die Oorgangsgrondwet wat die reg op 'n billike verhoor gewaarborg het.

Sonder om te veel op van die ander kwessies van die saak te fokus, is dit wat in daardie saak oor vryheid beslis is, vir doeleindes van hierdie bespreking van belang. Dit moet egter vermeld word dat die bepaling van die Oorgangsgrondwet waaroor die saak gehandel het, artikel 11 was, wat soos artikel 12 van die Grondwet, handel oor vryheid en sekerheid van die persoon.

¹⁸⁷ Vd Vyver JD "Gelykberegting" 1998 *THRHR* 367-399 380

¹⁸⁸ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 380

¹⁸⁹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH);

¹⁹⁰ Hierna genoem die *Maatskappyyewet*

Regter Ackermann onderskei in die minderheidsuitspraak, die konsepte van "vryheid" en die "sekerheid" van die persoon. Hy baseer dit op die geskiedenis van die insluiting van vryheid by die reg op sekerheid van die persoon en noem dat tydens die onderhandelingsfase van die Grondwet, vryheid eers op 'n baie laat stadium gekoppel is aan die sekerheid van die persoon en gevolglik meen hy dat dit afsonderlik van die reg op sekerheid gelees moet word. Hierdie negatiewe definisie van die reg op vryheid word deur die volgende *dicta* uit die uitspraak van Regter Ackermann bevestig:

- (a) The right 'to freedom' must be construed as a separate and independent right, albeit related to the right to 'security of the person.' Conceptually, individual freedom is a core right in the panoply of human rights.¹⁹¹
- (b) [freedom] is ... the foundation of many of the other rights that are specifically entrenched.¹⁹²
- (c) [o]ne of the main objects of the Constitution is to eradicate such denial or restriction of freedom.¹⁹³

Nadat die sentrale aard van menswaardigheid dan weer deur Regter Ackermann beklemtoon is kom hy tot die gevolgtrekking dat menswaardigheid slegs tot sy volle potensiaal gerespekteer of gewaardeer kan word indien die individu toegelaat word om sy of haar unieke talente optimaal te ontwikkel.

Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfilment are not possible. Without freedom, human dignity is little more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny

¹⁹¹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [46]-[47]

¹⁹² *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [51]

begrave mag word. In kort hou dit verband met beperkinge of verbodinge van die vryheid om jou eie identiteit te kies of te ontwikkel wat verband hou met 'n weerhouding van die vryheid om ten volle 'n mens te wees.¹⁸⁷ Soos hieronder aangetoon en soos sake nou staan, staan dit die wetgewer egter vry om wel beperkinge te plaas op die persoonlike vryheid van individue en groepe, maar dit sal uit die aard van die saak nie so ver kan gaan as wat die geval was voor 1994, volgens die voorbeelde wat byvoorbeeld hierbo aangehaal is nie.¹⁸⁸

Die kwessie oor vryheid en die omvang daarvan soos dit neerslag vind in die Grondwet, het onder die loep gekom uit hoofde van die bepalings van die Oorgangsgrondwet, in die saak van *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others*¹⁸⁹ waarin die feite van die saak kortliks opgesom, die volgende was: Ingevolge artikel 417(2)(b) van die *Maatskappywet* 61 van 1973¹⁹⁰ is daar bepaal dat waar 'n maatskappy gelikwedeer is, enige persoon gedagvaar kon word om oor die sake van die maatskappy te getuig en dat daardie persoon dan verplig is om die vrae wat so aan hom of haar gestel is te beantwoord, ongeag of dit daardie persoon geïnkrimineer het of nie en sulke antwoorde mag dan later teen daardie persoon gebruik word as getuienis in latere regsverrigtinge. Artikel 417(2)(b) van die *Maatskappywet* is dus uitgedaag as sou dit op 'n ongrondwetlike wyse persone gedwing het om hulself te inkrimineer en hierdie bepaling is deur die applikante gestel om in stryd te wees met artikel 25(3) van die Oorgangsgrondwet wat die reg op 'n billike verhoor gewaarborg het.

Sonder om te veel op van die ander kwessies van die saak te fokus, is dit wat in daardie saak oor vryheid beslis is, vir doeleindes van hierdie bespreking van belang. Dit moet egter vermeld word dat die bepaling van die Oorgangsgrondwet waaroor die saak gehandel het, artikel 11 was, wat soos artikel 12 van die Grondwet, handel oor vryheid en sekerheid van die persoon.

¹⁸⁷ Vd Vyver JD "Gelykberegting" 1998 *THRHR* 367-399 380

¹⁸⁸ Vd Vyver JD 1998 *THRHR* 380

¹⁸⁹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH);

¹⁹⁰ Hierna genoem die *Maatskappywet*

them their dignity. Although freedom is indispensable for the protection of dignity, it has an intrinsic constitutional value of its own. It is likewise the foundation of many of the other rights that are specifically entrenched.¹⁹⁴ Viewed from this perspective, the starting point must be that an individual's right to freedom must be defined as widely as possible, consonant with a similar breadth of freedom for others.

Aldus die geleerde Regter Ackermann behoort vryheid as reg wyd uitgelê te word en hy onderskryf dit uit hoofde van wat hy 'n oop gemeenskap noem waar mense hul volle potensiaal kan ontwikkel en alles kan nastreef soos hulle wil en sonder dat beperkinge op hulle geplaas word deur die staat.¹⁹⁵ Hy meen dat dieselfde omvangryke uitleg wat daar teleologies aan menswaardigheid geheg word, ook op vryheid as reg van toepassing gemaak behoort te word,¹⁹⁶ onderhewig slegs aan die beperkingsbepalings tot die Handves van Regte¹⁹⁷ en die balansering van die regte van ander.¹⁹⁸ Die belangrikste is egter dat die vryheidsreg deur Regter Ackermann negatief gedefinieer word as:¹⁹⁹

... the right of individuals not to have 'obstacles to possible choices and activities' placed in their way by (for present purposes we need go no further) the State.

¹⁹³ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [69]

¹⁹⁴ In hierdie verband noem Regter Ackermann dan die volgende bepalinge van die Oorgangsgrondwet, artikels 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25(2)(c) en (d), 25(3)(c) en (d), 27, 28, 30(1)(e), 30(2) en 31.

¹⁹⁵ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [54]-[57]

¹⁹⁶ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [50]-[51]

¹⁹⁷ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [52], [59] en [82]

¹⁹⁸ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [53]

¹⁹⁹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [53] en [69]

Hy baseer verder hierdie omvangryke uitleg wat aan vryheid as reg verleen word op die *dictum* van Waarnemende Regter Kentridge in die inougurele uitspraak van die Konstitusionele Hof, naamlik *S v Zuma and Others*²⁰⁰ toe daar as volg beslis is:

Constitutional rights conferred without express limitation should not be cut down by reading implicit restrictions into them, so as to bring them into line with the common law.

Hy meen dat:²⁰¹

A major difficulty with reading a limitation into s 11(1) where the framers have not seen fit to do so is the absence of any neutral principle or norm for doing so. Neither the text, context nor purpose of chap 3 requires it. To read a limitation into the subsection in these circumstances is to run the risk of injecting subjective values into the text at the expense of a proper interpretation of the Constitution.

Die meerderheid van die hof het egter nie met hierdie wydlopende benadering insoverre dit vryheid betref, saamgestem nie en het dit by monde van die uitspraak van President Chaskalson verwerp. Hulle onderskryf nie die idee van 'n reg op "sekerheid van die persoon" apart van 'n vryheidsreg, soos beide saamgevat in artikel 11(1) van die Oorgangsgrondwet en voortgesit in artikel 12(1) van die Grondwet nie.²⁰² Die meerderheid van die hof meen dat hierdie reg grootliks handel oor vryheid en sekerheid van die persoon. Die omvang van vryheid, indien dit 'n meer omvangryke betekenis het, moet bepaal word uit hoofde van die konteks van die hele hoofstuk wat handel oor fundamentele regte in die Grondwet. Die meerderheid van die hof ontken ook dat die geskiedenis van die insluiting van die vryheidsreg, of die waarde wat aan menswaardigheid geheg word, die wye omvang van 'n sogenaamde vryheidsreg ondersteun, soos deur Regter Ackerman geformuleer. Hulle meen dat

²⁰⁰ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 1 SACR 568 (KH); 1995 4 BCLR 401 (KH) par [14]-[15]

²⁰¹ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [68]. Sien ook para [90].

daar nie aan menswaardigheid afbreuk gedoen word weens die feit dat die vryheidsreg nie so wyd geïnterpreteer word nie.²⁰³ Menswaardigheid kan en sal in elk geval as onafhanklike waarde en reg bloei, sonder so 'n breë en uitvoerige definisie van die reg op vryheid.²⁰⁴

So 'n wye benadering tot vryheid sal, volgens die meerderheid van die Konstitusionele Hof bykans alle politieke beleidsbesluite aan grondwetlike beoordelings onderwerp oor die noodsaaklikheid daarvan. So 'n benadering is onnodig, aangesien dit 'n uitleg van vryheid sal vereis wat nie deur die Grondwet versinnebeeld word nie.²⁰⁵ Dit is immers nie die rol van die hof om in te meng met politieke beleidsbesluite nie.²⁰⁶ Die rolle van die wetgewer en die hof moet deurentyd duidelik onderskei word en hulle moet sover moontlik nie op mekaar se bevoegdheidsterreine inbreuk maak nie.²⁰⁷

Die meerderheid van die hof is verder van mening dat so 'n wye uitleg van vryheid daartoe sal lei dat alle inbreukmakings op vryheid deur die wetgewer geregverdig sal moet word as sou dit *noodsaaklik* wees en dit is duidelik nie die betekenis van die Grondwet nie. Die meerderheidsuitspraak is van mening dat as dit die bedoeling van die wetgewer was dat die vryheidsreg hierdie wye uitleg en toepassing moes geniet het, dit duideliker sou geblyk het en nie oorgelaat gewees het vir ekstensiewe uitleg deur die hof nie.²⁰⁸ Davis onderskryf ook nie hierdie negatiewe definisie wat

²⁰² *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [209]

²⁰³ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [173]

²⁰⁴ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [173]

²⁰⁵ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [174], [180]

²⁰⁶ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHR 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) para [98]-[102]; Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions" 2001 *THRHR* 619-642 631; Frowein JA 1998 *PER* 3

²⁰⁷ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [183]

²⁰⁸ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [174], [181]

Regter Ackermann aan die vryheidsreg heg nie.²⁰⁹ Hy wys ook uit dat Regter Ackermann nie in sy uitspraak op die aanklag van Regter Mokgoro antwoord dat binne die konteks van die hele artikel 11(1), "vryheid" as sulks ongetwyfeld eerder op fisiese integriteit dui, eerder as 'n wye, allesomvattende reg op vryheid in die negatiewe sin soos deur Regter Ackermann aangetoon.²¹⁰ Verder antwoord hy ook nie op die vraag waarom die vryheidsreg slegs deur die sogenaamde noodsaaklikheidstoets beperk moet word, eerder as 'n redelikheidstoets, soos wat die geval is met die ander regte wat in die Handves van Regte verskans is en wat beperk word deur 'n algemene beperkingsbepaling waarvan redelikheid die toets vir beperking is nie. Inderdaad word geen rede aangetoon waarom die vryheidsreg nie binne die skema sou inpas soos deur Regter Mokgoro uitgewys ten opsigte van die fisiese integriteit van die persoon nie.²¹¹

Die meerderheid van die hof erken egter dat vryheid oor meer handel as net bloot fisiese integriteit. Die volgende word as *dictum* aangehaal vir doeleindes hiervan:²¹²

This does not mean that we must necessarily confine the application of s 11(1) to the protection of physical integrity. Freedom involves much more than that, and we should not hesitate to say so if the occasion demands it. But, because of the detailed provisions of chap 3, such occasions are likely to be rare. If despite the detailed provisions of chap 3 a freedom of a fundamental nature which calls for protection is identified, and if it cannot find adequate protections under any of the other provisions of chap 3, there may be a reason to look to s 11(1) to protect such a right. But to secure such protection, the otherwise unprotected freedom should at least be fundamental and of a character appropriate to the strict scrutiny to which all limitations of s 11 are subjected.

²⁰⁹ Davis DM *Democracy* 55-67

²¹⁰ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [58]; Davis DM *Democracy* 55

²¹¹ Davis DM *Democracy* 55-56

Dus word dit deur die meerderheid van die Konstitusionele Hof erken dat vryheid as reg wyer is as bloot die beskerming van die fisiese integriteit van die individu, maar daar moet sover moontlik gepoog word om hierdie vryheid te beskerm by wyse van die spesifieke regte en vryhede wat in die Handves van Regte vervat is. Slegs as geen behoorlike beskerming so verleen word deur die bestaande en tekstueel uitgedrukte regte en vryhede nie, kan daar na 'n wyer uitleg van die reg op vryheid en sekerheid van die persoon gekyk word.²¹³ De Waal, Currie en Erasmus meen in hierdie verband, dat ten einde sodanige beskerming te verseker, moet die sodanig onbeskermd vryheid minstens fundamenteel en karakteristiek wees tot die "strict scrutiny" waaraan alle ander beperkinge van artikel 11 van die Oorgangsgrondwet onderhewig was.²¹⁴

Die negatiewe definisie van die vryheidsreg, soos deur Regter Ackermann daargestel, ondermyn eerder die grondwetlike prosessuele waarde van gelykheid, aangesien dit die skakel ignoreer tussen vryheid as sulks, en die vermoë van die individu tot self-realisering. In die huidige samelewing moet ons erken dat dit nie help om te erken dat Suid-Afrikaners totaal vry is, binne 'n samelewing van groot ongelykhede wat tans tussen mense bestaan, welke ongelykhede tot groot omvang rasgebaseerd is nie. Daardie ongelykhede moet uitgewis word deur die strewe na gelykheid, deur die vervulling van die grondwetlike waarde van gelykheid, die "bereiking van gelykheid" soos dit in artikel 1(a) van die Grondwet geformuleer is, waartydens vryheid ook uitgebou kan word, eerder as wat dit nog bereik moet word, soos wat die geval is met gelykheid. Daar heers met ander woorde 'n inherente spanning tussen gelykheid en vryheid en Davis gaan so ver as om te stel dat die Ackermann-definisie van vryheid, die Grondwet onversoenbaar maak met grondwetlike gelykheid²¹⁵ en een deel van die Grondwet in 'n staat van oorlog stel met die res van die Grondwet.²¹⁶ Ook Regter Sachs erken hierdie spanning, maar stel dit dat hierdie konsepte mekaar wedersyds ondersteun, maar hierdie verhouding van gelykheid en vryheid teenoor mekaar word

²¹² *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [184]

²¹³ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [184]-[185]; Devenish GE *Commentary* 116

²¹⁴ De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* (Juta Kaapstad 1998) 191-192

²¹⁵ Davis DM *Democracy* 62

²¹⁶ Davis DM *Democracy* 64

nie deur die uitspraak van
voorsien dat hierdie kons
teenstrydig met die filosofie
deur Regter O'Regan aangee

The conception of freedom
that interdependence
It must recognize the
in seeking to enhance
enjoyment of rights and

Regter Ackermann se uitleg
gelykheid, eerder 'n verbintenis
wat die belangrikheid van individue
elke individu oorbeklemtoon.²¹⁷ Soos later sal blyk is die regte in die Handves
individuele regte, eerder as groepsregte, maar selfs as individuele regte, ontken die
definisie van vryheid in die Ackermann-uitspraak, tot 'n groot mate die "reg" op die
bereiking van gelykheid van ander individue, wat ook hierdie reg toekom. Davis
gebruik die voorbeeld dat binne die konteks van die Ackermann-uitspraak, beteken
die vryheid wat Regter Ackermann aanhang, die vryheid van beide ryk en arm om
saans op die banke van Joubert-park te kan slaap.²¹⁹ Die verskil is egter, dat die
rykes 'n keuse het of hulle daar wil slaap en die armes nie. Indien vryheid verband
hou met die keuse om te doen wat jy wil, dan is die gebrek aan die vermoë om dit te
kan doen fataal vir die vervulling van daardie vryheid.²²⁰ Die gelykheidskonsep
ontwyk die definisie van vryheid soos in die minderheidsuitspraak van *Ferreira*
aangehang. Die volgende aanhaling van Isaiah Berlin oor die beperking van vryheid
ten gunste van gelykheid, bevestig hierdie siening.²²¹

²¹⁷ *Bernstein and Others v Bester and Others* NNO 1996 2 SA 751 (KH); 1996 4 BCLR 449 (KH)
para [150]
²¹⁸ Davis DM *Democracy* 59
²¹⁹ Davis DM *Democracy* 60
²²⁰ Davis DM *Democracy* 60
²²¹ Berlin I *The Crooked Timber of Humanity* (1992) 12-13 in Davis DM *Democracy* 61

nie deur die uitspraak van Regter Ackermann aangespreek en uitgelê ten einde te
voorsien dat hierdie konsepte nie in onversoenbare stryd met mekaar eindig,
teenstrydig met die filosofiese basis van die Grondwet nie. 'n Pad vorentoe word
deur Regter O'Regan aangedui met die volgende aanhaling in 'n ander saak:²¹⁷

The conception of freedom underlying the Constitution must embrace
that interdependence without denying the value of individual autonomy.
It must recognize the important role that the State, and others, will play
in seeking to enhance individual autonomy and dignity and the
enjoyment of rights and freedoms.

Regter Ackermann se uitleg van vryheid, hou in stryd met hierdie strewe na
gelykheid, eerder 'n verbintenis in tot die mens as individu, en van 'n wêreldsiening
wat die belangrikheid van individualiteit en outonome keuse as komponente van van
elke individu oorbeklemtoon.²¹⁸ Soos later sal blyk is die regte in die Handves
individuele regte, eerder as groepsregte, maar selfs as individuele regte, ontken die
definisie van vryheid in die Ackermann-uitspraak, tot 'n groot mate die "reg" op die
bereiking van gelykheid van ander individue, wat ook hierdie reg toekom. Davis
gebruik die voorbeeld dat binne die konteks van die Ackermann-uitspraak, beteken
die vryheid wat Regter Ackermann aanhang, die vryheid van beide ryk en arm om
saans op die banke van Joubert-park te kan slaap.²¹⁹ Die verskil is egter, dat die
rykes 'n keuse het of hulle daar wil slaap en die armes nie. Indien vryheid verband
hou met die keuse om te doen wat jy wil, dan is die gebrek aan die vermoë om dit te
kan doen fataal vir die vervulling van daardie vryheid.²²⁰ Die gelykheidskonsep
ontwyk die definisie van vryheid soos in die minderheidsuitspraak van *Ferreira*
aangehang. Die volgende aanhaling van Isaiah Berlin oor die beperking van vryheid
ten gunste van gelykheid, bevestig hierdie siening.²²¹

²¹⁷ *Bernstein and Others v Bester and Others* NNO 1996 2 SA 751 (KH); 1996 4 BCLR 449 (KH)
para [150]
²¹⁸ Davis DM *Democracy* 59
²¹⁹ Davis DM *Democracy* 60
²²⁰ Davis DM *Democracy* 60
²²¹ Berlin I *The Crooked Timber of Humanity* (1992) 12-13 in Davis DM *Democracy* 61

Total liberty for wolves is death to the lambs, total liberty of the powerful, the gifted, is not compatible with the rights to decent existence of the weak and the less gifted ... Equality may demand the restraint of the liberty of those who wish to dominate; liberty – without some modicum of which there is no choice and therefore no possibility of remaining human as we understand the word – may have to be curtailed in order to make room for social welfare, to feed the hungry, to clothe the naked, to shelter the homeless, to leave room for the liberty of others, to allow justice or fairness to be exercised.

Davis meen verder dat Regter Ackermann in die aanhaling²²² van Berlin, ten einde sy negatiewe definisie van die vryheidsreg te boekstaaf, Berlin verkeerd verstaan en hy bewys hierdie stelling met die volgende aanhaling van Berlin. Berlin meen onder andere dat negatiewe vryheid, soos deur Regter Ackermann uiteengesit, maklik uitgelê kan word as ekonomiese *laissez-faire* waardeur.²²³

... in the name of freedom owners are allowed to destroy the lives of children in mines, or factory owners to destroy the health and characters of workers in industry. But that was a perversion of and not what the concept basically meant to human beings, ...

In Suid-Afrika met sy miljoene armes en voorheen benadeeldes, is hierdie aanhalings deurslaggewend ten opsigte van die definisie van vryheid.

5.3.3 Gevolgtrekking

Gevollik kan artikel 11, en in ons huidige omstandighede artikel 12 van die Grondwet wel op aangeleenthede van toepassing gemaak word wat nie streng met fisiese integriteit te make het nie. Maar, met inagneming van die feit dat regstellende aksie deur artikel 9(2) gesanksioneer word en die feit dat vryheid daarby inbegrepe

²²² Ten opsigte van sy benadering tot vryheid, word Berlin deur Regter Ackermann aangehaal in par [49] en [52]-[53] van die minderheidsuitspraak.

²²³ Berlin I *New York Review of Books* 14 Mei 1998 in Davis *DM Democracy* 62

word as deel van die bereiking van gelykheid, is dit onwaarskynlik dat dit een van die uitsonderings sal wees, soos deur die meerderheidsuitspraak in die vooruitsig gestel, en soos hierbo aangehaal.

Soos reeds hierbo gestel by die uiteensetting van die kriteria waaraan die regspraak onder bespreking bepaal moet word, het kwessies van diskriminasie en die *Harksen*-toets wat deur die Konstitusionele Hof in hierdie verband neergelê is, in lyn met die uitspraak van die meerderheidsuitspraak in die *Ferreira*-saak, geen verwysing of inkorporering van die vryheidsreg, in die soeke na die vraag om die grondwetlikheid van die betrokke diskriminasie te bepaal nie. In die lig daarvan dat die regstellende aksie maatreëls onder bespreking ook wetgewende maatreëls is wat verband hou met diskriminasie uit hoofde van die voormelde kriteria, kan daar nie anders as om te stel dat die *Harksen*-toets by diskriminasie (en dus ook die kriteria soos gevolg in hierdie studie) as verdere aanduiding dien dat vryheid as reg en as grondwetlike waarde nie so wyd geformuleer kan word dat dit toepassing kan vind op regstellende aksie, binne die konteks van spesifiek die regspraak onder bespreking nie.

Daar is in elk geval tans geen aanduiding, hetsy van die wetgewer se kant of die meer resente uitsprake van die Konstitusionele Hof, dat 'n bedoeling of beweging bestaan om die meerderheidsuitspraak in die *Ferreira*-saak oor die toepassing van vryheid in die Suid-Afrikaanse konstitusionele regskonteks, te wysig nie. Vryheid sal dus minstens vir eers, hetsy as prosessuele grondwetlike waarde of as fundamentele reg, nie direk toepassing vind op die vrae na die grondwetlikheid van regstellende aksie soos die waardes en fundamentele regte van menswaardigheid en gelykheid nie en sal dit verder vir doeleindes van hierdie bespreking buite rekening gelaat word.

Gevollik kan daar nou, teen die agtergrond van die Suid-Afrikaanse grondwetlike uiteensetting, soos hierbo aangetoon, voortgegaan word met 'n bespreking van die statutêre raamwerk waarbinne regstellende aksie in beide Suid-Afrika en Namibië plaasvind.

HOOFSTUK 6: DIE STATUTÊRE RAAMWERK WAARBINNE REGSTELLENDEN AKSIE IN SUID-AFRIKA EN NAMIBIË BESTAAN EN BEOEFEN WORD

6.1 *Inleidende opmerkings*

Ten einde die regsposisie rondom regstellende aksie in beide Suid-Afrika en Namibië goed te kan verstaan, is dit belangrik dat die wetgewing wat met regstellende aksie verband hou, duidelik verstaan word. In die lig hiervan, is dit belangrik om die relevante wetgewing by wyse waarvan regstellende aksie plaasvind, deeglik te bespreek, voordat die grondwetlike bepalings oorweeg word. Die reg in Suid-Afrika en Namibië is nog baie onontwikkel op die gebied van regstellende aksie. Min regspraak bestaan daaroor en relatief min is reeds daaroor geskryf. Daar is egter baie ooreenkomste, maar ook 'n aantal duidelike verskille ten opsigte van regstellende aksie in die twee lande. Indien daar regsvergelykend te werk gegaan wil word met die posisies rondom regstellende aksie in Namibië en Suid-Afrika as twee Suider-Afrikalande wat regstellende aksie ten gunste van die meerderheid van die bevolking toepas, soortgelyke geskiedenisse het en wat mekaar op regsgebied baie beïnvloed, dan kan dit eintlik nie anders as om deeglike oorweging te skenk aan die bespreking van die belangrikste en die tersaaklikste wetgewing nie.

Gevolglik sal enige bydrae tot regstellende aksie in die konteks van 'n proefskrif tot 'n groot mate aangewese wees op die teks van wetgewing, sowel as regsbeginsels en presedente wat reeds op aanverwante terreine van die reg uitgekristalliseer het. Aangesien hierdie egter wetgewing is wat spesifiek deur die Grondwet veroorloof word, kan dit nie bloot geïgnoreer word tydens 'n deurgronde bespreking van regstellende aksie, voordat voortgegaan word met 'n bespreking van regstellende aksie uit hoofde van die Grondwet self nie. Hierdie is die wetgewing wat gaan bepaal of die strewe van die grondwetlike waardes vervul sal word en of die fundamentele regte vir die meeste Suid-Afrikaners iets daadwerkliks gaan beteken. Dit gee letterlik uitvoering aan die Grondwet en is die wetgewende instrumente wat deur die parlemente van die twee lande aanvaar is om die Grondwet se ideale te verwesenlik. Dit is die wetgewing wat uitvoering moet help gee aan groter gelykheid en werklike

menswaardigheid vir alle Suid-Afrikaners en Namibiërs. Laasgenoemde alleen, is genoeg rede om behoorlike bespreking van die wetgewing in 'n proefskrif te regverdig en 'n regsvergelijkende bespreking daarvan kan net help om beide wette en regstellende aksie in 'n streekskonteks beter te verstaan.

Daar is veral drie wette in beide lande, buiten die onderskeie grondwette, wat die aandag van hierdie studie vereis. Twee opeenvolgende wette is hier ter sprake, tesame met die onderskeie wette wat regstellende aksie reël.²²⁴ Die eerste Suid-Afrikaanse wet wat ter sprake is, is die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid*,²²⁵ 'n wet wat handel met regstellende aksie ten opsigte van regeringstenders en staatskontrakte. Tweedens ter sprake is die Suid-Afrikaanse *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie*.²²⁶ In die Namibiese konteks is die ooreenstemmende wetgewing onderskeidelik die *Tender Board of Namibia Act*²²⁷ en die *Racial Discrimination Prohibition Act*.²²⁸ Aangesien die Gelykheidswet egter nie van toepassing is op enige persoon waarop en tot die omvang waartoe die Wet op Billike Indiensneming van toepassing is nie, sal dit nie hier bespreek word nie, aangesien hierdie studie primêr handel oor regstellende aksie en die gelykheid wat daaruit voortvloei en daarmee in verband staan.²²⁹

Omdat die wetgewing wat met regeringstenders en staatskontrakte handel, nie so streng binne die arbeidsregsfeer val insoverre dit regstellende aksie betref nie, word dit eerste bespreek. Vir praktiese redes, sal daar deurgaans tydens hierdie afdeling van die studie, wat met die bespreking van wetgewing handel, na die Suid-Afrikaanse

²²⁴ Die Suid-Afrikaanse Wet op Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.

²²⁵ *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid* 5 van 2000

²²⁶ *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie* 4 van 2000. Hierna genoem die Gelykheidswet. Artikels 1, 2, 3, 4(2), 5, 6, 29 (met die uitsondering van artikel 29(2)), 32, 33 en 34(1) van die wet is gepromulgeer by wyse van Prokl R 54 van 2000, welke proklamasie gepubliseer is in SK 21517 van 1 September 2000. Hierdie wet word volledig bespreek in Kok A "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy?" 2001 *TSAR* 294-310. Sien ook Pieterse M "Cases and comments: Discrimination through the eye of the beholder" 2000 *SAJHR* 121-137 125, 130-132.

²²⁷ *Tender Board of Namibia Act* 16 of 1996. Hierna genoem die Namibiese Tenderwet.

²²⁸ *Racial Discrimination Prohibition Act* 26 of 1991. Hierna genoem die Namibiese Rassewet.

²²⁹ Artikel 5(3)

wetgewing verwys word as die basis van verwysing, waarna die ooreenstemmende of kontrasterende Namibiese bepalings uitgewys sal word.

6.2 Regstellende aksie by wyse van tenders en staatskontrakte

Die doel van die *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid*²³⁰ is om gevolg en uitvoering te gee aan artikel 217 van die Grondwet, wat soos volg lui:

- (1) Wanneer 'n staatsorgaan in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer of enige ander instelling in nasionale wetgewing geïdentifiseer, vir goedere of dienste kontrakteer, moet hy dit doen ooreenkomstig 'n stelsel wat regverdig, billik, deursigtig, mededingend en kostedoeltreffend is.
- (2) Subartikel (1) belet nie die staatsorgane of instellings in daardie subartikel genoem om 'n verkrygingsbeleid toe te pas wat voorsiening maak vir –
 - (a) voorkeurkategorieë by die toekenning van kontrakte nie; en
 - (b) die beskerming of vooruitgang van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is nie.
- (3) Nasionale wetgewing moet 'n raamwerk voorskryf waarbinne die beleid genoem in subartikel (2) toegepas kan word.

Artikel 217 is waarskynlik in die Grondwet ingevoer, om onder andere uitvoering te gee aan Suid-Afrika se volkeregtelike verpligtinge ingevolge die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation*.²³¹ In hierdie konvensie word daar onder die opskrif "Aanbeveling" 'n aantal verpligtinge op ondertekenaars van die konvensie geplaas, waaronder die volgende *in casu* van

²³⁰ *Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid* 5 van 2000. Hierna genoem die Tenderwet.

²³¹ Die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation* Nr 111 is deur die Algemene Konferensie van die Internasionale Arbeidsorganisasie aanvaar op 25 Junie 1958 en het in werking getree op 15 Junie 1960.

toepassing is. Dit bepaal dat die ondertekenaars die konvensie moet nakom ten opsigte van die beginsels van nie-diskriminasie en dat die reg om aansoek te doen vir kontrakte wat verband hou met die spandeer van openbare fondse, sal afhang van die nakoming van hierdie beginsels van nie-diskriminasie.²³² Gevolglik is artikel 217 van die Grondwet saamgelees met die Tenderwet se bepalings, veroorloof deur die volkereg, op voorwaarde dat dit verband hou met die nakoming van die internasionale beginsels van nie-diskriminasie.

Die idee dat staatskontrakte as middel tot 'n politieke doelwit soos regstellende aksie gebruik moet word, is nie nuut nie. Regstellende aksie het immers sy oorsprong daaraan, nadat die eerste regstellende aksie maatreëls in die na-tweede wêreldoorlogse milieu, in 1961 deur voormalige President JF Kennedy van die Verenigde State van Amerika uitgevaardig is by wyse van "Executive Order # 10925" wat reeds hierbo bespreek is. Dit het van die tenderaars van staatskontrakte vereis het om hul indiënsneming van die minderheidsgroepe in daardie land te verhoog.²³³ In die Suid-Afrikaanse konteks is regstellende aksie by wyse van tenders en staatskontrakte ook nie iets nuuts nie. Dit was ook deel van regeringsanksies ten gunste van die destydse beleid van "beskaafde arbeid," soos dit hierbo bespreek is.²³⁴ Verder kan hierdie wet ook nie aandag geniet sonder om te let op die bepalings van artikel 53 van die Wet op Billike Indiënsneming en artikel 42 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, wat dit vir sogenaamde aangewese en relevante werkgewers onmoontlik maak om vir staatskontrakte te tender, of daarvoor in aanmerking gebring te word, sonder om aan die vereistes van die Wet op Billike Indiënsneming en die Namibiese Wet op

²³² Artikel 3: Each Member should –
 (a) ensure application of the principles of non-discrimination –
 (i) ...
 (ii) ...
 (b) promote their observance, where practicable and necessary, in
 respect of other employment and other vocational guidance,
 vocational training and placement services by such methods as:
 (i) ...
 (ii) making eligibility for contracts involving the expenditure
 of public funds dependent on observance of the principles;
 (iii) ...

²³³ O'Shea A *International Law* 7A-7; Van Rooyen JWF *Guide* 10

²³⁴ *Ampelike Jaarboek van die Raad op Tenders en Voorrade van die Unie van Suid-Afrika* 1941
 217 in die *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Beplanning* 36.

Regstellende Aksie te voldoen nie. Hierdie kwessie sal egter meer volledig hieronder aandag geniet.

Gevolgtik voorsien die Tenderwet 'n raamwerk waarbinne regeringstenders en staatskontrakte toegeken moet word ingevolge 'n beleid van die relevante staatsorgaan, wat aan sekere vereistes moet voldoen, waarvan regstellende aksie maatreëls deel moet, of kan wees. Ingevolge artikel 9(2) van die Handves van Regte, is dit in Suid-Afrika veroorloof vir 'n staatsorgaan om regstellende aksie maatreëls toe te pas by die toekenning van regeringstenders en staatskontrakte, maar ingevolge die bogemelde wetgewing, is regstellende aksie maatreëls verpligtend. Alhoewel regstellende aksie maatreëls nie dwingend is ingevolge artikel 9(2) van die Handves van Regte nie, word regstellende aksie wel veroorloof en word sosiale ingenieurswese sodoende gemagtig.²³⁵

Die kwessie oor sosiale ingenieurswese en die benadering van die howe daaroor, verdien om vir 'n oomblik aandag te geniet, aangesien dit nie die eerste keer is dat die regerende owerheid van ons land so 'n groot projek onderneem ten einde die gemeenskap totaal te verander nie. Verengelsing, apartheid, groepsgebiede en nou regstellende aksie is maar almal net voorbeelde van sosiale ingenieurswese wat deur verskillende regerende owerhede van die dag in ons land geïmplementeer is. In hierdie verband kan gelet word op die mening van voormalige Appélregter Holmes oor 'n vorige sosiale ingenieursweseprojek, naamlik groepsgebiede, insoverre dit die benadering van die howe daaroor betref:²³⁶

The Group Areas Act represents a colossal social experiment and a long term policy. It necessarily involves the movement out of Group Areas of numbers of people throughout the country. Parliament must have envisaged that compulsory population shifts of persons occupying certain areas would inevitably cause disruption and, within the foreseeable future, substantial inequalities. Whether all this will

²³⁵ Swanepoel J "Die dialektiek in die waardes van die 1996 Grondwet" 1998 Vol 1 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-27

²³⁶ *Minister of the Interior v Lockhat and Others* 1961 2 SA 587 (A) op 602D-E

ultimately prove to be for the common weal of all the inhabitants, is not for the Court to decide.

En verder:²³⁷

The Question before this Court is the purely legal one whether this piece of legislation impliedly authorises, towards the attainment of its goal, the more immediate and foreseeable discriminatory results complained of in this case.

In 'n bedeling waar die parlement nie meer 'n soewereine instelling is nie, kan die howe nie meer 'n benadering ondersteun, waar feitlik geen toetsingsbevoegdheid vir die howe bestaan, behalwe 'n formele toetsingsbevoegdheid, veral wanneer sosiale ingenieurswese uitgedaag word nie. Die vraag is of die wetgewing wat die sosiale ingenieurswese inlei of tot uiting wil bring, aan die vereistes van die Grondwet, veral Hoofstuk 2 daarvan voldoen of nie. Artikel 2 van die Grondwet verskans immers die Grondwet as die hoogste reg van die land²³⁸ en artikels 7(1),²³⁹ (2)²⁴⁰ en 8(1)²⁴¹ verskans die toepassing van die fundamentele regte in die Handves van Regte.

Daar kan ook nie anders as om te erken dat regstellende aksie ook maar tot 'n groot mate 'n sosiale ingenieursweseprojek is nie. Soos groepsgebiede het dit ook te make met die grootskaalse verskuiwing van mense, alhoewel nie ten opsigte van grond nie, maar uit sekere sektore van die arbeidsmag en die ekonomie ten gunste van ander groepe en rasse van persone, alhoewel hierdie doelwitte tot 'n sekere omvang grondwetlik gemagtig word, anders as wat noodwendig die geval was met

²³⁷ Op 602F-G

²³⁸ Artikel 2: Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek; enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.

²³⁹ Artikel 7(1): Hierdie Handves van Regte is 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, vryheid en gelykheid.

²⁴⁰ Artikel 7(2): Die Staat moet die regte in die Handves van Regte eerbieding, beskerm, bevorder en verwesenlik.

²⁴¹ Artikel 8(1): Die Handves van Regte is van toepassing op die totale reg en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane

groepsgebiede wat ontwikkel het vanuit 'n *lacuna* in die reg oor die kwessie.²⁴² Regstellende aksie handel ook maar oor die politieke beleid van die regerende party en presies hoe hierdie beleid geïmplementeer word ten einde aan die vereistes van die Grondwet te voldoen insoverre dit die realisering van die grondwetlike waardes en die fundamentele regte betref.

Die politieke keuses oor hoe om die regte in die Handves van Regte te realiseer bly dié van die regering van die dag en die hoewe mag nie met sulke politieke beleidsbesluite inmeng nie,²⁴³ maar die substansiële en formele toetsingsbevoegdheid van die betrokke wetgewing is die gesag van die hoewe. In 'n meerderheidsuitspraak spreek Regter Chaskalson hom onder andere soos volg oor die kwessie uit.²⁴⁴

What the Courts must ensure is that the implementation of any political decision to undertake such policies conforms with the Constitution. It should not, however, require the Legislature to show that they are necessary if the Constitution does not specifically require that this be done.

Presies hoe ver die hoewe met politieke beleidsbesluite kan inmeng is in die bekende saak wat gehandel het oor die implementering van anti-retrovirale middels ten opsigte van MIV/ Vigs, naamlik *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*²⁴⁵ op die spits gedryf. Alhoewel hierdie saak gehandel het oor sosio-ekonomiese regte soos vervat in Hoofstuk 2 van die Grondwet, is dit wat die Konstitusionele Hof beslis het oor die hoewe se uitsprake en beslissings ten opsigte van

²⁴² Sonder om op verdere argumente hieroor in te gaan sal hierdie stelling vir doeleindes van hierdie bespreking as hipoteties korrek aanvaar word.

²⁴³ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHR 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) parr [98]-[102]; Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions" 2001 *THRHR* 619-642 631; Frowein JA 1998 *PER* 3

²⁴⁴ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]

²⁴⁵ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH)

politieke beleid *in casu* netso van toepassing op hierdie studie wat handel oor regstellende aksie.²⁴⁶

Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where Court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focussed role for the Courts, namely, to require the State to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.

Daar is verder beslis dat die verskillende gesagsfere, naamlik wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag respek moet openbaar vir mekaar insoverre dit die verdeling van mag tussen mekaar betref.²⁴⁷ Laasgenoemde beteken egter nie dat die howe nou moet terugdeins vir beslissings wat 'n impak het op regeringsbeleid nie.²⁴⁸ Die belangrikste *dictum* is egter te vinde in paragraaf [99] wanneer die hof eenparig as volg beslis:

The primary duty of Courts is to the Constitution and the law, 'which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice.' The Constitution requires the State to 'respect, protect, promote, and fulfil the rights in the Bill of Rights.' Where State policy is challenged as inconsistent with the Constitution, Courts have to consider whether in formulating and implementing such policy the State has given effect to its constitutional obligations. If it should hold in any given case that the State has failed to do so, it is obliged by the Constitution to say so.

²⁴⁶ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) para [38]

²⁴⁷ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [183]

²⁴⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) para [98]

Insofar as that constitutes an intrusion into the domain of the Executive, that is an intrusion mandated by the Constitution itself.

Verder verklaar die hof dit ten gunste van wydlopende magte vir die howe waar regte wat in die Grondwet verskans is, aangetas word, selfs waar dit gaan oor die beleid van die staat soos neergelê deur die uitvoerende gesag.²⁴⁹

If it finds that policy is inconsistent with the Constitution it is obliged in terms of s 172(1)(a) to make a declaration to that effect. But that is not all. Section 38 of the Constitution contemplates that where it is established that a right in the Bill of Rights has been infringed a court will grant 'appropriate relief.' It has wide powers to do so and in addition to the declaration that it is obliged to make in terms of s 172(1)(a) a Court may also 'make any order that is just and equitable.'

Gevolgtrek is sosiale ingenieursprojekte van die regerende party, by monde van die uitvoerende gesag, nie langer verskans teen inmenging deur die howe nie en sal dit altyd, soos enige ander wet of optrede, onderhewig wees aan die bepalings van die Grondwet, des te meer so wanneer dit 'n kontensieuse projek is, soos regstellende aksie in hierdie geval, waar daar potensieel afbreuk gedoen word aan die bepalings van die Grondwet en die fundamentele regte van mense wat daardeur getref word.

Om egter terug te keer na die kwessies rondom die Tenderwet, word daar vir doeleindes hiervan aanvaar dat die Tenderwet nie direk uitgevaardig is uit hoofde van die voormelde artikel 9(2) nie, maar dat die direkte magtigingsbepaling vir hierdie wet die voormelde artikel 217 van die Grondwet is. Daar word vir doeleindes van hierdie proefskrif verder aanvaar dat veral artikel 217(2)(b), maar ook artikel 217 in die algemeen, *ex abundanti cautela* in die Grondwet ingevoer is, aangesien die bepalings daarvan baie duidelik reeds gedek word deur artikel 9(2), insoverre dit die magtiging van regstellende aksie maatreëls betref. Die res van hierdie artikel in die Grondwet maak nie werklik 'n bydrae as sake wat spesifiek uitgesonder behoort te word in die

Grondwet nie, aangesien daar, met respek, reeds voorsiening daarvoor gemaak is in die Handves van Regte, byvoorbeeld ten opsigte van regverdigheid, billikheid en deursigtigheid wat in elk geval aan die vereistes van byvoorbeeld die regte wat met toegang tot inligting²⁵⁰ en regverdige administratiewe optrede²⁵¹ handel, moet voldoen. Hierdie is die tipe maatreëls wat eerder in nasionale wetgewing gereël sou kon word, indien dit enigsins nodig sou wees.

Geen ooreenstemmende wet kom in die Namibiese reg voor nie. Die kwessie aangaande die hantering van tenders en staatskontrakte word slegs in die algemeen behandel in gepaste wetgewing wat ten opsigte van regeringstenders en staatskontrakte gepromulgeer is in Namibië.²⁵² Daar kan dus daaruit afgelei word dat regstellende aksie bloot in ag geneem word by die toekenning van regeringstenders en staatskontrakte,²⁵³ eerder as om dit spesifiek en dwingend by wyse van wetgewing voor te skryf, soos wat die geval is met die Suid-Afrikaanse Tenderwet, wat spesifiek punte toeken in die beoordeling van tenders, vir die gebruik van vorige benadeelde persone se dienste. Na die promulgering van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie word die Namibiese Tenderraad, ingevolge artikel 42 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie egter verbied om tenders te aanvaar van instellings, persone en liggame wat nie aan die vereistes van die daardie wet voldoen nie.²⁵⁴

In artikel 1(4) van die Tenderwet word "staatsorgaan" soos volg gedefinieer:

- (a) 'n Nasionale of provinsiale departement soos omskryf in die *Wet op Openbare Finansiële Bestuur*,²⁵⁵
- (b) 'n Munisipaliteit soos beoog in die Grondwet;²⁵⁶

²⁴⁹ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) para [101]

²⁵⁰ Artikel 32 van die Grondwet, saamgelees met die *Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting* 2 van 2000.

²⁵¹ Artikel 33 van die Grondwet, saamgelees met die *Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid* 3 van 2000.

²⁵² *Tender Board of Namibia Act* 16 of 1996

²⁵³ Artikels 7, 11, 13, 15, 16 en 17 van die *Tender Board of Namibia Act* 16 of 1996 laat redelik wye magte aangaande die tenderproses aan die Tenderraad oor, waarby regstellende aksie waarskynlik inbegrepe kan wees.

²⁵⁴ Artikel 15(3) van die *Tender Board of Namibia Act* 16 of 1996

- (c) Grondwetlike instellings soos omskryf in die Wet op Openbare Finansiële Bestuur;
- (d) Die parlement;
- (e) 'n Provinsiale wetgewer;
- (f) enige ander instelling of kategorie instellings wat by die omskrywing van "staatsorgaan" in artikel 239²⁵⁷ van die Grondwet ingesluit is en wat deur die Minister van Finansies deur kennisgewing in die staatskoerant as 'n instelling of kategorie instellings erken is, as instelling of kategorie instellings waarop hierdie wet (die Tenderwet) van toepassing is;

Artikel 2 van die Tenderwet skryf verder spesifiek die raamwerk vir die toepassing van die voorkeurverkrygingsbeleid voor, aangesien elke staatsorgaan ingevolge hierdie wet geregtig is om sy eie verkrygingsbeleid daar te stel, binne die genoemde voorgeskrewe raamwerk.²⁵⁸ Daar word spesifiek daarvoor voorsiening gemaak dat 'n staatsorgaan sy voorkeurverkrygingsbeleid volgens 'n voorkeerpuntestelsel moet bepaal en toepas.²⁵⁹ Die wet laat verder toe dat die Minister van Finansies spesifieke bedrae mag voorskryf by wyse van regulasie, welke bedrae van toepassing sal wees op verskillende kategorieë van tenders. Verskillende hoeveelhede punte word dan in daardie kategorieë toegepas ten opsigte van die doelwitte wat deur die betrokke staatsorgaan nagestreef word met die betrokke tender.

²⁵⁵ *Wet op Openbare Finansiële Bestuur* 1 van 1999. Hierna genoem die Wet op Openbare Finansiële Bestuur.

²⁵⁶ Munisipaliteite word vir die hele grondgebied van die land ingestel ingevolge hoofstuk 7 van die Grondwet.

²⁵⁷ Artikel 239: In die Grondwet, tensy uit die samehang anders blyk, beteken –

... "staatsorgaan" –

- (a) enige staatsdepartement of administrasie in die nasionale, provinsiale of plaaslike regeringsfeer; of
- (b) enige ander funksionaris of instelling –
 - (i) wat ingevolge die Grondwet of 'n provinsiale grondwet 'n bevoegdheid uitoefen of 'n funksie verrig; of
 - (ii) ingevolge wetgewing 'n openbare bevoegdheid uitoefen of 'n openbare funksie verrig, maar nie ook 'n hof of 'n regterlike beampte nie;

²⁵⁸ Artikel 2(1)

²⁵⁹ Artikel 2(1)(a)

Ten opsigte van die bepaling van punte vir kontrakte wat op tender uitgaan, skryf die Tenderwet spesifiek voor dat ten minste negentig uit eenhonderd punte toegeken moet word ten opsigte van prys, welke negentig punte toegeken moet word aan die laagste aanvaarbare tender.²⁶⁰ Hierdie kategorie is van toepassing op tenders wat bo die bedrag is soos dit deur die Minister van Finansies vasgestel is. Dus ontken hierdie wet nie die waarde wat daar aan ekonomiese beginsels geheg moet word wanneer regeringstenders en staatskontrakte toegeken word nie, soos wat natuurlik die geval behoort te wees, veral wanneer met openbare fondse gewerk word. Die staat kan nie astronomiese hoë bedrae betaal in die bekomp van regeringstenders of staatskontrakte, bloot ten gunste van regstellende aksie, of ander doelwitte nie. Alhoewel 'n mate van afwyking van ekonomiese effektiwiteit deur hierdie wet toegelaat word, moet dit in die breë steeds die maatstaf bly, ook by regstellende aksie maatreëls van hierdie aard en die toekenning van regeringstenders en staatskontrakte. Hierdie lyn van argumentering is bevestig in die saak van *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another*²⁶¹ toe daar beslis is dat die vereistes van regstellende aksie en ekonomiese effektiwiteit wat deur verskillende bepalings van die Grondwet veroorloof en afgedwing word, saamgelees moet word met mekaar.

Gevolgtrek laat hierdie wet toe dat 'n maksimum van tien punte, met ander woorde 10% van die punte wat toegeken word vir regeringstenders en staatskontrakte, toegeken kan word ten opsigte van regstellende aksie maatreëls vir tenders wat bo 'n sekere bedrag val, soos dit van tyd tot tyd deur die Minister van Finansies bepaal word. Hierdie bedrag word in rand bepaal, ten einde skommeling in die wisselkoers te verdiskonteer. Uit die ervaring van die skrywer hiervan, kan dit met respek gestel word dat waar 10% van die punte wat aan tenders toegeken word van regstellende aksie maatreëls sal afhang, binne die konteks van tenders 'n hoë persentasie is, aangesien die pryse van tenderaars in tenders waar die kompetisie taai is om die betrokke tender, dikwels baie naby aan mekaar is wanneer die tenders oorweeg word.

²⁶⁰ Artikel 2(1)(b)(i)

²⁶¹ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 par 32 en 39 Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

Dit kan beteken dat voldoening aan regstellende aksie dikwels 'n deurslaggewende faktor kan wees.

Ten opsigte van tenders wat verband hou met bedrae gelykstaande aan of onder die bedrag wat van tyd tot tyd deur die Minister van Finansies bepaal word, word 'n hoër aantal punte, naamlik twintig punte, of dan 20% van die totale aantal punte, toegeken aan tenders en kontrakte met 'n prys wat die laagste aanvaarbare prys daarstel.²⁶² Weer eens word die belangrikheid van ekonomiese beginsels erken, sowel as die feit dat die staat steeds groot waarde heg aan regeringstenders en staatskontrakte wat teen die laagste moontlike prys bekom moet word, selfs wanneer daar meer punte toegeken word as beloning vir regstellende aksie maatreëls. Interessant is die feit dat hierdie kwessie van meer punte wat toegeken word, naamlik twintig punte, eerder as tien punte, slegs van toepassing is op die kleiner tenders, maar nie ook op die groter tenders nie. Daar kan 'n argument daarvoor uitgemaak word dat hierdie onderskeid getref word ten einde die kleinsakeman te help wat uit die voorheen benadeelde gemeenskappe kom. Maar die onderskeid is waarskynlik ook nodig om te verhoed dat die staat vasgevang word in tenders en kontrakte waarvan die bedrae met groot syfers verskil, maar dan aan die hoër tenderaar toegeken moet word, bloot omdat daardie tenderaar 'n aantal meer punte aangeteken het ten opsigte van die regstellende aksie doelwitte wat nagestreef word. Omdat die besigheid van regeringstenders en staatskontrakte dikwels 'n taai bedryf is, waar die tenderpryse van tenderaars gereeld baie naby aan mekaar lê, is die maatstawwe van 10% en 20% onderskeidelik, waarskynlik genoegsaam om regstellende aksie maatreëls so toe te pas, dat dit die doelwitte wat die owerheid wil bereik, kan haal, sonder om koste-effektiwiteit te veel daardeur in te boet. Laastens is hierdie onderskeid waarskynlik ook getref ten einde kleiner plaaslike owerhede toe te laat om groter ontwikkelingswerk in hul verantwoordelike gebiede te kan doen, waar groot tenders minder gereedlik voorkom.

Hierdie voormelde beginsel, naamlik die beperking van die toekenning van punte vir spesifieke doelwitte, byvoorbeeld in hierdie geval regstellende aksie, is

prysenswaardig. Dit verleen beskerming aan die moontlike uitbuiting van 'n stelsel wat tot stand kan kom indien punte alleenlik toegeken sou gewees het op grond van byvoorbeeld regstellende aksie maatreëls, eerder as om ook ekonomiese beginsels en bekostigbaarheid van regeringstenders en staatskontrakte in ag te neem. Laasgenoemde sou maklik kon ontstaan in die openbare sektor, anders as die privaatsektor, waar die oorlewing van die staatsorgaan nie afhang van sy ekonomiese gesondheid en winsgewendheid nie. Daar kan maklik gedink word aan 'n aantal politici met politieke doelwitte, wat dan die stelsel sou kon uitbuit onder die vaandel van regstellende aksie, ten einde sommige persone of instansies te verryk, byvoorbeeld as politieke terugbetaalaksies, deur middel van die toekenning van tenders. Veral op die laer owerheidsvlakke, soos byvoorbeeld afgeleë plaaslike owerhede, kan so 'n stelsel maklik uitgebuit word waar behoorlike kontrolemeganismes nie ordentlike toepassing vind nie.

Artikel 2 van die Wet gaan egter verder, deur te stel dat enige ander aanvaarbare tenders waarvan die prys hoër is as die pryse bepaal ingevolge artikel 2(1)(b), op 'n *pro rata* grondslag minder punte tel, soos bereken op hul tenderpryse, in verhouding tot die laagste aanvaarbare tender, in ooreenstemming met 'n voorgeskrewe formule. Die tien of twintig punte wat toegeken kan word ingevolge artikel 2(1)(b), kan na gelang van spesifieke doelwitte, na die volgende doelwitte verwys, maar is nie daartoe beperk nie:

- (i) Kontraktering met persone, of kategorieë persone, wat in die verlede deur onbillike diskriminasie benadeel is op grond van ras, geslag, of gestremdheid;
- (ii) Toepassing van die programme van die heropbou en -ontwikkelingsprogram.²⁶³

Ter inligting en verduideliking van die doelwitte wat met die staatskontrak beoog word, is daar 'n spesifieke plig by die uitnodiging om te tender, dat enige bepaalde doelwitte waarvoor punte toegeken kan word, duidelik vermeld moet word in

²⁶³ Artikels 2(1)(d)(i)-(ii).

uitnodigings om te tender.²⁶⁴ Sodanige doelwitte kan dan bestaan uit (i) of (ii) hierbo, maar kan ook ander toelaatbare doelwitte wees. Hierdie doelwitte moet meetbaar en kwantifiseerbaar wees en gemonitor word vir nakoming.²⁶⁵ Spesifieke punte word nie hiervoor toegeken nie, maar kan lei tot diskwalifikasie van die betrokke tender, indien daar nie aan hierdie vereiste voldoen word nie.

Laasgenoemde vereiste is eintlik vanselfsprekend (alhoewel dit nie moet verstaan word dat hierdie vereiste nie in hierdie wet saamgevat moet wees nie), want indien doelwitte daargestel sou word wat nie meetbaar, kwantifiseerbaar of vir nakoming moniteerbaar is nie, sou dit regtig geen doel dien nie. Dit kan egter impliseer dat wanneer die staatsorgaan die regeringstender of staatskontrak aanbied, daardie staatsorgaan reeds voor sodanige aanbieding moet bepaal hoe daar gemeet, gekwantifiseer of gemonitor gaan word of daar aan die doelwitte soos gestel, voldoen sal word deur die betrokke tenderaar.

Die kontrak word dan toegeken aan die tenderaar wat die hoogste punte behaal, tensy objektiewe maatstawwe bykomend tot die doelwitte hierbo genoem, die toekenning van die tender aan 'n ander tenderaar regverdig.²⁶⁶ Dit blyk nie duidelik uit die wetgewing watter ander objektiewe maatstawwe ter sprake is nie en ernstige kommer bestaan dat sodanige objektiewe maatstawwe vir politieke doeleindes misbruik kan word en dat gedienslike verduidelikings geopper kan word as sou dit objektiewe maatstawwe daarstel. Hierdie maatstawwe behoort baie eng deur die howe uitgelê te word ten einde misbruik van die stelsel te voorkom. Omdat dit onwaarskynlik is dat die grootste aantal verloorders ten opsigte van sodanige tenders ooit sake soos hierdie na die howe sal verwys, bloot omdat selfs al is hulle suksesvol in hul sake, daar geen waarborg is dat hulle dan die tenders sal kry nie, is bepalings soos hierdie altyd agterdogwekkend, veral omdat geen meer pertinente maatstawwe neergelê word nie.

Die wetgewing stel dit ook nie pertinent wie dit is wat sou bepaal wat hierdie objektiewe maatstawwe is wat relevant mag wees nie. Hierdie gaping in die Wet wek

²⁶⁴ Artikel 2(1)(e)

²⁶⁵ Artikel 2(2)

²⁶⁶ Artikel 2(1)(f)

verdere ernstige kommer. Daar moet natuurlik altyd 'n diskresie toegelaat word vir uitsonderlike gevalle, byvoorbeeld ten opsigte van dringendheid, wanneer 'n staatsorgaan dringend goedere of dienste nodig het en wanneer die lewering van sodanige dienste en die tydperke daarop van toepassing in ag kan neem word by die goedkeuring van die tender. Daar is egter geen rede waarom hierdie sogenaamde objektiewe maatstawwe nie beter gedefinieer kon word in die Wet nie, veral om partypolitieke gediensdigheid sodoende te kan hokslaan. 'n Eng uitleg ten opsigte van hierdie objektiewe maatstawwe word sodoende hier voorgestel, ten einde probleme met die latere toekenning van regeringstenders en staatskontrakte te voorkom, soos wat dikwels die geval is waar dispute oor tenders voorkom.

Die laaste vereiste wat daar gestel word ten opsigte van die voorkeurverkrygingsbeleid, handel met staatskontrakte en tenders wat toegeken is op grond van valse inligting wat deur die tenderaar verskaf is om voorkeur ingevolge hierdie wet te verkry. Sodanige kontrakte en tenders kan na willekeur deur die betrokke staatsorgaan gekanselleer word, sonder benadeling van enige regte en ander regs middels wat die staatsorgaan het, indien dit aan die lig sou kom dat sodanige kontrak op gronde van daardie valse inligting toegeken is.²⁶⁷ Hierdie bepaling beskerm die staatsorgane teen situasies wat mag ontstaan indien tenderaars poog om 'n tenderkontrak te verkry en dan valse inligting in hul tenderdokumente insluit. 'n Enkele voorbeeld is maatskappye wat baie voorstellings doen oor hoe goed hulle vorder met die toepassing van regstellende aksie maatreëls wanneer dit byvoorbeeld nie die geval sou wees nie, en dit later sou blyk dat die kontrak met ander woorde deur bedrieglike wanvoorstelling verwerf is.

Die Minister van Finansies word in artikel 3 van die Tenderwet die magte verleen om op versoek van 'n staatsorgaan, daardie staatsorgaan van enige of alle bepalings van die Tenderwet vry te stel, indien dit in die belang van nasionale veiligheid is, die waarskynlike tenderaars internasionale verskaffers is, of indien dit in die openbare belang is. Dit is onduidelik waarom internasionale tenderaars van die bepalings van hierdie wet vrygestel moet word, veral indien sodanige internasionale tenderaars met

267

Artikel 2(1)(g)

plaaslike tenderaars sou meeding. Dit sou onregverdig wees om van plaaslike tenderaars te verwag om byvoorbeeld aan spesifieke regstellende aksie maatreëls te voldoen om tien of twintig van die punte te bekom, wanneer dit nie tegelykertyd van internasionale tenderaars verwag sou kon word in dieselfde tenderkontrak nie. Verder sou dit nie sodanig relevant wees as alle tenderaars internasionale tenderaars sou wees nie, maar 'n kwessie oor diskriminasie tussen internasionale en plaaslike tenderaars oor hoe punte toegeken word, sal wel relevant wees indien hierdie kwytskelding slegs eensydig ten gunste van internasionale tenderaars toegepas sou word. Ekonomies sal dit die land ondermyn indien sodanige diskriminasie sou voorkom, deur fondse aan buitelandse instellings toe te ken wat dit uit die land sou neem, terwyl ons reis op pad na substantiewe gelykheid ook daardeur belemmer kan word.

Die wye bewoording van die gronde waarop die Minister van Finansies vrystelling kan verleen wek verdere kommer, aangesien daar reeds in die gemoed van die skrywer hiervan bekommernis bestaan oor die onderskeid tussen die regering en die regerende party in Suid-Afrika. Hierdie onderskeid sal, wanneer dit uiteindelik voor die houe kom, baie duidelik uitgespel moet word, ten einde te verseker dat die nasionale belang nie vir partypolitieke belang aangesien of misbruik word nie. Die onderskeid tussen die staat en 'n (regerende) politieke party raak al hoe belangriker, ten einde politieke terugbetaling van vroeëre (of latere) politieke gunste te verhoed. Veral wanneer dit by die aanwending van openbare fondse kom, is hierdie onderskeid des te meer belangrik.

Uiteindelik stel die Tenderwet bloot 'n raamwerk daar, waarbinne aan voorkeurverkryging voldoen moet word deur staatsorgane. Binne hierdie raamwerk word staatsorgane dan wye diskresies toegelaat oor hoe hul voorkeurverkrygingsbeleid daar mag uitsien. Verder word geen absolute verpligtinge op hulle geplaas om regstellende aksie maatreëls toe te pas nie, maar dit word bloot veroorloof in artikel 2(1)(d) van die Wet en die punte wat toegeken kan word ten gunste van hierdie of ander spesifieke doelwitte, mag selfs minder as die voorgeskrewe tien of twintig wees, of selfs glad nie toegepas word nie in bepaalde gevalle.

6.3 Regstellende aksie in die werkplek

Voordat die Wet op Billike Indiensneming gepromulgeer is, het regstellende aksie in Suid-Afrika plaasgevind uit hoofde van Bylae 7 tot die *Wet op Arbeidsverhoudinge*²⁶⁸ wat in items 2(2)(b) en 2(2)(c) daarvoor voorsiening gemaak het.²⁶⁹ Diskriminasie teen werknemers of werksoekers was oor die algemeen ontoelaatbaar. Slegs twee diskriminasiegronde was veroorloof ingevolge hierdie laasgenoemde wet, naamlik diskriminasie op grond van regstellende aksie en die inherente vereistes van die werk onderskeidelik.²⁷⁰ Diskriminasie op hierdie twee gronde is nie as onbillike diskriminasie aangemerkt nie.²⁷¹ Item 2(2)(b) het soortgelyk daar uitgesien as die grondwetlike magtigingsbepalings vir regstellende aksie,²⁷² deurdat dit regstellende aksie veroorloof het ten opsigte van alle werkgewers, maar dit nie afgedwing het nie.²⁷³ Dieselfde roete is aanvanklik gevolg in Namibië deur regstellende aksie eers slegs te veroorloof het by wyse van die promulgering van die *Labour Act* 6 van 1992, welke wet intussen gewysig is om ook in dieselfde artikel voorsiening te maak vir verwysing na die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, sonder om enigsins iets te geskrap het uit die oorspronklike bewoording van die wetgewing.²⁷⁴ Regstellende

²⁶⁸ *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995. Hierna genoem die Wet op Arbeidsverhoudinge.

²⁶⁹ Rycroft A "Obstacles to employment equity?: the role of judges and arbitrators in the interpretation and implementation of affirmative action policies" 1999 *ILJ* 1411-1429 1411

²⁷⁰ Du Toit D ea *The Labour Relations Act of 1995* (Butterworths Durban 1996) 401; Die verband tussen die inherente vereistes van die werk en swangerskap is deur die Arbeidshof oorweeg in die saak van *Whitehead v Woolworths (Pty) Ltd* (1999) 20 *ILJ* 2133 (LC) en is volledig bespreek in Mubangizi JC "Notes and comments: Too pregnant to work – the dilemma of economic rationality versus equality *Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead*" 2000 *SAJHR* 690-702. Sien ook *Collins v Volkskas Bank (Westonaria Branch) a Division of ABSA Bank Ltd* (1994) 5 (9) *SALLR* 34 (IC) en is bespreek in Naidu M "Indirect discrimination: An overview of SA cases" 1998 *JBL* 32-34 32-33 en Naidu M "The 'Inherent Job requirement defence – Lessons from abroad" 1998 *South African Mercantile Law Journal* 173-182 180-181. Sien verder ten opsigte van diskriminasie op grond van swangerskap Smit N "A comparative perspective of gender discrimination in the workplace (including discrimination due to pregnancy and family responsibilities)" 1998 *TSAR* 494-515.

²⁷¹ Campanella J "Some light on equal pay" 1991 *ILJ* 26-32 28-29

²⁷² Artikel 8(3)(a) van die Oorgangsgrondwet en artikel 9(2) van die Grondwet

²⁷³ Grogan J *Workplace Law* 3de uitg (Juta Kaapstad 1998) 176

²⁷⁴ Artikel 106 van die Namibiese *Labour Act* 6 of 1992 (hierna genoem die Namibiese Arbeidswet) lees tans as volg:

- (1) Nothing contained in this Part or any other provision of this Act, shall be construed as prohibiting any employer or person from implementing any employment policies and practices –
 - (a) aimed at the advancement of persons who have been disadvantaged in the labour field by discriminatory laws or practices which have been enacted or practised before the independence of Namibia; or
 - (b) in terms of the *Affirmative Action (Employment) Act*, 1998.

aksie kon in beide Suid-Afrika en Namibië, na promulgering van die onderskeie stelle wetgewing,²⁷⁵ by wyse van beleid en praktyk geskied wat:

- (a) in Suid-Afrika ontwerp was vir die genoegsame beskerming van persone wat deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is ten einde sodanige persone toe te laat om die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede te geniet; en
- (b) in Namibië ontwerp was om persone te bevorder wat in die arbeidsveld benadeel is deur diskriminerende wette en praktyke wat ingestel of gepraatiseer is voor die onafhanklikheid van Namibië.²⁷⁶

Dit word aan die hand gedoen dat beide die Suid-Afrikaanse en die Namibiese wetgewende bepalings, op dieselfde doel afgestem is. Dit is merkwaardig tot watter mate die Suid-Afrikaanse wetgewende bepalings van hierdie item 2(2)(b), ooreenstem met die magtiging tot regstellende aksie wat uiteindelik in artikel 9(2) van die Handves van Regte, soos dit in die Grondwet voorkom, vervat is.

Daarteenoor het item 2(2)(c) van die Suid-Afrikaanse wet, diskriminasie op grond van die inherente vereistes van die werk gesanksioneer as sou dit nie onbillike diskriminasie wees nie. Hierdie twee items, 2(2)(b) en (c), is uiteindelik herroep deur die Wet op Billike Indiensneming, wat soortgelyke bepalings daarin vervat.

Hiermee saamgelees, voorsien artikel 13(1) van die Wet op Billike Indiensneming in elk geval vir 'n plig op alle aangewese werkgewers om regstellende aksie in te stel en enige nie-aangewese werkgewer mag ingevolge artikel 14 vrywilliglik registreer as aangewese werkgewer, ten einde regstellende aksie toe te pas en die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming na te kom. Geen vrywillige registrasie word in die

(2) The provisions of this Part, in so far as they provide for the implementation of a policy or practice which may diminish or derogate from the fundamental rights contemplated in Article 10 of the Namibian Constitution of any employer or employee other than an employer or employee referred to in subsection (1), are enacted upon the authority of Article 23 of the Namibian Constitution.

²⁷⁵ Die Namibiese *Labour Act* 6 of 1992 en die Suid-Afrikaanse Wet op Arbeidsverhoudinge

²⁷⁶ Namibië het onafhanklikheid van Suid-Afrika verkry op 21 Maart 1990.

Namibiese Wet op Regstellende Aksie voorsien nie, maar werkgewers mag wel regstellende aksie planne opstel en implementeer.²⁷⁷

Hiermee saam bevat die Namibiese Wet op Regstellende Aksie 'n interessante bepaling wat dit stel dat enige oortreding of skending van die reg op gelykheid in die Namibiese grondwet, uit hoofde van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, geskied op gesag van artikel 23 van daardie grondwet, wat die grondwetlike magtigingsbepaling vir regstellende aksie in Namibië is.²⁷⁸ Hierdie laasgenoemde bepaling is eienaardig, oorbodig en sinneloos om die minste te sê, aangesien skendings van grondwetlik beskermde fundamentele regte nie by wyse van die wetgewing wat dit veroorloof goedgekeur kan word deur 'n bepaling tot dien effekte, daarin te vervat nie. Die grondwetlikheid van die skending van fundamentele regte kan slegs deur die houe bepaal word. Dit kan nie veroorloof of reggestel word in normale wetgewing van die parlement, wat aanvoer dat dit gebaseer is op 'n ander grondwetlike bepaling nie. Alhoewel die skending van 'n bepaalde reg in die Grondwet verskans, deur 'n ander reg veroorloof kan word, moet daar steeds 'n afweging van die betrokke regte geskied. Inbreuk op een reg deur 'n ander reg is nie absoluut nie en die vraag ontstaan of dit selfs nodig is om by wyse van wetgewing te bepaal dat inbreuk op een reg uit hoofde van 'n ander reg geskied. Gestel die Suid-Afrikaanse parlement neem wetgewing aan wat dit stel dat mense uit die voormalige Transkei wat Swart en arm is en voorheen teen gediskrimineer is, 'n kwart afslag behoort te geniet op alle huiskooptransaksies in Kaapstad weens die feit dat daar vantevore rassediskriminasie op hulle toegepas is. Gestel verder dat die magtigende parlementêre wetgewing dit stel dat enige inbreuk op die reg op gelykheid geskied uit hoofde van artikel 9(2) van die Grondwet. Laasgenoemde bepaling beteken nie veel nie, aangesien dit die taak van die houe is om te bepaal of artikel 9(2) wel sodanige diskriminasie veroorloof en indien wel, of dit die vereistes van al die grondwetlike bepalings slaag. Die Grondwet se vereistes is die bepalende faktor. Die wetgewende bepaling self kan nie die bepalende faktor wees nie. Indien laasgenoemde wel die geval was, sou die parlement om die Grondwetlike bepalings in hierdie verband te kon omseil, by wyse van gewone wetgewing telkens bloot 'n bepaling in die

²⁷⁷

Artikel 22 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

Grondwet kon identifiseer wat die parlement sou meen oortreding van 'n ander grondwetlike bepaling sou magtig. Die parlement sou dan sodanige grondwetlik ongeoorloofde optrede daarop baseer in die wetgewing wat vir daardie doel deur die parlement goedgekeur word. Daardie beweerde magtigingsbepaling sou dan gesitueer word in die magtigingswet. In dieselfde lig word dit hier gestel dat die betrokke bepaling van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie van nul en gener waarde is.

Die inherente vereistes van die werk word as 'n grond vir diskriminasie voortgesit in artikel 6(2)b van die Wet op Billike Indiensneming. Daarmee saam bepaal die *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie*²⁷⁹ in artikel 14(1) daarvan dat regstellende aksie nie onbillike diskriminasie is nie. Die ooreenstemmende Namibiese bepaling is baie wyer geformuleer en is steeds op die wetboek.²⁸⁰ Alhoewel dit nie die inherente vereistes van die werk as sulks erken as gronde vir diskriminasie nie, handel dit baie wyer met sake wat met aangrensende terreine van die arbeidsreg verband hou.

Dit erken egter wel dat dit nie onbillike diskriminasie is om teen iemand te diskrimineer op grond van redelike kriteria wat nie beperk is tot die vermoë, kapasiteit, produktiwiteit en optrede van daardie persoon nie. Die behoeftes van die betrokke beroep of werk in die spesifieke industrie word ook in hierdie verband nie buite rekening gelaat nie.

Laastens is dit belangrik om te noem dat die Namibiese wetsontwerp op regstellende aksie reeds teen ongeveer 1992 in 'n verduidelikende memorandum voorgestel het dat regstellende aksie tydelik van aard moes wees en het dit die volgende voorgestel:²⁸¹

Affirmative action cannot be regarded either as permanent or as imposing inflexible requirements applicable to all employers in the same way regardless of their special circumstances. Affirmative action measures are

²⁷⁸ Artikel 43(2) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁷⁹ *Die Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie* 4 van 2002

²⁸⁰ Artikel 107(2)(a) van die Namibiese *Labour Act* 6 of 1992. Hierdie wet word hierna genoem die Namibiese Arbeidswet.

justified only until the intended beneficiaries of these measures are equitably represented in the various positions of employment of the specific employer ... affirmative action measures should not be seen as inflexible requirements setting targets valid for all, regardless of circumstances.

Gevolgtik kom die primêre wet waaroor hierdie studie handel, naamlik die Wet op Billike Indiensneming²⁸² aan die beurt vir bespreking, tesame met die regulasies wat ingevolge daarvan uitgevaardig is. 'n Volledige en praktiese bespreking van hierdie wet soos dit prakties aangewend word in die werkplek, sal nie hier ter sprake kom nie,²⁸³ maar daar sal eerder op die inhoud van die wet gefokus word soos wat dit vir doeleindes van hierdie proefskrif prakties en relevant is.

Deurentyd sal daar egter ook, vir doeleindes van die regsvergelijkende aard van hierdie studie, na die ooreenstemmende of kontrasterende bepalings van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie verwys word. Hierdie bepalings kom in twee stukke wetgewing voor, naamlik die Namibiese Arbeidswet en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.

²⁸¹ Jauch HM *Imbalances* 117

²⁸² Volledige besprekings van hierdie wet, soos dit destyds in die wetsontwerpvorm daarvan voorgekom het, word gevind in: Anon "Explanatory memorandum to the Employment Equity Bill" 1998 *ILJ* 1345-1358; Blumrosen AW, Blumrosen RG en Human L "An affirmative action statute for employment and contracting: some proposals" 1994 *ILJ* 217-249. 'n Bespreking van die wet self is te vinde in: Basson AC "The regulation of unfair discrimination by the Employment Equity Act 55 of 1998" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 240-249; Brassey M "The Employment Equity Act: Bad for employment and bad for equity" 1998 *ILJ* 1359-1366; Cooper C en Lagrange R "The application of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act and the Employment Equity Act" 2001 *ILJ* 1532-1544; Heywood M en Hassan F "The Employment Equity Act and HIV/Aids a step in the right direction" 1999 *ILJ* 845-855; Mtayi F "The Employment Equity Act: An overview" 1999 *JBL* 30-33; Ngweni C "HIV in the workplace: Protecting rights to equality and privacy" 1999 *SAJHR* 513-540 531-533, 538; Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 231-239; Van Eck BPS 1999 *De Jure* 160-168.

²⁸³ Hoe om hierdie wet prakties in die werkplek aan te wend word meer volledig bespreek in: Human L, Bluen S en Davies R *Baking a New Cake: How to Succeed at Employment Equity* (Creda Communications Johannesburg 1999); Thomas A en Robertshaw D *Achieving Employment Equity: A Guide to Effective Strategies - Developing the Fabric of Organisations* (Creda Communications Johannesburg 1999); Hermann D (red) *Die Balanskant van "Regstellende" Aksie* (Jotha Drukkers Pretoria 2000) 45-65

Laasgenoemde wet is eers jare na eersgenoemde deur die Namibiese parlement goedgekeur en gepromulgeer. Soos wat dikwels met wetgewing soos hierdie die geval is, is dit ook nie eensklaps in geheel gepromulgeer nie, maar het hierdie proses stuksgewyse plaasgevind, ten einde behoorlike regswerking te kon verseker, sowel as die instel van alle noodsaaklike meganismes en maatreëls.²⁸⁴

Die opskrifte en verwysings in hierdie deel van die bespreking soos dit hieronder volg, sal soos dit die geval was met die bespreking ten opsigte van die Suid-Afrikaanse Tenderwet en die ooreenstemmende Namibiese wet, primêr geskied ten opsigte van die Wet op Billike Indiensneming, waarna die ooreenstemmende of kontrasterende Namibiese bepalings deurentyd na verwys en onder die loep geneem word, waar sodanige bespreking relevant, of moontlik is.

6.4 Die Wet op Billike Indiensneming

6.4.1 Kopstuk en aanhef

Die doel van die Wet op Billike Indiensneming word in die kopstuk daarvan bloot gestel as sou dit voorsiening maak vir regstellende aksie en sake wat daarmee in verband staan.

Hierdie doel van die Suid-Afrikaanse wet moet saamgelees word met artikel 2 daarvan. Artikel 2 omskryf die doel van die Wet op Billike Indiensneming verder as die bereiking van gelykheid (in die werkplek) deur gelyke geleenthede en billike behandeling van elkeen te bevorder in die werkplek, by wyse van die uitkakeling van onregverdige diskriminasie.²⁸⁵ Gelykheid moet ook bereik word deur die

²⁸⁴ Die Namibiese Wet op Regstellende Aksie is gepromulgeer op 18 November 1998 deur publikasie van die promulgering in die Namibiese GK 278 van 1998, welke GK gepubliseer is in die Namibiese SK 1996 van 18 November 1998. By promulgering van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, is die werking van artikels 2, 19-43 en 45-48 voorbehou. Hierdie laasgenoemde artikels het almal in werking getree op 6 Augustus 1999 by wyse van publikasie van die Namibiese GK 156 van 1999 soos gepubliseer in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999.

²⁸⁵ Artikel 2(a). Hierdie doelwitte van die Wet op Billike Indiensneming kan so ver teruggevoer word as 1965 toe soortgelyke regstellende aksie maatreëls vir die eerste keer in die Verenigde State van Amerika ingevoer is deur President Lyndon Johnson by wyse van "Executive Order

implementering van regstellende aksie maatreëls om ongelykhede wat in die werkplek deur die aangewese groepe ervaar word aan te spreek, ten einde te verseker dat hulle regverdig verteenwoordig is in alle werkskategorieë en -vlakke in die werksmag van die betrokke aangewese werkgewer.²⁸⁶ Die Namibiese Wet op Regstellende Aksie se aanhef stel die doel van daardie wet ongeveer dieselfde as dié van die Suid-Afrikaanse wet, naamlik die bereiking van gelyke geleenthede in die werkplek in lyn met artikels 10 (wat handel oor die reg op gelykheid) en 23 (wat rassediskriminasie verbied en regstellende aksie magtig) van die Namibiese grondwet. Dit stel verder dat die doel daarvan onder andere is om nadeel wat gelyk word in die werkplek weens vorige diskriminerende wette en praktyke uit te wis en dan verwys dit ook as deel van die doel van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie na die instel van 'n Kommissie op Gelyke Geleenthede in die werkplek en sake wat met al die voormelde in verband staan.

Dit is opvallend dat artikel 2(b) van die Suid-Afrikaanse wet na "affirmative action measures" verwys, eerder as die term, "employment equity," soos wat deurgaans in die Wet op Billike Indiensneming die geval is. Daar word geen verduideliking hiervoor in die wet gegee nie. Daar sal vir doeleindes hiervan aanvaar word dat dit 'n oorsig aan die kant van die wetgewer was en dat niks in hierdie verskil in bewoording ingelees moet word nie. Geen definisie word egter vir "affirmative action measures" aangegee in die woordskrywingsartikel van die Wet op Billike Indiensneming of elders daarin nie. In die Namibiese Wet op Regstellende Aksie word "affirmative action" wel gedefinieer as 'n stel van maatreëls wat ontwerp is om te verseker dat persone uit die aangewese groepe gelyke werksgeleenthede geniet op alle diensvlakke en dat hulle regverdig verteenwoordig is in die werksmag van 'n relevante werkgewer.²⁸⁷ Dit sluit ook die volgende in, maar is nie daartoe beperk nie:

11246" wat die doel van regstellende aksie driedig uiteengesit het, soos wat dit ook grotliks in die Wet op Billike Indiensneming voorkom, naamlik: werksmag-analise, gelyke geleenthede en regverdige verteenwoordiging. Scholtz J "Snow White and the Seven Dworkins: Affirmative action" 1995 *JBL* 54-56 54

²⁸⁶

Artikel 2(b)

²⁸⁷

Artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

- (a) identifisering en uitwissing van struikelblokke teen die aangewese groepe in die werkplek;²⁸⁸
- (b) redelike pogings in die werkplek om persone met fisiese en ander gestremdhede te akkommodeer;²⁸⁹ en
- (c) die instel van positiewe maatreëls om die indiensnemingsgeleenthede vir die aangewese groepe te verbeter, wat die volgende kan insluit:
 - (i) versekering dat bestaande opleidingsprogramme daartoe bydra dat die doelwitte van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie bevorder word;²⁹⁰
 - (ii) daarstel van nuwe opleidingsprogramme wat daartoe bydra dat die doelwitte van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie bevorder word;²⁹¹
 - (iii) die verlening van voorkeurbehandeling aan die aangewese groepe by indiensnemingsbesluite om te verseker dat sodanige persone wel regverdig verteenwoordig word in die werkplek.²⁹²

In die aanhef tot die Suid-Afrikaanse Wet word daar 'n aantal hipoteses gestel en veronderstellings gemaak wat regstellende aksie sou regverdig en sluit dit die volgende in: apartheid en ander diskriminerende wetgewing en praktyke het ongelykhede in die nasionale arbeidsmark veroorsaak ten opsigte van indiensneming, arbeid en inkomste. Hierdie ongelykhede kan nie reggestel word deur bloot die diskriminerende wetgewing te herroep nie.²⁹³

Gevolglik moet die land die grondwetlike reg op gelykheid (soos vervat in artikel 9 van die Grondwet), sowel as ware demokrasie bevorder, onregverdig diskriminasie in die werkplek uitroei en die implementering van regstellende aksie verseker, ten einde die gevolge van diskriminasie te kan aanspreek. 'n Werksmag moet verder bereik word wat in die breë sin weerspieëlend is van die demografie van die mense

²⁸⁸ Artikel 17(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁸⁹ Artikel 17(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁹⁰ Artikel 17(2)(c)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁹¹ Artikel 17(2)(c)(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁹² Artikel 17(2)(c)(iii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

²⁹³ *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 SA 468 (T) 478B-D. Sien ook die bespreking oor formele en substantiewe gelykheid hieronder.

van die land. Ekonomiese ontwikkeling en effektiwiteit moet bereik word in die arbeidsmag en daar moet effek gegee word aan die land se verpligtinge as lid van die Internasionale Arbeidsorganisasie.

6.4.2 Definisies

Artikels 1 van beide die Wet op Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie handel met die definisies van hierdie wette, maar slegs daardie definisies wat vir doeleindes van hierdie studie relevant is, sal hier aandag geniet.

"Swartmense" word in artikel 1 van die Suid-Afrikaanse wet aangegee as 'n generiese term wat na sowel Afrikane, Bruinmense en Indiërs verwys. Sonder om té diep op die meriete van die saak in te gaan, kan dit hier gestel word dat hierdie definisie in wese diskriminerend is en aanstoot kan gee aan mense van alle rasse. Eerstens lyk dit of dit impliseer dat slegs mense wat swart van kleur is, Afrikane is, en Blankes, Bruinmense en Indiërs word uitgesluit van die term "Afrikane."

Om taalkundig hierdie kwessie aan te roer, word 'n Afrikaan onder andere deur 'n skrywer soos Odendal²⁹⁴ gedefinieer as: "n inboorling van Afrika. Iemand wat hom van en uit Afrika voel, wat hom identifiseer met Afrika." In 'n Engelse konteks word die term "African" soortgelyk gedefinieer as: "a native of Africa. A person of African descent."²⁹⁵ Vele Blankes, Bruinmense en Indiërs voldoen aan hierdie vereistes en is ook trotse Afrikane, waarby die skrywer van hierdie proefskrif ingesluit is.

Bruinmense en Indiërs daarenteen, word blykbaar deur hierdie definisie van die Wet op Billike Indiensneming ontken as groepe met eie identiteite as sou hulle deel van Swartmense wees. Alhoewel daar in 'n nasionale eenheidsargument wel argumente tot hierdie omvang aangevoer sou kon word, handel hierdie wet nie oor daaroor nie. Om in elk geval aan te voer dat hierdie mense as deel van nasionale patriotisme en eenheid, hulself as Swart moet beskou, sal sonder twyfel by baie mense nie 'n oortuigende argument wees nie.

²⁹⁴ Odendal FF ea (red) *Handwoordeboek* 24

Verder word die indruk implisiet geskep dat Bruinmense en Indiërs swart is, wat tog duidelik nie die geval is nie. Om van mense iets te maak wat hulle nie is nie, kan polities aanvegbaar wees en kan ook persoonlik aanstoot gee. Wanneer hierdie definisie in wese ontleed word, dan blyk dit ernstig uit pas te wees met die gees van die Grondwet, wat verskeidenheid as deel van nasionale eenheid erken.²⁹⁶

Laastens lyk dit asof hierdie definisie 'n skeidslyn trek tussen Swartmense (soos gedefinieer as Swartmense, Bruinmense en Indiërs) aan die een kant, teenoor die Blankes in die land, aan die ander kant van die skeidslyn. Vir doeleindes van hierdie studie en vir die redes soos genoem, sal die benaming "Swartmense," soos dit in hierdie wet gedefinieer word, dus nie gebruik word nie.

Ter wille van erkenning van die nasionale verskeidenheid in ons land, maar ook as teregwyding ten opsigte van hierdie definisie van die Wet op Billike Indiënsneming, sal die groepsbenamings, soos hulle in Suid-Afrika voorkom, naamlik Swartmense, Bruinmense en Indiërs, eerder gebesig word. Waarom die Wet nie ook van hierdie laasgenoemde terme gebruik maak, eerder as die generies gedefinieerde "swartmense" nie, is onverstaanbaar en verdien uiteraard hewige negatiewe kritiek. Indien enigeen egter sou wou aanvoer dat die voorstelle van die skrywer 'n nuwe vorm van rasseklassifikasie daarstel, hoef daar bloot op die Wet self gelet te word wat 'n wetgewende onderskeid tref tussen Blankes en die res van die bevolking. Indien die voorstelle hierin vervat 'n nuwe vorm van rasseklassifikasie is, dan is dit wat in die wet vervat is ook 'n vorm van rasseklassifikasie. Die skrywer hiervan is egter van mening dat nie die wet self, of die voorstelle hierin vervat as rasseklassifikasie afgemaak kan word nie. Onderskeide is nodig in 'n wet wat regstellende aksie reël, aangesien die ongelykhede wat in die land voorkom grootliks op grond van ras is. In die lig van laasgenoemde kan daar nie aangevoer word dat hierdie onderskeide rasseklassifikasie is nie. Dit word dus hier voorgestel dat die wetgewer hierdie definisie hersien ten einde enige geïmpliseerde aanstoot uit die weg te ruim.

"Aangewese werkgewer" beteken die volgende werkgewers:

- (i) iemand wat meer as vyftig werknemers in diens het;
- (ii) iemand wat minder as vyftig werknemers in diens het, maar waarvan die jaarlikse omset gelykstaande of bo die omset is soos dit in Bylae 4 van die wet uiteengesit word. Hierdie omset soos dit op die verskillende sektore van toepassing is, sien soos volg daar uit:

<i>Sektor of Sub-sektor</i>	<i>Totale omset</i>
Landbou	R 2.00 miljoen
Mynbou en steengroefwerk	R 7.50 miljoen
Vervaardiging	R 10.00 miljoen
Elektrisiteit, gas en water	R 10.00 miljoen
Konstruksie	R 5.00 miljoen
Kleinhandel, motorbedryf en hersteldienste	R 15.00 miljoen
Groothandel, kommersiële agente en verwante dienste	R 25.00 miljoen
Spyseniering, akkommodasie en ander handel	R 5.00 miljoen
Vervoer, opberging en kommunikasie	R 10.00 miljoen
Finansies en besigheidsdienste	R 10.00 miljoen
Gemeenskaps-, spesiale en persoonlike dienste	R 5.00 miljoen

- (iii) 'n Munisipaliteit soos na verwys in Hoofstuk 7 van die Grondwet;²⁹⁷
- (iv) 'n Staatsorgaan soos gedefinieer in artikel 239 van die Grondwet,²⁹⁸ maar met die uitsluiting van plaaslike regerings, die nasionale weermag, die nasionale intelligensie-agentskap en die nasionale geheime diens;²⁹⁹

²⁹⁶ Daar hoef in hierdie verband maar net na die aanhef tot die Grondwet gekyk te word wat dit stel dat Suid-Afrika aan almal behoort wat daarin woon, verenig in ons *verskeidenheid* (eie kursivering).

²⁹⁷ Hoofstuk 7 van die Grondwet is die hoofstuk wat met plaaslike regering as 'n derde sfeer van regering in die Republiek handel en sit die grondwetlike posisie in artikels 151-164 uiteen wat direk op plaaslike regering van toepassing is.

²⁹⁸ Sien die definisie van artikel 239 van die Grondwet, soos hierbo aangehaal.

²⁹⁹ Alhoewel die werknemers van hierdie uitgesonderde entiteite nie onder die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming val nie, word hulle wel geag onderhewig te wees aan die bepalings van Gelykheidswet.

- (iv) 'n werkgewer wat gebind word deur 'n kollektiewe ooreenkoms ingevolge artikels 23 of 31 van die Wet op Arbeidsverhoudinge, wat daardie werkgewer aanstel as 'n aangewese werkgewer ingevolge die Wet op Billike Indiensneming, tot die omvang in sodanige ooreenkoms bepaal.

Terwyl "aangewese werkgewers" in die Suid-Afrikaanse konteks volgens objektiewe kriteria vasstelbaar is, is die kriteria wat in Namibië geld meer subjektief van aard. Ingevolge artikel 20 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, identifiseer die Namibiese Minister van Arbeid "relevante werkgewers" (hierdie is die ooreenstemmende Namibiese frase vir die Suid-Afrikaanse "aangewese werkgewers") vir doeleindes van hierdie wet in die Namibiese staatskoerant.³⁰⁰ Hiertydens moet die kriteria³⁰¹ of die numeriese basis vir die berekening van die aantal werknemers wat by die werkgewer in diens is, aangetoon word³⁰² vir doeleindes van die benoeming van die werkgewer as 'n relevante werkgewer. Verskillende kriteria en numeriese basisse mag vir die verskillende industrieë of sektore van die ekonomie aangewys word deur die Namibiese Minister van Arbeid.³⁰³ Hierdie werkgewers word dan by wyse van kategorie deur die Minister geïdentifiseer, of individueel benoem, vir doeleindes van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie³⁰⁴ en is inderdaad deur die Minister aangewys as werkgewers met meer as vyftig werknemers. Hierdie is 'n besondere ooreenkoms tussen die Suid-Afrikaanse en die Namibiese wetgewing, aangesien die numeriese basis in Suid-Afrika eenhonderd en vyftig is.

Gesien die kleiner aard en kern van die Namibiese ekonomie gemeet teenoor dié van Suid-Afrika, is die vasstelling van 'n laer getal werknemers om as relevante werkgewer te kwalifiseer, waarskynlik verstaanbaar binne die Namibiese konteks. Die vraag na ekonomiese volhoubaarheid en effektiwiteit is egter baie moeiliker vir kleiner besighede as grotes by die toepassing van regstellende aksie. Groot besighede het dikwels baie meer geld beskikbaar om programme soos dié wat met regstellende aksie verband hou, te kan implementeer, terwyl die oorlewing van klein besighede

³⁰⁰ Artikel 20(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁰¹ Artikel 20(2)(b)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁰² Artikel 20(2)(b)(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁰³ Artikel 20(2) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁰⁴ Artikel 20 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

makliker ter sprake kan kom by programme wat met ekonomiese volhoubaarheid en effektiwiteit gekoppel kan word. Hierdie stelling moet nie gesien word as 'n aantyging teen ekonomiese volhoubaarheid en effektiwiteit wanneer dit by die aangewese groepe kom nie. Daar moet egter beseef word dat sonder 'n balans tussen volhoubaarheid en effektiwiteit wat tot 'n sterk mate op meriete berus, teenoor regstellende aksie aan die ander kant, die besighede wat die ekonomie en regstellende aksie as 'n stelsel aan die gang moet help hou, ook nie kan bly voortbestaan nie. Regstellende aksie kan nie die enigste doel wees nie. Dit vereis immers dat daar van streng meriete en dus suiwer ekonomiese beginsels afgesien word, ter wille van die uitwissing van die nadele van vorige diskriminasie.

Indien 'n relevante werkgewer op enige stadium ophou om meer as vyftig werknemers in diens te hê, beteken dit nie in Namibië dat daardie werkgewer ophou om 'n relevante werkgewer te wees nie.³⁰⁵ Verder word dit bepaal dat sodra 'n werkgewer 'n relevante werkgewer word,³⁰⁶ of ophou om een te wees,³⁰⁷ weens die verhoging of verlaging van die aantal werknemers wat die betrokke werkgewer in diens het, daardie werkgewer die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie binne dertig dae van sodanige statusverandering moet in kennis stel. Wat egter daarna met die status van die relevante werkgewer gebeur, dit wil sê of daardie werkgewer ophou om 'n relevante werkgewer te wees of nie, blyk nie duidelik uit die wetgewing nie. Die Suid-Afrikaanse Wet is ook onduidelik in hierdie verband.

Die vraag kan gestel word waarom hierdie ooglopende leemte in beide wette bestaan, tensy dit natuurlik die doel van die onderskeie wetgewers was dat indien 'n werkgewer eenmaal die status van relevante of aangewese werkgewer bereik het, daardie werkgewer vir altyd een sal bly. So 'n benadering blyk egter onprakties te wees en kan selfs in bepaalde gevalle help bydra tot die ekonomiese oneffektiwiteit

³⁰⁵ Namibiese GK 158 van 1999 soos gepubliseer in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999

³⁰⁶ Artikel 3(1) van die regulasies van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, welke regulasies gepubliseer is by wyse van die Namibiese GK 158 van 1999 in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999

³⁰⁷ Artikel 3(3) van die regulasies van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, welke regulasies gepubliseer is by wyse van die Namibiese GK 158 van 1999 in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999

van die betrokke werkgewers. Aansoeke tot statusverandering sal waarskynlik tot die onderskeie departemente van Arbeid gerig moet word, waarna oorweging daarvan sal geskied. Indien sodanige aansoeke geweier word, sal sodanige weiering waarskynlik op hersiening na die hoër howe geneem kan word ingevolge gemeenregtelike beginsels, as sou die betrokke amptenaar of politieke verantwoordelike persoon, nie behoorlik aandag geskenk het aan die betrokke aansoek nie.

"Aangewese groepe," met ander woorde die groepe wat op regstellende aksie geregtig is ingevolge die Wet op Billike Indiensneming, is Swartmense, Bruinmense, Indiërs, vroue en gestremde persone. Hierdie definisie stem feitlik ooreen met die Namibiese definisie van "aangewese groepe," maar met een belangrike uitsondering. Terwyl die Suid-Afrikaanse wetgewing *prima facie* die potensiele voordele van regstellende aksie aan alle persone uit die rasgroepe wat as Swart, Bruin of Indiër aangemerkt kan word verleen ingevolge hierdie definisie, geld die Namibiese wet slegs ten opsigte van persone wat ten opsigte van ras benadeel is ("racially disadvantaged persons").³⁰⁸ Hierdie laasgenoemde term beteken in die Namibiese konteks dat alle persone wat lede is van rasse- of etniese groepe wat voorheen, of steeds, direk of indirek benadeel is in die arbeidsfeer, as gevolg van sosiale, ekonomiese of onderwyswanbalanse wat ontstaan (het) uit rasdiskriminerende wette of praktyke van voor die onafhanklikheid van Namibië, dit wil sê 21 Maart 1990, op regstellende aksie geregtig is in daardie land.³⁰⁹ In wese blyk die twee lande se definisies egter min of meer op dieselfde neer te kom. Geen vereiste word egter aan 'n relevante Namibiese werkgewer gestel om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie³¹⁰ en dit word aan die hand gedoen dat hierdie posisie dieselfde behoort te wees in Suid-Afrika, aangesien artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming slegs regstellende aksie maatreëls voorsien ten opsigte van geskikte gekwalifiseerde persone uit die aangewese groepe.

Daar moet hier na 'n belangrike onderskeid in die twee wette verwys word. 'n Bepaling wat waarskynlik in Suid-Afrika teenstand sal ontlok, is artikel 19(2) van die

³⁰⁸ Artikel 18(1)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie saamgelees met artikel 18(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁰⁹ Artikel 18(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

Namibiese Wet op Regstellende Aksie wat teen buitelanders diskrimineer. Vir die redes wat hieronder aangevoer word, kan daar egter met hierdie bepaling van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie saamgestem word, insoverre dit teen buitelanders diskrimineer. Dit sou nie ongrondwetlik gewees het as dit wel in die Suid-Afrikaanse teks voorgekom het nie. Ten opsigte van persone uit die aangewese groepe wat vir 'n werksgeleentheid kwalifiseer, moet voorkeur ingevolge hierdie artikel verleen word aan Namibiese burgers³¹¹ en Namibiese burgers wat aan meer as een van die aangewese kategorieë voldoen.³¹² Voorkeur word dus verleen aan Namibiese burgers en as al die aansoekers vir 'n betrokke werksgeleentheid Namibiese burgers is, word relatiewe voorkeur byvoorbeeld verleen aan gestremde Swart vroue wat benadeel is as gevolg van ekonomiese diskriminerende wetgewing, in vergelyking met Swart vroue in soortgelyke posisies, maar wat nie gestremd is nie. Laasgenoemde is die geval juis omdat die Swart vrou wat nie gestremd is nie aan minder kategorieë voldoen as eersgenoemde. Spesiale beskerming en voorkeur word deur die wet verleen aan Namibiese werknemers en werksoekers, deur dit letterlik onmoontlik te maak om buitelanders die voordeel van regstellende aksie te laat toekom, soos reeds hierbo gestel. Hierdie bepaling is volgens die mening van die skrywer bewonderenswaardig, aangesien dit die voordele van regstellende aksie beperk tot burgers wat onder die nadele van diskriminasie van hul land, Namibië, gely het, eerder as deur dit aan alle persone toe te staan wat aan sekere aangebore eienskappe, soos byvoorbeeld ras voldoen, maar teen wie nie gediskrimineer is nie. Daar kan slegs gehoop word dat die Suid-Afrikaanse wetgewer by hul Namibiese eweknieë sal leer en binne die afsienbare toekoms ook hierdie roete sal inslaan. Deur regstellende aksie te beperk tot Suid-Afrikaners, word meer geleenthede geskep om die verwagtinge wat in die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid vervat word, te bereik. Die spoed waarteen Suid-Afrikaners hul agterstande sal inhaal sal ook verhoog, aangesien die geleenthede wat hulle kan geniet, nie aan buitelanders toegestaan sal word wat in elk geval nie onder die nadele van 'n vorige diskriminerende bestel in Suid-Afrika gely het nie. Dit sal ook verhoed dat gewetenlose aangewese werkgewers en werknemers buitelanders se kleur misbruik

³¹⁰ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³¹¹ Artikel 19(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³¹² Artikel 19(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

ten einde aan die wetlike vereistes van regstellende aksie te kan voldoen. Hul optrede is dikwels nie daarop gemik om vorige benadeling uit te wis nie, maar eerder om die stelsel te ontduik.

Die Namibiese Wet op Regstellende Aksie gaan egter verder. Waar 'n nie-Namibiese burger in diens van 'n relevante werkgever is, moet 'n Namibiese burger deur die nie-Namibiese burger geleer word om daardie werk te kan doen,³¹³ tensy spesiale toestemming tot die teendeel verkry is.³¹⁴ Geen ooreenstemmende bepaling kom in enige Suid-Afrikaanse wetgewing voor nie.

Bogemelde Suid-Afrikaanse bepalings moet gesien word in die lig van die konsepregulasies wat deur die Minister van Finansies uitgevaardig is ingevolge artikel 5 van die Suid-Afrikaanse Tenderwet.³¹⁵ Alhoewel hierdie regulasies steeds nie gefinaliseer is ten tyde van die skryf van hierdie proefskrif nie, na bewering weens grondwetlike struikelblokke,³¹⁶ is die definisie wat aan "voorheen benadeelde persone" geheg word baie belangrik vir doeleindes van hierdie bespreking, aangesien dit hemelsbreed verskil van die definisie van aangewese persone in die Wet op Billike Indiensneming. Beide wette is immers, minstens gedeeltelik in die geval van die Tenderwet, afgestem op regstellende aksie. Hierdie persone word omskryf as:

- (a) persone wat nie stemreg gehad het in nasionale verkiesings voor die promulgering van die Oorgangsgrondwet of die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 110 van 1983³¹⁷ nie;
- (b) vroue;
- (c) gestremde persone.

³¹³ Artikel 19(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³¹⁴ Artikel 19(4) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³¹⁵ Gepubliseer as reg 6824 van 5 Junie 2000 soos gepubliseer in SK 21253 van 5 Junie 2000. Hierna genoem die tenderregulasies.

³¹⁶ Hierdie bewering is tydens die skryf van hierdie proefskrif deur 'n regsadviseur werksaam by die Stad Kaapstad, aan die skrywer van hierdie proefskrif meegedeel.

³¹⁷ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 110 van 1983. Hierna genoem die 1983-Grondwet.

Buitelanders wat burgerskap van Suid-Afrika verkry het na 27 April 1994, kan nie as voorheen benadeel aangemerkt word vir doeleindes van die Tenderwet of die regulasies ingevolge daarvan uitgevaardig nie.³¹⁸ Hulle was nooit onderhewig aan vorige diskriminerende wetgewing of praktyke nie en sodanige wetgewing en praktyke was ook nie op hulle gemik nie. Tog kan 'n argument daarvoor uitgemaak word dat hulle die voordele van die Tenderwet as "voorheen benadeelde persone" moet geniet. Hierdie is een van die probleme wat deur hierdie regulasies aangespreek moet word voordat dit finaal deur die Minister uitgevaardig word. Dit blyk egter geïmpliseer te wees dat hierdie spesifieke bepaling wel van toepassing is op persone wat burgers van die voormalige tuislande en selfregerende gebiede was, aangesien hulle wel gestem het in die 1994-verkiezing, maar ook stemreg gehad het in die voormalige tuislande voor 1994. Hierdie persone het egter geen stemreg gehad in die nasionale Suid-Afrikaanse verkiesings voor hierdie datum nie. Daarmee saam, sal die probleme rondom Bruinmense en Indiërs, wat wel stemreg gehad het in nasionale verkiesings na die instelling van die driekamerparlement ingevolge die 1983-Grondwet, ook aangespreek moet word, aangesien baie van hulle ook as "voorheen benadeelde persone" klassifikasie verdien ten einde die voordele van die regstellende aksie maatreëls van die Tenderwet te kan geniet.

"Werknemer" verwys na enigiemand wat nie 'n onafhanklike kontrakteur is nie en wat vir 'n ander persoon of die staat werk en wat vergoeding ontvang of geregtig is op vergoeding en op enige wyse bydra tot die bedryf of die voortsetting van die besigheid van die werkgever. Soortgelyke betekenis word aan "iemand in diens" (employed) en "in diens" (employment) toegeken. Hierdie definisie gaan op groot skaal, soos wat reeds besig is om te gebeur, in die praktyk daartoe lei dat werkgevers ten einde van die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming te ontsnap, van hul werknemers gaan verwag om as sogenaamde onafhanklike kontrakteurs, kontrakte met die werkgever aan te gaan, terwyl hulle eintlik werknemers van die betroke werkgever is. Die Namibiese definisie stem met dié van Suid-Afrika ooreen, deur die definisie van "werknemer" in artikel 1 van die Namibiese Arbeidswet daarby te inkorporeer deur verwysing. Die belangrike verskil bestaan egter tussen die Wet op

³¹⁸ Artikel 1 van die tenderregulasies.

Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie dat 'n onafhanklike kontrakteur blyk inbegrepe te wees by die Namibiese definisie van 'n werknemer vir doeleindes van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.

"Indiensnemingsbeleid of -praktyk" sluit in, maar is in die Wet op Billike Indiensneming nie beperk tot die volgende nie: werwingsprosedures; advertensies en keuringskriteria; aanstellings en die aanstellingsproses; werksklassifikasie en -gradering; vergoeding, diensvoorwaardes en -voordele; werksopdragte; die werksomgewing en -fasiliteite; opleiding en ontwikkeling; stelsels vir die evaluering van prestasie; bevordering; oorplasing; demoverings (as die teenoorgestelde van bevordering); dissiplinêre maatreëls, behalwe vir ontslag; en ontslag. In die Namibiese konteks word daar ten opsigte van soortgelyke kwessies verwys na die frase "employment decision" of dan indiensenemingsbesluit in Afrikaans. Hierdie frase verwys onder andere na die volgende grootliks ooreenstemmende elemente: toegang tot beroepsleiding, beroepsopleiding en -plasingsdienste; advertensies; werwings-, keurings- en aanstellingsprosedures; bevordering, oorplasing en demovering (as die teenoorgestelde van bevordering); werksekuriteit en afliggings; toegang tot ander voordele, fasiliteite en dienste; vergoeding en ander diensvoorwaardes; en dissipline, skorsing en beëindiging van diens.³¹⁹ Van Rooyen meen dat, alhoewel die Namibiese Wet op Regstellende Aksie nie duidelikheid oor hierdie kwessie verskaf nie, die bedoeling van die wetgewing ten opsigte van die laasgenoemde twee elemente eerder behoort te wees om bestaande diskriminerende aspekte uit te roei, as om voorkeurbehandeling ten opsigte daarvan te verleen.³²⁰

Daar moet verder verwys word na die definisie van die frase "employment barrier" in artikel 1 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie. Hierdie frase word gedefinieer as enige reël, praktyk, of toestand buiten 'n legitieme vereiste van die werk, wat lede van die aangewese groepe nadelig affekteer as lede van daardie groepe. Daar word dus in hierdie verband verwys na onbillike diskriminasie of teistering soos wat dit verbied word in artikel 107 van die Namibiese Arbeidswet.³²¹

³¹⁹ Artikel 1 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³²⁰ Van Rooyen JWF *Guide* 24

³²¹ Van Rooyen JWF *Guide* 22-23

Uit bogemelde kan daar afgelei word dat daar reeds met hierdie Namibiese definisie gehandel word in die omvattende Suid-Afrikaanse definisie van "indiensnemingsbeleid of -praktyk," saamgelees met artikel 2(1) van die Wet op Billike Indiensneming wat gelyke geleenthede en billike behandeling voorstaan in die werkplek, deur onbillike diskriminasie uit te roei en regstellende aksie maatreëls in te stel ten gunste van die aangewese groepe ingevolge artikel 2(2). Verder moet aangewese werkgewers in Suid-Afrika aangewese groepe se arbeidstruikelblokke identifiseer en elimineer.³²² Dit kom dus min of meer op dieselfde gevolge neer as die definisie van die Namibiese "arbeidstruikelblok" ("employment barrier"), soos uiteengesit. Hierdie definisie vereis dus in effek dat daardie truikelblokke wat die aangewese groepe daarvan weerhou om opgang te maak in hulle werk, aangespreek moet word.

Hiermee saam val die definisie van "legitieme vereiste van die werk" soos dit ook gedefinieer word in artikel 1 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie. Dit verwys na werklike en objektief verifieerbare kwaliteite wat benodig word vir die suksesvolle uitvoering van pligte en is omvangryk genoeg om sake in te sluit soos buitengewone taalvermoëns, spesifieke skoolvakke, besondere tegniese vaardighede of spesifieke bestuurservaring.³²³ In hierdie verband moet verwys word na artikel 20(3) van die Wet op Billike Indiensneming wat handel met geskikte gekwalifiseerde persone. "Gesikte gekwalifiseerde persoon" beteken 'n persoon wat geskik gekwalifiseerd is vir 'n werk as gevolg van daardie persoon se formele kwalifikasies, vorige opleiding, relevante ervaring, of vermoë om binne 'n redelike tydperk die vermoë te bekom om die werk te kan doen. Om te bepaal of iemand geskik gekwalifiseerd is vir 'n werk, moet 'n werkgewer al die voormelde faktore oorweeg, sowel as om vas te stel of 'n persoon die vermoë het om die werk te kan doen uit hoofde van enige een of 'n kombinasie van daardie faktore. In die bepaling wat so gemaak word, mag 'n werkgewer nie onregverdig diskrimineer teen iemand slegs uit hoofde van daardie persoon se gebrek aan ervaring nie. In die Namibiese konteks word hierdie frase soortgelyk gedefinieer, maar daar word geensins verwys na die vermoë om die werk te kan aanleer binne 'n redelike tydperk nie. Slegs huidige

³²² Artikel 15(2) van die Wet op Billike Indiensneming

vermoëns, formele kwalifikasies en relevante ervaring is van toepassing om geskikte gekwalifiseerdheid te bepaal. Enigene van hierdie drie attribute kan 'n voornemende werknemer daarop geregtig maak om oorweeg te word vir die betrokke aanstelling.³²⁴ Gevolglik is die definisie vir geskikte gekwalifiseerdheid ook buigsaam om meer geleenthede aan persone uit die aangewese groepe in Namibië te kan bied, maar daar word geensins van relevante werkgewers verwag om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie.³²⁵

"Mense met gestremdhede" is mense wat 'n langtermyn of chroniese fisiese of verstandelike gebrek het wat hul vooruitsigte op indiensneming of opgang in hul werk substansieel beperk. In die Namibiese wetgewing word "gestremdheid" gedefinieer as enige fisiese of verstandelike gestremdheid wat in 'n beroep of werk, 'n persoon se voorbereiding vir, toetrede tot, deelname daaraan of bevordering van daardie persoon aantast of beperk.³²⁶ Vir alle praktiese doeleindes dra hierdie definisies dieselfde betekenis. Die kwessie oor gestremdheid en hierdie persone se reg om as aangewese werknemers deel te hê aan regstellende aksie, is alhoewel 'n dringende kwessie wat aangespreke moet word binne die Suid-Afrikaanse regs konteks, nie belangrik vir doeleindes van hierdie bespreking wat eerder sal fokus op regstellende aksie op grond van ras nie.

Die frase "redelike akkommodering" is enige wysiging of modifikasie tot 'n werk of die werksomgewing, wat 'n persoon uit die aangewese groepe in staat sal stel om toegang te hê tot, deel te neem aan, of opgang te maak in sy of haar werk.

'n Ernstige gebrek in hierdie hoofstuk van die Wet op Billike Indiensneming is die feit dat daar geen definisie gestel word vir regstellende aksie of die sogenaamde "employment equity" nie. In die lig van die feit dat ons hier handel met die primêre wet wat handel met regstellende aksie, of dan "employment equity," is hierdie late hoogs bevraagtekenbaar. Kommer bestaan hieroor, veral gesien in die lig van die

³²³ Van Rooyen JWF *Guide* 23

³²⁴ Artikel 1 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³²⁵ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³²⁶ Artikel 107(5)(a) van die Namibiese Arbeidswet en artikel 18(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

losse en vaste wyses waarop hierdie frase op verskillende plekke in die Wet aanwending vind en die feit dat dit wel in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie gedefinieer word, soos hierbo uiteengesit.

Artikel 15(1) van die Suid-Afrikaanse wet definieer egter die term "regstellende aksie maatreëls" as maatreëls wat ontwerp is om te verseker dat geskikte gekwalifiseerde persone uit die aangewese groepe gelyke werkseleenthede het en regverdig verteenwoordig is in alle beroepskategorieë en beroepsvlakke in die werksmag van die aangewese werkgever. Daar kan gevolglik afgelei word dat regstellende aksie, soos blyk uit die aanhef van die Wet, soos saamgelees met artikel 15(1), beteken dat regstellende aksie handel oor die verteenwoordiging van die nie-aangewese groepe op elke beroepsvlak en in elke beroepskategorie, soos ook gestel in artikel 2(b) van dieselfde wet. Die gebrek aan 'n definisie van hierdie frase is 'n ernstige tekortkoming. Die posisie is dieselfde in Namibië waar die Namibiese Wet op Regstellende Aksie "gelyke werkseleenthede" ("equal employment opportunities") in dieselfde trant definieer as die eliminerings van alle direkte of indirekte diskriminerende werkspraktyke, -reëls of -voorwaardes.³²⁷ Daarmee saam definieer die Wet "regverdige verteenwoordiging" ("equitable representation") as 'n gewenste situasie waar 'n relevante werkgever se werknemerkontingent proporsioneel min of meer die land se demografiese struktuur weerspieël ten opsigte van rasse- of etniese samestelling, vroue en gestremde persone.³²⁸

6.4.3 Interpretasie en toepassing van die Wet

Die Wet op Billike Indiensneming moet uitgelê word teen die agtergrond van en uit hoofde van die Grondwet. Dit is natuurlik om aan laasgenoemde gevolg te gee, maar met inagneming van enige relevante kode vir goeie praktyk soos uitgereik ingevolge die Wet op Billike Indiensneming of enige ander Arbeidswet en in navolging van die volkeregtelike verpligtinge van die Republiek, in besonder daardie verpligtinge soos

³²⁷ Soos aangetref in die definisie van "employment barrier" in artikel 1 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³²⁸ Artikel 17(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

vervat in die Internasionale Arbeidsorganisasie Konferensie (nr 111) wat handel met diskriminasie ten opsigte van arbeid en beroepe.³²⁹

Die wet onderskei tussen die gedeeltes daarvan wat van toepassing is op verskillende partye. So word daar bepaal dat hoofstuk 2 van die Wet wat breedvoerig met die verbod op onregverdige diskriminasie handel, van toepassing is op alle werknemers en werkgewers. Hoofstuk 3 wat op sy beurt weer met regstellende aksie handel, is slegs van toepassing op aangewese werkgewers en mense uit die aangewese groepe, terwyl die wet in geheel geensins van toepassing is op die Nasionale Weermag, die Nasionale Intelligensie Agentskap of die Geheime Diens nie.

Die grondwetlike redes vir die uitsluiting van die veiligheidsdienste van die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming is waarskynlik te vinde in die afwesigheid van 'n ooreenstemmende bepaling in die Grondwet, soos dit op die gewone openbare administrasie van toepassing is. Ingevolge artikel 195(1)(i) van die Grondwet is een van die beginsels wat die openbare administrasie beheers, verteenwoordigendheid van die Suid-Afrikaanse bevolking binne die openbare administrasie. Geen so 'n ooreenstemmende bepaling word in die Grondwet ten opsigte van die veiligheidsdienste aangetref nie. Streng gesproke val die veiligheidsdienste nie onder die openbare administrasie nie en word die veiligheidsdienste deur verskillende bepalings in die Grondwet gereguleer, ten opsigte van die beginsels waarop die veiligheidsdienste geskoei is. Laasgenoemde se onderliggende beginsels is te vinde in artikel 198 van Hoofstuk 11 van die Grondwet, terwyl artikel 195 van Hoofstuk 12, die openbare administrasie se beginsels neerlê. Alhoewel die persone of groepe verbonde aan hierdie drie entiteite, naamlik die Nasionale Weermag, die Nasionale Intelligensie Agentskap of die Geheime Diens dus pertinent uitgesluit is van die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming, is hulle nie uitgesluit van die grondwetlike bepalings wat met regstellende aksie en gelykheid handel nie. Daar word verder geen uitsluitings ten opsigte van hierdie mense getref, in verband met die *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Diskriminasie*³³⁰ nie.

³²⁹

Artikel 3

³³⁰

Die *Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Diskriminasie* 4 van 2000 word hierna genoem die Gelykheidswet.

In die Namibiese konteks, is die Namibiese Wet op Regstellende Aksie van toepassing op alle werkgewers wat deur die Minister van Arbeid as relevante werkgewers vir doeleindes van hierdie wet, as sulks aangewys word.³³¹ Omdat hierdie aanwysing van die Namibiese Minister van Arbeid afhang, sal die Minister waarskynlik ook die Namibiese veiligheidsdienste van die werking van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie uitsluit, soos wat die geval in Suid-Afrika is.

6.4.4 Hoofstuk 2: Die verbod op onregverdigde diskriminasie

Die Namibiese Wet op Regstellende Aksie het geen ooreenstemmende hoofstuk wat handel oor 'n verbod op diskriminasie nie, maar diskriminasie word wel verbied in die werkplek ingevolge die Namibiese Rassewet wat hieronder bespreek word. In Suid-Afrika moet elke werkgewer stappe neem ten einde gelyke geleenthede in die werkplek te bevorder en onregverdigde diskriminasie uit te roei in enige arbeidsbeleid of -praktyk.³³² Die Wet op Billike Indiensneming verbied verder onregverdigde diskriminasie deur enigiemand, teen enige werknemer, op direkte of indirekte gronde, in enige arbeidsbeleid of -praktyk op enige van die gronde soos uiteengesit in artikel 9 van die Grondwet, maar ook op die volgende bykomende gronde: familie-verantwoordelikheid, HIV-status³³³ en politieke opinie.³³⁴ Hierdie verbod word so wyd en omvangryk gestel dat dit selfs moontlik sou wees dat werkgewers middellik aanspreeklik gehou kan word vir die diskriminerende onwettige optrede van hul werknemers soos wat die geval in die Verenigde Koninkryk³³⁵ en ook Namibië is.³³⁶

³³¹ Artikels 2 en 20 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³³² Artikel 5

³³³ Die vraag of HIV-status as analoë grond tot die gelyste gronde in artikel 9 van die Grondwet erken moet word, het spesifiek onder die loep gekom in die saak van *Hoffmann v South African Airways* 2001 1 SA 1 (KH); 2000 11 BCLR 1211 (KH) para [28], [35]-[37] en is positief beantwoord deur die Konstitusionele Hof. Rautenbach IM "The limitation of rights in terms of provisions of the bill of rights other than the general limitation clause: a few examples" 2001 *TSAR* 617-641 627; Sien ook Smit N "HIV/Aids, equity and labour law" 2001 *De Jure* 318-329

³³⁴ Artikel 6(1); Die kwessie oor indirekte diskriminasie word volledig bespreek in Dupper O 2000 *ILJ* 759

³³⁵ Truter L "Disability rights: employment developments in Britain" 1996 *TSAR* 658-668 661

³³⁶ Ten opsigte van veral rassediskriminasie, word "rassegroep" in artikel 1 van die Namibiese *Racial Discrimination Prohibition Act* 26 of 1991 gedefinieer as 'n groep persone wat gedefinieer word met verwysing na hul kleur, ras, nasionaliteit, of etniese of nasionale herkoms. Verder word middellike aanspreeklikheid spesifiek ingestel as 'n grond van aanspreeklikheid by wyse van artikel 17 van dieselfde wet wat ook in die werkplek van toepassing is ingevolge artikel 7 daarvan.

In die Namibiese konteks word diskriminasie,³³⁷ of die publikasie van 'n bedoeling om te diskrimineer,³³⁸ soortgelyk in die werkplek verbied, maar op grond van geslag, ras, kleur, etniese oorsprong, godsdiens, geloof,³³⁹ sosiale of ekonomiese status, politieke opinie, huwelikstatus, seksuele oriëntasie, familiverantwoordelikheid of gestremdheid.³⁴⁰ Slagoffers van sodanige diskriminasie, of die toekomstige slagoffers van die bedoeling om te diskrimineer, kan die Namibiese Arbeidshof nader vir 'n hofbevel om die diskriminasie te laat staak of te voorkom.³⁴¹

Vir doeleindes van die Wet op Billike Indiensneming word dit nie as onregverdigde diskriminasie beskou om regstellende aksie maatreëls te tref wat in lyn met die doel van daardie wet is,³⁴² of om te onderskei, uit te sluit, of voorkeur te verleen aan enigiemand op grond van die inherente vereistes van die werk nie.³⁴³ Soos reeds hierbo bespreek, laat die Namibiese Arbeidswet in artikel 107(2)(a) diskriminasie toe op grond van die inherente vereistes van die werk, soos gebaseer op die vermoë, kapasiteit, produktiwiteit en optrede van die betrokke persoon, met verdere inagneming van die behoeftes van die spesifieke beroep en industrie waarin die werk voorkom. Hierdie bepaling is in lyn met die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation*³⁴⁴ wat onder die opskrif "Aanbeveling," bepaal dat enige uitsondering, uitsluiting of voorkeur ten opsigte van 'n besondere werk, gebaseer op die inherente vereistes daarvan, nie geag word diskriminasie te wees nie.³⁴⁵

³³⁷ Artikel 107(1)(a) van die Namibiese Arbeidswet

³³⁸ Artikel 107(1)(c) van die Namibiese Arbeidswet

³³⁹ Artikel 107(1)(a) van die Namibiese Arbeidswet verwys in hierdie verband na die term "creed" wat deur Bosman, Van Der Merwe en Hiemstra vertaal word as "geloof" in Bosman DB, Van Der Merwe IW en Hiemstra LW *Tweetalige Woordeboek / Bilingual Dictionary* 8ste uitg (Tafelberg Uitgewers Kaapstad 1984) 791.

³⁴⁰ Artikel 107(1)(a) van die Namibiese Arbeidswet

³⁴¹ Artikels 107(1)(a) en (c) saamgelees met artikels 107(1)(i)(aa)-(cc) en 107(1)(ii) van die Namibiese Arbeidswet

³⁴² Artikel 6(2)a

³⁴³ Artikel 6(2)b. Hierdie artikel se voorganger was sub-item 2(2)(c) van Bylae 7 tot die Wet op Arbeidsverhoudinge.

³⁴⁴ *Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation* No. 111 of the International Labour Organisation

³⁴⁵ Artikel 2: Any distinction, exclusion or preference in respect of a particular job based on the inherent requirements thereof is not deemed to be discrimination.

Die onus in artikel 11 van die wet word op die werkgever geplaas om te bewys dat die diskriminasie regverdig is. Dit is die geval selfs waar daar slegs aantygings gemaak word dat onregverdig diskriminasie bestaan ingevolge die wet in die breë, eerder as slegs hierdie hoofstuk van die wet. Hierdie benadering ten opsigte van die onus wat op die werkgever geplaas word, bloot uit hoofde van aantygings van onregverdig diskriminasie verdien hewige kritiek, natuurlik met die voorbehoud van wat hierbo ten opsigte van mediese toetsing gestel is. Die blote aantygings van onregverdig diskriminasie ingevolge die Wet (dit impliseer die Wet as geheel – eerder as diskriminasie op die gelyste gronde soos gestel in artikel 6(2)), plaas die onus om regverdigheid te bewys op die werkgever.

Hierdie benadering van die wetgewer is duidelik in stryd met die Konstitusionele Hof se benadering tot die reg op gelykheid, wat dit pertinent stel dat daar minstens 'n *prima facie* saak ten gunste van diskriminasie uitgemaak moet word, voordat 'n weerleggingslas op die respondent, in hierdie geval die werkgever, geplaas sal word.³⁴⁶ Blote aantygings van diskriminasie, is aldus die Konstitusionele Hof nie genoeg nie.³⁴⁷ Hierdie wetgewing wysig egter bogemelde benadering van die Konstitusionele Hof, deurdat dit op grond van blote aantygings van onregverdig diskriminasie die onus op die werkgever plaas om regverdigheid te bewys. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie wye onus wat op die werkgever geplaas word, onregverdig is.

Enige persoon kan byvoorbeeld, selfs op arbitrêre ongelyste gronde, argumenteer dat daar teen hulle gediskrimineer is, byvoorbeeld ten opsigte van die kleur van die papier van die regstellende aksie plan wat die werkgever moet saamstel ingevolge artikel 20 van die Wet. Uit hoofde van die formulering van artikel 11, is die onus dan op die werkgever om te bewys dat die kleur van die papier regverdig diskriminasie daarstel. Duidelik stel die normale uitleg van hierdie artikel, volgens die goue reël van wetsuitleg, 'n gevolg daar wat sinneloos is. Volgens die goue reël van wetsuitleg word daar aan die woorde van wetgewing hul normale betekenis geheg tensy

³⁴⁶ *Harkens v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [53]

sodanige betekenisse tot 'n sinnelose uitleg van die wetgewing lei.³⁴⁸ Dit word dus hier voorgestel dat die howe by die uitleg van hierdie artikel nie aan die woorde van artikel 11 hul normale betekenisse sal kan heg nie en dat die howe die benadering tot die toets vir gelykheid van die Konstitusionele Hof, soos neergelê in *Harksen v Lane N.O. and Others*,³⁴⁹ sal moet toepas. 'n Ander oplossing is dat die wetgewer 'n wetswysiging aanbring.

Daar bestaan die argument dat artikel 11 van die Wet die posisie vervul teenoor die gelyste gronde van artikel 6(2), net soos wat artikel 9(5) van die Grondwet 'n vermoede van onregverdigheid ten opsigte van die gelyste gronde van artikel 9(3) van die Grondwet daarstel.³⁵⁰ Omdat artikel 11 egter nie as deel van artikel 6 geïntegreer is, soos wat die geval is tussen artikels 9(3) en (5) van die Grondwet nie en omdat artikel 11 van die Wet as 'n totaal afsonderlike artikel geformuleer is, wat met die Wet as geheel handel, eerder as spesifiek met onder andere die gronde soos gelys in artikel 6(2), is dit blootgestel aan ernstige kritiek soos hierbo uiteengesit. Grondwetlike aanvalle van onregverdige diskriminasie teen werkgewers is selfs in hierdie verband moontlik weens die onregverdige onus wat op hulle geplaas word. Selfs ten opsigte van hierdie argument behoort die howe die *Harksen*-toets, soos hierbo gesit, toe te pas en nie die normale betekenis aan die woorde van artikel 11 te heg nie. Alternatiewelik moet die wetgewer hierdie artikel wysig om voorsiening te maak vir die Konstitusionele Hof se benadering tot onus in gevalle van diskriminasie.

6.4.5 Hoofstuk 3: Regstellende aksie

Dit is die plig van elke aangewese en relevante werkgewer om, ten einde gelykheid in die werkplek te bereik, regstellende maatreëls in te stel vir mense uit die aangewese groepe.³⁵¹ Regstellende aksie maatreëls is gemik op geskikte gekwalifiseerde persone

³⁴⁷ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [53] en bevestig in *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T).

³⁴⁸ Steyn LC *Die Uitleg van Wette* 4de uitg (Juta Kaapstad 1974) 70

³⁴⁹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [53]

³⁵⁰ Artikel 9(5) van die Grondwet lees as volg: "Diskriminasie op een of meer van die gronde in artikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is."

³⁵¹ Artikel 13(1) van die Wet op Billike Indiensneming. Hierdie artikel se gedeeltelike voorganger was sub-item 2(2)(b) van Bylae 7 tot die Wet op Arbeidsverhoudinge. Die

uit die aangewese groepe in beide Suid-Afrika en Namibië.³⁵² Enige nie-aangewese werkgewer word ook toegelaat om vrywilliglik aan die Direkteur-generaal van Arbeid kennis te gee dat hy aan die vereistes van hoofstuk 3 van die Wet op Billike Indiensneming wil voldoen, as sou hy 'n aangewese werkgewer wees.³⁵³ Ten opsigte van regstellende aksie maatreëls om deur relevante werkgewers gedoen te word, moet dit uit die staanspoor gestel word dat daar geen vereistes op Namibiese relevante werkgewers geplaas word om.³⁵⁴

- (a) nuwe werksgeleenthede in die werkplek te skep nie;
- (b) 'n arbitrêre of vasgestelde aantal persone aan te stel of te bevorder tydens 'n gegewe periode nie;
- (c) persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie;
- (d) indiensnemingsbesluite te neem wat as absolute struikelblokke³⁵⁵ sal dien op die aanstellings- of bevorderingsgeleenthede van persone wat nie lede van die aangewese groepe is nie.

Behalwe vir laasgenoemde wat pertinent in die Wet op Billike Indiensneming genoem word en waaroor daar reeds regspraak bestaan,³⁵⁶ is daar geen ooreenstemmende bepaling in die Suid-Afrikaanse wet ten opsigte van die eerste drie kwessies nie. Omdat die Suid-Afrikaanse wet geen verpligting aan aangewese werkgewers ople ten opsigte van die eerste drie kwessies nie, kan daar gestel word dat die twee wette implisiet soortgelyk is. Dit word egter hier genoem dat kwessies (a), (b) en (c) *ex abundanti cautela* in die Namibiese wet ingevoer is, aangesien die gevolgtrekking wat daaruit voortvlei reeds implisiet uit die res van daardie wet blyk. Ten opsigte van (d)

ooreenstemmende Namibiese bepaling is artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.

³⁵² Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming en artikel 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁵³ Artikel 14. Hierdie artikel se gedeeltelike voorganger was sub-item 2(2)(b) van Bylae 7 tot die Wet op Arbeidsverhoudinge.

³⁵⁴ Artikels 43(1)(a)-(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁵⁵ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 para [25] definieer 'n absolute struikelblok as volg: "An absolute barrier is an insurmountable obstacle. Whether a barrier is an insurmountable obstacle must be judged in the light of the purposes of the EEA (Employment Equity Act) and with respect to the non-designated group generally."

kan daar uit die definisie van "indiensnemingsbesluit" in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie implisiet afgelei word dat dit ook verwys na die aflegging van persone uit die nie-aangewese groep, welke afleggings verbode sal wees ter wille van regstellende aksie wat vir die voordeel van die aangewese groepe aangewend sal word. Joubert meen dat die aflegging van persone uit die nie-aangewese groepe, ter wille van regstellende aksie ten gunste van die aangewese groepe, ook nie toelaatbaar sal wees in Suid-Afrika nie.³⁵⁷ Laasgenoemde kan as 'n absolute struikelblok vir die nie-aangewese groep uitgemaak word, wat immers verbode is as hulle afgelê word ter wille van regstellende aksie. Daar word dus aan die hand gedoen dat, alhoewel die Wet op Billike Indiensneming dit nie altyd duidelik so stel nie, die posisie in Suid-Afrika dieselfde is, soos sal blyk uit die bespreking hieronder.

Om die plig vervat in artikel 13(1) van die Wet op Billike Indiensneming na te kom, moet elke aangewese werkgewer 'n regstellende aksie plan aan die Departement van Arbeid lewer, nadat daar gekonsulteer is met die werknemers van die aangewese werkgewer.³⁵⁸ Die late om 'n regstellende aksie plan op te stel en steeds regstellende aksie toe te pas ingevolge die Wet op Billike Indiensneming, kan daartoe lei dat die betrokke regstellende aksie maatreks wat geneem word, tersyde gestel word.³⁵⁹

Hierdie konsultasie moet werknemers insluit wat nie uit die aangewese groepe aanwesig is nie.³⁶⁰ Sodanige konsultasie geskied ingevolge artikel 16 en moet gemik wees op 'n poging tot 'n ooreenkoms met die groep(e) waarmee gekonsulteer word,³⁶¹ naamlik 'n verteenwoordigende vakbond,³⁶² of ingeval van geen sodanige vakbond nie, dan die werknemers van die aangewese werkgewer of hul verteenwoordigers.³⁶³ Die gekonsulteerdes moet as geheel die belange verteenwoordig van werknemers uit

³⁵⁶ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T); Solomon M 1999 SA Mercantile Law Journal 235; Faundez J 1994 ILJ 1191; Joubert DJ 1994 *De Jure* 118-119

³⁵⁷ Joubert DJ "Aantekeninge: Afdanking of aflegging en regstellende aksie" 1996 *De Jure* 315-317 317

³⁵⁸ Artikel 13(2)a

³⁵⁹ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 para [38] Onge rapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

³⁶⁰ Artikel 16(2)c

³⁶¹ Artikel 16(1)

³⁶² Artikel 16(1)(a)

al die beroepskategorieë en -vlakke van die werkgewer se werksmag.³⁶⁴ Beide werknemers uit die aangewese en die nie-aangewese groepe word hierby ingesluit.³⁶⁵ Konsultasie geskied verder ingevolge die Wet op Billike Indiensneming spesifiek oor:

- (i) die hantering van die analise ingevolge artikel 19;³⁶⁶
- (ii) die voorbereiding en die implementering van die regstellende aksie plan ingevolge artikel 20;³⁶⁷ sowel as
- (iii) die verslag aan die Departement van Arbeid ingevolge artikel 21.³⁶⁸

Soortgelyke konsultasie moet in die Namibiese konteks plaasvind, welke konsultasie aan feitlik identiese vereistes moet voldoen as in Suid-Afrika.³⁶⁹ In die lig van die kontensieuse aard van regstellende aksie en die feit dat regstellende aksie van die aangewese werknemers deur die nie-aangewese werknemers gesien kan word as 'n bedreiging, is konsultasie, soos dit deur die wetgewer voorgeskryf is, 'n prysenswaardige bepaling in die wetgewing. In 'n land waar regstaatlikheid moet seëvier en die regte van almal belangrik is, is dit goed dat almal ten minste gekonsulteer word voordat regstellende aksie 'n werklikheid word in die werkplek. Hierdie konsultasie laat die nie-aangewese groepe ook toe om hul griewe op die tafel te plaas, sowel as om hul vrese te bespreek en is die werkgewer en die aangewese groepe dan bewus daarvan. Wedersydse konsultasie kan help om hierdie vrese en griewe in die regstellende aksie plan wat dan opgestel moet word te probeer aanspreek. Dit laat egter ook die nie-aangewese groepe toe om hul verwagtinge op die tafel te plaas en vir die ander werknemers en die werkgewer bied dit geleentheid om die saak met die aangewese groepe te bespreek, voordat daar finaal besluit word oor hoe die regstellende aksie plan sal lyk. Die werkgewer daarenteen word toegelaat om binne die beperkinge wat daar in sy besigheid heers, vir die werknemers aan te toon wat hy graag sou wou bereik en wat presies die regstellende aksie wat moontlik kan wees, aan bande sal lê. Dit kan ook die werknemers toelaat om sake vanuit die

³⁶³ Artikel 16(1)(b)

³⁶⁴ Artikel 16(2)(a)

³⁶⁵ Artikel 16(2)(b)-(c)

³⁶⁶ Artikel 17(a)

³⁶⁷ Artikel 17(b)

³⁶⁸ Artikel 17(c)

³⁶⁹ Artikel 24 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

werkgewer se oogpunt te beskou en kan selfs die werkgewer tot nuwe insigte bring, indien die werknemers nuwe bydraes maak waarvan die werkgewer nie voorheen bewus was nie. Uiteindelik laat konsultasie tussen werknemers en werkgewers toe vir die vermyding van baie konflik en kan dit help om regstellende aksie vlotter te laat verloop as wanneer die partye wat daardeur geraak word nie voortdurend met mekaar praat nie.

'n Suid-Afrikaanse aangewese werkgewer moet, wanneer hy konsultasie onderneem ingevolge artikel 16, alle relevante inligting aan die partye met wie gekonsulteer word openbaar, ten einde die partye toe te laat om effektief te kan konsulteer.³⁷⁰ Dit kan dikwels moeilik wees om aan hierdie vereiste te voldoen, gesien die reg op privaatheid soos verskans in die Grondwet,³⁷¹ wanneer dit veral by salarisse en diensvoordele van individue kom. Teen die agtergrond van die aanhef tot die Wet op Billike Indiensneming, wat dit stel dat die groot verskille in inkomste tussen die verskillende groepe in die land ook deel is van regstellende aksie, kan daar redelikerwyse aangeneem word dat dit slegs 'n kwessie van tyd is voordat hierdie bepaling voor ons howe sal land om uitsluitel daaroor te gee. Daar word egter hier gemeen dat die betrokke bepaling van die Wet op Billike Indiensneming beteken dat die regstellende aksie wat uit hoofde van die Wet sal plaasvind, sal beteken dat mense ekonomies opgang maak en dat hul salarisse en lone sodoende sal verhoog. Daardeur sal die gapings in vergoeding tussen werknemers en bestuur verklein, eerder as deur toepassing van die rewolusionêre gedagte dat bestuur se vergoeding sal moet verlaag word om hul vergoedings nader te bring aan dié van die werkers.

Die doel vervat in artikel 13(1), naamlik om regstellende aksie maatreëls tot voordeel van die aangewese groepe in te stel, is soortgelyk aan die doel van die Namibiese wet.³⁷² Om hierdie doel te bereik, moet die aangewese werkgewers in beide lande 'n analise onderneem.³⁷³ In Suid-Afrika verwys hierdie analise na die volgende: arbeidsbeleid, praktyke, prosedures en die werksomgewing. Hierdie Suid-Afrikaanse

³⁷⁰ Artikel 18(1)

³⁷¹ Artikel 14 van die Grondwet

³⁷² Artikels 17(1) en 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁷³ Artikel 13(2)(b) van die Wet op Billike Indiensneming en artikel 25(1)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

analise het ten doel om struikelblokke te identifiseer wat geaffekteerdes uit die aangewese groepe nadelig raak³⁷⁴ en moet 'n profiel insluit van die aangewese werkgewer se werksmag binne elke beroepskategorie en -vlak ten einde te bepaal wat die graad van ondervteenwoordiging is van mense uit die aangewese groepe in die verskillende beroepskategorieë en -vlakke binne daardie werkgewer se werksmag.³⁷⁵ In Namibië word daar van die relevante werkgewers verwag om jaarliks³⁷⁶ statistiese analyses te doen wat verskeie parameters vergelyk tussen die aangewese en die nie-aangewese groepe, onder andere verteenwoordiging in die verskillende posvlakke,³⁷⁷ sowel as 'n evaluering van werkspraktyke.³⁷⁸ Hierdie inligting moet dan in 'n statistiese verslag saamgevat en aan die Namibiese Kommissie vir Regstellende Aksie voorsien word as deel van die regstellende aksie verslag van die relevante werkgewer.³⁷⁹ Die verskillende aspekte wat geanaliseer moet word, is onder andere die volgende:

- (a) Werkskategorieë en -grade of ekwivalente daarvan van werk wat aangebied is, sowel as die verteenwoordiging van persone uit die aangewese groepe in elk van hierdie kategorieë;³⁸⁰
- (b) Die aantal werknemers wat aangestel of bevorder is en werknemers wie se dienste beëindig is gedurende die voorafgaande twaalf maande;³⁸¹
- (c) Salarisskaal, getalle persone uit die aangewese groepe in elke salarisskaal, werklike vergoeding en voordele van werknemers;³⁸² en
- (d) Ander inligting wat deur die Kommissie op Regstellende Aksie vereis word.³⁸³

'n Analise is ook 'n goeie ding aangesien dit vir beide werknemers en werkgewers presies kan aantoon wat reg en verkeerd is in die werkplek. Verder sal dit beter metodiek en beplanning toelaat voor die opstel en implementering van 'n regstellende

³⁷⁴ Artikel 19(1)

³⁷⁵ Artikel 19(2)

³⁷⁶ Artikel 25(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁷⁷ Artikel 25 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁷⁸ Artikel 25(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁷⁹ Artikel 28(1)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸⁰ Artikel 25(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸¹ Artikel 25(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸² Artikel 25(2)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸³ Artikel 25(2)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

aksie plan, as beide die werkgewer en die werknemers weet waar hulle staan ten opsigte van die werkplek, die verteenwoordiging en die opgang van al die aangewese en nie-aangewese werknemers. Dit kan ook verhoed dat die partye lukraak regstellende aksie planne implementeer wat nie die maksimum resultate sal bereik binne die beskikbare bronne nie, of dat dit op doelwitte afgestem is wat reeds bereik is, maar waarvan die partye nie bewus is nie, aangesien geen vooraf analise gedoen is nie. 'n Situasie kan homself maklik voordoen waar gewetenlose werkgewers en werknemers, ter wille van ander doelwitte, regstellende aksie op 'n sekere wyse wil afdwing, terwyl 'n analise kan aantoon dat dit nie die doelwitte van regstellende aksie in daardie werkplek behoort te wees nie, juis weens die feit dat dit reeds bereik is sonder regstellende aksie of om ander redes wat uit die analise sal blyk. 'n Analise kan op die minste help om aan die partye te toon wat die werklike situasie in die werkplek is en dat valse vrese en griewe dalk ongegrond kan wees. Verder word die doelwitte wat nagestreef moet word in die regstellende aksie plan, baie duideliker uitgespel na afloop van 'n behoorlike analise.

Verder moet die aangewese werkgewers in Suid-Afrika ter bereiking van die doel van artikel 13(1), 'n regstellende aksie plan voorberei en implementeer ingevolge artikel 20 van die Wet op Billike Indiensneming. Ingevolge artikel 23 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, moet Namibiese relevante werkgewers soortgelyk optree en drie jaar regstellende aksie planne voorberei en implementeer. Sodanige planne moet elke drie jaar hersien word om aan die omstandighede te voldoen soos dit van tyd tot tyd gewysig word,³⁸⁴ maar hierdie vereiste doen nie afbreuk aan die diskresie van die relevante werkgewer om die planne van tyd tot tyd te wysig nie,³⁸⁵ op voorwaarde dat kennis daarvan aan die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie geskied³⁸⁶ en laasgenoemde die voorgestelde wysiging(s) goedkeur.³⁸⁷ Die Suid-Afrikaanse regstellende aksie planne word nie vir spesifieke tydperke voorgeskryf soos in Namibië, waar regstellende aksie planne soos voormeld, vir drie jaar opgestel moet word nie³⁸⁸ en die tydperk van die plan word aan die Suid-Afrikaanse

³⁸⁴ Artikel 33(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸⁵ Artikel 33(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸⁶ Artikel 33(1)(c)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸⁷ Artikel 33(1)(c)(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁸⁸ Artikel 23(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

aangewese werkgewer self oorgelaat om te bepaal. Dit mag egter nie korter as een jaar en nie langer as vyf jaar wees nie.³⁸⁹ Hierdie planne moet egter redelike vooruitgang kan bereik ten opsigte van regstellende aksie in daardie werkgewer se werksmag.³⁹⁰ Verder moet die Suid-Afrikaanse regstellende aksie planne die volgende duidelik uiteensit:³⁹¹

- (a) die doelwitte om bereik te word in elke jaar van die plan;
- (b) die regstellende aksie maatreëls om geïmplementeer te word;
- (c) waar onderverteenwoordiging van die aangewese groepe geïdentifiseer is deur die analise ingevolge artikel 19 van die Wet op Billike Indiensneming, moet die numeriese doelwitte om regverdige (die wet praat van "equitable") verteenwoordiging van geskikte gekwalifiseerde mense uit die aangewese groepe binne elke beroepskategorie en -vlak in die werksmag aangetoon word, sowel as die tydsraamwerk waarbinne voormelde bereik moet word en die strategie wat gevolg gaan word om hierdie numeriese doelwitte te bereik; In die Namibiese regstellende aksie planne moet daar ook numeriese doelwitte aangetoon word, welke doelwitte deur die relevante werkgewer self bepaal word, maar wat nie op kwotas neerkom nie.³⁹²
- (d) die tydsraamwerk binne elke jaar van die plan vir die bereiking van doelwitte, buiten die numeriese doelwitte;
- (e) die tydsduur van die plan, wat nie korter as een jaar of langer as vyf jaar mag wees nie;
- (f) die prosedures wat gebruik sal word om die implementering van die plan self, sowel as die vraag of redelike vordering gemaak word ten opsigte van die implementering van regstellende aksie te monitor en te evalueer;
- (g) die interne prosedures om enige dispuut op te los oor die interpretasie of die implementering van die plan;
- (h) die persone in die werksmag, waarby ingesluit is senior bestuurders, wat verantwoordelik is vir die monitering en implementering van die plan; en
- (i) enige ander voorgeskrewe aangeleentheid.

³⁸⁹ Artikel 20(2)(e)

³⁹⁰ Artikel 20(1)

³⁹¹ Artikel 20(2)(a)-(i)

Daarenteen moet die Namibiese regstellende aksie planne aan die volgende vyf hoofvereistes voldoen:

- (a) Eerstens moet dit regstellende aksie maatreëls spesifiseer om ingestel te word ten einde:
 - (i) struikelblokke vir persone uit aangewese groepe te elimineer insoverre dit die werkplek betref;³⁹³
 - (ii) werksgeleenthede aan persone uit die aangewese groepe beskikbaar te stel met die voorbehoud dat sodanige beskikbaarstelling redelik moontlik moet wees.³⁹⁴ Van Rooyen meen in hierdie verband dat geen verwydering uit die werkplek van nie-aangewese groepe vereis word om aan hierdie vereiste te voldoen nie,³⁹⁵ soos wat reeds hierbo ten opsigte van die verbod op afliggings van persone uit die nie-aangewese groep gestel is in beide Namibië en Suid-Afrika.
 - (iii) te verseker dat persone uit die aangewese groepe regverdig verteenwoordig is in die verskeie posisies in die werkplek.³⁹⁶ In hierdie verband moet verwys word na artikel 17(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie wat dit aan die Kommissie vir Regstellende Aksie opdra om die beskikbaarheid van geskikte gekwalifiseerde persone in ag te neem sowel as daardie persone wat gewillig is en oor die vermoëns beskik om die nodige vaardighede aan te leer, wanneer nakoming van hierdie vereiste oorweeg word. In elk geval is daar geen vereiste op relevante werkgewers om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie.³⁹⁷ Hierdie vereiste stem baie ooreen met die Suid-Afrikaanse verwysing na geskikte gekwalifiseerde persone as persone wat oor die vermoë beskik om binne 'n redelike tyd die werk te kan aanleer.³⁹⁸

³⁹² Artikel 23(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁹³ Artikel 23(a)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁹⁴ Artikel 23(a)(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁹⁵ Van Rooyen JWF *Guide* 27

³⁹⁶ Artikel 23(a)(iii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁹⁷ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

³⁹⁸ Artikel 20(3)(d)

- (b) Die Namibiese regstellende aksie plan moet die regstellende aksie doelwitte uiteensit wat verag word om bereik te kan word en waar van toepassing, moet numeriese doelwitte aangetoon word vir die verteenwoordiging van die aangewese groepe in die verskillende posvlakke van die relevante werkgewer.³⁹⁹ Kwotas word, soos in die Suid-Afrikaanse wetgewing,⁴⁰⁰ nie opgedwing aan die relevante werkgewers nie.
- (c) Die regstellende aksie plan moet 'n tydskaal daarstel wat teikendatums aandui vir die verskillende fases van die plan.⁴⁰¹ Alhoewel hierdie vereiste waarskynlik naby aan 'n kwota-vereiste kom, is dit nie heeltemaal die geval nie.
- (d) Interne moniteringsprosedures moet by die regstellende aksie plan ingesluit word.⁴⁰² Hierdie moniteringsprosedures moet in oorleg met die werknemers se verteenwoordigers gevolg word.⁴⁰³

Duidelike regstellende aksie planne, eerder as vae beloftes van veral werkgewers om regstellende aksie na te streef, terwyl dit nie die werklik geval is nie, kan help om die doel van artikel 9(2) van die Grondwet en die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid makliker te help verwesenlik. Sonder duidelike beplanning en effektiewe metodiek sal die bereiking van gelykheid 'n ideaal, eerder as 'n werklikheid bly. Na 27 April 1994 het regstellende aksie baie stadig gevorder in Suid-Afrika, aangesien dit aan elke werkgewer self oorgelaat is om te bepaal hoe regstellende aksie toegepas moes word en regstellende aksie en die bereiking van gelykheid in die werkplek het tot 'n groot mate agterweë gebly. By baie werkgewers is daar 'n verbintenis tot regstellende aksie uitgespreek, maar dit het 'n wollerige onderwerp gebly sonder veel betekenis. Die Wet op Billike Indiensneming en die afdwing van duidelike regstellende aksie planne met duidelike doelwitte waaraan aangewese werkgewers moet voldoen, is dus op die wetboek geplaas. 'n Enkele voorbeeld toon aan dat in die drie jaar wat gevolg het op die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet, het die getal Swart senior bestuurders met 2,3% toegeneem met

³⁹⁹ Artikel 23(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴⁰⁰ Artikel 15(3)

⁴⁰¹ Artikel 23(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁰² Artikel 23(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁰³ Artikel 24(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

slegs 1,6% op die vlak van middelbestuur.⁴⁰⁴ Gevolglik is duidelike regstellende aksie planne nodig, nie net om regstellende aksie as sulks aan te help nie, maar ook om 'n raamwerk daar te stel waarbinne regstellende aksie moet plaasvind. Nou weet baie werknemers en werkgewers wat nie konsultante wou aanstel oor hoe regstellende aksie effektief toegepas moes word nie, ook hoe dit gedoen moet word in hul werkplekke, aangesien die raamwerk in die wet self neergelê is en vir almal toeganklik is. Werkgewers en werknemers weet nou duidelik wat hulle moet en kan doen ten einde groter gelykheid in die werkplek te bereik. 'n Eenvormige stelsel regdeur die land sal in elk geval help om groter gelykheid en eenvormigheid oral te help bewerkstellig en sal ook help om by alle aangewese werkgewers tasbare resultate te sien ontwikkel, eerder as net vae doelwitte wat nie tot verwesenliking kom nie. Eenvormigheid regoor die land alleen, laat toe dat daar 'n groter mate van gelykheid te bespeur is ten opsigte van regstellende aksie binne 'n nasionale konteks.

Laastens moet die Namibiese regstellende aksie plan 'n senior werknemer identifiseer wat oorhoofse verantwoordelikheid neem vir die implementering van die regstellende aksie plan.⁴⁰⁵ Interessant genoeg word die opstel van regstellende aksie planne vir die Namibiese staatsdiens aan die kantoor van die Namibiese Eerste Minister opgedra.⁴⁰⁶

Die term, "geskik gekwalifiseerd" in artikel 20(3) van die Wet op Billike Indiensneming, verwys na iemand wat gekwalifiseer is vir 'n werk as gevolg van enige van die volgende, of 'n kombinasie van daardie persoon se formele kwalifikasies, vooraf opleiding of studie, relevante ervaring, of die persoon se vermoë om binne 'n redelike tydperk die werk te kan aanleer.⁴⁰⁷ Veral laasgenoemde faktor kan probleme in die praktyk veroorsaak, juis weens die wye interpretasie wat daaraan geheg kan word. Terwyl al drie die ander faktore handel met dit wat die werkgewer en die werknemer of werksoeker reeds weet, handel laasgenoemde faktor met die onbekende en vereis dit dat die partye 'n vooruitskatting moet doen. Daar word letterlik prakties van die werkgewer verwag om 'n vooruitskatting te doen ten opsigte

⁴⁰⁴ Hadland A en Rantao J Mbeki 198

⁴⁰⁵ Artikel 23(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁰⁶ Artikel 23(2) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁰⁷ Artikel 20(3)(a)-(d). Die Namibiese definisie is reeds hierbo uiteengesit in die bespreking van die definisies van die twee lande se onderskeie regstellende aksie wette.

van 'n voornemende werknemer, wat hy dikwels nie langer as 'n aantal minute gelede ontmoet het nie. Veral wanneer daar met die hoër posvlakke gehandel word, is daar baie slaggate wanneer 'n aangewese werkgewer moet besin oor wie hy as werknemer gaan aanstel, veral wanneer ras en geslag as relevante, maar uiters sensitiewe faktore ter sprake kom. Daarmee saam mag nie geïgnoreer word dat werksoekers, wanneer hulle gevra word of hulle binne 'n redelike tyd 'n spesifieke soort werk sal kan aanleer, veral wanneer hulle desperaat is om werk te kry, in die versoeking gestel kan word om positief te antwoord nie.

Wanneer bepaal word of 'n persoon geskik gekwalifiseer is vir 'n werk, moet 'n werkgewer al die faktore in artikel 20(3) oorweeg en bepaal of daardie persoon die vermoë het om die werk te kan doen ingevolge enige van, of 'n kombinasie van daardie faktore.⁴⁰⁸ In die bepaling van sodanige vraag, word daar 'n beletsel op die werkgewer geplaas om onregverdig teen 'n persoon te diskrimineer alleenlik op grond van daardie persoon se gebrek aan relevante ervaring.⁴⁰⁹ Dus word die werkgewer se diskresie in hierdie verband verder aan bande gelê.

Laastens moet 'n aangewese werkgewer om aan die vereistes van artikel 13(1) van die Wet op Billike Indiensneming te voldoen, aan die Direkteur-Generaal van Arbeid verslag doen oor die vooruitgang wat gemaak word met betrekking tot die implementering van die regstellende aksie plan.⁴¹⁰ Sodanige verslagdoening geskied ingevolge artikel 21 van die Suid-Afrikaanse Wet, wat aangewese werkgewers met minder as eenhonderd en vyftig werknemers 'n plig oplê, om reeds binne twaalf maande na die inwerkingtrede van die Wet of binne twaalf maande nadat die werkgewer 'n aangewese werkgewer geword het, 'n verslag aan die Direkteur-Generaal van Arbeid te gestuur het.⁴¹¹ Daarna moet verslagdoening een maal elke twee jaar op die eerste werksdag van Oktober geskied. Vir aangewese werkgewers met meer as eenhonderd en vyftig werknemers moes die eerste verslag reeds binne ses maande ingelewer gewees het na inwerkingtrede van die Wet op Billike Indiensneming, of binne ses maande na die datum waarop die werkgewer 'n

⁴⁰⁸ Artikel 20(4)(a)-(b)

⁴⁰⁹ Artikel 20(5)

⁴¹⁰ Artikel 13(2)(d)

aangewese werkgewer geword het. Daarna moet die betrokke aangewese werkgewer jaarliks op die eerste werksdag van Oktober 'n verslag indien.⁴¹²

Hierdie verslagdoening is waarskynlik in die wetgewing ingevoeg ten einde toe te laat dat monitering kan plaasvind, maar ook aan die werkgewers die plig op te dra om aan te toon wat hul suksesse en mishukkings met regstellende aksie in die werkplek is. 'n Regstellende aksie plan sal immers van min waarde wees indien dit nie ook aan meting onderworpe gestel word, onder andere deur die werkgewer self nie. In hierdie verband kan dit aanbeveel word dat daar weer eens konsultasie met die werknemers mag plaasvind, wat kan help om die verslag te bespreek en sake onder die aandag van die werkgewer te bring waarvan hy nie bewus was nie. Konsultasie kan ook help om in die verslag wat ingehandig moet word aan te toon dat die werknemers gelukkig is met die wyse waarop regstellende aksie in die werkplek plaasvind.

Die Minister van Arbeid moet 'n register byhou van aangewese werkgewers wat verslae ingehandig het ingevolge artikel 21 van die Wet op Billike Indiensneming, welke register 'n openbare dokument is.⁴¹³ In Namibië het die inhandiging van die eerste regstellende aksie verslae binne agtien maande nadat 'n werkgewer as 'n aangewese werkgewer geklassifiseer is, geskied⁴¹⁴ en daarna moet inhandiging van hierdie verslae jaarliks plaasvind.⁴¹⁵ Op versoek aan die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie, kan uitstelle vir sodanige inhandiging verkry word.⁴¹⁶ Verder is hierdie Namibiese regstellende aksie verslae omvangryke dokumente wat die

⁴¹¹ Artikel 21(1)

⁴¹² Artikel 21(2)

⁴¹³ Artikel 41. Die instelling van hierdie register het geskied by wyse van GK R956 van 2000 gepubliseer in SK 21583 van 27 September 2000.

⁴¹⁴ Artikel 27(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie. Hierdie datum het inderdaad vir die staat en staatsinstellings aangebreek op 4 Augustus 2000 volgens Van Rooyen JWF *Guide* 35. Dit is bepaal in die Namibiese GK 157 van 1999, welke GK gepubliseer is in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999. Vir privaatsektorinstellings was hierdie datum 6 Februarie 2001, of is dit vasgestel as agtien maande nadat 'n werkgewer 'n relevante werkgewer word deur die verhoging van daardie werkgewer se aantal werknemers en kennis gegee het van hierdie statusverandering aan die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie ingevolge artikel 3(1) van die regulasies van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, welke regulasies gepubliseer is by wyse van die Namibiese GK 158 van 1999 in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999. Voormelde datum van agtien maande na kennisgewing deur 'n nuwe relevante werkgewer, is vasgestel in artikel 3(2) van dieselfde regulasies.

⁴¹⁵ Artikel 27(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴¹⁶ Artikel 27(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

volgende moet bevat, as deel van die vereistes van die Namibiese wet, voordat dit ingehandig kan word:

- (a) Die statistiese verslag waarna verwys word in artikel 25(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie;⁴¹⁷
- (b) Die regstellende aksie plan wat voorberei moes word ingevolge artikel 23 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie;⁴¹⁸
- (c) 'n Opsomming van die regstellende aksie maatreëls, numeriese doelwitte en enige ander doelwitte wat die relevante werkgewer beplan om te implementeer tydens die aangewese periode waarop die verslag afgestem is;⁴¹⁹
- (d) Die name van elke persoon wat nie 'n Namibiese burger is nie en wat in diens is van die relevante werkgewer, sowel as die naam van die Namibiese burger wat opgelei word, of opgelei is, ingevolge artikel 19(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie;⁴²⁰
- (e) Die rekords en dokumente wat gebruik is in die opstelling van die regstellende aksie verslag;⁴²¹
- (f) Enige ander dokumente of inligting wat die Kommissie op Regstellende Aksie mag vereis;⁴²² en
- (g) Enige vrystelling(s) wat aan die betrokke relevante werkgewer verleen is om aan enige spesifieke bepalings van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie te voldoen.⁴²³

Die opeenvolgende regstellende aksie verslag wat na twaalf maande ingehandig moet word ingevolge artikel 27(2) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, moet aan al die vereistes van die eerste regstellende aksie verslag voldoen, soos uiteengesit in artikels 28(1)(c) tot (f)⁴²⁴ en moet ook die volgende wysigings bevat, soos vereis deur die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie:

⁴¹⁷ Artikel 28(1)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴¹⁸ Artikel 28(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴¹⁹ Artikel 28(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁰ Artikel 28(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²¹ Artikel 28(1)(e) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²² Artikel 28(1)(f) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²³ Artikel 28(4) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁴ Artikel 28(2)(e)-(g) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

- (a) Die statistiese verslag waarna verwys is in artikel 25(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, moet gewysig wees, waar nodig;⁴²⁵
- (b) Een van die volgende moet in die verslag vervat wees:
 - (i) die regstellende aksie plan soos goedgekeur ingevolge artikel 32(5) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, welke goedkeuring deur die Kommissie op Regstellende Aksie geskied deur elke bladsy van die plan wat goedgekeur word, te endosseer;⁴²⁶ of
 - (ii) 'n gewysigde regstellende aksie plan soos bepaal in artikels 33(1)(a) of (b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie;⁴²⁷ of
 - (iii) 'n voorgestelde gewysigde regstellende aksie plan soos bepaal in artikel 33(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie;⁴²⁸
- (c) 'n evaluering van die regstellende aksie plan wat gedoen is gedurende die periode wat die inhandiging van hierdie opeenvolgende verslag onmiddellik voorafgaan;⁴²⁹
- (d) waar nodig, 'n uiteensetting van die spesifieke regstellende aksie maatreëls wat die relevante werkgewer wil implementeer, ten einde tekortkominge reg te stel, soos wat dit geïdentifiseer is gedurende die periode wat die inhandiging van hierdie opeenvolgende verslag onmiddellik voorafgaan;⁴³⁰ en
- (e) Enige vrystelling(s) wat aan die betrokke relevante werkgewer verleen is om aan artikel 19(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie te voldoen, welke artikel handel met die opleiding van Namibiese burgers om 'n buitlander se werk te kan doen.⁴³¹

Die Namibiese Minister van Arbeid mag verdere vereistes voorskryf waaraan hierdie regstellende aksie verslae moet voldoen,⁴³² sowel as verskillende vereistes vir verskillende kategorieë van relevante werkgewers.⁴³³ Alle verslae ingevolge artikel

⁴²⁵ Artikel 28(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁶ Artikel 28(2)(b)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁷ Artikel 28(2)(b)(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁸ Artikel 28(2)(b)(iii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴²⁹ Artikel 28(2)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴³⁰ Artikel 28(2)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴³¹ Artikel 28(4) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴³² Artikel 28(3)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁴³³ Artikel 28(3)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

21 van die Wet op Billike Indiensneming⁴³⁴ en artikels 27 en 28 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, is openbare dokumente.⁴³⁵ Elke Suid-Afrikaanse aangewese werkgewer wat 'n openbare maatskappy is, moet ook 'n opsomming van die verslag in sy jaarlikse finansiële verslag publiseer⁴³⁶ en wanneer 'n aangewese werkgewer binne enige staatsorgaan so 'n verslag opstel, moet die verantwoordelike Minister vir daardie werkgewer, voormelde verslag in die parlement ter tafel lê.⁴³⁷ Hierdie verslae is opeenvolgend, aangesien die aangewese werkgewer voor die einde van die termyn van sy huidige regstellende aksie plan, 'n opeenvolgende regstellende aksie plan moet voorberei.⁴³⁸ Alhoewel die Wet op Billike Indiensneming dit nie duidelik so stel nie, kan dit by implikasie aanvaar word dat sodanige opeenvolgende verslag aan dieselfde vereistes sal moet voldoen as die oorspronklike verslag, natuurlik soos gewysig waar nodig, soos wat die geval is met die opeenvolgende Namibiese verslae.

Hierdie duidelike neergelegde metodiek kan help om van regstellende aksie 'n sukses te maak in beide lande, maar dit kan ook groot administratiewe en finansiële druk plaas op werkgewers wat die verantwoordelikheid moet aanvaar om die regstellende aksie planne en verslae op te stel en te laat indien. Hierdie kwessie verdien kritiek in lande soos Suid-Afrika en Namibië waar die ekonomiese vooruitsigte vir baie werkgewers nie gereedlik rooskleurig is nie en waar oorlewing vir baie besighede moeilik is. Die afgelope dekade was die ekonomiese groei in beide lande redelik matig en het dit nie naby gekom aan 'n situasie waar die werkloosheidsyfers begin verklein het nie. Die skrywer hiervan meen dat die staat minstens die opsie moes voorsien het om bystand te verleen aan werkgewers wat dit sou verkies, met die administratiewe en finansiële aspekte van regstellende aksie planne en verslae ten einde hierdie kwessie te kon aanspreek.

Regstellende aksie maatreëls word in artikel 15(1) van die Suid-Afrikaanse Wet soos volg uiteengesit: maatreëls wat ontwerp is om te verseker dat geskikte gekwalifiseerde

⁴³⁴ Artikel 21(6)

⁴³⁵ Artikel 29 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴³⁶ Artikel 22(1)

⁴³⁷ Artikel 22(2)

⁴³⁸ Artikel 23

mense uit die aangewese groepe gelyke werksgeleenthede het en regverdig verteenwoordig is in alle beroepskategorieë en -vlakke in die werksmag van 'n aangewese werkgewer. Die Namibiese Wet op Regstellende Aksie vereis weer voorkeurbehandeling by aanstellings in vakatures aan persone wat geskik gekwalifiseer is uit die aangewese groepe,⁴³⁹ maar geen vereiste bestaan om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie.⁴⁴⁰ Hierdie Suid-Afrikaanse regstellende aksie maatreëls wat geïmplementeer moet word deur 'n aangewese werkgewer, moet die volgende insluit:⁴⁴¹

- (a) maatreëls om struikelblokke te identifiseer en te elimineer in die werkplek, waarby ingesluit is onregverdige diskriminasie wat mense uit die aangewese groepe nadelig affekteer. Hierdie is ook 'n element van die Namibiese definisie van "regstellende aksie maatreëls"⁴⁴² en moet in die Namibiese regstellende aksie planne aangetoon word as 'n wetgewende vereiste waaraan sodanige planne moet voldoen.⁴⁴³
- (b) maatreëls wat ontwerp is om die diversiteit in die werkplek te bevorder gebaseer op gelyke waardigheid en respek vir alle mense;
- (c) om redelike geleenthede daar te stel vir mense uit die aangewese groepe ten einde te verseker dat hulle gelyke geleenthede geniet en regverdig verteenwoordig is in die werksmag van 'n aangewese werkgewer. Hierdie element kom voor in die Namibiese definisie van "regstellende aksie maatreëls," maar handel spesifiek met die akkommodering van persone met gestremdhede,⁴⁴⁴ werksgeleenthede wat deur opleidingsprogramme geskep moet word⁴⁴⁵ en voorkeurbehandeling aan geskik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groepe,⁴⁴⁶ alhoewel geen vereiste natuurlik bestaan om enige persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie, soos reeds hierbo uiteengesit.⁴⁴⁷

⁴³⁹ Artikel 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴⁰ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴¹ Artikel 15(2)

⁴⁴² Artikel 17(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴³ Artikel 23(1)(a)(i) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴⁴ Artikel 17(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴⁵ Artikel 17(2)(c)(i)-(ii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴⁶ Artikel 17(2)(c)(iii) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁴⁷ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

- (d) onderhewig aan artikel 15(3), wat dit stel dat voorkeurbehandeling en numeriese doelwitte wel toelaatbaar is as deel van regstellende aksie maatreëls, maar dat kwotas uitgesluit is,⁴⁴⁸ moet die regstellende aksie maatreëls van 'n aangewese werkgewer maatreëls insluit om die regverdige verteenwoordiging van geskikte gekwalifiseerde persone in alle beroepskategorie en -vlakke in die werksmag te verseker.⁴⁴⁹ Dit moet verder maatreëls insluit om om mense uit die aangewese groepe te behou en te ontwikkel ten einde geskikte opleidingsmaatreëls te implementeer waarby ingesluit is maatreëls⁴⁵⁰ ingevolge die *Wet op Vaardigheidsontwikkeling*.⁴⁵¹ Hierdie is ook, soos reeds hierbo uiteengesit, 'n element van die Namibiese definisie van "regstellende aksie maatreëls,"⁴⁵² maar weer eens word dit genoem dat geen vereiste aan relevante Namibiese werkgewers gestel word om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseerd is nie.⁴⁵³ Nog 'n ooreenstemmende element van die twee stukke wetgewing is die feit dat die Namibiese wet ook eerder met numeriese doelwitte handel as met kwotas wat deur die relevante werkgewer self geïdentifiseer word in die regstellende aksie planne.⁴⁵⁴

In Namibië is daar verder 'n meganisme in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie ingebou om te help bepaal of 'n aangewese groep regverdig verteenwoordig is in alle posvlakke in die werkplek. Hierdie bepaling word deur die Namibiese Kommissie op Regstellende Aksie gemaak, met inagneming van die volgende:

- (a) die beskikbaarheid van geskik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groepe vir sodanige posisies⁴⁵⁵ (soos reeds gestel bestaan geen verpligting om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseerd is nie);⁴⁵⁶ en

⁴⁴⁸ Artikel 15(3)

⁴⁴⁹ Artikel 15(d)(i) en artikel 19(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵⁰ Artikel 15(d)(ii)

⁴⁵¹ *Wet op Vaardigheidsontwikkeling* 97 van 1998. Hierna genoem die Wet op Vaardigheidsontwikkeling.

⁴⁵² Artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie saamgelees met artikel 17(3) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵³ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵⁴ Artikel 23(1)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵⁵ Artikel 17(3)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

- (b) die beskikbaarheid van persone uit die aangewese groepe, wat oor die vermoëns beskik en gewillig is, om deur geskikte opleidingsprogramme, die nodige vaardighede en kwalifikasies vir sodanige posisies op te doen.⁴⁵⁷

Die beleidsbesluite wat deur die onderskeie wetgewers aanvaar is om eerder met numeriese doelwitte te werk in beide die Suid-Afrikaanse en die Namibiese reg, as met kwotas, is sover dit hierdie keuse betref, prysenswaardig. Nie net laat die onderskeie wette die kwessie oor die numeriese doelwitte aan die aangewese of relevante werkgewer oor om self te besluit hoe vinnig die pas van verandering in die werkplek moet plaasvind nie,⁴⁵⁸ maar die wetgewer blyk ook eerder regstellende aksie te wil aanmoedig as wat dit werkgewers wil straf vir die nie-nakoming van die vereistes van regstellende aksie.⁴⁵⁹ Daar moet egter geen twyfel bestaan nie dat regstellende aksie, alhoewel die werkgewer self die pas daarvan bepaal, steeds gemik is op die bereiking van gelykheid en die billike verteenwoordiging van die demografie van die bevolking op alle posvlakke in beide die openbare en die privaatsektor. Regstellende aksie maatreëls kan nie ontduik word nie en moet effektief deurentyd nagestreef word.

Daar kan waarskynlik aanvaar word dat privaatsektorinstellings onderhewig gestel is aan die werking van die Wet op Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, ten einde te poog om private diskriminasie in die werkplek uit te roei.⁴⁶⁰ Vordering moet deurentyd in die rigting van die doel van regstellende aksie gemaak word, soos wat dit in artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming en artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie gestel is, naamlik gelyke geleenthede vir geskik gekwalifiseerde mense uit die aangewese groepe en die regverdige verteenwoordiging van daardie mense oor alle posvlakke, met inagneming van die feit dat geen verpligting op Namibiese relevante werkgewers geplaas word om

⁴⁵⁶ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵⁷ Artikel 17(3)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁵⁸ Loveday G "Gender discrimination in the workplace" 1997 *TSAR* 256-272 270

⁴⁵⁹ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 238

⁴⁶⁰ Klug H "Rethinking Affirmative Action in a Non-Racial Democracy" 1991 *SAJHR* 317-333 319. Diskriminasie in die privaatsektor word in detail bespreek in Butler AS "Private litigation and Constitutional rights under sections 8 and 9 of the of the 1996 Constitution - Assistance from Ireland" 1999 *SALJ* 77-99 90-92.

persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie.⁴⁶¹ Laasgenoemde element van die Namibiese reg is implisiet inbegrepe in artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming.

Dit is hier waar die belangrike onderskeid inkom. Regstellende aksie maatreëls handel oor maatreëls wat getref word ten gunste van persone wat uit die aangewese groepe kom, maar wat geskik gekwalifiseerd is. Ekonomiese effektiwiteit kan nie ingeboet word bloot ten gunste van voordele aan enigeen wat uit die aangewese groepe teenwoordig is, terwyl sodanige persone nie noodwendig geskik gekwalifiseerd is nie.⁴⁶² Die ander kwessie wat hier ter sprake is, is dat terwyl die Grondwet regstellende aksie verpligtend maak in die staatsdiens, ten einde die bevolkingsamestelling te weerspieël,⁴⁶³ word regstellende aksie in die breë slegs veroorloof in die privaatsektor en was daar geen dwingendheid daaraan om die bevolkingsamestelling in elke werkplek te weerspieël soos wat die geval in die staatsdiens is, wat tot diens van die hele bevolking staan nie.⁴⁶⁴ Hierdie dwingendheid het eers met die promulgering van die Wet op Billike Indiensneming ontstaan.

Om geskikte gekwalifiseerdheid te bepaal, moet daar ook gelet word op daardie persoon se potensiaal om die vermoë om die werk te kan doen, binne 'n redelike tyd te kan aanleer. Hoe moeilik hierdie bepalings ook mag wees vir die betrokke werkgewers, is die doel van hierdie bepalings waarskynlik om die gebrek aan ervaring by die aangewese groepe te probeer teenwerk as 'n struikelblok waarteen hierdie persone hulle voortdurend vasloop – 'n struikelblok wat minstens deels veroorsaak is weens vorige diskriminerende wetgewing en praktyke.⁴⁶⁵ Deur bloot na die dagblaaie te kyk, kan daar gesien word dat ervaring oral vereis word, maar ervaring kan nie opgedoen word sonder dat iemand nie die geleentheid gebied word om ervaring op te doen nie. Dit is dikwels die probleem van persone uit die aangewese groepe wat

⁴⁶¹ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁶² *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 para [31] Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

⁴⁶³ Artikel 195(1)(i)

⁴⁶⁴ Veral artikels 195(1)(e), (g) en (h)

⁴⁶⁵ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 232

sukkel om werk te kry. Gevolglik poog die vereiste van geskikte gekwalifiseerdheid ook om hierdie probleem aan te spreek.

In Namibië is die vereiste van formele kwalifikasies deur die Namibiese staatsdienskommissie vervang met 'n kwalifikasie van ervaring, ten einde die gebrek aan kwalifikasies aan te spreek toe daar begin is met pogings om:

- (i) daardie land se staatsdiens meer verteenwoordigend van die demografie van die bevolking te maak;⁴⁶⁶ en
- (ii) om gesien te word as 'n diens van die bevolking as geheel en nie slegs 'n gedeelte daarvan nie.⁴⁶⁷

Daar kan egter in geen een van die twee lande 'n absolute struikelblok geplaas word op die weg van die aanstelling of bevordering van persone uit die nie-aangewese groepe, wanneer regstellende aksie toegepas word nie.⁴⁶⁸ Dit was die siening toe die Namibiese wetsontwerp op regstellende aksie ter tafel gelê is,⁴⁶⁹ en is behou in die finale weergawe van die wetgewing,⁴⁷⁰ aangesien regstellende aksie in daardie land van die begin af as 'n tydelike maatreël ingestel is en nooit bedoel was om Blankes, as die voorheen bevoordeelde groep, van hul regmatige plek in die land te ontnem nie.⁴⁷¹ Dit kan aanvaar word dat die posisie ten opsigte van Blankes in Suid-Afrika, soortgelyk as daar is. Vorige benadeling is 'n tydelike verskynsel en sodra dit uitgewis is, sal die regstellende aksie wat tans aan die orde van die dag is en wat deur artikel 9(2) van die Grondwet veroorloof word beeindig word, of vervang word met iets wat meer gepas sal wees vir daardie tydvak. Dit is onder andere weens hierdie stryd teen absolute struikelblokke vir die nie-aangewese groepe, dat beide die Wet op Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, kwotas uitsluit as deel van regstellende aksie, aangesien kwotas dikwels op 'n absolute struikelblok

⁴⁶⁶ Jauch HM *Imbalances* 123

⁴⁶⁷ Jauch HM *Imbalances* 129

⁴⁶⁸ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T); Solomon M 1999 SA *Mercantile Law Journal* 235; Faundez J 1994 ILJ 1191; Joubert DJ 1994 *De Jure* 118-119

⁴⁶⁹ Jauch HM *Imbalances* 118

⁴⁷⁰ Artikel 43(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁷¹ Jauch HM *Imbalances* 129, 136

kan neerkom vir die nie-aangewese groep⁴⁷² en waarom afliggings ten gunste van die aangewese groepe, ten koste van die nie-aangewese groepe, verbode is.⁴⁷³

In die laaste artikel van artikel 15 van die Wet op Billike Indiensneming,⁴⁷⁴ word dit pertinent gestel dat, onderhewig aan die bepalings van artikel 42 van daardie wet, niks in die voormelde artikel 15 (soos wat dit ook in die Namibiese wet voorkom)⁴⁷⁵ van 'n aangewese werkgewer vereis om enige besluit te neem betreffende 'n arbeidsbeleid of -praktyk wat 'n absolute struikelblok daar sou stel ten opsigte van die toekomstige of voortgesette diens of vooruitgang van persone wat nie uit die aangewese groepe afkomstig is nie.⁴⁷⁶ Die formulering van beide die Suid-Afrikaanse en die Namibiese artikels is problematies. Alhoewel dit geen vereiste aan aangewese werkgewers stel om absolute struikelblokke daar te stel nie, plaas dit ook geen beletsel op aangewese werkgewers om sodanige of selfs minder moeilike struikelblokke op die pad van die nie-aangewese werknemers te plaas nie. Hierdie *lacuna* in die wet is bevestig in die saak van *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another*⁴⁷⁷ en 'n absolute struikelblok is in daardie saak deur die hof gedefinieer as "....an insurmountable obstacle." Om laasgenoemde te bepaal moet die doelwitte van die Wet op Billike Indiensneming in ag geneem word in verband met die nie-aangewese groepe oor die algemeen.⁴⁷⁸ Gevolglik verdien hierdie formulering ernstige kritiek. Natuurlik kan die nie-aangewese groepe hulle tot die hof wend in geval van skendings van hul regte, maar in 'n land waar regskostes astronomiese

⁴⁷² Joubert DJ 1994 *TRW* 12-13. Hierdie is ook die Europese Unie-benadering ten opsigte van regstellende aksie, soos blyk uit die saak van *Eckard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* Saaknr C-450/93, ECJ 17/10/95 en soos bespreek in Klinck E "Cases and comments: Limiting affirmative action legislation: The European Court of Justice in *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* Case No C-450/93, ECJ 17/10/95" 1997 *SAJHR* 638-651 643, Nadasen S and Nadasen KK "Towards equality: creating equal opportunities" 1996 *De Jure* 358-366 358-363 en Smit N 1998 *TSAR* 506-507.

⁴⁷³ Joubert DJ 1996 *De Jure* 317

⁴⁷⁴ Artikel 15(4)

⁴⁷⁵ Artikel 43(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁷⁶ Artikel 15(4). Hierdie benadering is ook deur die Hooggeregshof bevestig in die saak van *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 *ILJ* 241 (T); 1997 5 *BCLR* 577 (T); 1997 3 *SA* 925 (T).

⁴⁷⁷ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 par [24]-[25] Onge rapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

⁴⁷⁸ In para [25]

bedrae kan beloop, is dit onwaarskynlik dat enige persoon wat reeds in 'n benarde posisie in sy werk vasgevang is, nog sy werkgever geregtelik ook sal uitdaag.

In hierdie verband kan die reg soos dit tans staan aandag kry. Die Konstitusionele Hof het reeds in die saak van *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*⁴⁷⁹ beslis dat daar nie slegs 'n verbod op onregverdige diskriminasie teen voorheen benadeelde groepe bestaan ingevolge die grondwetlike reg op gelykheid nie. Alle mense het volgens die hof gelyke menswaardigheid en moet gelyke respek kry ongeag hul lidmaatskap van verskillende groepe. Gevolglik meen die hof dat ons benadering tot gelykheid in Suid-Afrika aan elkeen gelyke behandeling verleen op grond van sy of haar gelyke waardigheid. Hierdie element van beskerming van minderheidsgroepe het ook in die saak van *Pretoria City Council v Walker*⁴⁸⁰ ter sprake gekom waar die Konstitusionele Hof, in 'n saak wat gehandel het oor eiendomsbelasting, erken het dat die respondent 'n lid was van 'n Blanke minderheidsgroep binne die jurisdiksiegebied van die appellant, naamlik die stadsraad van Pretoria. As lid van hierdie minderheidsgroep, wat na ras verwys het, was die respondent polities kwesbaar en het hy beskerming van die hof vereis. Regter Sachs het in 'n afsonderlike beslissing tot die gevolgtrekking gekom dat daar geen vermoede van onbillikheid bestaan indien hierdie vermoede geopper word deur 'n histories bevoordeelde groep of individu wanneer dit gemik is op die.⁴⁸¹

... shield(ing of) continuing advantage gained as a result of past discrimination from the side-winds of remedial social programmes designed to reduce the effect of such structured advantage.

⁴⁷⁹ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41] - hierdie saak word volledig bespreek in Kende MS "Gender stereotypes in SA and American Constitutional law: the advantages of a pragmatic approach to equality and transformation" 2000 *SALJ* 745-770. Die benadering van die Konstitusionele Hof hieroor is bevestig in die saak van *Kathleen Margaret Saichwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH). Sien ook die soortgelyke benadering van Ronald Dworkin in Chaskalson A "Human dignity as a foundational value of our Constitutional order - address delivered at the third Bram Fischer lecture at the Johannesburg Civic Theatre, 18 May 2000" 2000 *SAJHR* 193-205 202-203.

⁴⁸⁰ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [48]. Hierdie beslissing word volledig bespreek in Jagwanth S "What is the difference? Group categorisation in *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (CC)" 1999 *SAJHR* 188-208.

In die lig van hierdie benadering van die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof, kan daar dus met redelike sekerheid gestel word dat hierdie formulering van artikel 15(4) van die Wet op Billike Indiensneming en artikel 43(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie teen die gees van die twee lande se onderskeie grondwette indruis. Verder verleen dit ook nie voldoende beskerming aan die nie-aangewese groepe in Suid-Afrika of Namibië nie. Dit is die gevolgtrekking teen die agtergrond van 'n bedeling waar daar spesifiek voorkeur, uitsluiting ten gunste van en vooruitgang aan persone uit die aangewese groepe verleen moet word, maar tot nadeel van die nie-aangewese groepe. Dit gaan nie hier oor die beskerming van voordele wat verkry is deur 'n vorige diskriminerende bedeling nie. Dit gaan oor absolute struikelblokke wat gestel word aan die nie-aangewese groep, terwyl ons juis poog om substantiewe gelykheid te bereik.

Indien gevalle van voordele wat wel tydens 'n vorige diskriminerende bedeling verkry is wel sou opduik, dan kan dit in daardie besondere gevalle hanteer word soos wat Regter Sachs voorstel.⁴⁸² Onbillike diskriminasie sal egter steeds ontoelaatbaar wees, maar die hof behoort meer buigsaam te wees oor die toepassing van die gewraakte bepaling(s). In elk geval het die Hooggeregshof in die saak van *Public Servants' Association v Minister of Justice*⁴⁸³ beslis dat geen absolute struikelblokke in die pad van bevordering of aanstelling geplaas kan word vir persone wat nie uit die aangewese groepe kom nie. Van Wyk onderskryf self hierdie benadering,⁴⁸⁴ soos ook die geval is in Namibië.⁴⁸⁵

Die Suid-Afrikaanse Departement van Arbeid moet seker maak dat 'n aangewese werkgewer regstellende aksie toepas in die werkplek en moet tesame met die faktore in artikel 15 van die Wet op Billike Indiensneming gestel, die volgende in ag neem:⁴⁸⁶ die omvang waartoe geskikte gekwalifiseerde persone vanuit en tussen die

⁴⁸¹ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [109]; Davis DM *Democracy and Deliberation: Transformation and the South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1999) 95.

⁴⁸² Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law* 294

⁴⁸³ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T); Rycroft A 1999 ILJ 1420-1422

⁴⁸⁴ Van Wyk M 1997 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 18-19

⁴⁸⁵ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie; Jauch HM *Imbalances* 118

⁴⁸⁶ Artikel 42(a)

verskillende aangewese groepe regverdig verteenwoordig is binne elke beroepskategorie en -vlak in daardie aangewese werkgewer se werksmag met betrekking tot die – ⁴⁸⁷

- (i) demografiese profiel van die nasionale en streekseksioniese aktiewe bevolking;
- (ii) die poel van geskikte gekwalifiseerde persone vanuit die aangewese groepe waaruit die werkgewer redelikerwyse verwag kan word om werknemers te bevorder of aan te stel. Die ooreenstemmende Namibiese bepalings hiervan is artikels 17(3)(a) en (b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, met die voorbehoud dat geen verpligting bestaan om persone aan te stel of te bevorder wat nie geskik gekwalifiseer is nie;⁴⁸⁸
- (iii) ekonomiese en finansiële faktore wat relevant is tot die sektor waarin die werkgewer sy besigheid bedryf. In hierdie geval is die ooreenstemmende bepaling van hierdie artikel in die Namibiese Wet op Regstellende Aksie artikel 32(2)(c), aangesien hierdie ook een van die faktore is wat deur die Namibiese hersieningsbeampte oorweeg moet word om te bepaal of die regstellende aksie plan van die relevante werkgewer in daardie werkgewer se werkplek toegepas word;
- (iv) huidige en vooruitgeskatte ekonomiese en finansiële omstandighede van die werkgewer; en
- (v) die aantal huidige en beplande vakante poste wat bestaan in die verskillende kategorieë en vlakke en die werkgewer se arbeidsomset.

Artikel 42(b) van die Wet op Billike Indiensneming vereis ook van die Departement van Arbeid om, in die bepaling van die vraag of 'n aangewese werkgewer regstellende aksie ingevolge die Wet implementeer, die vooruitgang in ag te neem van ander aangewese werkgewers wat onder soortgelyke omstandighede en binne dieselfde sektor besigheid bedryf as die aangewese werkgewer wat deur die Departement van Arbeid gemonitor word. Die Departement moet ook die volgende in ag neem:

⁴⁸⁷ Artikel 42(a)(i)-(v)

- (a) redelike pogings deur die aangewese werkgewer om die regstellende aksie plan te implementeer;⁴⁸⁹ sowel as
- (b) die omvang waartoe die aangewese werkgewer vooruitgang toon in die uitwissing van struikelblokke in die werkplek wat persone uit die aangewese groepe nadelig raak;⁴⁹⁰ tesame met
- (c) enige ander voorgeskrewe faktor.⁴⁹¹

Wat hierdie voorgeskrewe faktore sal wees, kan nie uit die Wet self afgelei word nie. Gevolglik kan daar slegs afgelei word dat dit faktore sal wees, soos later voorgeskryf in die regulasies uitgevaardig en gemagtig ingevolge die Wet. Verder kan dit faktore wees wat deur regspraak ontwikkel, of selfs faktore wat deur die aangewese werkgewer in sy eie regstellende aksie plan daargestel word.

Verdere verpligtinge word op die aangewese werkgewers geplaas, aangesien hulle:

- (a) een of meer senior bestuurders moet aanstel om verantwoordelikheid te neem vir die monitering en implementering van die regstellende aksie plan.⁴⁹² In Namibië is die laaste vereiste waaraan die Namibiese regstellende aksie planne moet voldoen, feitlik identies, deurdat relevante werkgewers 'n senior werknemer wat oorhoofse verantwoordelikheid neem vir die implementering van die regstellende aksie plan, moet identifiseer.⁴⁹³
- (b) bestuurders moet voorsien met die magtiging en die middele om hul funksies te kan uitvoer;⁴⁹⁴ en
- (c) die aangewese werkgewer moet ook redelike stappe neem ten einde te verseker dat die betrokke bestuurders hul funksies uitvoer.⁴⁹⁵

⁴⁸⁸ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie; Faundez J 1994 *ILJ* 1192

⁴⁸⁹ Artikel 42(c)

⁴⁹⁰ Artikel 42(d)

⁴⁹¹ Artikel 42(e)

⁴⁹² Artikel 24(1)(a)

⁴⁹³ Artikel 23(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁴⁹⁴ Artikel 24(1)(b)

⁴⁹⁵ Artikel 24(1)(c)

Die Wet op Billike Indiensneming is baie streng, aangesien dit nie die aangewese werkgewer van enige verpligting onthef ingevolge hierdie of enige ander wet, indien verantwoordelikheid aan 'n bestuurder toegesê word soos voormeld ingevolge artikel 24(1) nie.⁴⁹⁶ In die finale instansie bly die aangewese werkgewer dus self verantwoordelik vir die sukses van die regstellende aksie plan. Hierdie bepaling is te verwelkom, aangesien dit moontlik is om by wyse van die aanwys van bestuurders, regstellende aksie te verongeluk. 'n Gewetenlose werkgewer kan bloot 'n persoon uit die aangewese groepe aanstel om as bestuurder en verantwoordelike party op te tree met betrekking tot 'n "regstellende aksie plan," wat dikwels deur daardie bestuurder self geformuleer moet word, terwyl hy of sy nie oor die vermoë of die middele beskik om dit te kan doen nie. Die werkgewer plaas dan alle verantwoordelikheid vir die plan op die aangestelde bestuurder. Verder het die betrokke bestuurder egter dikwels geensins die vermoë, opleiding, ervaring, of selfs die redelike vermoë, om binne 'n redelike tydperk te leer om die werk te kan doen nie en dan faal die regstellende aksie gereeld klaaglik weens 'n gebrek aan bestuur en leiding. Die werkgewer staan dan terug, plaas al die blaam op die bestuurder, wat self uit die aangewese groepe is en beskou regstellende aksie as 'n stelsel wat nie kan werk nie. Hierdie bepaling in die Wet op Billike Indiensneming is dus prysenswaardig en kan help om die sukses van regstellende aksie te help verseker.

Een van die belangrikste bepalings ingevolge die Wet op Billike Indiensneming, word aan die hand gedoen, is artikel 25, wat 'n plig plaas op 'n werkgewer – in hierdie verband word daar nie bloot gepraat van 'n aangewese werkgewer nie en gevolglik kan afgelei word dat dit alle werkgewers is – om in die werkplek waar dit deur werknemers gelees kan word, 'n kennisgewing in die voorgeskrewe vorm aan te bring, wat die werknemers in kennis stel van die bepalings van hierdie Wet.⁴⁹⁷ Artikel 25(2) plaas 'n verdere verpligting op aangewese werkgewers om, in elk van die werkgewer se werkplekke, aan werknemers, op toeganklike plekke in die betrokke werkplek, die volgende inligting beskikbaar te stel:

⁴⁹⁶ Artikel 24(2)

⁴⁹⁷ Artikel 25(1)

- (a) die mees onlangse verslag wat aan die Direkteur-generaal voorsien is deur die werkgewer;⁴⁹⁸
- (b) enige nakomingsbevel, arbitrasietoekenning of bevel van die Arbeidshof betreffende die bepalinge van hierdie wet met betrekking tot daardie werkgewer;⁴⁹⁹ en
- (c) enige ander dokument ingevolge hierdie wet, of soos voorgeskryf⁵⁰⁰ - waarskynlik by wyse van regulasies of soos deur regspraak ontwikkel.

Hierdie vereiste help met kommunikasie in die werkplek en gee aan werknemers die geleentheid om te weet wat hulle regte is. Dit laat beide werknemers en werkgewers toe om met mekaar te kommunikeer vanaf 'n platform waar beide weet waarop hulle regtens geregtig is en dit kan help om konflik en misverstande te vermy. Laastens skryf hierdie Wet in artikel 25(3) voor dat 'n regstellende aksie plan gekopieer moet word deur 'n werkgewer en die plan moet aan die werknemers beskikbaar gestel word vir kopiëring en konsultasie in verband daarmee. Ook hierdie vereiste van die wet hang nou saam met wat oor die vorige wetsvereiste gestel is.

Artikels 26 van beide die Suid-Afrikaanse en Namibiese wette plaas pligte op die werkgewer(s) om rekords te hou. In Suid-Afrika moet die rekords gehou, daargestel en in stand gehou word in verband met die werksmag, die regstellende aksie plan en enige ander rekords wat relevant is vir die nakoming van die Wet op Billike Indiensneming. In Namibië moet rekords gehou word van die regstellende aksie plan, maar verder ook vir die notules van konsultasies met werknemers en vakbonde, sowel as die analise, hersiening en statistiese verslag wat ingevolge artikel 25 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie voorberei is. Ingevolge die regulasies uitgevaardig deur die Namibiese Minister van Arbeid, word daar vereis dat alle dokumente, kennisgewings en vorms (byvoorbeeld 'n vrystelling, nakomingsertifikaat, bevel deur 'n hersieningspaneel of 'n kennisgewing van verandering van status van die werkgewer)⁵⁰¹ uitgereik ingevolge die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, of deur 'n relevante werkgewer, gehou moet word as deel van hierdie rekords en dit moet te

⁴⁹⁸ Artikel 25(2)(a)

⁴⁹⁹ Artikel 25(2)(b)

⁵⁰⁰ Artikel 25(2)(c)

eniger tyd beskikbaar wees vir inspeksie deur 'n hersieningsbeampte van die Namibiese Departement van Arbeid.⁵⁰² Rekords is belangrik, aangesien dit navorsing sal toelaat oor langer tydperke en ook later kan help om presedente te ontwikkel wanneer regstellende aksie voor die hof sal land. Litigasie sal immers makliker, waarskynlik goedkoper en in sommige gevalle selfs meer onwaarskynlik wees, wanneer die regsargumente op daadwerklike rekords gebaseer kan word om die vooruitgang of mislukking van die regstellende aksie van die betrokke werkplek aan te toon. Verder laat goeie rekordhouding toe dat opeenvolgende regstellende aksie planne en verslae makliker opgestel kan word. Wanneer inspeksies deur die Departement van Arbeid gedoen word, veral ingevolge artikel 35 van die Wet op Billike Indiensneming, kan die departement makliker sien wat presies die stand van sake in die werkplek is en watter vooruitgang daar gemaak word met regstellende aksie. Insgelyks laat dit ook werknemers toe om oor langer tydperke as net bloot die leeftyd van een regstellende aksie plan, te volg wat die suksesse en mislukkings van regstellende aksie in hul betrokke werkplekke is.

In Suid-Afrika moet rekords gehou word ten opsigte van die "voorgeskrewe periode." Daar kan slegs afgelei word dat hierdie voorgeskrewe periode ingevolge die regulasies voorgeskryf sal word, veral wanneer die definisie oorweeg word wat daar aan die term "voorgeskrewe" in artikel 1 van die Wet geheg word.⁵⁰³ Daar word egter aan die hand gedoen dat laasgenoemde periode kan verwys na die tydperk waarvoor die plan opgestel moet wees, 'n tydperk wat nie korter as een jaar en nie langer as vyf jaar mag wees nie.⁵⁰⁴ Vir doeleindes van navorsing en duidelikheid moet daar gehoop word dat hierdie "voorgeskrewe periode" van rekordhouding langer behoort te wees as een jaar. Die Namibiese regstellende aksie planne se tydperke word meer rigied vasgestel deur die Namibiese Wet op Regstellende Aksie self, as 'n tydperk van drie jaar en daar mag nie daarvan afgewyk word nie.⁵⁰⁵

⁵⁰¹ Van Rooyen JWF *Guide* 36

⁵⁰² Artikel 2 van die regulasies van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, welke regulasies gepubliseer is by wyse van die Namibiese GK 158 van 1999 in die Namibiese SK 2161 van 6 Augustus 1999

⁵⁰³ Artikel 1 van die wet definieer die term "voorgeskrewe" as voorgeskrewe ingevolge 'n regulasie uitgevaardig uit hoofde van artikel 55 van die Wet op Billike Indiensneming.

⁵⁰⁴ Artikel 20(2)(e)

⁵⁰⁵ Artikel 23(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

Die Wet maak ook inbreuk op die reg op privaatheid van werknemers. Alhoewel dit nie spesifieke werknemers aanspreek nie, handel dit wel met spesifieke beroepskategorieë en -vlakke, deurdat dit aan elke aangewese werkgever die plig opdra om wanneer daardie werkgever ingevolge artikels 21(1) en (2) 'n verslag inhandig, daar ook 'n verklaring aan die Diensvoorwaardeskommissie, soos daargestel ingevolge artikel 59 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*,⁵⁰⁶ gemaak moet word oor die vergoeding en voordele wat ontvang word in elke beroepskategorie en -vlak van daardie werkgever se werksmag.⁵⁰⁷ Waar daardie verklaring aantoon dat daar disproportionele verskille is in die inkomstes tussen die verskillende beroepskategorieë en -vlakke, moet 'n aangewese werkgever maatreëls tref om progressief sodanige verskille te verminder onderhewig aan leiding wat van die Minister ontvang mag word.⁵⁰⁸ Sodanige leiding word dan deur die Minister gegee na aanleiding van navorsing en ondersoek na die norme en beginpunte vir sodanige disproportionele verskille in inkomste tussen die onderskeie beroepskategorieë en -vlakke. Hierdie werk word deur die Diensvoorwaardeskommissie gedoen wat dan aan die Minister verslag lewer uit hoofde waarvan geskikte maatreëls getref moet word om sodanige disproportionele verskille te verminder.⁵⁰⁹ Hierdie maatreëls mag die volgende insluit:⁵¹⁰

- (a) kollektiewe bedinging;
- (b) nakoming van sektorale vasstellings deur die Minister gemaak ingevolge Artikel 51 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*;
- (c) toepassing van die norme en beginpunte daargestel deur die Diensvoorwaardeskommissie; en
- (d) relevante maatreëls vervat in vaardigheidsontwikkelingswetgewing.

Die reg op privaatheid word egter tot 'n mate beskerm deur artikel 27(5), deurdat die Diensvoorwaardeskommissie nie enige inligting mag bekend maak wat verband hou met individuele werknemers of werkgewers nie. Wanneer partye kollektiewe

⁵⁰⁶ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997. Hierna genoem die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*.

⁵⁰⁷ Artikel 27(1)

⁵⁰⁸ Artikel 27(2)

⁵⁰⁹ Artikels 27(4)

bedinging betree, mag hulle die inligting versoek soos vervat in die verklaring wat ingevolge artikel (1) ingehandig is.⁵¹¹ Hierdie vryheid word steeds beperk deur artikels 16(4) en (5) van die Wet op Arbeidsverhoudinge wat handel oor die bekendmaking van inligting deur werkgewers.

Hierdie bepalings van die wetgewing is ook belangrik, aangesien dit kan help om die gaping tussen ryk en arm te help verklein. Indien regstellende aksie suksesvol toegepas word, sal dit help om hierdie doelwit te verwesenlik en hierdie inligting wat aan die Diensvoorwaardeskommissie gestuur word, sal op 'n nasionale grondslag kan aantoon of daar geslaag word met hierdie doelwit. Dit kan ook in 'n breër konteks help aantoon of regstellende aksie 'n sukses is, aangesien benadeling nie uitgewis word wanneer die gaping tussen ryk en arm aanhoudend vergroot nie, want dit sou beteken dat die benadeeldes steeds verarm en hul vorige benadeling nie uitgewis word nie.

Gevolglik kan hierdie bepalings van die wet help om hierdie kwessie te monitor. Indien die Wet op Billike Indiensneming dan onsuksesvol is met die doelwitte wat dit nastreef, of om te help om aan die vereistes van artikel 9(2) en die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid te voldoen, kan die wetgewer en die uitvoerende gesag dit sien gebeur onder andere uit hierdie inligting wat aan die Diensvoorwaardeskommissie gestuur word en kan die probleem aangespreek word.

6.4.6 *Uitvoering van die bepalings van die wet*

Kommissies vir Regstellende aksie word in beide die Suid-Afrikaanse⁵¹² en die Namibiese⁵¹³ wetgewing ingestel ten einde te help met die uitvoering van die bepalings van die wet en seker te maak dat dit aanwending vind. Aangesien dit egter nie direk relevant is vir doeleindes van hierdie besopreking nie, sal dit nie hier verder aandag geniet nie.

⁵¹⁰ Artikels 27(3)(a)-(d)

⁵¹¹ Artikel 27(6)

⁵¹² Artikel 28

Hoofstuk 6 van die Wet op Billike Indiensneming handel met die algemene bepalings en stel in artikel 53 dat elke werkgewer wat 'n aanbod maak om 'n ooreenkoms met enige staatsorgaan aan te gaan vir die voorsiening of lewering van goedere of dienste aan daardie staatsorgaan, of vir die huur of uithuur van enigiets.⁵¹⁴

- (a) moet aantoon dat indien dit 'n aangewese werkgewer is, dat dit aan hoofstukke 2⁵¹⁵ en 3⁵¹⁶ van die Wet voldoen, of indien dit nie 'n aangewese werkgewer is nie, dat dit aan hoofstuk 2 van die Wet voldoen; en
- (b) by sodanige aanbod die volgende aanheg:
 - (i) 'n sertifikaat ingevolge artikel 53(2), wat voldoende bewys is dat die werkgewer aan die relevante hoofstukke van die wet voldoen; of
 - (ii) 'n verklaring deur die werkgewer dat dit aan die relevante hoofstukke van die Wet voldoen wat dan geverifieer moet word deur die Direkteur-Generaal as voldoende bewys van sodanige nakoming.⁵¹⁷

Enige late om enige relevante bepaling van die Wet op Billike Indiensneming na te kom, is voldoende gronde vir die verwerping van enige aanbod om 'n ooreenkoms met enige staatsorgaan aan te gaan, of vir die kansellering van sodanige ooreenkoms, deur die betrokke staatsorgaan.⁵¹⁸ In Namibië mag 'n staatskontrak altyd deur die staat, na redelike skriftelike kennisgewing, gekanselleer word indien die relevante werkgewer se regstellende aksie verslag finaal deur 'n hersieningspaneel afgekeur is⁵¹⁹ of die relevante werkgewer se nakomingsertifikaat verval ingevolge artikel 41 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.⁵²⁰ Terwyl die Suid-Afrikaanse wet slegs handel oor die lewering van goedere en dienste en die huur of uithuur van sake, handel die Namibiese Wet op Regstellende Aksie in hierdie verband met waarborge, lenings, lisensies, permitte, toekennings en prospekterregte wat van relevante

⁵¹³ Artikel 3 van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁵¹⁴ Artikels 53(1)(a)-(b)

⁵¹⁵ Hoofstuk 2 van die Wet op Billike Indiensneming handel oor die verbod op diskriminasie in die werkplek ten opsigte van beide werknemers en werksoekers.

⁵¹⁶ Hoofstuk 3 van die Wet op Billike Indiensneming handel oor regstellende aksie in die werkplek ten opsigte van beide werknemers en werksoekers.

⁵¹⁷ Artikels 53(1)(b)(i)-(ii)

⁵¹⁸ Artikel 53(4)

⁵¹⁹ Artikel 41(3)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁵²⁰ Artikel 41(3)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

werkgewers weerhou sal word deur die staat, tensy die relevante werkgewer oor 'n nakomingsertifikaat beskik⁵²¹ of 'n vrystelling daarvan van die Minister van Arbeid verkry het⁵²² as die gebrek aan 'n nakomingsertifikaat nie aan enige fout van die relevante werkgewer toegeskryf kan word nie.⁵²³ Waarom die Namibiese wet nie ook in hierdie verband handel met lewering van goedere en dienste, of die huur of uithuur van sake nie, is onduidelik uit die Wet, tensy dit natuurlik die politieke beleidsbesluit van die Namibiese wetgewer was om sodanige kontrakte spesifiek van hierdie tipe van bepalings uit te sluit.

Gevolgtrek is hierdie maatreëls baie winsgewende aanmoedigingsmaatreëls wat vir werkgewers geld gee om die vereistes van hierdie Wet na te kom. Hierdie artikels van beide lande se wette, is hoofsaaklik op die privaatsektor gemik, ten einde regstellende aksie te stimuleer en daar kan verwag word dat werkgewers wat nie aan die gees van die bepalings van die Wet wil voldoen nie, of slegs sogenaamde "window-dressing" wil pleeg ten einde hul staatskontrakte te behou, sal begroot vir die sanksies wat deur die Wet geskep word. Die vraag ontstaan natuurlik ook tot watter mate, die kans op korrupsie ingevolge die Wet geskep word, ten einde te verseker dat 'n stempel van goedkeuring op die aanbiede van staatskontrakte geplaas sal word, maar is dit nie net die geval wanneer dit by regstellende aksie kom nie, maar ook by die meeste ander gevalle waar daar tenders teenoor die staat gedoen word. Die bespreking hierbo ten opsigte van die bepalings van die Suid-Afrikaanse Tenderwet, soos dit in hierdie verband van toepassing is, word weer eens beklemtoon.

Verder is daar strafbepalings by wyse van boetes en selfs gevangenisstraf ingeval van die nie-nakoming van die bepalings van die wetgewing, maar weens die feit dat die detail daarvan nie relevant is vir doeleindes van hierdie bespreking nie, sal dit nie verder hier aandag geniet nie, behalwe om daarop kritiek te lewer. Die boetes wat opgelê kan word, kan gekritiseer word, omdat dit nie onderskei tussen groot en klein ondernemings nie. Uit die aard van die saak is 'n onderneming met 'n omset van R 10 miljoen baie meer blootgestel aan 'n boete van R 500 000 as 'n onderneming met 'n

⁵²¹ Artikel 42(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁵²² Artikel 42(2)(a) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁵²³ Artikel 42(2)(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

omset van R 1 biljoen, maar steeds moet hulle aan dieselfde wetgewing voldoen. Gevolglik verdien hierdie bylae tot die Wet kritiek, as sou dit die "begroting" vir boetes, makliker maak vir die groter ondernemings, vir wie dit in ieder geval makliker is om aan die vereistes van regstellende aksie te voldoen. Dit is die geval juis weens groter onderneming se groter werksmagte en hul groter arbeidsomset sowel as die groter bronne tot hul beskikking byvoorbeeld vir beurse vir die aangewese groepe en opleiding vir sulke persone. Dit word dus aan die hand gedoen dat substantiewe gelyke strafbehandeling nie geskied ten opsigte van groot en klein ondernemings nie.

Daar bestaan in elk geval geen twyfel dat gewetenlose werkgewers wat nie van plan is om die bepalinge van die betrokke wetgewing na te kom nie, hetsy weens onvermoë of onwilligheid, sal begroot vir die moontlikheid van boetes, omdat hulle sal meen dat dit goedkoper sal wees om die boetes te betaal as om die Wet na te kom. Veral as hulle nie verbind is tot die bereiking van substantiewe gelykheid in hul lande nie, sal hierdie optrede sonder skroom kan voorkom. Indien sodanige werkgewers egter van regeringstenders of staatskontrakte afhanklik is vir hul finansiële bestaan of oorlewing, sal hierdie enkele gaping in die reg hulle nie kan red, as daardie regeringstenders en staatskontrakte gekanselleer kan word weens hul nie-nakoming van die bepalinge van die betrokke wet nie. Hoe groter hul afhanklikheid van die betrokke regeringstenders of staatskontrakte, hoe groter is die aanspoeringsmaatreëls om die bepalinge van die relevante wetgewing na te kom. Die wetgewing laat ook die Minister van Arbeid toe om regulasies uit te vaardig uit hoofde van die wetgewing,⁵²⁴ welke regulasies reeds as sodanig uitgevaardig is en gepubliseer is.⁵²⁵ Hierdie regulasies handel met die praktiese uitvoering van artikels 19,⁵²⁶ 20,⁵²⁷ 21,⁵²⁸ 25,⁵²⁹

⁵²⁴ Artikels 54 en 55 van die Wet op Billike Indiensneming en artikel 48(b) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie.

⁵²⁵ GK R1360 van 1999 gepubliseer in SK 20626 Vol 413 op 23 November 1999 as Regulasioekrant 6674; soos gewysig deur GK R 955 van 2000 gepubliseer in SK 21583 Vol 423 op 2 Oktober 2000 as Regulasioekrant 6883

⁵²⁶ Artikel 19 handel oor die analise wat deur die aangewese werkgewer gedoen moet word.

⁵²⁷ Artikel 20 handel oor die regstellende aksie plan wat deur die aangewese werkgewer opgestel moet word.

⁵²⁸ Artikel 21 handel oor verslagdoening deur die aangewese werkgewer aan die Departement van Arbeid.

⁵²⁹ Artikel 25 handel oor die plig wat op werknemers bestaan om hul werknemers van die inhoud van die Wet op Billike Indiensneming in kennis te stel, sowel as 'n kopie van die regstellende aksie plan aan die werknemers beskikbaar te stel.

27,⁵³⁰ 36,⁵³¹ 37⁵³² en 39⁵³³ van die wet en spesifiek hoe werkgewers, werknemers en die Departement van Arbeid prakties te werk behoort te gaan om daaraan te voldoen, maar uitvoerige bespreking van hierdie regulasies is nie vir doeleindes van hierdie proefskrif relevant nie.

6.4.7 Volkeregtelike verpligtinge van Suid-Afrika en die Wet op Billike Indiensneming

Aangesien daar 'n aantal volkeregtelike ooreenkomste, internasionale konvensies, verdrae en ooreenkomste bestaan wat die verpligtinge van lande in die internasionale konteks bepaal (ook insoverre dit regstellende aksie betref), moet hierdie verpligtinge nagekom word, ten einde te verseker dat die Republiek nie slegs internasionaal verantwoordelik optree nie, maar ook ons eie grondwetlike verpligtinge in hierdie verband nakom.

Een van hierdie internasionale dokumente is die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation* wat 'n verpligting op die ondertekenaars van die konvensie plaas om gelyke geleenthede en gelyke behandeling in die werkplek na te streef, ten einde alle diskriminasie daar uit te roei.⁵³⁴ Verder word voorsiening gemaak vir spesiale maatreëls ten gunste van persone wat spesiale behandeling nodig het en sodanige spesiale behandeling word nie aangemerkt as diskriminasie ingevolge die wet nie.⁵³⁵ Onder die opskrif "Aanbeveling" bepaal die

⁵³⁰ Artikel 27 handel oor gapings tussen inkomstes en maatreëls in verband daarmee.

⁵³¹ Artikel 36 handel oor 'n onderneming van die aangewese werkgewer aan die arbeidsinspekteur om sekere verpligtinge ingevolge die Wet op Billike Indiensneming na te kom.

⁵³² Artikel 37 handel oor nakomingsbevele wat deur 'n arbeidsinspekteur uitgereik mag word aan aangewese werkgewers.

⁵³³ Artikel 39 handel oor besware van aangewese werkgewers teen nakomingsbevele.

⁵³⁴ Artikel 2: Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminate any discrimination thereof.

⁵³⁵ Artikel 5(2): Any Member may, after consultation with representative employers, and workers' organisations, where such exist, determine that other special measures designed to meet the particular requirements of persons who, for reasons such as sex, age, disablement, family responsibilities or social or cultural status, are generally recognized to require special protection or assistance, shall not be deemed to be discrimination.

Kommissie dat elke ondertekenaar daarvan 'n nasionale beleid in plek moet stel wat handel met 'n verbod op diskriminasie in die werkplek en wat by wyse van wetgewing en kollektiewe ooreenkomste afgedwing moet word.⁵³⁶ Daar word aan die hand gedoen dat die Wet op Billike Indiensneming met hierdie internasionale verpligting handel en dat die Namibiese *Racial Discrimination Prohibition Act*⁵³⁷ die eweknie van die Wet op Billike Indiensneming in daardie land is, insoverre dit hierdie aspek betref.

536

Artikel 2:

Each Member should formulate a national policy for the prevention of discrimination in employment and occupation. This policy should be applied by means of legislative measures, collective agreements between representative employers' and workers' organisation or in any other manner consistent with national conditions and practice, and should have regard to the following principles:

- (a) the promotion of equality of opportunity and treatment in employment and occupation is a matter of public concern;
- (b) all persons should, without discrimination, enjoy equality of opportunity and treatment in respect of –

...

- (iii) advancement in accordance with their individual character, experience, ability and diligence;

...

HOOFSTUK 7: DIE AARD VAN GRONDWETLIK TOELAATBARE REGSTELLEDE AKSIE

7.1 *Inleidende opmerkings*

Dit is veral die laasgenoemde kategorie van diskriminasie, naamlik diskriminasie wat aangevoer word as sou dit nie onbillik wees nie, wat dikwels hoogs kontensieus is. In hierdie bespreking sal daar uitgemaak moet word of diskriminasie op grond van ras, ter wille van regstellende aksie, altyd of slegs soms as diskriminasie aangegee moet word wat nie onbillik is nie. Daar sal persone wees wat aanvoer dat die tipe van diskriminasie waarmee ons te make het by regstellende aksie, niks te doen het met die eerste stap van die *Harksen*-toets nie, aangesien regstellende aksie reeds veroorloof is ingevolge artikel 9(2) van die Grondwet. Gevolglik sal die eerste vereiste van die gelykheidstoets van *Harksen* nie bewys hoef te word nie, aangesien die Grondwet reeds handel met die veroorloping van "wetgewende en ander maatreëls ... wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is."

Daar kan egter nie met hierdie argument saamgestem word nie. Hierdie argument veronderstel implisiet dat enige wetgewende of ander maatreël wat ontwerp is vir doeleindes van regstellende aksie, byvoorbeeld op grond van ras,⁵³⁷ gelykstaande is aan maatreëls wat ingevolge artikel 9(2) veroorloof is. Dit hou ook die veronderstelling in dat alle regstellende aksie, of dan alles wat in die naam daarvan gedoen word, oor die algemeen grondwetlik veroorloof sal wees. Maar dit kan tog nie waar wees nie. Net omdat 'n wetgewende of ander maatreël ontwerp is met die doel om byvoorbeeld Swartmense te bevoordeel, kan dit tog nie altyd en in alle gevalle beteken dat dit die grondwetlike toets van gelykheid en menswaardigheid slaag nie.⁵³⁹ Sodanige bepalings kan steeds ongrondwetlik wees op grond van onbillike rasse- of ander diskriminasie, selfs al is dit met die doel voor oë ontwerp om byvoorbeeld voorheen benadeelde Swart mense by te staan. Dit kan byvoorbeeld die geval wees as

⁵³⁷ *Racial Discrimination Prohibition Act 26 of 1991*

⁵³⁸ Hierdie proefskrif handel immers oor regstellende aksie op grond van ras in Suid-Afrika.

⁵³⁹ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook 224*

daar ongrondwetlik inbreuk gemaak word op die menswaardigheid van die nie-bevoordeeldes.⁵⁴⁰ Artikel 9(2) handel in elk geval nie met rassegronde vir regstellende aksie nie, maar met vorige benadeling. Ten opsigte van ras en uitsluiting beslis die Konstitusionele Hof soos volg:⁵⁴¹

No member of a racial group should be made to feel that they are not deserving of equal 'concern, respect and consideration' and that the law is likely to be used against them more harshly than others who belong to other race groups.

7.2 Die betekenis van die grondwetlike magtiging tot regstellende aksie

Devenish,⁵⁴² Kentridge⁵⁴³ en Van Reenen⁵⁴⁴ meen dat die bepaling oor regstellende aksie *ex abundanti cautela* in die Grondwet ingevoer is ten einde te voorkom dat allerlei uitdagings van regstellende aksie sou voorkom.⁵⁴⁵ Laasgenoemde opmerking van hierdie geleerde skrywers kan verstaan word en daar kan logieserwyse met die argument van die wetgewer saamgestem word as, soos dié skrywers aanvoer, hierdie ook die beweegrede van die Grondwetlike Vergadering was by die aanvaarding van die spesifieke bewoording van artikel 9(2) van die Grondwet wat regstellende aksie veroorloof. Ten opsigte van artikel 8(3) van die Oorgangsgrondwet, welke artikel die magtigingsartikel ten opsigte van regstellende aksie in die Oorgangsgrondwet was, meen Davis dat die invoeg van hierdie artikel in die Oorgangsgrondwet, die aanwending van maatreëls wat ontwerp was vir die uitwissing van vorige onbillike diskriminasie, konstitusioneel onhershienbaar sou maak.⁵⁴⁶ Dit word met respek aangevoer dat sy argument ook gedeeltelik korrek is insoverre hierdie opmerkings op die Grondwet en artikel 9(2) van toepassing is. Die houe het egter steeds die reg om

⁵⁴⁰ *Kauesa v Minister of Home Affairs and Others* 1995 1 SA 51 (Nm) 84F

⁵⁴¹ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [81]

⁵⁴² Devenish GE *Commentary* 62; Devenish GE *South African Constitution* 264; Devenish GE 1996 *Stellenbosch Law Review* 103

⁵⁴³ Chaskalson M ea *Constitutional Law* 14-36

⁵⁴⁴ Van Reenen TP 1997 *SAPR* 162

⁵⁴⁵ Hierdie vrees is ook deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie geopper in die *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 135 sowel as deur Albie Sachs in *Sachs A. White South Africans* 40.

'n wakende geregtelike oog oor hierdie maatreëls te hou ten einde te verseker dat dit aan die grondwetlike vereiste voldoen, naamlik dat dit inderdaad ontwerp is met die doel om vorige onbillike diskriminasie uit te wis en dat dit ook 'n redelike kans daartoe sal bied.⁵⁴⁷ Sodanige maatreëls kan en mag nie aangewend word om hierdie kamtig hierdie doel te bevorder wanneer dit inderwaarheid nie die geval is nie. In sulke gevalle sal die hof die reg hê om sulke maatreëls ongrondwetlik te verklaar uit hoofde van die bepalings van artikels 9(1) en (2). In hierdie verband meen Davis dat daar gesoek moet word na 'n rasonale verband tussen die maatreëls wat aangewend word en die vraag of dit inderwaarheid gemik is op die uitwissing van vorige benadeling as gevolg van onbillike diskriminasie.⁵⁴⁸

Hierdie tipe bepaling was definitief en is steeds broodnodig in 'n land en omgewing waar groot ongelykheid aan die orde van die dag is tussen die onderskeie rasse-groepe. Daar sal maklik 'n situasie voorgestel kan word waar persone wat negatief getref word deur regstellende aksie, wat inderdaad ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van werklik voorheen benadeeldes, daardie maatreëls sal probeer afmaak as rassistiese en rasdiskriminerende maatreëls en sal poog om dit ongrondwetlik te laat verklaar. Ons sal onself selfs die situasie kan voorstel waar sommige van sodanige aansoeke tot ons hof sal kan slaag. Hierdie veroorloving van artikel 9(2) tot sodanige maatreëls laat egter nie enige maatreëls toe wat slegs die benaming van regstellende aksie dra of wat, soos hierbo gestel, alleenlik 'n geurtjie van die opheffing van vorige benadeeldes het nie. Daardie maatreëls is steeds 'n uitsondering op die reg op gelykheid⁵⁴⁹ en in die geval van die Wet op Billike Indiensneming, op grond van ras, geslag en gestremdheid. Regstellende aksie maatreëls is nie inherent deel van die substantiewe reg op gelykheid nie, maar is maatreëls wat aangewend kan word ten einde substantiewe gelykheid te bereik. Geen imperatief bestaan hieroor in die Grondwet nie, behalwe ten opsigte van die staatsdiens in artikel 195(1)(i), die regbank

⁵⁴⁶ Davis D "Equality and Equal Protection" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 196-211 208

⁵⁴⁷ Smith N "Affirmative Action under the new Constitution" 1995 *SAJHR* 84-101 92

⁵⁴⁸ Davis D *Equal Protection* 210

⁵⁴⁹ Hierdie kwessie oor die vraag of regstellende aksie deel is van 'n uitsondering op die reg op gelykheid word aangeraak deur Olivier MP "Die aanstelling van polities-agtergesteldes by universiteite: 'n grondwetlike en arbeidsregtelike perspektief" 1997 *TSAR* 340-355 344 en Smith N 1995 *SAJHR* 92.

in artikel 174(2) en die staatsinstellings ter ondersteuning van die grondwetlike demokrasie in artikel 193(2). Indien dit wel bydra tot die bereiking van substantiewe gelykheid, dan is dit geoorloof, maar dit word nie grondwetlik afgedwing as 'n imperatiewe deel van die reg op gelykheid soos versinnebeeld in artikel 9(2) van die Handves van Regte nie. Daar bestaan bloot die magtiging tot regstellende aksie.

Hierdie maatreëls kan van 'n wetgewende of 'n ander aard wees. Wat die terme "wetgewende en ander maatreëls" beteken, is egter duister. Wetgewende maatreëls kan tog taalkundig gesproke as deel van ander maatreëls geklassifiseer word en die wetgewer kon net sowel die frase "wetgewende en ander maatreëls" bloot met die term, "maatreëls" vervang het. Soos Devenish dit egter het, is hierdie bepaling *ex abundanti cautela* ingevoer⁵⁵⁰ en as Devenish korrek is, dan kan hierdie oormaat taalgebruik verstaan word. Verder stel artikel 9(2) twee belangrike vereistes waaraan hierdie maatreëls moet voldoen. Hierdie wetgewende en ander maatreëls moet:

- (i) gemik wees op die bevordering van gelykheid (gelykheid is die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves vervat);
- (ii) ontwerp wees vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, welke persone benadeel moet wees deur onbillike diskriminasie.

Hierdie vereistes sal as deel van die onusvereistes deur die respondent bewys moet word, wanneer daar bewys word dat die regstellende aksie maatreëls aan artikel 9 van die Grondwet voldoen, as sou dit nie ongrondwetlik inbreuk maak op die reg op gelykheid nie. Mureinik het die kwessie oor "ontwerp" van sodanige maatreëls onder die loep geneem en tot die volgende gevolgtrekking gekom:⁵⁵¹ Omdat die maatreëls ontwerp moet wees met 'n spesifieke doel voor oë soos hierbo uiteengesit, vereis dit van die hof om die bedoeling van die maatreëls sowel as die gevolge daarvan in ag te neem. Mureinik meen dat dit aan howe die geleentheid sal bied om die koste-effektiwiteit van die regstellende aksie programme te oorweeg en daardie maatreëls wat teenproduktief is, ongrondwetlik te verklaar wanneer dit nie ontwerp is om

⁵⁵⁰ Devenish GE *Commentary* 62; Smith N 1995 *SAJHR* 89

⁵⁵¹ Mureinik E 1994 *SAJHR* 31-48

hierdie doel te bereik nie.⁵⁵² Professor Mureinik se gevolgtrekking kom daarop neer dat regstellende aksie maatreëls nagestreef sal moet word op 'n wyse wat koste-effektief is en wat nie neerkom op grootskaalse vermorsing van waardevolle menslike en institusionele bronne wat ekonomiese groei sal ondermyn of nasionale bronne sal verwoes nie.⁵⁵³ Hierdie argument stem ooreen met die vereiste in artikel 20(4) van die Wet op Billike Indiensneming vervat, wat dit stel dat slegs geskik gekwalifiseerde persone uit die aangewese groepe die voordele van regstellende aksie kan geniet en dat regstellende aksie nie toegepas kan word, selfs al word ekonomiese effektiwiteit in die wiele gery daardeur nie.⁵⁵⁴

Woolman en De Waal handel met die twee vereistes hierbo gestel ingevolge die Oorgangsgrondwet, maar hanteer dit binne die konteks van die reg op vrye assosiasie ten opsigte van voorheen benadeelde persone.⁵⁵⁵ Hulle meen dat verenigings wat daarop afgestem is om voorheen benadeelde persone te bemagtig, die grondwetlike doelwitte van regstellende aksie en ware gelykheid vervul en in hierdie verband verwys hulle onder andere na die Black Lawyers' Association wat losstaande is van die Wetsgenootskap van Suid-Afrika, alhoewel hulle aan laasgenoemde se werksaamhede deelneem. Hulle meen verder dat sodanige verenigings soms diskriminerende beleid sal moet handhaaf ten einde hul bronne te beskerm en hul grondwetlike doelwitte na te streef. In hierdie verband word daar byvoorbeeld gedink aan lidmaatskap wat tot sekere rassegroepe beperk sal wees. Woolman en De Waal meen selfs dat ingevolge die Oorgangsgrondwet die staat moeilik sou kon bewys het dat dit 'n legitieme owerheidsdoel sou nagestreef het ten einde sodanige verenigings te reguleer op grond van rasse- en geslagsoorwegings. Dié skrywers meen dit is juis die grondwetlik beskermde doel van ware rasse- en geslagsgelykheid deur regstellende

⁵⁵² Hierdie benadering is ook bevestig in *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 para [31] Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 Novemer 2002.

⁵⁵³ Devenish *GE Commentary* 63

⁵⁵⁴ Die ooreenstemmende bepaling hiervan is artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie, wat dit stel dat geen absolute plig op relevante werkgewers bestaan om mense aan te stel as deel van regstellende aksie as hulle nie geskik gekwalifiseer is nie.

⁵⁵⁵ Woolman S en De Waal J "Freedom of Association: The Right to be We" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 338-386 385

aksie wat die uitsluitings in die eerste plek regverdig, met ander woorde deur uitsluitings, word ware gelykheid bevorder.

Daar sal egter aan twee vereistes voldoen moet word ten einde die grondwetlike toets te kan slaag: Eerstens moet daar aangetoon word dat die lidmaatskap van die vereniging uit voorheen benadeeldes bestaan en dat dit voortgaan om uit voorheen benadeelde persone te bestaan. Tweedens sal moet aangetoon word dat uitsluitlike lidmaatskap die doelwit van substantiewe gelykheid bevorder. Hierdie twee skrywers meen dat die Black Lawyers' Association dalk aan die eerste vereiste sal voldoen, maar moeilik die tweede vereiste sal slaag. Ten einde aan die tweede vereiste te voldoen, sal daar moet aangetoon kan word dat hierdie aparte vereniging die belange van Swart prokureurs, wat 'n minderheidsgroep is in die professie as geheel, die belange van daardie prokureurs beter behartig as wat die geval sou wees binne die groter oorkoepelende professionele liggaam, dit wil sê die Wetsgenootskap van Suid-Afrika.

Daar kan met respek nie met hierdie argumente van Woolman en De Waal saamgestem word nie. Daar kan moeilik verstaan word hoe ware gelykheid bereik kan word as een of meer van die rassegroepe aparte verenigings in stand hou ten einde hul eie belange te bevorder, terwyl hulle steeds daarop aandrang om ook aan die nie-rassige groter professionele liggaam deel te neem. Nie-rassigheid is een van die grondwetlike waardes.⁵⁵⁶ Dit is 'n sub-spesie van die prosessuele grondwetlike waarde wat die bereiking van gelykheid is. Hoe hierdie grondwetlike waarde bevorder word deur ras-eksklusiewe verenigings in stand te hou is met respek, onverstaanbaar uit hoofde van die argumente van Woolman en De Waal. Selfs al was dit slegs hul mening uit hoofde van die bepalings van die Oorgangsgrondwet, dan moet daar in die huidige grondwetlike bedeling steeds ten sterkste daarvan verskil word.

Indien ons die beginsel sou aanvaar van aparte verenigings gebaseer op grond van ras, dan moet ons hierdie beginsel tot sy uiterste voer, tot waar dit ons uiteindelik sal lei.

⁵⁵⁶ Artikel 1(b) van die Grondwet

Ons moet dan aanvaar dat daar 'n datum sal aanbreek wanneer Swart prokureurs die meerderheid van die prokureurs in die land sal wees en Blanke prokureurs die minderheid. Laasgenoemde sal dan uit hoofde van hul getalle en praktiese realiteite nie weer die meerderheid word nie. Dit is die realiteit en die Suid-Afrika waarin ons leef, 'n realiteit waarmee nie fout te vinde is nie. Indien hierdie argument vir die Swart minderheid in die huidige milieu korrek is, naamlik dat hulle grondwetlik geregtig is op aparte ras-eksklusiewe verenigings, dan sal dit ook korrek moet wees wanneer die Blanke prokureurs die minderheid word. Daar sal selfs argumente daarvoor uitgemaak kan word dat minderheidsgroepe Blanke werknemers, staatsamptenare, parlementariërs, lede van die veiligheidsdienste en ander groepe Blankes, in die huidige milieu waar hulle in die minderheid is, hul eie organisasies sal kan hê, wat rasse-eksklusief sal wees. Dan sal ons ook die beginsel moet aanvaar dat Blanke prokureurs in die toekoms die reg sal hê op 'n rasse-uitsluitlike vereniging maar wat ook geregtig sal wees op deelname aan die groter professionele liggaam. Hierdie Blanke rasse-uitsluitlike liggaam sal dan in der ewigheid moet voortduur totdat Blankes weer die meerderheid word en Swartes die minderheid. So sal ons die ewige pendulum van minderheid tot meerderheid tot minderheid beleef, met 'n voortdurige vereniging wat op 'n rassegrondslag ten gunste van die minderheid bestaan. Hierdie argument kan selfs tot die absurde gevoer word, waar daar 'n klein verskil is tussen die meerderheid en die minderheid, maar die minderheid steeds geregtig is op aparte liggame, totdat hulle hul meerderheid verloor waarna die pendulum na die anderkant toe swaai. Hierdie voorbeelde kan op allerlei terreine uitgebrei word en na allerlei kategorieë, naamlik ook die ander professionele liggame byvoorbeeld die mediese, rekenkundige, farmaseutiese, en ander bedrywe waar Jode, Moslems, Afrikaners, buitelandse gebore Suid-Afrikaners, homoseksuele en ander minderhede voortdurend sal kan aanspraak maak op eie afsonderlike organisasies wat hul belange afsonderlik bevorder tot die groter geheel, maar waar hulle tegelykertyd daarop aandring om aan die groter liggame deel te neem op gelyke voet.

Hiermee kan met respek nie saamgestem word vanuit 'n grondwetlike perspektief waar nie-rassigheid as een van die grondwetlike waardes beskerm word en ons

verenig in ons verskeidenheid is nie.⁵⁵⁷ In hierdie verband kan daar op die aanhef tot die Grondwet gelet word, aangesien die aanhef tot 'n grondwet 'n belangrike rol kan speel wanneer dit aangewend word as 'n hulpmiddel tot die opklear van onduidelikheid of onsekerheid in die uitleg van daardie grondwet.⁵⁵⁸ Die aanhef tot die Grondwet stel dit duidelik dat die verdeeldheid van die verlede geheel moet word en daar kan moeilik verstaan word hoe aparte organisasies vir elkeen wat benadeel is, verdeeldheid kan uitroei. Dit word hier aangevoer dat dit verdeeldheid net nog verder sal aanwakker en die grondwetlike waarde van nie-rassigheid sal ondermyn. Dit is immers juis omdat ons hierdie tipe van rasse-onderskeide uit die weg wou ruim, dat ons nie meer soveel verskillende onderwysdepartemente, tuislande en rasse-administrasies het nie. Al ons mense word verteenwoordig in een parlement,⁵⁵⁹ een onderwysstelsel, een kriketraad, maar ons erken verskeidenheid en probeer nie almal dieselfde maak nie. In hierdie nie-rassige verenigde liggame los ons saam ons probleme op en daar kan moeilik gesien word waarom dit anders moet wees by hierdie tipe van verenigings, hetsy hulle professionele liggame is of nie.

Ten einde die twee vereistes in 'n ander opsig te illustreer, is dit makliker om dit by wyse van 'n voorbeeld te doen. Die volgende situasie word as voorbeeld gebruik: die Gautengse provinsiale regering vra 'n tender aan ter waarde van R 50 miljoen netto wins wat met die voorsiening van busse in die Johannesburgse en Pretoriase middestede te make het. As deel van die tendervereistes versoek die staat dat daar in die tender aangetoon moet word dat die beskerming of ontwikkeling van persone wat deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is, aangespreek sal word in die tender. 'n Swart bemagtigingsmaatskappy waarvan die aandeelhouders tien ryk Swart nywerars is, kry hierdie staatskontrak en die maatskappy onderneem om tegelykertyd met die uitvoering van die kontrak 'n vigskliniek in 'n agtergeblewe gebied te bou ter waarde van byvoorbeeld een miljoen rand. Kom ons pas nou die vereistes toe op hierdie

⁵⁵⁷ Die Aanhef tot die Grondwet erken dat: "Ons die mense van Suid-Afrika,

...
Glo dat Suid-Afrika behoort aan almal wat daarin
woon, verenig in ons verskeidenheid."

⁵⁵⁸ *S v Kola* 1966 4 SA 322 (A) 326F-H; De Ville J "Interpretation of the general limitation clause in the chapter on fundamental rights" 1994 *SAPR* 287-312 289; Du Plessis LM 1997 *Stellenbosch Law Review* 184

⁵⁵⁹ Artikel 42 en Hoofstuk 4 van die Grondwet

voorbeeld. Albei vereistes hang baie nou saam, maar is nie dieselfde nie. Sodanige maatreëls moet gemik wees op, met ander woorde die hoofdoel van sodanige maatreëls, moet die bevordering van gelykheid wees, terwyl dit ontwerp moet wees om voorheen benadeeldes te beskerm of te ontwikkel. Deur ontwerp te wees met hierdie doel voor oë, moet dit dus gelykheid bevorder. Die maatreëls kan nie net *ontwerp* wees om vorige benadeeldes, byvoorbeeld ryk Swart nyweraars te verryk nie, dit moet ook daarop *gemik* wees om gelykheid te bevorder, dit wil sê, agterstande uit te wis, eerder as voordeel te verleen aan persone wat nie meer benadeel is nie.⁵⁶⁰

Dit word met respek hier aangevoer dat die twee vereistes soos gestel, nie aan voldoen word in die voorbeeld hierbo nie. Die rede waarom hierdie vereistes nie aan voldoen sal word nie, is omdat die maatreëls waarmee ons hier handel, naamlik die toekenning van 'n staatskontrak ter waarde van R 50 miljoen rand netto wins, se hoofdoel die verryking van die maatskappy se aandeelhouders is. Dit is nie die hoofdoel van hierdie maatreëls, naamlik die toekenning van die kontrak, om voorheen benadeeldes te ontwikkel of te beskerm nie. Die verryking van die Swart nyweraars wat dalk op een of ander stadium deur diskriminasie benadeel kon gewees het, kan moontlik nog, maar nie noodwendig nie, aan die tweede vereiste voldoen, maar hierdie maatreël is sonder twyfel nie gemik op die bevordering van gelykheid nie. Al wat hierdie maatreël sal help doen is om die gaping tussen ryk en arm groter te maak, met nog 'n paar ryk Swartmense as deel van 'n groter groep ryk Blanke nyweraars.

Die tendermaatskappy het die vigskliniek immers as een van sy sekondêre doelwitte daargestel ten einde suksesvol te kon tender, juis as gevolg van die vereiste daaroor in die tenderaanbod van die staat. Selfs al is die vigskliniek gemik op die gedeeltelike voldoening aan hierdie vereiste van die tender, word daar hier aangevoer dat die bou van hierdie kliniek, alhoewel lofwaardig, in die omstandighede maar 'n jammerlike verskoning is vir maatreëls wat gemik is op die uitwissing van vorige benadeling as die kontrak R 50 miljoen aan wins werd is en die kliniek slegs een miljoen rand se befondsing ontvang. Die aandeelhouders is, soos reeds aangetoon, wel Swart persone en daar is selfs die kans dat hulle voorheen benadeeldes kan wees as gevolg van

560

Du Toit D ea *Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The*

voorheen onbillik diskriminerende wetgewing en diskriminasie. Maar kom ons aanvaar dat hul benadeling nie meer bestaan nie en dat al die aandeelhouders almal meer as een miljoen rand in die bank het en dat hulle ook nie aan sielkundige gevolge van rassediskriminasie ly nie. Daar kan kwalik aangevoer word dat hierdie voorbeeld dan aan die vereistes van artikel 9(2) sal voldoen.

7.3 *Regstellende aksie en die onus in grondwetlike sake*

Devenish is van mening dat omdat regstellende aksie as deel gesien word van die substantiewe reg op gelykheid, die onus om te bewys dat sodanige maatreëls ongrondwetlik is, op die aanvoerders van sulke gedagtes sal rus.⁵⁶¹ Met die argument dat regstellende aksie deur die grondwet in artikel 9(2) beskou word as 'n metode wat toegepas *kan* word ten einde substantiewe gelykheid te *bereik*, eerder as iets wat altyd deel van die reg op substantiewe gelykheid moet wees, kan daar nie verskil word nie. Regstellende aksie maatreëls is egter slegs 'n veroorlowing, nie 'n imperatief soos die substatiwe reg op gelykheid self nie.⁵⁶² Regstellende aksie *kan* dus deel wees van die *bereiking* van die substantiewe reg op gelykheid, maar hoef nie in alle gevalle deel daarvan te wees nie.

Met Professor Devenish se opmerkings oor die onus in sodanige sake word daar dus verskil. Artikel 9(5) skep 'n vermoede van onbillikheid ten opsigte van diskriminasie op enige van die gronde in artikel 9(3) vervat. Hiermee saamgelees veroorloof artikel 9(2) slegs wetgewende en ander maatreëls wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Eerstens moet dit genoem word dat artikel 9(2) nie direk van regstellende aksie melding maak nie, maar eerder handel met die terme "wetgewende en ander maatreëls" waaronder regstellende aksie as deel van 'n wyer groep maatreëls tuisgebring kan word. Sodanige maatreëls is baie meer omvattend as slegs regstellende aksie en kan ook mediese sorg vir armes, buitelandse hulp aan voorheen

⁵⁶¹ *Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 19
Devenish GE Commentary 62

⁵⁶² Swanepoel J 1998 PER 19

benadeeldes, gesubsidieerde of gratis vervoer van benadeelde persone uit landelik onontwikkelde gebiede na groter sentra en vele ander maatreëls uitmaak.

Omdat nie alle regstellende aksie, of wetgewende en ander maatreëls wat die benaming van regstellende aksie dra, ontwerp, of selfs altyd gemik is op die beskerming of ontwikkeling van persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is nie, kan die onus om te bewys dat sulke maatreëls ongrondwetlik is, nie op persone geplaas word wat nie met meerdere kennis daarvan bekend is nie. Indien laasgenoemde wel sou gebeur, sou dit kon beteken dat slagoffers van sodanige maatreëls, welke maatreëls maklik diskriminerend kan wees en nie noodwendig met die doelwit van artikel 9(2) ontwerp of geïmplementeer word nie, die bewyslas moet dra dat sulke maatreëls ongrondwetlik is. Sonder detailkennis oor wat die doel van sodanige maatreëls is, kan dit baie moeilik wees om daardie onus te bewys. Slegs persone en instansies wat sodanige programme ontwerp of implementeer weet tog die beste wat die doel daarvan is en gevolglik moet die onus op laasgenoemde rus om te bewys dat die doel daarvan, naamlik die bereiking van gelykheid en die beskerming of ontwikkeling van benadeelde persone, die hoofdoel is van hierdie maatreëls. Gestel wetgewing word geneem as voorbeeld. Die kopstuk van elke wet stel die doel daarvan en die leser kan daaruit aflei wat die doel van die betrokke wet is.

Wanneer daar byvoorbeeld met 'n buitelandse hulpprogram gewerk word, bestaan daar nie noodwendig so 'n hulpmiddel (soos die kopstuk van 'n wet) wat iewers neergeskryf is en waaruit die leek, wat ook die slagoffer van so 'n maatreël kan wees, kan vasstel wat die doel van daardie program is nie. Om van iemand wat nie weet wat die doel van die maatreëls is waaronder hy ly nie, te verwag om te bewys dat dit onbillik is as sou dit nie aan die vereiste van artikels 9(2) en (3) voldoen nie, sal 'n onregverdige situasie skep. Die party wat met die doel van die maatreëls bekend is, hetsy die ontwerpers of die implementeerders van die betrokke maatreëls, sal die beste weet of dit inbreuk maak op sekere regte van die slagoffers daarvan, in hierdie geval artikel 9(3), en laasgenoemde behoort dus die onus te dra in sulke gevalle.

Indien ons die roete sou volg om die onus op die teenstanders van sodanige maatreëls te plaas, open ons die deur vir groot ongeregthede, ongeag die feit dat die motiewe

van die teenstaanders in sommige gevalle selfsugtig mag wees. Die bepaling van laasgenoemde is egter die plig van die hof. Ongeregtigheid kan direk voortvloei uit regstellende aksie self, dit wat as regstellende aksie afgemaak word, of maatreëls wat selfs net terloopse elemente van die opheffing van voorheen benadeeldes bevat, terwyl daardie maatreëls eintlik ander doelwitte nastreef, soos die materiële verryking van mense wat nie voorheen benadeelde persone is nie. Om die onus op die applikante te plaas, kan die kwessie van regstellende aksie maklik na hoogtes voer waar dit geensins meer gelykheid is wat nagestreef word nie, maar doelwitte wat niks met die opheffing van voorheen benadeeldes te make het nie, byvoorbeeld selfsugtige persoonlike, ekonomiese of selfs partypolitieke doelwitte. Vir dieselfde redes dus, waarom die onus ten opsigte van die gronde wat in artikel 9(3) gelys word op die respondent geplaas word, moet die onus ook by sake wat oor regstellende aksie handel, op die respondent geplaas word. Regstellende aksie is immers ook 'n inbreukmaking op gelykheid op een of meer van die gronde wat in artikel 9(3) genoem word.

Hierdie argument stem ooreen met die lyn wat gevolg is in die saak van *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)*⁵⁶³ waarin dit ook beslis is dat diskriminasie op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys moet word voordat die onus oorskuif op die werkgewer. Dieselfde sal dus die geval wees ten opsigte van regstellende aksie wat 'n vorm van rassediskriminasie bevat en ras is in elk geval een van die gelyste gronde in artikel 9(3), wat beteken dat die onus op die werkgewer rus om te toon dat dit geregverdigde diskriminasie is om die betrokke regstellende aksie toe te pas. Regter Swart beslis ten opsigte van die onus van die grondwetlikheid van die regstellende aksie maatreëls, in soortgelyke trant, die volgende aangaande die onus in die saak van *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others*.⁵⁶⁴

⁵⁶³ *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)* 1999 ILJ 330 (LC) 333D-G soos bevestig in *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T). In *Leondard Dingler Employee Representative Council v Leondard Dingler* 1998 ILJ 285 (LC) 296H-299H word artikel 9(5) bespreek. Laasgenoemde uitspraak word volledig bespreek in Dupper O 2000 ILJ 788-790 en Grant B "The Labour Court's first discrimination case" 1998 ILJ 709-714

⁵⁶⁴ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T) 979C-D

Having proved discrimination, that is presumed to be sufficient proof of unfair discrimination until the contrary is established. I think the conclusion is inescapable that the respondents, being the sponsors of the relevant affirmative action programme or programmes, bear the burden of establishing this.

Verder bestaan daar geen grondwetlike bepaling wat regstellende aksie ingevolge artikel 9(2) spesifiek uitsonder as 'n maatreël wat nie dieselfde hanteer moet word as ander maatreëls wat inbreuk maak op die reg op gelykheid nie. Vir doeleindes van hierdie bespreking, wat spesifiek handel met regstellende aksie op grond van ras, die Wet op Billike Indiensneming en die Gelykheidswet, word daar dus aanvaar dat die onus om te bewys dat die inbreukmaking op gelykheid op grond van ras is, steeds op die respondent rus.

7.4 Die reservering van plekke vir die aangewese groepe ter wille van regstellende aksie

7.4.1 Die ongelykhede van die verskillende rassegroepe en 'n maatstaf vir gelykheid

Met al die bogenoemde op rekord, moet daar nou gelet word op die beslissing van die Arbeidshof in die saak van *George v Liberty Life Association of Africa Ltd.*⁵⁶⁵ In hierdie saak is dit gestel dat alhoewel regstellende aksie in wese diskriminerend van aard is, dit nie onbillike diskriminasie is nie. Hierdie beslissing kan nie geïnterpreteer word as sou regstellende aksie onder geen omstandighede onbillik wees nie. Alles sal natuurlik van die omstandighede van die betrokke benadeling en die aard van daardie spesifieke regstellende aksie self afhang.

Dit behoef nie veel betoog dat daar in die verlede teen Swartmense, Bruinmense en Indiërs gediskrimineer is en dat hierdie diskriminasie groot ongeregthede en

⁵⁶⁵

George v Liberty Life Association of Africa Ltd 1996 8 BLLR 985 [IC]

ongelykheid veroorsaak het nie.⁵⁶⁶ Dit word egter met respek hier aangevoer dat nie alle Swartmense, Bruinmense en Indiërs teen wie gediskrimineer is en vir wie daar nadeel veroorsaak is uit hoofde van sodanige diskriminasie, tot dieselfde mate ongelik is in die Suid-Afrikaanse konteks waarin ons ons vandag bevind nie. Nou ontstaan die vraag of al hierdie mense dan, as hulle nie tot dieselfde mate ongelik is nie, tot dieselfde omvang geregtig moet wees op dieselfde potensiële voordele van regstellende aksie as die mees benadeeldes en selfs of sommige van hulle enigsins geregtig moet wees op sodanige voordele. Kan daar in geval van skade meer vergoeding toegeken word as die skade wat oorspronklik gelyk is?

Sover terug as 1991, nadat die politieke hervormingsproses begin is, was die ontwikkelingsindekse van die verskillende rasse-groepe in die land nie gelyk nie, soos dit hierbo reeds in detail bespreek is. Die Blankes s'n was die hoogste, met 0.901, gevolg deur dié van die Indiërs met 0,863, daarna die Bruinmense met 0,663 en laastens die Swartmense op 0,500.⁵⁶⁷ Daar kan uit hierdie verskille in die bevolkingsontwikkelingsindekse van die verskillende rasse-groepe afgelei word dat die verskillende rasse-groepe nie gelyk was nie. Daar sal diesulkes wees wat hierdie onderskeide slegs aan diskriminasie van die verlede toeskryf. Daar sal selfs aanvaar kan word dat as dit nie was vir vorige rasdiskriminerende maatreëls nie, die Swartmense, Bruinmense en Indiërs se bevolkingsontwikkelingsindekse hoër sou gewees het as wat dit vandag is, maar dat die Blankes s'n aansienlik laer daar sou uitgesien het. Wat waarskynlik met regverdiging afgelei kan word, is dat die bevolkingsontwikkelingsindekse nader aan mekaar behoort te wees in 2002, as in 1991, alternatiewelik, indien dit nie die geval is nie, naamlik indien die situasie tussen die rasse-groepe versleg het, sover dit bevolkingsontwikkeling betref, of selfs tussen individuele persone verander het, dit nie aan diskriminerende maatreëls toegeskryf kan word ten opsigte van wat rasgebaseer gedoen is na die aanbreek van die nuwe Suid-Afrikaanse era op 2 Februarie 1990⁵⁶⁸ nie.

⁵⁶⁶ Sien ook die opmerkings hieroor hierbo.

⁵⁶⁷ Sien ook die bespreking hieroor hierbo.

⁵⁶⁸ 2 Februarie 1990 was die dag waarop voormalige Staatspresident FW de Klerk tydens die opening van die destydse driekamerparlement aangekondig het dat die nuwe Suid-Afrika

Laasgenoemde is die geval omdat die Suid-Afrikaanse regering met 'n streng program begin het om gelykheid daar te stel tussen die rassegroepe en geen verdere direk diskriminerende wetgewing is na 2 Februarie 1990 op die wetboek geplaas nie. In kort, as die bevolkingsontwikkelingsindekse versleg het van wat dit in 1991 was, kan die doel van die Wet op Billike Indiensneming, minstens nie totaal korrek wees nie en is dit dalk op 'n verkeerde hipotese gebaseer. Die hipotese waarop dit dan gebaseer is, is dat regstellende aksie gemik is teen die nie-aangewese groepe, ongeag die feit dat ten minste dele van die nadele wat deur die aangewese groepe gely word, nie deur diskriminerende optrede veroorsaak is nie. Soos wat sodanige optrede nie direk teen die aangewese groepe sou gediskrimineer het nie, sou dit nie die nie-aangewese groep direk bevoordeel het nie. Sommige van die vorige diskriminerende optrede se gevolge en dikwels selfs die maatreëls self het natuurlik steeds voortgeduur na 2 Februarie 1990 en kan nie ontken word nie. Hier word verwys na maatreëls soos onderwys, gesondheid, toegang tot hulpbronne en dies meer verwys. Hierdie sosiale en ekonomiese omstandighede moet ten minste verdiskonteer word ten einde bogemelde argumente nie in 'n suiwer juridiese sin te oorweeg nie, as sou dit minstens tot 'n mate bygedra het tot groter ongelykhede na 1991.

Natuurlik moet daar erken word dat die skip van apartheid nie dadelik tot 'n halt gekom het toe Oud-President FW de Klerk die einde van die ou Suid-Afrika aangekondig het nie. Die skip het lank geneem om om te draai en op sommige plekke in die land sal daar steeds diskriminerende praktyke wees wat plaasvind. Maar dat die skip gedraai het, is sonder twyfel waar. Intendeel, baie van die vorige diskriminerende wetgewing en praktyke sal selfs afgemaak kan word as sou dit byvoorbeeld geen invloed op die bevolkingsontwikkelingsindekse van die verskillende rassegroepe in die land gehad het nie. Die nie-aangewese groep sou ook geen direkte voordeel uit baie van daardie maatreëls verkry het, of daardeur bevoordeel gewees het, materieel of andersins nie. 'n Voorbeeld in hierdie verband is byvoorbeeld afsonderlike geriewe wat vir die verskillende rassegroepe gegeld het. Daar sal moeilik gesê kan word hoe afsonderlike strande, ingange tot plekke en geboue en bussitplekke, vir die verskillende rasse 'n invloed op hul verskillende

bevolkingsontwikkelingsindekse sou gehad het. Alhoewel hierdie maatreëls in wese grof diskriminerend en vernederend van aard was en op mense se menswaardigheid inbreuk gemaak het, kan daar nie gesien word hoe die Wet op Billike Indiensneming hierdie probleem kan oplos en aan gapings in die bevolkingsontwikkelingsindeks gekoppel kan word nie. Sonder om verder inbreuk te maak op letsels wat steeds rou mag wees weens jare se onregverdige diskriminasie, kan dit hier gestel word dat die tipe van regstellende maatreëls vir mense wat steeds benadeel is en onder die nadele van sulke tipe van diskriminerende maatreëls ly, nie materiële gevolge behoort te hê nie. Gevolglik behoort die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming nie vir sulke mense toepassing te vind nie, maar kan gepaste terapie en ander sosiale bystand dalk meer gepas wees binne die raamwerk van artikel 9(2) van die Grondwet.

Dat daar wel maatreëls was wat kon bygedra het tot gapings in die bevolkingsontwikkelingsindekse, soos swakker gehalte mediese geriewe, gebrek aan toegang tot sanitêre fasiliteite, verbodinge op vakbondlidmaatskap en dies meer, kan nie ontken word nie. Daar kan dus 'n verband bestaan tussen nadele uit hoofde van laasgenoemde en die voordele wat die Wet op Billike Indiensneming gemik is om aan die aangewese groepe te verleen binne hierdie konteks.

Dikwels kan daar egter ook, nie weens vorige diskriminerende wetgewing nie, maar weens ekonomiese omstandighede en dikwels swak politieke beleidsbesluite van die regerende owerheid van die dag, maatskaplike kostes op die hals gehaal word vir die benadeling van die omstandighede waarin mense hulle bevind. Baie mense is in 2003 slegter daaraan toe as in 1991. Baie meer mense is siek aan HIV / Vigs, daar is 'n halfmiljoen minder werksgeleenthede in die land en die rand / dollar wisselkoers is nou baie swakker as in 1991. Dit kan nie aan vorige diskriminasie toegeskryf word dat die owerheid weier om aan swanger vroue wat aan HIV / Vigs ly, anti-retrovirale middels toe te staan nie.

Nog minder is dit vorige diskriminerende wetgewing en praktyke se skuld dat die rand as geldeenheid binne ses maande met 30% in waarde verswak het in 2001 weens

internasionale ekonomiese drukte, dat behuising wat sedert 1994 aan huislose mense verskaf is dikwels van swak gehalte is, dat owerheidskorruptsie vanaf 1994 tot 1999 ongeveer gelykstaande aan die nasionale behuisingsbegroting is, of dat meer as 'n halfmiljoen werksgeleenthede die afgelope agt jaar in die land verlore gegaan het nie. Ongetwyfeld het hierdie faktore bygedra tot die nadele wat inwoners van die land ly, maar baie daarvan kan nie aan vorige diskriminasie toegeskryf word nie. Juis daarom is al die nadele wat gely word deur mense as lede van die aangewese groepe, nie noodwendig weens sodanige vorige diskriminasie en praktyke nie, maar weens omstandighede wat ontstaan het na 2 Februarie 1990. Gevolglik kan die verswakking in die bevolkingsontwikkeling- syfers tussen die verskillende rassegroepe in die land nie slegs weens wat die Wet op Billike Indiensneming in die aanhef erken as die volgende nie:

that as a result of apartheid and other discriminatory laws and practices, there are disparities in employment, occupation and income within the national labour market;

7.4.2 Die *Motala*-gewysde

Daar is reeds deur die hofte erken dat die diskriminasie van al die rassegroepe in die land nie dieselfde was nie en dat sommige meer gelyk het as ander en dus meer ongelyk is as ander. Hierdie feit is erken in die saak van *Motala v University of Natal*,⁵⁶⁹ 'n saak wat gehandel het oor die reservering van plekke in 'n mediese program aan die Universiteit van Natal, ten gunste van Swart studente, tot die nadeel van Indiërstudente. Dit is verder deur daardie universiteit as geregverdig geag om by wyse van reservering van plekke vir Swart studente, ten gunste van laasgenoemde te diskrimineer tot die nadeel van Indiërstudente.⁵⁷⁰

Die rede waarom hierdie kwessie van reservering van plekke aan universiteite bespreek word, is omdat daar van aangewese werkgewers verwag word om numeriese

⁵⁶⁹

Motala v University of Natal 1995 3 BCLR 374 (D) 383. Bespreek in Loenen T 1997 *SAJHR* 418-419 en Olivier MP 1997 *TSAR* 348-349.

doelwitte te stel en baie van hierdie werkgewers sal, al is dit ook subtiel, sommige van die werkseleenthede wat beskikbaar word in hul werkplekke, ten gunste van die aangewese groepe reserveer. Daarom is dieselfde argumente wat daar ten opsigte van die reservering van plekke aan universiteite gemaak word, grootliks van toepassing op die reservering van werkseleenthede in die werkplekke van aangewese werkgewers. Gevolglik word die uitspraak van *Motala* in detail bespreek en gekritiseer, ten einde hierdie probleem te illustreer.

De Waal, Currie en Erasmus onderskryf ook die benadering dat al die rassegroepe nie ewe ongelukkig is nie weens historiese redes,⁵⁷¹ maar kritiseer die benadering van die *Motala*-beslissing. Hierdie skrywers stel dat wanneer die effek van 'n program is om mense wat ook in die verlede benadeel is, weer te benadeel, dan moet die hof die tweede vereiste van artikel 9(2) van die Grondwet oorweeg, naamlik dat die maatreeël redelik moet wees en versigtig gekonstrueer moet word om gelykheid te bereik.⁵⁷² Die gevolg van die argument van De Waal, Currie en Erasmus is dat gelykheid in die geheel nie bevorder word wanneer Indiërs nog nie gelyk is met byvoorbeeld Blankes nie en hulle dan weer eens benadeel word ten einde hulle gelyk te kry met Swartmense. Daar sou dus geargumenteer kan word dat so 'n benadering soos wat in hierdie saak toegepas is, nie die bereiking van gelykheid ingevolge artikel 9(2) is nie, maar dat dit eintlik die benadeling van Indiërs is, tot groter ongelukheid teenoor byvoorbeeld die Blankes, maar groter gelykheid van die Indiërs teenoor die Swartmense. Dit veronderstel ook dat Indiërs as groep benadeel word ten gunste van Swartmense by die reservering van plekke aan universiteite ten gunste van laasgenoemde, maar tot nadeel van die Indiërs. Ten einde die argumente te illustreer in hierdie verband, sal daar weer eens van bevolkingsontwikkelingsindekse vir die verskillende groepe gebruikgemaak word. Alhoewel hierdie indekse nie noodwendig matematies presiese resultate verleen nie, word daarvan gebruikgemaak vir doeleindes hiervan om die argumente te help staaf.

⁵⁷⁰ Little JW 1994 *Stellenbosch Law Review* 273-275 handel oor die algemene aard van die reservering van plekke aan universiteite en die vermindering van rass spanning in die land.

⁵⁷¹ Hierdie feit is ook erken, met spesifieke verwysing na die *Motala*-gewysde, in *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 SA 468 (T) 484A-B

⁵⁷² De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 225

Om egter terug te keer na die benadeling van die Indiërs as groep ten gunste van Swartmense: Hierdie argument vergeet egter dat Indiërs as groep, se bevolkingsontwikkelingsyfer dieselfde bly as die Indiëstudent sy plek in die betrokke program verloor, want hulle verkry as groep nie daardie ontwikkelingspunte by nie, terwyl die Swartmense se bevolkingsontwikkelingsyfers sal styg. Ten minste teenoor die Blankes, sal die bevolkingsontwikkelingsyfer van die Indiërs dieselfde bly. Dit kan selfs styg, as die Blankes se bevolkingsontwikkelingsyfers daal weens die feit dat hulle nie meer die voordele geniet om so baie mense uit hul groep top-opleiding te laat ondergaan soos wat voorheen die geval sou gewees het nie. As dieselfde egter met die Indiërs gebeur as met die Blankes in laasgenoemde geval, dan sal hulle teenoor al die ander rasse-groepe, die Swartmense inkluis, benadeel word.

Ten einde die vraag te bepaal of die Indiërs benadeel sal word deur reservering van plekke in die mediese program, moet die sogenaamde "generous and purposive" benadering van uitleg ten opsigte van artikel 9(2) nagevolg word, soos wat dit deur die Konstitusionele Hof goedgekeur is.⁵⁷³ Volgens hierdie benadering van uitleg moet die hof in grondwetlike sake die kernwaardes wat die regte in die Handves van Regte onderlê vasstel en dan 'n uitleg verkies wat ten beste versoenbaar is met daardie waardes en dit ondersteun en versterk.⁵⁷⁴ Hierdie benadering is aangespreek in die

⁵⁷³ *R v Big M Drug Mart Ltd* 1985 18 DLR (4th) 321 (SCC) 359-360 en *R v Oakes* 1986 26 DLR (4th) 200 (SCC) soos toegepas in *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) par [15]-[16]; *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) par [9]-[10]; *S v Williams & Others* 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH) par [51]-[54]; *S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (KH); 1995 7 BCLR 793 (KH) par [103], [125]; *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 161F-H; Erasmus G 1995 *SAPR* 221; Erasmus G en Strydom H "Judgments of the constitution and fundamental rights" 1995 *Stellenbosch Law Review* 264-272 267-269; Klug H 1996 *SAJHR* 66; Smith N "The purpose behind the words: *S v Mhlungu and Others* CCT/25/94; 1995 3 SA 867 (KH); 1995 7 BCLR 793 (KH)" 1996 *SAJHR* 90-99

⁵⁷⁴ De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 130-131; 'n "Generous and purposive" benadering tot die uitleg van wetgewing insoverre dit menseregte betref, het reeds in 'n aantal vroeëre sake voorgekom waar dit deur die hof toegepas is. Hierdie benadering is erken in die saak van *Dadoo, Ltd and Other v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530 waar die hof, wetende dat die onderliggende doel van artikel 2 van Wet 3 van 1885 en artikel 130 van Wet 35 van 1908 was dat die eiendomsreg van Indiërs in sogenaamde "Blanke" areas beperk moes word, beslis dat 'n maatskappy wat deur Indiërs besit is, wel as sodanig grond kon besit. Hierdie benadering is egter verwerp ten gunste van 'n letterlike uitleg van die wetgewing. In die saak van *Sachs v Rossouw* 1964 2 SA 555 (A) is die "generous and purposive" benadering wêl toegepas, deurdat 'n aansoek om leesmateriaal van iemand aangehou onder die vorige sekuriteitswetgewing (artikel 17 van die *Algemene Regswysigingswet* 37 van 1963), geweier is, as sou dit nie die doel van die wetgewer gewees het met die promulgering van die wetgewing nie. Kathree F 1995 *SAJHR* 435; Van Reenen TP 1997 *SAPR* 165. Soos uit die

saak van *Park-Ross and Another v Director: Serious Economic Offences*⁵⁷⁵ toe daar beslis is dat 'n grondwet *sui generis* is⁵⁷⁶ en dat die proses van grondwetlike uitleg deurtrek moet wees van die gees en oogmerke van daardie grondwet.⁵⁷⁷ Die betekenis van 'n reg of vryheid in die Grondwet vervat, moet vasgestel word uit hoofde van 'n analise van die doel van elke sodanige waarborg en daardie doel moet op sy beurt bepaal word na aanleiding van *inter alia*, die karakter, groter doelwitte en historiese oorsprong van die konsepte wat in die Grondwet vervat is, sowel as die taal waarin die betrokke konsepte uitgedruk word.⁵⁷⁸ Geen regte wat in die Grondwet vervat is, is egter onbeperk nie en is vanselfsprekend aan beperkings onderworpe.⁵⁷⁹ Die teks van die Grondwet mag egter nooit geïgnoreer word in grondwetlike sake nie. Die Grondwet is 'n geskrewe dokument en moet as sulks uitgelê word. Die teks moet deurentyd voorrang geniet, eerder as om daaraan die uitleg te gee wat die uitlegger van die teks self verkies.⁵⁸⁰

Om die "generous and purposive" benadering van grondwetlike uitleg van toepassing te maak op die lyn van denke soos onderskryf deur De Waal, Currie en Erasmus, terwyl die grondwetlike teks voorrang geniet, moet daar met die argument van hierdie drie skrywers saamgestem word. Die maatreëls wat ingevolge artikel 9(2) aanwending moet vind, moet wees om die bereiking van gelykheid te bevorder. Waar

voormelde blyk kan die "purposive and generous" benadering tot onregverdigde gevolge lei as die doel van die wet onregverdig daar uitsien.

⁵⁷⁵ *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K)

⁵⁷⁶ *Hunter v Southam Inc* (1985) 11 DLR (4th) 641 (SCC) op 649, soos bevestig in *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 4 SA 218 (W) 222C-G; *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 160I; Devenish GE "The interpretation of justiciable rights in South Africa's interim Constitution" 1995 *De Jure* 249-278 260

⁵⁷⁷ *S v Acheson* 1991 2 SA 805 (Nm) 813A-B soos bevestig in *Nyamakazi v President of Bophutatswana* 1992 4 SA 540 (B) 548F-567J; *Nienteni v Chairman, Ciskei Council of State and Another* 1993 3 SA 546 (Ck) 550B-555J; *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 4 SA 218 (W) 223B-D; *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 161B-C

⁵⁷⁸ *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 160I, 161A-J

⁵⁷⁹ *Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 2 SA 148 (K) 166H-J. Sien ook artikel 36 van die Grondwet.

⁵⁸⁰ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) par [17]-[18]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motlale Z "The Constitution is not anything the court wants it to be: The *Mhlungu* decision and the need for disciplining rules" 1998 *SALJ* 141-155 141-142, 145, 155; Nisihara H "The significance of constitutional values" 2001 Vol 1 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1/2001.html> 1-8 1; Pimstone G

daar immers meer as een uitleg van wetgewing moontlik is, *in casu* artikel 9(2), moet daardie uitleg verkies word wat op die beste manier die fundamentele regte wat ter sprake is, bevorder en versterk..⁵⁸¹ Die lyn van argumentering, soos onderskryf deur De Waal, Currie en Erasmus, kan slegs waar wees indien Indiërs byvoorbeeld benadeel sou word teenoor Blankes, deurdat hulle nadat hierdie gewraakte maatreëls geneem is, meer ongelyk daar sou uitsien as voordat die maatreëls in werking getree het.

Om die argument in hierdie geval te illustreer, sal daar weer eens van die bevolkingsontwikkelingsindekse gebruik gemaak word vir die verskillende bevolkingsgroepe in die land, soos dit op grond van ras saamgestel is. Alhoewel daar met De Waal, Currie en Erasmus saamgestem word, maar vir verskillende redes, sal daar in detail op hierdie kwessie ingegaan word hieronder. Omdat die rassegroepe in die land nie gelyk is nie, moet ons op grond van die bevolkingsontwikkelingsindekse soos wat dit hierbo aangegee is, logieserwyse aanvaar dat vir almal om dieselfde syfers te bereik, hopelik op dieselfde vlak as die Blankes, eerder as 'n verlaging van die syfers van die Blanke bevolking, sal die Swartmense se syfers byvoorbeeld eers moet styg tot dieselfde vlak as dié van die Bruinmense, dan tot dié van die Indiërs en dan tot dié van die Blankes. Tegelykertyd sal die syfers van die Indiërs en die Bruinmense ook deurentyd moet styg, maar as die Swartmense se syfers vinniger styg as dié van die Indiërs en die Bruinmense sal daar tog nie besware daarteen uitgemaak kan word nie. Hulle syfers is immers die laagste van al die rassegroepe. Solank almal net in die proses verbeter word op die pad na gelykheid. In elk geval kan daar moeilik gedink word hoe hierdie praktiese situasie bewys sal kan word in 'n geregshof, behalwe dalk by wyse van hoogs statistiese argumente.

Solank dit net nie die Indiërs en hulle syfers meer ongelyk maak as wat die geval was voordat die betrokke maatreëls ingestel is nie. Die Indiërs as groep moet natuurlik

⁵⁸¹ "Trading in principles – the economic activity clause of the interim Constitution" 1995 *SAPR* 356-393 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78
Bernstein and Others v Bester and Others NNO 1996 2 SA 751 (KH); 1996 4 BCLR 449 (KH) par [59]-[64]; *Nel v Le Roux NO* 1996 3 SA 562 (KH); 1996 4 BCLR 592 (KH); 1996 1 SACR 572 (KH) par [8]-[9], [18]; *Shabalala v Attorney-General (Transvaal)* 1996 1 SA 725 (KH); 1995 12 BCLR 1593 (KH); 1995 2 SACR 761 (KH); 1996 7 SACLR 1 (KH) para [9]; *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 588 (W) 603G-H; 1996 6 BCLR 836 (W)

verkieslik nie teruggehou word in hul ontwikkeling en die styging van hul syfers na dieselfde vlakke as Blankes nie, maar as dit sou beteken dat die Swartmense, wat laer syfers het as die Indiërs vinniger kan ontwikkel, dan blyk daar niks in artikel 9 van die Handves van Regte te wees wat sodanige optrede verhoed nie, behalwe die kwessie oor individualiteit wat hieronder bespreek sal word. Die enigste vraag is of die regstellende aksie maatreëls *in casu* bydra tot die bevordering van die bereiking van gelykheid van almal, soos veroorloof in artikel 9(2). Indien die Swartmense se syfers as geheel sou bly styg, byvoorbeeld weens die feit dat 10% van die Swart bevolking al die voordele verkry van die regstellende aksie maatreëls wat geïmplementeer word, maar 90% van hulle bly benadeel, dan sal daardie maatreëls, ook vir die redes wat hieronder aangevoer sal word, nie aan die vereistes voldoen om die toets van grondwetlikheid te kan slaag nie. Die rede vir laasgenoemde is weer eens die feit dat sodanige regstellende aksie nie sal bydra tot die bevordering van gelykheid as die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves van Regte vervat nie. Slegs 10% van die Swartmense sal hierdie bereiking van gelykheid in laasgenoemde geval geniet en dit is tog nie die doel van artikel 9(2) nie.

7.5 *Regstellende aksie ten gunste van individue of groepe*

7.5.1 *Regstellende aksie en politieke oortuigings*

Bogemelde is een kant van die argument. Indien daar na die res van die argument gekyk word, dan kan dit nie anders as om afgelei te word dat daar 'n inherente denkfout geleë is in hierdie argument nie. Daar word met respek aangevoer dat dit dieselfde fout moet wees as wat die hof in die *Motala*-beslissing gemaak het. Soos hieronder aangevoer sal word en soos wat reeds hierbo blyk, is die regte in die Handves van Regte vervat, regte wat ten gunste van individue geld. Dit is nie groepsregte nie.

Na aanleiding hiervan, moet die volgende vraag oorweeg word: Is regstellende aksie soos wat dit in die Grondwet gemagtig word en in die relevante wetgewing vervat is, soos hierbo bespreek, 'n fenomeen wat daarop gemik is om die ongelykheid van groepe mense uit te wis, of is dit op die individu gemik? Indien dit wel op groepe

gemik is, wie is daardie groepe en sluit die diskriminasie wat regstellende aksie veronderstel is om reg te stel ook diskriminasie in wat gepleeg is teen persone weens hul politieke oortuigings? Kan daar gevolglik politieke regstellende aksie plaasvind, soos wat blyk die geval te wees in byvoorbeeld die Namibiese staatsdiens?⁵⁸²

Laat daar uit die staanspoor gestel word dat politieke oortuiging om die voordele van regstellende aksie te kan geniet, nie grondwetlik gemagtig is nie. Grondwetlike magtiging is ten gunste van mense wat voorheen benadeel is en wie se nadeel steeds voortduur. Natuurlik is Swartmense, Bruinmense en Indiërs as groep(e)⁵⁸³ benadeel en politieke oortuiging in die verlede het wel iets met daardie diskriminasie te doen gehad, maar die magtiging van artikel 9(2) is ten gunste van almal wat voorheen benadeel is en wie se nadele steeds voortduur, ongeag politieke oortuiging. Geen uitsonderings of spesiale kategorieë bestaan in hierdie verband nie. Selfs Swartmense, Bruinmense en Indiërs wat met die vorige diskriminerende owerhede saamgewerk het en wat aan hierdie vereistes van artikel 9(2) voldoen, kan die voordele van regstellende aksie ontvang. Voormelde moet nie afgelei word om te beteken dat regstellende aksie in Suid-Afrika alleen op ras gebaseer mag wees nie. Dit sal hieronder aangetoon word dat regstellende aksie maatreëls ten gunste van individue gemik is, al is hulle lede van groepe en dat hul groepslidmaatskap nie ontken word nie. Ten laaste moet die punt gemaak word dat dit die teks van artikel 9(2) is wat regstellende aksie op individue mik en dat dit die aard van 'n soewereine parlement voor 27 April 1994 was, wat nie gebonde was aan enige Handves van Regte nie, wat groepsdiskriminasie moontlik gemaak het.

In hierdie verband moet die frase, "... persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is" eers ontleed word. Hierdie frase kan tot groot debat aanleiding gee. Daar sal natuurlik persone wees wat argumenteer dat

582

Jauch HM *Imbalances* 115

583

Apartheid en die benadeling wat daaruit voortgevloei het, was teen almal gemik wat nie Blank was nie. Van die groepe, byvoorbeeld Bruinmense, het egter op sommige gebiede minder diskriminasie ervaar. Daar is byvoorbeeld nie van Bruinmense verwag om dompasse te dra nie, maar diskriminasie was steeds aan die orde van die dag ook teen hulle, aangesien hulle nie Blank van kleur was nie. Dit was dikwels slegs die aard van die diskriminasie wat gewissel het, want alhoewel Bruinmense nie dompasse moes dra nie, kon hulle steeds nie eiendom in Blanke gebiede besit nie en het groot grondverskuiwings steeds ten opsigte van die Bruinmense plaasgevind, waarvan Distrik 6 waarskynlik die bekendste is.

regstellende aksie nie op individue gemik is nie, maar op groepe persone en as ons weer eens na die opmerkings van President Mbeki kyk aangaande twee nasies in een land, naamlik die een wit en ryk en die ander arm en swart,⁵⁸⁴ dan blyk die President dieselfde argumenteringslyn aan te hang. Maar die President is 'n politikus en hierdie proefskrif is, soos die howe wat hierdie probleem moet aanspreek, gemik op die uitleë van die reg eerder as die politiek. Daar bestaan geen twyfel dat wat die President sê tot 'n groot mate die waarheid is nie. Die grootste meerderheid van die Swartmense in Suid-Afrika is arm en die grootste meerderheid van die witmense in Suid-Afrika is ryker as die Swartmense, maar nie ryk *per se* nie.

Om egter die frase uit artikel 9(2) hierbo toe te pas deur met "kategorieë persone" rassegroepe te bedoel, is met respek, nie wat die Grondwet sê nie. Indien hierdie argument die waarheid is, dan sou dit bloot daarop neerkom dat gelykheid in Suid-Afrika geregtelik nie bereik sal wees totdat alle Swartmense, Bruinmense en Indiërs gelyk met alle Blankes is nie (terwyl alle Blankes in elk geval nie ewe gelyk is nie). Dit kan inhou dat alle individue uit al die aangewese rassegroepe geregtig is op die voordele van maatreëls, regstellende aksie inkluis, wat gemik is op die uitwis van vorige benadeling – 'n siening wat sommiges min sal help en aan ander baie groot en onregverdige voordele sal verskaf. In hierdie verband kan ons dink aan persone wat die een staatskontrak na die ander kan kry vir jare aanmekaar. Ook idees oor persone wat die een bevordering na die ander kry, almal op die rug van regstellende aksie kom by mens op, terwyl buitelanders topposte in ons land kan kry op grond van hul kleur, eerder as op grond van hul vermoëns, dikwels tot nadeel van Suid-Afrikaners bevoordeel kan word. Sulke argumente kan tog nie afgaan nie en in hierdie verband word daar met Professor Devenish saamgestem wanneer hy skryf dat benadeeldes nie oorgekompenseer moet word ten opsigte van vorige benadeling of 'n lisensie kan kry om ander fundamentele regte te skend nie. Hy meen ons howe sal 'n baie belangrike balans moet tref tussen die grondwetlike regte van die slagoffers van vorige diskriminasie wat nou die bevoordeeltes word ingevolge wettige regstellende aksie.⁵⁸⁵

Die eerste plek waar ons altyd moet begin met die uitleg van die Grondwet is die teks self. Die teks is die dissiplinêre reël wat die regter wat dit uitleë, bind. In die eerste uitspraak van die Konstitusionele Hof het die hof in 'n eenparige uitspraak die belangrikheid van die teks van die Grondwet beklemtoon by die uitleg daarvan.⁵⁸⁶

While we must always be conscious of the values underlying the Constitution, it is nonetheless our task to interpret a written instrument. I am well aware of the fallacy of supposing that general language must have a single 'objective meaning.' Nor is it easy to avoid the influences of one's personal intellectual and moral preconceptions. But it cannot be too strongly stressed that the Constitution does not mean whatever we might wish it to mean. We must heed Lord Wilberforce's reminder that even a constitution is a legal instrument, the language of which must be respected. If the language used by the lawgiver is ignored in favour of a general resort to 'values' the result is not interpretation but divination.

7.5.2 Die volkereg ten opsigte van individuele regstellende aksie

Om hierdie argument ten volle te oorweeg, is dit belangrik dat daar ook aan die volkereg aandag gegee word ingevolge die pligte wat in hierdie verband deur die Handves van Regte opgelê word. Ingevolge artikel 39(1)(b) daarvan, moet 'n hof, tribunaal of forum in ieder geval by die uitleg van die Handves van Regte die volkereg in ag neem. Gevolglik moet die volkereg hier oorweging geniet. Die *United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*⁵⁸⁷ is veral hier van toepassing en die volgende artikels daarvan verdien oorweging.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Devenish GE *Commentary* 62.

⁵⁸⁶ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) para [17]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motala Z 1998 *SALJ* 141-142, 145, 155; Nisihara H 2001 *PER* 1; Pimstone G 1995 *SAPR* 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78.

⁵⁸⁷ Die *United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities* is goedgekeur deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies deur resoluusie 47/135 op 18 Desember 1992.

⁵⁸⁸ Patel EM en Watters C *Fundamental Instruments* 277-280; Strydom HA 1998 *SAJHR* 376-378.

Artikel 1

1. States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of their identity.
2. States shall adopt appropriate legislative and other measures to achieve those ends.

Artikel 2

1. Persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities (hereinafter referred to as persons belonging to minorities) have the right to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, and to use their own language, in private and in public, freely and without interference or any form of discrimination.

Artikel 4

1. States shall take measures where required to ensure that persons belonging to minorities may exercise fully and effectively all their human rights and fundamental freedoms without discrimination and in full equality before the law.
5. States should consider appropriate measures so that persons belonging to minorities may participate fully in the economic progress and development of their country.

Artikel 5

1. National policies and programmes shall be planned and implemented with due regard for the legitimate interests of persons belonging to minorities.

Verder is die bepalings van artikel 27 van die *International Covenant on Civil and Political Rights* van 1966 ook van toepassing. Dit lees as volg:

27. In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.

Tesame hiermee is die bepalings van die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* relevant, aangesien dit voorsiening daarvoor maak dat alle mense uit hoofde van hul reg op selfbeskikking vrylik hul eie ekonomiese, sosiale en kulturele ontwikkeling bepaal.⁵⁸⁹ Mense mag ook nie van hul eie wyses om hulself te onderhou ontnem word nie.⁵⁹⁰ State word verder die pligte opgelê om die regte in hierdie internasionale verbond vervat, te laat verwesenlik⁵⁹¹ en die state wat lede is van hierdie verbond moet verder verseker dat hierdie regte deur die draers daarvan uitgeoefen word sonder diskriminasie⁵⁹². Hierdie regte mag egter deur die lidstate beperk word, maar slegs insoverre dit nodig is om die algemene welstand in 'n demokratiese gemeenskap te bevorder⁵⁹³ en lidstate mag nie die regte hierin vervat vernietig of meer beperk as waarvoor voorsiening gemaak is in hierdie verbond nie.⁵⁹⁴

589	Artikel 1(1):	All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.
590	Artikel 1(2):	All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.
591	Artikel 2(1):	Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.
592	Artikel 2(2):	The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.
593	Artikel 4:	The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present

7.5.3 Menswaardigheid as grondslag

Elkeen het die reg om te werk en die geleentheid om 'n inkomste te verdien by wyse van werk wat vrylik gekies word deur die betrokke persoon.⁵⁹⁵ Elkeen het verder die reg op gunstige en regverdigde werksomstandighede maar in besonder 'n gelyke geleentheid vir elkeen om bevorder te word in sy of haar werk na 'n geskikte hoër vlak, onderhewig aan geen oorwegings behalwe senioriteit en vermoë nie.⁵⁹⁶

Een van die ander kommerwekkende opmerkings wat deur die skrywer Solomon gemaak word, is dat artikel 15 van die Wet op Billike Indiensneming nie handel met die vraag of die persoon wat die voordele van regstellende aksie ontvang, wel deur vorige of huidige diskriminerende maatreëls benadeel is of nie. Hy meen dat diskriminasie 'n groepsfenomeen is en dat daar nie in hierdie verband met individue gehandel kan word nie. Solomon skryf dat regstellende aksie toegepas moet word ten gunste van persone uit die aangewese groepe, ongeag of hulle benadeel is deur vorige of huidige diskriminasie of nie.⁵⁹⁷

Hierdie argument van Solomon gaan, met respek, nie op nie, vir die redes wat hierbo aangevoer word, maar ook weens dit wat hieronder volg. In die eerste plek strook

		Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.
594	Artikel 5(1):	Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights or freedoms recognized herein, or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant.
595	Artikel 6(1):	The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.
596	Artikel 7(c):	The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular: (a) ... (b) ... (c) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence

⁵⁹⁷ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 233

hierdie argument nie met die doel wat deur Solomon aangegee word vir regstellende aksie en dit wat hieronder aangehaal word nie. Solomon gee immers die doel van regstellende aksie aan as die aanspraak van sosiale wanbalanse, deur daardie persone te bevorder waarteen daar tans of in die verlede onregverdig gediskrimineer is.⁵⁹⁸ Dit moet pertinent hier gestel word dat die regte wat in die Handves van Regte voorkom, die individu toekom en nie enige groep as sulks nie. Hierdie regte word individueel toegeken by geboorte, of by stigting in gevalle van regspersone, aan die draers daarvan en nie aan groepe in die gemeenskap nie.⁵⁹⁹ Die blote formulering van die teks van die Handves van Regte is reeds genoegsame ondersteuning vir hierdie argument, aangesien dit ten gunste van individue geformuleer is. Verder is die Grondwet 'n geskrewe dokument, en moet dit as sulks uitgelê word. Dit beteken nie wat ons graag wil hê dit moet beteken nie.⁶⁰⁰

Menswaardigheid is reeds as die basis van die reg op gelykheid erken. Ten eerste moet dit gestel word dat die benadering van Regter Catherine O'Regan in die saak van *Harksen v Lane NO and Others*,⁶⁰¹ wat die waarde van gelykheid, eerder as die waarde van menswaardigheid as die basis van die reg op gelykheid erken, nie deur die meerderheid van die lede van die Konstitusionele Hof onderskryf word nie. Die klem wat deur Regter O'Regan gelê word op die individu in verhouding tot die groep waarvan hy of sy lid is, is 'n benadering wat onderskryf word deur die skrywers Albertyn en Goldblatt⁶⁰² en is nie vir die ander lede van daardie hof so belangrik as die erkenning van die individu as 'n afsonderlike entiteit nie.

In die saak van *S v Makwanyane and Another*,⁶⁰³ slegs die tweede saak wat deur die Konstitusionele Hof beslis is,⁶⁰⁴ het hierdie hof reeds erken dat die reg op

⁵⁹⁸ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 232-233

⁵⁹⁹ Barrie GN "Ubuntu ungamntu ngabanye abantu: the recognition of minority rights in the South African Constitution" 2000 *TSAR* 271-278 272; Brassey M 1998 *LLJ* 1361

⁶⁰⁰ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) par [17]-[18]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motale Z 1998 *SALJ* 141-142, 145, 155; Nisihara H 2001 *PER* 1; Pimstone G 1995 *SAPR* 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78

⁶⁰¹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH) par [98], [100]

⁶⁰² Albertyn C en Goldblatt B 1998 *SAJHR* 260

⁶⁰³ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) para [144]; Davis DM *Democracy* 71-72

⁶⁰⁴ Die saak van *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) was streng gesproke die eerste saak wat kort voor die *Makwanyane*-saak beslis is. Weens die groot

menswaardigheid, saam met die reg op lewe, die belangrikste regte in die Handves is. Soos reeds gestel, is dit in daardie uitspraak erken dat die reg op menswaardigheid die fondament, of bron vorm van baie ander regte wat ook in die Handves verskans is, waarby die reg op gelykheid inbegrepe staan.⁶⁰⁵

In 'n regstaat waar fundamentele regte erken word, moet menswaardigheid sentraal staan tot die ander regte in die Handves en voorsien dit die basis vir die reg op gelykheid⁶⁰⁶ – in soveel as wat elke persoon oor gelyke menswaardigheid beskik, moet elkeen as gelyke behandel word, met gelyke respek.⁶⁰⁷ Elke individu geniet as deel van ons regstaatlike bedeling *gelyke waardigheid en respek*, ongeag hul lidmaatskap van besondere groepe.⁶⁰⁸ Hierdie feit is erken in die saak van *Pretoria City Council v Walker*,⁶⁰⁹ toe daar beslis is dat "no members (individue dus) of a racial group should be made to feel that they are not deserving of equal concern, respect and consideration." Persone se lidmaatskap van groepe word nie ontken nie,

openbare belangstelling in laasgenoemde uitspraak, sonder twyfel as gevolg van die kwessie ter sprake daarin, in vergelyking met die *Zuma*-saak se regspraak, het laasgenoemde egter nie die aandag of die publisiteit geniet wat dit moes verkry het as die eerste beslissing van die Konstitusionele Hof nie.

⁶⁰⁵ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) par [144], [324], [328]-[329]: "Thus recognition and protection of human dignity is the touchstone of the new political order and is fundamental to the new Constitution..." Hierdie lyn van denke is ook in die latere saak van die Konstitusionele Hof beklemtoon in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [28] ("the right to dignity is a cornerstone of our constitution"); *Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH) para [20]; 1997 2 BCLR 153 (KH) 161; *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) par [47], [51], *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41], *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) par [31]-[33]; Bevestig in die saak van *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) par [17]-[18]. Davis DM *Democracy* 95; Cowen S 2001 *SAJHR* 42; Du Plessis LM 1997 *Stellenbosch Law Review* 185; Goolam NMI 2001 *PER* 1; L'Heureux-Dubé C 1997 *SAJHR* 352; Schooling H 1999 *Responsa Meridiana* 1

⁶⁰⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) par [31]-[33]; *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [46], [50]-[53]; *Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others* 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH) para [35]; De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook* 231; Albertyn C en Goldblatt B 1998 *SAJHR* 257; Nisihara H 2001 *PER* 4

⁶⁰⁷ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [30] ("the rights of equality and dignity are closely related")

⁶⁰⁸ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; Jagwanth S 1999 *SAJHR* 205

maar hulle fundamentele regte kom hulle as individuele lede ("members") toe, al is hulle lede van spesifieke groepe. In laasgenoemde saak is daar verder beslis dat hierdie persone se reg op gelykheid aangetas is weens inbreuk op hul persoonlike individuele menswaardigheid, aangesien daar teen hulle as Blanke individue gediskrimineer is. Die belangrike is egter dat die hof hier die individuele aard van hierdie reg erken het. Die Konstitusionele Hof het ook implisiet die individuele aard van menswaardigheid erken toe dit lyfstraf ongrondwetlik verklaar het as straf om deur die howe opgelê te word en beslis het dat: "...it is a practice which debases everyone ..." ⁶¹⁰ "Elkeen," verwys wel na 'n gemeenskap as geheel, maar het mense as individue as basis daarvan. Ons kan slegs individueel van waardigheid ontnem word en nie kollektief nie.

Verder is die Handves van Regte immers geformuleer ten gunste van individuele regte, eerder as groepsregte. Die Handves ken die regte wat daarin vervat is toe aan elke individu, deur te handel met die terme "elkeen" by die meeste regte en "elke burger" wanneer daar onder andere met die politieke regte daarin vervat, gehandel word. Ten opsigte van die reg op gelykheid, stel artikel 9 dit duidelik dat "elkeen" gelyk is voor die reg; ⁶¹¹ die staat nie ... onbillik teen "iemand" (mag) diskrimineer ... nie; ⁶¹² en "geen persoon" mag onbillik ... teen "iemand" ... diskrimineer nie. ⁶¹³ Die meervoud is slegs ter sprake by kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Hierdie benadering word verder deur die Konstitusionele Hof geïmpliseer in die saak van *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* ⁶¹⁴ wanneer dit met menswaardigheid handel en hierdie begrip rondom die individu definieer. Die hof beslis dat die uniekheid van elke individu vereis dat elke individu toegelaat word om sy of haar talente optimaal te ontwikkel. Menswaardigheid is die ekwivalent van persoonlike vryheid en individuele outonomie. Hierdie opmerkings is direk van toepassing in 'n debat soos die een onder

⁶⁰⁹ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [81]
⁶¹⁰ *S v Williams & Others* 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH) para [89]; *Schooling H*
 1999 *Responsa Meridiana* 12-13
⁶¹¹ Artikel 9(1)
⁶¹² Artikel 9(3)
⁶¹³ Artikel 9(4)
⁶¹⁴ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA
 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [49]

bespreking en daar kan nie gesien word hoe daar van menswaardigheid weggestap kan word wanneer ons met regstellende aksie handel wat voordele vir een individu beteken, maar vir die volgende een nadele nie. Natuurlik word die slagoffers van regstellende aksie se menswaardigheid daardeur aangetas. Uit hoofde van wat hierbo gestel word, kan daar nie gesien word hoe daar met menswaardigheid in individuele terme gehandel kan word, maar regstellende aksie wat direk op menswaardigheid 'n impak maak, op groepe van toepassing gemaak kan word nie. Regstellende aksie mag dalk op sekere groepe mense gemik wees, maar die ontvangers en slagoffers daarvan is individue en hulle moet as individue behandel word in 'n regs konteks. Veral wanneer daar gekyk word of die regstellende aksie soos wat dit hier onder bespreking geneem word, grondwetlik die toets slaag, is hierdie erkenning van uiterste belang.

Indien fundamentele regte groepe van mense moes toekom, dan is dit definitief nie so geformuleer in die teks van die Grondwet, soos wat byvoorbeeld die geval is met regspersone nie.⁶¹⁵ Groepsregte bestaan ook nie duidelik nie. Maar so 'n formulering is nie gedoen nie en gevolglik kan daar, met die navolging van die "generous and purposive" benadering en die uitleg van die teks van die Grondwet, nie tot enige ander gevolgtrekking gekom word as dat die regte in die Handves vervat, na individuele regte verwys nie. Hierdie wyse van grondwetlike uitleg is ontleen aan die Kanadese reg⁶¹⁶ en vereis dat die doel van die betrokke grondwetlike reg nagespeur word met verwysing na die gees en oogmerke van die Handves van Regte self, die taal waarin die betrokke reg geformuleer is, die historiese redes waarom die betrokke reg verskans is en indien van toepassing, die betekenis en doel van ander spesifieke regte en vryhede waarmee die betrokke reg geassosieer word in die Handves.⁶¹⁷ Soos reeds gestel is die reg op gelykheid gebaseer op die fondament van menswaardigheid, wat opsigself ten gunste van individue staan.⁶¹⁸

⁶¹⁵ Artikel 8(4): 'n Regspersoon is geregtig op die regte in die Handves van Regte in die mate waarin die aard van die regte en die aard van daardie regspersoon dit vereis.

⁶¹⁶ *R v Big M Drug Mart* 1985 SCR 295 344

⁶¹⁷ Van Reenen TP 1997 SAPR 165

⁶¹⁸ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [30] ("the rights of equality and dignity are closely related")

Daar kan nie in die grondwetlike teks dinge ingelees word wat nie daar staan nie en die grondwetlike regte soos dit in die Handves van Regte vervat is, is ten gunste van individue geformuleer, nie ten gunste van groepe persone nie. Weer eens word dit gestel dat die grondwetlike teks nie beteken wat ons wil hê dit moet beteken nie. Dit is 'n geskrewe dokument en moet na aanleiding van die taal waarin dit geskryf is, uitgelê word.⁶¹⁹ Ons mag nie die teks van die Grondwet ignoreer ten gunste van 'n waardevervulling waarmee ons gelukkig is, of wat noodwendig ons eie persoonlike waardes en voorkeure is nie.⁶²⁰ Slegs insoverre die teks van die Grondwet dit toelaat, kan ons aan die grondwetlike teks 'n breër uitleg verleen as dit wat spesifiek in die teks self vervat is.⁶²¹

Sonder om op die korrektheid van hierdie argument in te gaan, kan daar hier genoem word dat Konstitusionele Regter Albie Sachs in 'n ander konteks meen, dat selfs kultuurregte individuele regte is, eerder as groepsregte. Dit is nie regte wat aan een of ander groep as 'n kollektiewe eenheid van die gemeenskap toegeken is nie, maar kom individue toe in hul individuele hoedanighede.⁶²² Natuurlik kan sommige regte deur die individu slegs as deel van 'n groep beoefen word en in hierdie verband word daar onder andere verwys na die taal- kultuur en godsdienstrege vervat in die Handves.⁶²³ Dieselfde kan natuurlik van 'n reg soos die reg op onderwys gesê word,⁶²⁴ maar alhoewel onderwys meestal aan 'n groep aangebied word, kom die voordele daarvan elkeen individueel toe, soos wat elkeen individueel 'n eksamenvraestel skryf, of elkeen individueel 'n matriek- of graadsertifikaat bekom. In ieder geval kan onderwys individueel beoefen word, terwyl dit nie die geval is met regte wat byvoorbeeld handel met kultuur of taal nie.⁶²⁵

⁶¹⁹ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) para [17]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motala Z 1998 *SALJ* 141-142, 145, 155; Nisihara H 2001 *PER* 1; Pimstone G 1995 *SAPR* 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78

⁶²⁰ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) para [18]

⁶²¹ *Attorney-General v Moagi* 1982 2 Botswana LR 124 182 soos bevestig in *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) para [18]

⁶²² *Barrie* GN 2000 *TSAR* 272; Nisihara H 2001 *PER* 3

⁶²³ Artikels 30-31

⁶²⁴ Artikel 29

⁶²⁵ Dit sou letterlik moontlik wees vir iemand om as die enigste lid van sy/haar geloof godsdienstrege uit te oefen, maar dit is hoogs uitsonderlik. In ieder geval is die res van die regte in die Handves gemik op die aardse lewe alleenlik, terwyl godsdienstrege ook handel met wat in die hiernamaals gaan gebeur met die beoefenaar van hierdie regte (waar hy/sy nie noodwendig al die regte sal kan geniet wat in die Handves vervat is nie, of dalk selfs meer

As elkeen as individu dan gelyke menswaardigheid toekom, kan dit tog nie gesê word dat individue, as draers van regte, bloot weens die geluk of die ongeluk om as lid van 'n spesifieke groep gebore te gewees het, bevoordeel of benadeel kan word, weens lidmaatskap van hierdie of daardie groep nie. As menswaardigheid die mens as individu, eerder as lid van 'n groep toekom, terwyl menswaardigheid tegelyk die basis vorm van die reg op gelykheid, dan moet gelykheid immers ook die mens as individu toekom, eerder as lid van 'n groep.

Alhoewel regstellende aksie dus wetgewend geformuleer is ten gunste van die groepe of kategorieë mense⁶²⁶ wat in die verlede onder die nadele van diskriminasie gelyk het en wie se diskriminasie steeds voortduur, kan die toepassing daarvan slegs ten gunste van die individuele lede van daardie groepe of kategorieë persone geskied. Die benadeling van ander persone ten gunste van regstellende aksie geskied ook teen daardie persone individueel en sodanige benadeling moet telkens grondwetlik beoordeel word. Nie alle lede van die sogenaamde groepe wat bevoordeel of benadeel word deur regstellende aksie, verkry die voordele van die betrokke regstellende aksie, of word daardeur benadeel nie. Om dus aan te voer dat regstellende aksie 'n groepsfenomeen is, kan moeilik verstaan word. Hierdie "groepe" kan tog nie slegs bestaan uit mense, geëkstrapoleer uit die rasgroepe waarvan hulle lede is, wat dan die voordele of die nadele van regstellende optrede ontvang nie. Ons kan dus nie anders as om te besef dat regstellende aksie 'n individu toekom of benadeel nie en dat 'n groep waarvan daardie persoon lid is, baie min met die regstellende aksie wat daardie persoon bevoordeel of benadeel te make het, behalwe natuurlik vir die feit dat sekere groepe in die verlede benadeel of bevoordeel is weens diskriminerende wetgewing en praktyke wat aanleiding gegee het tot regstellende aksie vandag. Daardie benadeling het egter ook individueel geskied.

Terwyl die diskriminasie van die verlede teen rassegroepe gemik was, is elkeen individueel benadeel. Boonop was die parlement, soos reeds gestel, voor 1994

regte sal geniet, na gelang van die geloof van die besondere persoon) en moet godsdiensregte dienoreenkomstig eiesoortig hanteer word, aangesien ons dit in elk geval nie ten volle kan verklaar nie, ongeag watter geloof ons aanhang. Nodeloos om te sê is die regte in die Handves van Regte vervat in elk geval slegs op die aarde, deur draers van daardie regte en in Suid-Afrika afdwingbaar.

soewerein en is die magte daarvan nie aan bande gelê deur 'n verhewe grondwet wat die *grundnorm* van die reg was en wat individuele fundamentele regte beskerm het nie. In elk geval is die regte in die Handves van Regte as individuele regte geformuleer. Dus is regstellende aksie en die fundamentele regte, sowel as die grondwetlike waardes wat daarmee gepaardgaan op individue van toepassing en nie groepe nie. Gevolglik is regstellende aksie nie 'n maatreël wat grondwetlik gesproke ten gunste van benadeelde groepe aanwending kan vind nie, maar is dit eerder ten gunste van individue geformuleer en moet dit ook so toegepas word, ongeag die feit dat die Wet op Billike Indiensneming na "aangewese groepe" verwys.

7.5.4 *Ubuntu*

'n Argument wat hier met Solomon se argument in verband gebring kan word, is die *ubuntu*-argument. Daar is geen twyfel dat *ubuntu* deel is van ons regstaatlike bedeling nie.⁶²⁷ Gewoonteregtelike waardes is nie altyd irrelevant vir Suid-Afrikaanse grondwetlike uitleg nie,⁶²⁸ maar hoe ver hierdie konsep van *ubuntu* strek, is totaal onseker. Konstitusionele Regter, Yvonne Mokgoro, definieer *ubuntu*, as konsep, soos volg:⁶²⁹

... a world-view of African societies and a determining factor in the formation of perceptions which influence social conduct.⁶³⁰ It has also been described as a philosophy of life, which in its most fundamental sense represents personhood, humanity, humaneness and morality; a metaphor that describes group solidarity is central to the survival of communities with a scarcity of resources, where the fundamental

⁶²⁶ Nisihara H 2001 *PER* 4

⁶²⁷ Hierdie feit is selfs erken in die afsluiting van die Oorgangsgrondwet, waar hierdie konsep op sy naam genoem word, as iets wat nodig is, eerder as viktimisering. Geen verwysing na *ubuntu* kom egter in die Grondwet voor nie.

⁶²⁸ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) par 300, [304], [307]-[308]

⁶²⁹ Mokgoro JY "Ubuntu and the law in South Africa" 1998 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-6 l. Hierdie definisie stem grootliks ooreen met die definisie wat deur Regter Mokgoro aan *ubuntu* gegee is in para [308] van die Makwanyane-uitspraak.

⁶³⁰ Broodryk J *Ubuntu in South Africa* (LLD-Proefskrif UNISA 1997) in Mokgoro JY 1998 *PER* 1

belief is that *motho ke motho ba batho ba bangwe* / *umuntu ngumuntu ngabantu*, which literally translated, means a person can only be a person through others.⁶³¹ In other words, the individual's whole existence is relative to that of the group: this is manifested in anti-individualistic conduct towards the survival of the group if the individual is to survive. It is a basically humanistic orientation towards fellow beings.

Met die eerste oogopslag blyk hierdie definisie van *ubuntu* groepsregte, eerder as individuele regte te erken. Soos Regter Mokgoro egter self erken, is gewoonteregtelike waardes nie altyd van belang by die uitleg van die Grondwet nie.⁶³² Verder is daar nêrens in die Grondwet, anders as die Oorgang grondwet, enige verwysing na *ubuntu* nie. As iemand wat nie self uit 'n gewoonteregtelike agtergrond kom nie, is die skrywer van hierdie proefskrif baie versigtig insoverre dit die ontleding van hierdie argument betref, maar daar word met respek aangevoer dat die benadering wat hier voorgestaan word, steeds korrek is. Alhoewel die argument uitgemaak kan word dat hierdie konsep van *ubuntu* deurentyd, al is dit dan nie by naam nie, erkenning geniet in die Grondwet, veral ten opsigte van die waardes daarvan, kan dit nie beteken dat *ubuntu* as konsep of stelsel, in ongesuiwerde vorm aan die Suid-Afrikaanse Handves van Regte rigting gee, ten gunste van groepsregte eerder as individuele regte nie. Dieselfde argument kan tog uitgemaak word dat sosialisme, kommunisme, Joodse ortodokse waardes, utilitarisme en vele ander stelsels se waardes ook implisiet inbegrepe is by die waardes wat die Grondwet onderlê. Dit beteken egter nie dat hierdie laaste vier konsepte, ongesuiwer neerslag vind in die Grondwet of aan die Handves van Regte rigting verleen nie. Vir dieselfde rede kan daar ook nie so 'n argument ten gunste van *ubuntu* as gewoonteregtelike waarde uitgemaak word nie. Nisihara skryf in hierdie verband dat menswaardigheid 'n neutrale fundamentele waarde is wat aan almal ruimte kan gee, eerder as wat dit

⁶³¹ Mbizi L en Maree J *Ubuntu: The Spirit of African Transformation Management* (Sigma Drukkers Johannesburg 1995) 1-7 in Mokgoro JY 1998 PER 1

⁶³² *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) para [300]

byvoorbeeld 'n Europees-Christelike waarde is.⁶³³ Nisihara se argumente is net so van toepassing ten opsigte van *ubuntu*.

Die Grondwet is dit wat die teks vir ons sê dit is, nie wat ons graag wil hê dit moet beteken nie.⁶³⁴ *Ubuntu* vind dus nie in die suiwerste sin, soos wat dit in Afrika-gemeenskappe toegepas word, sonder inagneming van al die ander bepalings van Grondwet, ook aanwending in die Suid-Afrikaanse reg nie.

Alhoewel *ubuntu* ook verband hou met groepsolidariteit en kollektiewe eenheid,⁶³⁵ is daar niks in die Grondwet wat mense verhoed om as groepe solidariteit met mekaar te betoon en / of kollektief eenheid te geniet nie. Regter Mokgoro meen dat *ubuntu* verder aanwending vind in die idee van nasionale eenheid wat in die Grondwet van ons as Suid-Afrikaners vereis word.⁶³⁶

Ons is egter almal as individue burgers van die land⁶³⁷ en toon ons nasionale eenheid ook as burgers aan, deur kollektief op te tree. In daardie opsigte kan *ubuntu* wel ten volle uitgeleef word, maar wanneer dit kom by die toepassing van die fundamentele regte in die Handves van Regte, is die regte daarin vervat individuele regte. In hierdie verband hou *ubuntu* weer streng ooreenkomste in met die konsepte van medemenslikheid (*ubuntu* en medemenslikheid moet nie as twee afsonderlikhede gesien word nie en word bloot gekunsteld onderskei vir doeleindes van hierdie studie), wat in verband gebring kan word met menswaardigheid, wat soos reeds gestel, 'n funderende waarde van ons Grondwet is.

Omdat menswaardigheid egter met die individu verband hou, eerder as die groep, moet *ubuntu* ook binne hierdie paradigma toepassing vind in die Suid-Afrikaanse reg.

⁶³³ Nisihara H 2001 *PER* 2

⁶³⁴ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) par [17]-[18]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motala Z 1998 *SALJ* 141-142, 145, 155; Nisihara H 2001 *PER* 1; Pimstone G 1995 *SAPR* 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78

⁶³⁵ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) para [308]

⁶³⁶ Mokgoro JY 1998 *PER* 4

⁶³⁷ Artikel 3 van die Grondwet

7.5.5 Praktiese toepassing

- (a) Eerstens moet daar met *benadelende maatreëls* ten opsigte van die groep versus die individu gehandel word.

Kortliks word dit gestel dat vir dieselfde rede waarom byvoorbeeld menswaardigheid elke persoon, dit wil sê, "elkeen" individueel toekom, kom gelykheid elke persoon individueel toe. Menswaardigheid word deur 'n mens individueel geniet, alhoewel mense as 'n groep kan voel dat hulle waardigheid het. Hulle voel egter almal gesamentlik as individue waardig. As een van hulle se menswaardigheid aangetas word, byvoorbeeld as gevolg van die feit dat iemand daardie betrokke persoon sou slaan of vloek, beteken dit nie dat die res van die groep se menswaardigheid ook aangetas is nie. Die gewraakte benadelende maatreeël daarenteen, kan individueel of op 'n groep of kategorie persone gemik wees. Steeds is die nadele van diskriminasie deur individue in hul individuele hoedanighede gely.

Dit is onder andere ook waarom sommige mense teen wie diskriminerende maatreëls in die verlede gemik was, daarin geslaag het om ryk te word tydens die verdrukking, omdat hulle individueel sommige van die benadelende maatreëls kon vryspring. Hulle kon dalk nie die maatreëls van afsonderlike strande oorkom nie, maar kon byvoorbeeld in die buiteland gaan studeer as dieselfde hoër opvoeding nie vir hulle in Suid-Afrika beskikbaar was nie.

- (b) Die *remediërende maatreeël* is egter losstaande van die benadelende maatreeël en kan nie in groepsverband gesien word, bloot omdat die benadelende maatreeël teen die groep, eerder as die individu gemik was nie. Die individue kan wel as groep voel dat hulle benadeel is in die werkplek, maar elkeen word individueel benadeel, soos wat elkeen individueel 'n loon of salaris verdien, of individueel bevorder word. Die groep word nie as groep betaal aan die einde van die week, of as groep bevorder wanneer een van die lede van die groep vir bevordering in aanmerking kom nie. Dit gebeur individueel.

Artikel 9(2) van die Handves van Regte maak voorsiening vir magtiging tot regstellende aksie maatreëls ten gunste van kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Soms kan bevoorudelende maatreëls wel ten gunste van 'n groep gemik wees, byvoorbeeld huidige bevoordeling by wyse van regstellende aksie vir persone wat die voormalige Bantoe-onderwys ontvang het. Alhoewel remediërende maatreëls ten gunste van daardie groep gemik kan wees, kan die voordele daarvan slegs individueel die lede van die groep toekom. Persone wat deur Bantoe-onderwys benadeel is, kan tog as deel van die regstellende aksie maatreëls slegs as individue 'n hoër of verbeterde matrieksertifikaat bekom of as individue aanstellings bekom by aangewese werkgewers. Die maatreëls wat ingestel word, is egter ten gunste van die kategorie persone wat deur Bantoe-onderwys benadeel is en wie se benadeling steeds voortduur. Gevolglik is die argument dat benadeling groepsgebaseerd is wel waar, insoverre dit die benadeling betref en die feit dat die benadeling op die groep as geheel gemik kan wees. Die benadeling is egter deur baie individue as lede van 'n groep ervaar. Nie al die lede van die groep teen wie dit gemik was, het die nadele daarvan gely nie.

Soos wat mense individueel matriek slaag, betaal word aan die einde van die werkswaek, bevordering geniet of siekverlof neem, netso word regstellende aksie voordele individueel geniet. Individualiteit word erken in die *Motala*-saak deur die feit dat die individuele Swart student die voordele van tersiêre studie ontvang, terwyl die individuele Indiërstudent daarvan ontnaem word. Net soos wat die verdrukkende owerhede van die verlede diskriminerende praktyke teen groepe gemik het, maar dit slegs individueel kon afdwing, is regstellende aksie dalk ten gunste van groepe gemik, maar dit kan ook slegs individueel toepassing vind. Slegs individue van die groep ten gunste van wie regstellende aksie ingestel word, kan die voordele daarvan geniet. Daar is nie voordele wat ten gunste van meer as een persoon toegepas kan word, sodat meer as een persoon presies dieselfde voordeel gelyktydig geniet nie. Dieselfde bevorderings- en universiteitstoelatingsgeleentheid, sowel as ander voorbeelde van regstellende aksie, kan nie deur meer as een persoon op 'n slag geniet word nie. Net een persoon word op 'n slag bevorder en net een student

word op 'n slag tot 'n universiteit toegelaat, deurdat elke aansoek om toelating individueel oorweeg word. Een persoon se toelating, beteken nie outomaties die toelating van 'n ander aansoeker nie. 'n Groep aansoekers se aansoeke word nie gesamentlik oorweeg en af- of goedgekeur nie. Elkeen word individueel behandel. Toegepas op *Motala*, beteken dit dat alhoewel mense lede is van die Swart of die Indiërgroepe en sekere maatreëls op of teen lede van die betrokke groepe gemik is, kan die benadeling of die bevoordeling slegs individueel geskied.

- (c) Regstellende aksie word volkeregterlik in elk geval nie ten gunste van groepe toegelaat nie. Een van die vernaamste redes waarom die Verenigde Nasies se *Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*⁶³⁸ nie regstellende aksie ten gunste van groepe toelaat nie,⁶³⁹ is juis weens die feit dat dit nie 'n toestand wil onderskryf wat sou toelaat dat die voordele van regstellende aksie individue toeval, bloot op grond van hul lidmaatskap van daardie groepe, wat die voordele van regstellende aksie ontvang nie.⁶⁴⁰ Die reg op gelykheid geld dieselfde ten opsigte van almal. Een mens is nie meer gelyk as 'n ander nie en almal is geregtig op gelyke beskerming en voordele van die reg.⁶⁴¹ Een individu is nie meer geregtig op gelykheid as 'n ander individu nie. In hierdie spesifieke verband is die bepalings van die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*⁶⁴² van toepassing insoverre dit onderwys betref. Artikel 13(2)(c) lees as volg:

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

- (a) ...

⁶³⁸ Hierdie *Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies uitgevaardig op 20 November 1963 by wyse van Resolusie 1904(IVIII).

⁶³⁹ Artikel 2(3)

⁶⁴⁰ O'Shea A *International Law* 7A-81

⁶⁴¹ Artikel 9(1) van die Handves van Regte

⁶⁴² Die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar en geopen vir ondertekening, ratifikasie en toetrede by wyse van Resolusie 2200A(XXI) van 16 Desember 1966 en dit het op 3 Januarie 1976 in werking getree.

(b) ...

(c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

Dit is te betwyfel of daar aan bepaling 2(c) van die *Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* voldoen word wanneer sommige Indiërstudente nie gelyke toegang tot universiteite verkry nie weens hul ras. Dit is veral so gemeet teen die feit dat persone van dieselfde ras in die land reeds 'n groter mate van relatiewe gelykheid, *in casu* gemeet aan bevolkingsontwikkelingsyfers, as die benadeelde Indiërstudente bereik het. Hierdie feit word verder gedemonstreer deurdat hierdie benadeelde studente, as individue, steeds nie naasteby dieselfde syfers as dié van die Blanke groep bereik het soos wat dit was toe die Grondwet in werking getree het nie en hulle nou van 'n voordeel ontnem word wat hulle gelykheid kan verbeter. Gevolglik moet hierdie oorweging in ag geneem word by 'n vraag soos die een onder bespreking.

(d) Toegepas op die werkplek, moet dieselfde oorwegings, uit hoofde van die gelykeheidsbepaling in die Grondwet, soos dit hierbo op die onderwys van toepassing gemaak is, ook toepassing vind op ander terreine van die samelewing, onder andere in die werkplek. Die grondwetlike oorwegings ten opsigte van benadeling en bevoordeling van spesifieke individue en die reg aangaande regstellende aksie en die bereiking van gelykheid as grondwetlike waarde, insoverre dit van toepassing is, is op alle terreine dieselfde, ongeag of dit onderwys of die werkplek is. In elk geval geniet die groep, of die lede van die groepe waarvan die Swart en Indiërstudente lede is, nie die voor- of nadele van die bevoor- of benadeling in gevalle van hierdie tipe van regstellende aksie nie.

(e) Ten opsigte van die groepe waaraan die Indiërs en die Swartmense behoort, kan die volgende gestel word: Deur 'n Indiërstudent van die voordele van mediese studie te ontnem, mag dalk die Swartmense as bevolkingsgroep help

om hoër bevolkingsontwikkelingsindekssyfers te bekom, weens die bevoordeling of benadeling van die betrokke individue, en die Indiërs as groep se syfers mag dalk selfs dieselfde bly. Daardie Indiër as individu, se reg op die bereiking van gelykheid as die volle en gelyke genieting van alle regte in die Handves van Regte vervat, word egter benadeel, terwyl die Swart student wat die voordeel van mediese studie geniet, se reg op gelykheid bevorder word. Daar kan tog nie daarmee saamgegaan word dat die een student lewenslank benadeel word, terwyl die ander een lewenslank bevoordeel word op grond van hul ras en dit wat in die verlede gebeur het en waaraan hulle nie deel gehad het nie. Hulle lewens word dan juis bepaal op grond van hul lidmaatskap van 'n groep en dit is juis waarteen artikel 13(2)(c) van die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* dit het. So 'n benadering is ook direk in stryd met die benadering van die Konstitusionele Hof insoverre dit die aantasting van menswaardigheid en gelykheid betref. Weer eens moet dit gestel word dat menswaardigheid as grondwetlike waarde, verder versinnnebeeld as fundamentele reg, die fondament, of bron van vele van die ander regte is wat in die Handves van Regte verskans is.⁶⁴³ Menswaardigheid staan ook sentraal tot die reg op gelykheid⁶⁴⁴ Indien iemand lewenslank benadeel word, wat wel die geval is wanneer daardie individu van tersiêre studie ontnem word op grond van ras, welke gevolge lewenslank vir daardie individu sal duur, dan tas dit tog onteenseglik daardie

⁶⁴³ *S v Makwanyane and Another* 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH) parr [144], [324], [328]-[329]; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [28] ("the right to dignity is a cornerstone of our constitution"); *Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH); 1997 2 BCLR 153 (KH) para [20]; *Ferreira v Levin NO and Others*; *Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) parr [47], [51], *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41], *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) parr [31]-[33]; *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) parr [17]-[18]. Du Plessis LM "Menseregte in die skadu's en skanse van die ivoortoring" 1997 *Stellenbosch Law Review* 181-191 185; Goolam NMI "Human dignity – our supreme constitutional value" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1.html> 1-8 1; L'Heureux-Dubé C "Making a difference: The pursuit of equality and a compassionate justice – address at the Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand, 1 August 1997" 1997 *SAJHR* 335-353 352

⁶⁴⁴ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [81]; Jagwanth S 1999 *SAJHR* 205

persoon se waardigheid en reg op gelykheid aan. Menswaardigheid as ingebore reg en as grondwetlike waarde ly in sulke gevalle skade. Verder ly die bereiking van gelykheid as grondwetlike waarde ook onberekembare skade, want daardie individu se bereiking van gelykheid insoverre dit tersiêre studie betref, word lewenslank gestuit.

- (e) Wanneer die groep net vir 'n oomblik opsygeskuif word en daar gelet word op die individu, staan dit onteenseglik dat die voorreg om tersiêr te kan studeer 'n voordeel is wat lewenslank die student daarvan bybly. As die doel van substantiewe gelykheid, gelykheid van uitkomst is, dan kan daar nie *in casu* geargumenteer word dat die Indiër as individu, gelykheid van uitkomst sal geniet nie. Die Swart student wat sy plek in die mediese fakulteit inneem, sal lewenslank die mediese dokter wees wat die Indiërstudent kon gewees het en die Indiërstudent word lewenslank daarvan weerhou. Hy bly lewenslank die pasiënt. Hoe kan daar in so 'n geval selfs sprake wees van gelykheid van uitkomst of substantiewe gelykheid? Wat het die owerhede se beleidsbesluite of die oorwegings van die universiteit om hul rasgetalle te laat reg lyk volgens politieke oorwegings, te make met die feit dat individuele fundamentele regte van sekere individue lewenslank geskend word?

Die Swart student se groep is teen gediskrimineer in die verlede. Die Indiërstudent se groep het ook onder die nadele van diskriminasie gely, maar tot 'n mindere mate as die groep van die Swart student. Beide is gebore in 'n groep oor wie se geskiedenis nie een van hierdie individue enige beheer gehad het nie. Hulle het ook geen keuse gehad oor die vraag in watter groep hulle graag gebore sou wou gewees het nie. Die Indiërindividu word nou ten ergste teen gediskrimineer, word lewenslank benadeel, sy regte op gelykheid en menswaardigheid word geskend en die skending daarvan duur steeds voort. Die belang van die groep waarvan die Swart of Indiërstudente lede is, is nie hier ter sprake nie. Die belang van die individu weeg in hierdie verband swaarder, aangesien die groep nie die nadeel, of die voordeel van die studie, saam met hierdie betrokke individu deel nie.

7.5.6 'n Alternatiewe voorstel

Indien die Universiteit van Natal voortaan plekke aan Swart studente wil afstaan ten koste van Indiër- of enige ander studente vir doeleindes van hierdie argument – elke student sal immers in sy individuele hoedanigheid benadeel word – dan sal daar waarskynlik slegs een uitweg wees en dit is om meer plekke te skep in die fakulteit ten gunste van meer studente uit die groep wat die universiteit wil bevoordeel. Bo en behalwe die plekke wat reeds bestaan, moet die universiteit dus ekstra plekke skep ten gunste van persone aan wie dit die voordele van regstellende aksie wil verleen. In laasgenoemde geval sal geen Indiërstudent benadeel word nie, aangesien niemand daarvan weerhou word waarop enige betrokke student nie voor die tyd in elk geval sou kon aanspraak maak nie, terwyl die voordele van studie steeds die betrokke Swart studente toeval vir wie die universiteit wil voordele skep. Verder kom die universiteit as staatsorgaan die land se volkeregtelike verpligtinge na soos hierbo uiteengesit. Hoeveel sodanige plekke geskep kan word, sal afhang van die bronne van die betrokke universiteit.

Met laasgenoemde in gedagte, kan daar moeilik gesien word hoe die universiteit eerstens sal kan bewys dat die reg op gelykheid nie geskend is *in casu* nie. Maar selfs indien die universiteit dit van hierdie onus sou kon kwyt, sal dit moeilik kan aantoon dat daar nie van minder inbreukmakende maatreëls gebruik gemaak sou kon word ten einde nie die reg op gelykheid te skend nie, indien die kwessie sou vorder tot by regverdiging van die maatreëls ingevolge artikel 36 van die Handves van Regte.⁶⁴⁵

7.5.7 Die nie-aangewese groep

Vir dieselfde redes mag die Blankes ook nie in hul gelykheid, op die vlak waar hulle was toe die Grondwet in werking getree het benadeel word, sodat ander mense op 'n gelyke vlak as hulle kan kom nie. Vir doeleindes hiervan sal bevolkingsontwikkelingsyfers weer eens gebruik word om die argumente te vereenvoudig. Gelykheid staan nie grondwetlik bereik te word, volgens die betekenis

⁶⁴⁵ Artikel 36(1)(e)

van artikel 9(2), op 'n laer bevolkingsontwikkelingsyfer as wat dié van die Blankes was toe die Grondwet ingetree het nie. Die redes hiervoor lê in wat beskou kan word as 'n basiese hipotese wat in artikel 9(2) vervat is. Hierdie artikel stel gelykheid as die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede. Omdat dit algemeen aanvaar kan word dat nie alle Blankes op 27 April 1994⁶⁴⁶ alle regte en vryhede op dieselfde volle en gelyke vlak as alle ander Blankes geniet het nie, beteken dit dat ware gelykheid die strewe is na hoër bevolkingsontwikkelingsyfers as wat die geval was op 27 April 1994. Indien laasgenoemde nie die geval is nie, sal dit immers beteken dat nie alle Blankes gelykheid kan bereik nie, want daardie Blankes wat die voordele van vorige diskriminasie geniet het, maar nie alle regte en vryhede volledig en gelyk geniet het op 27 April 1994 nie, sal dan nie verder kan vorder op hul pad na die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede nie. Dit kan tog ook nie die doel van artikel 9(2) wees nie, veral as ag geslaan word op die feit dat daar volgens beide die Wet op Billike Indiensneming⁶⁴⁷ en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie⁶⁴⁸ 'n Implisiete verbod bestaan op die plaas van absolute struikelblokke in die pad van lede van die nie-aangewese groep. Hierdie kwessie is reeds hierbo bespreek.

Gelykheid beteken ook dat daardie Blankes wat nie die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede gehad het op 27 April 1994 nie, dit uiteindelik moet kan bereik in ons nasionale strewe na substantiewe gelykheid vir almal. Die hipotese van artikel 9(2) lê dus daarin dat gelykheid uiteindelik bereik sal wees wanneer alle mense in die land hoër bevolkingsontwikkelingsyfers sal bereik, soos wat die Blankes sal hê, wanneer hulle almal volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves van Regte het. Teen die datum dat alle Blankes die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede het, sal hul syfers dus hoër moet wees as wat die geval was toe die Grondwet ingetree het, wat ook die doel van die reg op gelykheid is soos wat dit in artikel 9(2) gestel word.

⁶⁴⁶ 27 April 1994 is die datum waarop die eerste ten volle demokratiese verkiesing in Suid-Afrika gehou is en is ook die dag waarop die Oorgangsgrondwet in werking getree het. Die Grondwet het egter eers op 4 Februarie 1997 in werking getree.

⁶⁴⁷ Artikel 15(4) van die Wet op Billike Indiensneming

⁶⁴⁸ Artikel 43(1)(d) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

Alhoewel regstellende aksie nie noodwendig gemoeid is met die verskillende ontwikkelingsvlakke van verskillende Blankes in die land nie, kan die bogemelde argumente nie ontken word nie, aangesien regstellende aksie se nadele hoofsaaklik deur individue wat lede is van die Blanke groep, gevoel sal word. Die voordele van regstellende aksie moet dus gemeet word teen die grondwetlike vereiste dat dit die bereiking van gelykheid moet bevorder, nie van Blankes, Indiërs, Swartmense of Bruinmense nie, maar van alle mense wat nog nie die volle en gelyke genieting van die regte en vryhede in die Handves van Regte vervat, geniet nie. By hierdie kategorie is benadeelde Blankes ingesluit en regstellende aksie, ongegag in welke wet die bepalings daarvoor vervat is, sal aan hierdie grondwetlike vereiste moet voldoen.

Indien ons nie hierdie vertrekpunt aanvaar nie, maar die Blankes byvoorbeeld wil aftrek in hul bevolkingsontwikkelingsyfers om gelyk te word met die ander rassegroepe, dan voldoen ons nie aan die vereiste van artikel 9(2), saamgelees met die grondwetlike prosessuele waarde van die *bereiking van gelykheid*, waar ons strewe om die *volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede* daar te stel vir almal nie. Hoe laer die bevolkingsontwikkelingsyfers vir die Blankes word, hoe minder Blankes sal hierdie regte en vryhede ten volle geniet waarna artikel 9(2) verwys. Hierdie laasgenoemde argument sal dus moet beteken dat sommige Blankes, naamlik dié met die hoër syfers op 27 April 1994, se regte en vryhede beperk moet word teenoor wat dit was op laasgenoemde datum. Ander Blankes wat laer syfers gehad het op 27 April 1994 as Blankes met hoër syfers, sal weer daarvan weerhou word om ooit substantiewe gelykheid (volle en gelyke genieting van regte) te bereik, omdat hulle nooit teen gediskrimineer is nie. Hierdie argumente is onoortuigend en dit kan onder geen omstandighede aanvaar word as sou dit deur die Grondwet onderskryf word nie. Weer eens word dit gestel dat sulke argumente ook nie in lyn sal wees met die benadering van die Konstitusionele Hof hieroor nie.⁶⁴⁹ Die argumente aangaande die bereiking van gelykheid en menswaardigheid as ingebore reg vind hier netso aanwending soos wat dit reeds hierbo bespreek is.

649

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [81]; Jagwanth S 1999 SAJHR 205

Dit sal ook inhou dat ons gelykheid ten doel stel as 'n laer genieting van die regte en vryhede vervat in die Handves van Regte, as wat die geval was toe die Oorgangsgrondwet in werking getree het (soos dit deur sommige Blankes geniet is – en waarskynlik ook deur heelparty Swartnense, Bruinmense en Indiërs) en die proses wat in artikel 9(2) ten doel gestel is, in werking getree het. Met respek gestel, kan dit nie die doel van artikel 9(2) wees om sommige mense se regte en vryhede te beperk teenoor wat dit was op 27 April 1994 nie en is die doel van artikel 9(2) om al die bevolkingsgroepe op die hoogste moontlike vlak te kry, dus op 'n nog hoër vlak as dié van die Blankes toe die Grondwet in werking getree het, aangesien nie eens alle Blankes gelyk was op daardie datum, gemeet aan die toets van artikel 9(2), soos dit hierbo uiteengesit is nie. Dit sal dus 'n situasie daarstel waar almal ten volle ontwikkel en gelyk sal wees in hul genieting van die regte en vryhede in die Handves van Regte vervat. In die strewe om hierdie doel te bereik, sal daar egter deur al die groepe opofferings gemaak moet word, solank hulle net nie as groepe of as individue agteruitboer in hul opgang na die hoogste moontlike syfers, ten einde substantiewe gelykheid daar te stel nie. Sodra 'n groep of individu dus 'n sekere vlak bereik het, kan daar nie, vir die redes hierbo aangevoer, vereis word dat daardie groep of individu moet agteruitboer, of weer meer ongelyk moet raak ten einde 'n ander groep of individu se vooruitgang aan te help nie. Daar kan ook nie van een individu verwag word om sy potensiaal tot volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede op te offer ten gunste van 'n ander individu nie. 'n Mens kan in elk geval nie van jou fundamentele regte, in hierdie verband die reg op gelykheid, afstand doen nie. Alhoewel hierdie argument implisiet kan beteken dat die strewe na gelykheid nooit voltooi sal word nie, moet hierdie implikasie aanvaar word as wat artikel 9(2) en die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid teoreties op neerkom. Op hierdie stadium van die geskiedenis, is dit in elk geval moeilik om ooit 'n situasie te voorsien waar almal die volle en gelyke genieting van alle regte sal geniet. Dit blyk nie dat daar selfs een land, is waar so 'n stand van sake bestaan nie.

Die laaste twee punte wat hier gemaak moet word is dat dieselfde argumente rondom sekere Blankes wat reeds gelykheid bereik het ten tyde wat die Grondwet in werking getree het, ook op sommige Bruinmense, Indiërs en Swartnense van toepassing gemaak sou kon word. Laasgenoemde is die geval, aangesien daar ongetwyfeld sulke

mense was wat reeds die volle en gelyke genieting van alle regte geniet het op 27 April 1994, behalwe vir formele gelykheid, soos byvoorbeeld die reg om te kon stem. Om hulle geregtig te maak op regstellende aksie bloot op grond van hul ras, terwyl Blankes wat nie teen daardie tyd volle gelykheid bereik het nie, en ook op grond van hul ras van regstellende aksie weerhou sal word, sal nie aan die grondwetlike waarde van die bereiking van gelykheid vir alle mense voldoen nie. Dit sal ook daardie Blankes se ingebore reg op menswaardigheid en die grondwetlike waarde van menswaardigheid skaad.

Bevolkingsontwikkelingsyfers, regte en vryhede moet baie duidelik onderskei word van materiële welvaart. In hierdie verband moet daar nie afgelei word dat die uiteindelijke strewe ingevolge artikel 9(2) is dat almal in die land miljoenêrs moet word nie. Dit is definitief nie die doel van artikel 9(2) nie. Die doel is wel dat almal volle en gelyke regte en vryhede sal geniet, gemeet aan die regte en vryhede soos vervat in die Handves van Regte, waarvan die reg op geld nie een van die regte is nie, maar toegang tot finansiële bronne vir baie mense kan help om substantiewe gelykheid te bereik.

Soos reeds genoem, handel artikel 9(2) met alle vorige benadeling en nie slegs regstellende aksie op grond van ras, sowel as die regstelling van wat tydens apartheid skeefgeloop het nie. Ook diskriminasie in die toekoms en in die hede word daardeur aangespreek en wetgewende en ander maatreëls kan ingevolge artikel 9(2) aanvaar word ten einde vorige benadeling te probeer regstel.⁶⁵⁰ Met inagneming van die bogemelde en die feit dat voormelde bevolkingsontwikkelingsindekse se syfers in verband met die rassegroepe as gehele handel, moet dit ook hier bygesê word, dat geen besondere rassegroep homogeen is nie en dat almal wat deel van 'n spesifieke rassegroep uitmaak, nie noodwendig in alle opsigte met daardie rassegroep waarvan hy of sy deel is, ooreenstem nie. In dieselfde opsig, kan daar nie gesê word alle individue dieselfde is nie. Individue is tog verskillend in meer opsigte as wat getel kan word, anders was ons immers nie individue nie. In dieselfde asem moet dit gestel word dat die Konstitusionele Hof reeds beslis het dat diskriminasie nie noodwendig

⁶⁵⁰ Sien ook die opmerkings hieroor, hierbo.

regverdig is bloot omdat die benadeeldes aan 'n klas behoort wat nie histories benadeel is nie.⁶⁵¹ Met hierdie twee gedagtes ter hand, word die argument dan verder gevoer.

7.5.8 Aangewese persone wat nie regstellende aksie vereis nie

Die magtiging tot regstellende aksie ingevolge artikel 9(2) is nie van toepassing op alle persone wat Swart, Bruin of Indiër is nie. Daardie uitgeweke Swartmense wie se kinders byvoorbeeld tydens die apartheidsjare aan buitelandse, of selfs plaaslike privaatskole opgevoed is en aan top plaaslike en buitelandse universiteite gestudeer het, sal sulke persone wees.⁶⁵² In hierdie verband moet aan die Indiese ervaring gedink word wat daardie persone wat onafhanklik sukses behaal het, van die voordele van regstellende aksie maatreëls weerhou ingevolge die sogenaamde "creamy layer test" waarvan die naam van die toets genoegsaam daaraan beskrywing verleen om bespreking van die konsep hier onnodig te maak.⁶⁵³ Interessante soortgelyke opmerkings ten opsigte van die Indiese benadering, alhoewel geen direkte verband in hierdie proefskrif getrek word tussen die twee lande se benaderings nie, is gemaak in een van die eerste sake wat in Suid-Afrika oor regstellende aksie beslis is, toe die voormalige Nywerheidshof die volgende beslis het in die saak van *George v Liberty Life Association of Africa Limited*.⁶⁵⁴

Disadvantage associated with discrimination is not necessarily to be equated with race. Of course in South Africa disadvantage and race have gone hand in hand for decades. Nevertheless the Constitution, the supreme law of the land, recognises that even within a racial group which has suffered discrimination there may be and indeed are persons who have had opportunities and who have been, or not been disadvantaged to the extent of their fellows. Affirmative action in a South African context is not primarily intended for their benefit.

⁶⁵¹ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [40]

⁶⁵² Van Eck BPS 1999 *De Jure* 167

⁶⁵³ *Indra Sawhney v Union of India* 80 AIR (SC) 477, 558

⁶⁵⁴ *George v Liberty Life Association of Africa Limited* 1996 8 BLLR 985 (IC)

Affirmative action as used in the Constitution is not premised on the American concept of affirmative action being "racially based remedial action.

Hierdie stelling bevestig dat regstellende aksie in Suid-Afrika gemik is op die uitwissing van nadele van persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is en het niks te make met ras as sulks nie. Al die voormelde beteken natuurlik nie dat indien daar wetgewing geformuleer was, soos wat dit in die verlede die geval was, dit nie teen groepe as geheel gemik was nie. Natuurlik was die apartheidsbedeling en maatreëls soos werksreservering teen Swartmense, Bruinmense en Indiërs as groepe gemik. Maar bloot omdat daardie bedeling teen daardie mense as groepe gemik was, beteken nie dat dit suksesvol was om almal wat deel was van daardie groepe te benadeel het, insoverre dit die werkplek betref nie. Wat reeds hierbo in verband met hierdie spesifieke punt gestel is, moet hierby inbegrepe word. Sommige lede van daardie groepe het die benadelende wetgewing en praktyke vrygespring en sommige se nadele is reeds uitgewis. Gevolglik kan hierdie laasgenoemde mense tog nie aanspraak maak op bevoordeling wat gemik is op die vorige benadeeldes nie. Hulle kan nie op maatreëls aanspraak maak wat op die bereiking van gelykheid gemik is, wanneer hulle reeds gelyk is nie! Mense mag nie toegelaat word om hulself in (materiële en ander voordelige) posisies geplaas te kry, wat hulle nie sou bereik het as die benadelende wetgewing en praktyke waaronder hulle gely het, in die eerste plek nie ingestel sou gewees het nie. Veral as dit op die rug van regstellende aksie geskied waar ander mense se regte benadeel word, raak dit al hoe meer onaantwoordbaar. Niemand kan tog meer skadevergoeding ontvang as die skade wat wel gelyk is nie en die argument is dieselfde ten opsigte van die nadele wat deur vorige benadeling gelyk is en deur regstellende aksie reggestel moet word.⁶⁵⁵

Sauerman skryf die probleem deur die *George*-saak genoem aan uit hoofde van wat hy noem die identifisering van behoeftes. Laasgenoemde is 'n konstruksie wat redelik

⁶⁵⁵ Hierdie benadering is direk in lyn met die sommeskadeleer wat in ons reg aanwending vind by die berekening van skade en die vergoeding daarvan en is male sonder tal al deur ons howe bevestig, onder andere in *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke* 1911 AD 657; *De Vos v SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk* 1985 3 SA 447 (A) 451;

nou aansluiting behoort te vind by die leerstuk van substantiewe gelykheid. Regstellende aksie word vereis nie omdat die ontvangers van regstellende aksie persone is wat swart of vroulik is nie, maar omdat hulle benadeel is, soos wat gestremdes spesiale parkeerreëlings vereis weens die feit dat hulle gestremd is. Ten tweede handel hy met die konstruksie wat genoem word die "punishment-reward" model. In hierdie verband meen Sauerman dat dit weens die diskriminasie se nadele is wat steeds gely word deur die slagoffers daarvan, dat regstellende aksie vereis word. In die "punishment-reward" model is die vraag na vergoeding van vorige benadeeldes en bestraffing van vorige bevoordeeldes. Sauerman erken egter dat hierdie konstruksies se grootste probleem daarin geleë is om te onderskei wie steeds benadeel is en wie nie.⁶⁵⁶

Die doel van die magtigingsbepaling tot regstellende aksie maatreëls in artikel 9(2) is immers om aan voorheen benadeeldes die reg te verleen om gelykheid te geniet. Die doel wat nagestreef moet word is die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede en nie die regverdige verteenwoordiging van die demografie van die bevolking regoor alle posvlakke, soos vereis deur artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming⁶⁵⁷ of die verlening van studievoordele aan persone wat nie benadeel is nie. Insoverre hierdie afleiding dat regstellende aksie maatreëls (na aanleiding van die bewoording van artikel 9(2) ten gunste van 'n kategorie persone geïmplementeer word, maar slegs die individu kan toekom) op die *Motala*-beslissing,⁶⁵⁸ soos hierbo bespreek, van toepassing gemaak kan word, is die volgende waar: Benadeling bestaan wel ten opsigte van Swartmense as groep, meer as ten opsigte van Indiërs as groep. Bevoordeling ten opsigte van die reservering van plekke in 'n mediese fakulteit, alhoewel dit ten gunste van Swartmense as groep gemik is, is steeds individueel tot voordeel van die ontvangers van hierdie voordeel, soos wat dit individueel tot nadeel is van die persone wat hul plekke in die mediese program verloor. Voorheen benadeeldes maak dus individueel opgang tydens regstellende aksie en hul agterstande word individueel uitgewis, maar die

Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd 1979 2 SA 904 (A) 917; *Janeke v Ras* 1965 4 SA 583 (T).

⁶⁵⁶ Sauerman AE *Affirmative Action and the Interim Constitution* (LLM-verhandeling UK 1993) 23-24

⁶⁵⁷ Van Eck BPS 1999 *De Jure* 167

bevolkingsontwikkelingsindekse van die verskillende rasse-groepe word steeds na aanleiding van individue saamgestel. Gevolglik gaan die Swartmense as kategorie, om dan die grondwetlike term te gebruik, vooruit al word die voordele van die regstellende aksie maatreëls, ten gunste van individue aangewend. In die finale analise is die fundamentele reg op gelykheid in die Grondwet vervat 'n individuele reg en nie 'n groepsreg nie. Die maatreëls om dit te bereik mag wel ten gunste van 'n kategorie persone wees, maar dit is gemik op die gelykheid van elke individu.

Die probleem met die benadering van die hof in *Motala*, bestaan egter in die feit dat dit die posisie van die Indiërindividu ignoreer wat deur hierdie reservering van plekke ten gunste van Swartmense sy plek in die mediese program verloor. Omdat die gelykheidsbepaling gemik is op die gelykheid van die individu, eerder as die groep, vir die redes hierbo gestel, is dit belangrik om die nadele wat hierdie voornemende Indiërstudent gely het in ag te neem. As artikels 9(1) tot (5) saamgelees word, dan kan ons nie ignoreer dat maatreëls soos dié wat deur die Universiteit van Natal geneem is, ten gunste van regstellende aksie tot voordeel van Swart studente gemagtig is deur artikel 9(2) nie. Wat egter nie gemagtig is nie, is om van enige individu te verwag om gelykheid op te offer ten gunste van groter gelykheid van 'n ander individu. Indien dit vrywillig geskied is daar geen probleem nie, maar ons praat nie hier van vrywillige optrede nie. Ons het hier te make met die weerhouding van mense van die reg op die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede wat in die Handves van Regte vervat is, bloot omdat daardie persoon ongelukkig genoeg was om as lid van 'n sekere groep gebore te gewees het.

Wanneer hierdie voornemende Indiërstudent sy plek in die mediese program verloor, word die geleentheid daardie individu ontnem om volle en gelyke genieting van die regte en die vryhede in die Handves van Regte te bereik as mediese dokter, gemeet teen wat die geval sal wees met die ander studente wat die geleentheid gebied word om as dokters opge te lei word. Daar is natuurlik geen rede om te glo dat hierdie student nie op ander wyses volle en gelyke genieting van regte sal kan hê, deur homself byvoorbeeld in 'n ander beroep te kwalifiseer nie, maar kom ons wees

hipoteties vir doeleindes hiervan en sê dat as gevolg van hierdie besluit van die Universiteit van Natal, word hierdie student die geleentheid ontnem om universiteit toe te gaan. Sy fundamentele reg op gelykheid as potensiele dokter, in die sin van die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves van Regte vervat, is permanent aangetas. Met hierdie benadering kan daar nie saamgegaan word nie.

In hierdie verband voer Ronald Dworkin die argument aan dat die reg op 'n universiteitsopleiding nie 'n fundamentele reg is nie, maar die reg op gelykheid wel. Die student wat 'n plek aan 'n universiteit ontnem word het die reg om as gelyke behandel te word en nie die reg om gelyk behandel te word nie. Gevolglik meen Dworkin dat die student wat sy plek om te studeer aan 'n universiteit verloor weens die beleid van regstellende aksie, nie kan kla oor die feit dat hy as 'n gelyke behandel word nie.⁶⁵⁹ Daar kan nie met Dworkin saamgegaan word as wat hy bedoel daarop neerkom dat ons van een individu verwag om sy reg op gelykheid ten gunste van 'n ander individu op te offer nie, vir die redes reeds hierbo aangevoer sowel as dit wat hierna volg. Beide het dieselfde reg op gelyke gelykheid.⁶⁶⁰

Verder die volgende: Eerstens is die argumente van Dworkin in die Amerikaanse konteks gemaak en dit mag dalk meer van toepassing wees in daardie omgewing as in Suid-Afrika. Die reg om te studeer mag dalk nie 'n fundamentele reg wees, selfs in Suid-Afrika nie. In Suid-Afrika des te meer mag dit dalk nog meer van 'n voorreg wees as in die Verenigde State van Amerika waar Dworkin hierdie gevolgtrekkings gemaak het. Waarvan egter nie ontsnap kan word nie, is dat hierdie reg aan een individu verleen word ten koste van 'n ander individu. Dit neem die kwessie egter na 'n vlak waar die fundamentele reg op gelykheid ter sprake kom. Dit gaan nie meer oor universiteitsopleiding alleenlik nie. Dit gaan oor die reg op gelykheid en universiteitsopleiding is die middel om dit te bereik. Die ontnemende individu is vir altyd as individu van 'n geleentheid ontnem, terwyl die bevoorregte individu vir altyd die voordele behou van die geleentheid wat hy of sy verkry het weens hierdie regstellende aksie beleid. Dit handel nie hier oor voorregte nie. Die vraag is of een

⁶⁵⁹ Sauerman AE *Interim Constitution* 25-26

⁶⁶⁰ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41]; Jagwanth S 1999 SAJHR 205

individue benadeel is ten koste van 'n ander individu en of die benadeelde se fundamentele regte op menswaardigheid en gelykheid aangetas is of nie. Is die grondwetlike waardes van menswaardigheid en die bereiking van gelykheid aangetas?

7.5.9 Bronne en prioriteite rondom regstellende aksie

Die antwoord lê daarin om die politieke wil te hê om die bronne beskikbaar te stel om aan beide hierdie individue die geleentheid te gee om te kan studeer deur byvoorbeeld ekstra plekke aan universiteite beskikbaar te stel ter wille van regstellende aksie. Deur te stel dat die bronne daarvoor nie beskikbaar is nie, is ook nie waar nie, aangesien die belastingowerhede ongeveer vyftien biljoen rand meer gevorder het aan belasting as wat begroot is tydens die 2001/2002-boekjaar en ongeveer agtien biljoen rand tydens die 2002/2003-boekjaar. Hulpbronne mag beperk wees, maar die staat moet ook prioriseer en die bereiking van gelykheid as grondwetlike verpligting teenoor die staat, moet groter aandag geniet, as byvoorbeeld belastingkortings aan mense met hoë inkomstes. Bogemelde belastingsurplusse behoort baie ver te gaan ten einde groter gelykheid bereikbaar te maak vir alle Suid-Afrikaners sonder om ander mense se gelykheid of die grondwetlike waardes aan te tas. In 'n arbeidsopset kan daar na finansiële aansporingsmaatreëls gekyk word vir werkgewers wat ekstra werkseleenthede skep vir persone uit die aangewese groepe, vinniger Swart bemagtiging, meer owerheidsaandag aan die skepping van klein sakeondernemings vir die aangewese groepe en groter beleggings in onderwys en opleiding, onder andere deur ekstra plekke te skep aan universiteite spesifiek met die doel om regstellende aksie toe te pas.

Dit is wel waar dat die staat sekere prioriteite het. Sommige van daardie prioriteite is die bevordering van die bereiking van gelykheid van persone wat voorheen deur diskriminasie onbillik benadeel is. Dit mag selfs die bevordering van 'n diverse studentekorps aan universiteite of die werkplek wees as deel van die staat se opleiding van haar burgers, of die skepping van 'n nuwe nasionale kultuur van nasiebou.⁶⁶¹ In hierdie geval handel dit met Swart studente wat wil oplei as mediese dokters.

Natuurlik is dit die plig van die staat om hierdie studente se vorige nadele te probeer uitwis, indien sodanige nadele wel bestaan. Dit kan selfs in die staat se groter belang wees om te probeer verseker dat meer Swart dokters opgelei word weens die nypende tekort aan Swart dokters in veral voormalige Swart gebiede.⁶⁶² Aanvulling van sodanige tekorte mag selfs help om mense wat tans sonder mediese dienste is, se fundamentele regte te help vervul.⁶⁶³ Soos die Amerikaanse howe al by geleentheid beslis het,⁶⁶⁴ kan voormelde dalk die geval wees, maar dit kan nooit die doel van ons instellings van hoër onderwys wees om byvoorbeeld Swart prokureurs vir Swartmense, Joodse prokureurs vir Jode, Afrikanerprokureurs vir Afrikaners en dies meer op te lei nie. Die doel met tersiêre opleiding van prokureurs is altyd om goeie prokureurs vir alle Suid-Afrikaners op te lei. Hierdie doelwit kan herlei word na die stigtingsbepaling wat in ons eie Grondwet voorkom wat dit stel dat Suid-Afrika een, soewereine, demokratiese staat is en nie gekompartementaliseer kan word n verskillende groepe wat slegs deur mense van hul eie groepe bedien kan word nie.

Dworkin noem ook die voorbeelde van mense wat meen dat as gevolg van die feit dat sekere ander mense lede is van sekere groepe, rasse of geslagte, daardie mense ander, of nuwe opinies kan lug wat nie die geval sal wees as die hele groep uit een kategorie van mense bestaan nie. Daar word ook dikwels aanvaar dat mense van 'n sekere groep noodwendig 'n sekere opinie sal handhaaf. Agtergrond en groeplidmaatskap mag dalk 'n invloed hê op iemand se ervaringsveld, maar is geensins bepaalbaar vir welke opinie deur daardie persoon gehandhaaf sal word nie.⁶⁶⁵ Maphai meen weer op sy beurt dat dit een van die doelwitte van regstellende aksie is om rolmodelle daar te stel uit die agtergeblewe gemeenskappe, vir ander mense uit die agtergeblewe

⁶⁶¹ In die Verenigde State van Amerika is hierdie doelwit van die staat sonder meer ongrondwetlik soos beslis in *Hopwood v State of Texas* 78 F 3d 932 (5th Cir 1996) 945

⁶⁶² Dworkin voer hierdie argument aan as 'n argument uit die skool van die utilitarisme in Joubert DJ 1994 *De Jure* 124.

⁶⁶³ Artikel 27: (1) Elkeen het die reg op toegang tot –
 (a) gesondheidsorgdienste, met inbegrip van reprodutiewe gesondheidsorg;
 (b) ...
 (c) ...
 (2) Die staat moet redelike wetgewende en ander maatreëls tref om binne sy beskikbare middele elk van hierdie regte in toenemende mate te verwesenlik.

⁶⁶⁴ *DeFunis v Odegaard* 416 US 312, 342 (1974) in Stone GR ea *Constitutional Law* 637.

⁶⁶⁵ Joubert DJ 1994 *De Jure* 34, 124

gemeenskappe.⁶⁶⁶ Al kan daar met al hierdie argumente saamgestem word, bly die vraag na die grondwetlikheid van die regstellende optrede bepalend vir dit alles.

Hierdie doelwitte mag egter nie grondwetlik plaasvind deur ander individue se fundamentele regte op gelykheid, of enige ander regte daardeur in te boet nie. Gevolglik kan daar slegs afgelei word dat die reserveringsprogram van die Universiteit van Natal ongrondwetlik is ingevolge die Grondwet, as daar van individue verwag word om van hul posisies in die mediese program af te sien en hulle gelykheid daardeur in te boet.

7.5.10 Amerikaanse voorbeelde

Hierdie benadering stem ooreen met die beslissing van die Amerikaanse *Supreme Court* in *Regents of the University of California v Bakke*⁶⁶⁷ waar daardie hof hom in 'n soortgelyke saak as die *Motala*-beslissing ten gunste van die program van regstellende aksie verklaar het, soos wat dit toepassing gevind het in die beskikbaarstelling van plekke aan die Universiteit van Kalifornië vir Swart studente, maar beslis het teen die uitsluiting van Blanke studente ten gunste van so 'n model. Daardie hof het beslis dat geen sodanige program geldig kan wees tensy dit voortspruit uit bewese diskriminasie in die verlede of hede of in die toekoms nie. Ongelukkig het daardie hof geen spesifieke standaarde neergelê in die betrokke beslissing, waarteen toekomstige gevalle gemeet sou kon word, veral wanneer die grondwetlikheid van 'n rasseklassifikasie wat beoog om 'n benadeelde groep te bevoordeel, bepaal is nie. Die hof het egter met 'n meerderheid van 5:4 ten gunste van regstellende aksie beslis, maar die regter wat die bepalende stem uitbring het, Regter Powell, het dit duidelik gestel dat hy nie net teen die reservering van plekke op grond van ras gekant is nie,

⁶⁶⁶ In Joubert DJ 1994 *De Jure* 125

⁶⁶⁷ *Regents of the University of California v Bakke* 428 US 365 (1978) soos bevestig in *City of Richmond v JA Croson Co* 109 S Ct 706 (1989) in Van der Vyver JD 1998 *THRHR* 387-388; Sien ook Barrie GN "The 'equal protection clause' one hundred and twenty five years on" 1993 *TSAR* 723-731 726, 728; Smith N 1992 *SAJHR* 237; Van der Walt JWG "Affirmative action and Dworkinian positivism: A tale of two narratives" 1993 *De Jure* 413-417 416

maar ook teen die insulering van minderhede, om teen die meerderheid vergelyk te word.⁶⁶⁸

Terselfdertyd moet daarop gelet word dat die Amerikaanse Grondwet baie meer vaag is oor die reg op gelykheid as die Suid-Afrikaanse Grondwet. Dit word hier aan die hand gedoen dat die gevolgtrekking van die Amerikaanse *Supreme Court* nieteenstaande korrek is, wanneer dit toegepas word in die Suid-Afrikaanse konteks. Die gevolgtrekking is egter korrek, maar vir die redes wat hierbo aangevoer is ten opsigte van individuele regte en die nie-benadeling van individue ten gunste van ander individue, eerder as die redes wat direk toepassing gevind het in die Amerikaanse reg. Die jongste beslissing van die Amerikaners oor regstellende aksie is verrykend vir ons denke aangaande hierdie onderwerp. In die saak van *Hopwood v State of Texas*,⁶⁶⁹ 'n saak wat handel het oor die toelatingspraktyke van 'n regscool, is daar beslis dat om in die Amerikaanse reg die grondwetlike toets te kan slaag ten opsigte van rasseklassifikasies met 'n regstellende doel, moet die volgende twee vereistes bewys word:

- (i) Eerstens moet die rasseklassifikasie 'n dwingende regeringsbelang dien; en
- (ii) Tweedens moet streng kontrole toegepas word om te verseker dat die rasseklassifikasie wel regstellende gevolge sal hê.

'n Dwingende regeringsbelang vereis dat twee verdere vereistes aan voldoen word: die regscool moet self die sondebok wees wat in die verlede teen die benadeelde persone gediskrimineer het en daar moet steeds nagevolge wees van die diskriminasie van die verlede wat tot die soort behoort wat die rasseklassifikasie waarom dit gaan, sou regverdig. Dit word aan die hand gedoen dat die Amerikaanse ervaring te verskillend is om netso in die Suid-Afrikaanse reg toegepas te word. Dit sou nie net regstellende aksie bitter moeilik maak nie, maar sal dit waarskynlik onmoontlik maak, indien daar aan hierdie vereistes voldoen moet word voordat regstellende aksie aanwending sal kan vind. In elk geval handel die Amerikaners met regstellende aksie ten gunste van

⁶⁶⁸ *Regents of the University of California v Bakke* 428 US 365 (1978) soos bevestig in *City of Richmond v JA Croson Co* 109 S Ct 706 (1989) in Van der Vyver JD 1998 *THRHR* 387-388

⁶⁶⁹ *Hopwood v State of Texas* 78 F 3d 932 (5th Cir 1996)

die minderheid van die bevolking, terwyl ons dit ten gunste van die meerderheid moet onderskryf.

In Suid-Afrika is die grootste meerderheid van die bevolking voorheen benadeel en baie arm. Ons het maar nege jaar gelede eers formele gelykheid bereik. Drie en 'n half eeue se diskriminasie word nie uit die weg geruim deur regstellende aksie onmoontlik te maak nie, veral gesien in die lig daarvan dat as die eerste Amerikaanse vereiste, naamlik dat dit die sondebok van die diskriminasie self moet wees wat in Suid-Afrika regstellende aksie moet instel, dan sal baie Suid-Afkaners nooit regstellende aksie voordele kan ontvang nie. Dit is so omdat baie van die sondebokke van diskriminasie net bloot nie meer bestaan nie, of nie meer beskikbaar is om regstelling te kan bewerkstellig nie. Insolvensies is aan die orde van die dag, mense sterf gereeld en apartheid was in elk geval van 1948 af die regeringsbeleid, om nie eens van die beskaafde arbeidsbeleid van die Paktregering te praat nie. Baie van die toepassers van diskriminasie is reeds lank oorlede. Sommige van die sondebok-instellings sal nog teenwoordig wees, maar as die staat diskriminerende wetgewing afgedwing het, kan daar probleme wees om te bewys dat die sondebokke wel opsetlik gehandel het met die diskriminasie. In ieder geval, aangesien die Amerikaanse reg soveel verskillend is van die Suid-Afrikaanse reg sal daar nie in hierdie proefskrif verder aandag aan hierdie kwessie afgestaan word nie.

Een laaste opmerking wat gemaak moet word voordat daar finaal van die Amerikaanse reg af weggestap word in hierdie studie. In 'n Amerikaanse studie word dit aangetoon hoe die reservering van plekke aan Kaliforniese universiteite vergelyk kan word met die prestasies van die studente wat hierdie plekke bekom het op grond van regstellende aksie.⁶⁷⁰ Slegs 22% van studente van Spaanse afkoms en 18% van Swart studente wat in 1982 toegelaat is tot Berkeley Universiteit het teen 1987 gegradueer. Vir daardie Spaanse en Swart studente wat nie op grond van regstellende aksie toegelaat is nie, was die slaagsyfers 42% en 55% onderskeidelik.⁶⁷¹ Hierdie syfers kan een van twee dinge beteken, naamlik dat regstellende aksie nie toegepas

670

Guernsey JB *Affirmative Action: A Problem or a Remedy?* (Lerner Publications Company Minneapolis 1997) 87

kan word sonder dat daar wydlopende ondersteuning vir die studente is wat die regstellende aksie ontvang nie. Hierdie punt is eintlik vanselfsprekend, anders sou die betrokke studente in die eerste plek nie regstellende aksie nodig gehad het om toegelaat te word tot die universiteite nie. Dit kan egter ook beteken dat die meeste van die studente tot die universiteite toegelaat is op grond van regstellende aksie, nie toelating behoort te gekry het nie, omdat hulle nie oor die vermoëns beskik het om te kon gradueer nie.⁶⁷²

Laasgenoemde standpunt is een wat sterk gehandhaaf word deur die Amerikaanse skrywer, Dinesh D'Souza, wat baie sterk gekant is teen die beleid van regstellende aksie en een van die bekendste Amerikaanse skrywers is op die gebied van regstellende aksie aan instellings van hoër onderwys. Hy meen dat die hoofrede vir die swak prestasie van die Swart en Latyns-Amerikaanse studente wat op grond van regstellende aksie universiteitstoelating verkry het, juis is weens die feit dat hulle "verkeerderlike geplaas is" (misplacement). Hy verduidelik dit uit hoofde daarvan dat instellings van hoër onderwys hul toelatingstandaarde moet verlaag ten einde vir hierdie studente voorsiening te maak om toegelaat te word tot daardie instellings. Hulle verkry dus toelating tot instellings waarvoor hulle nie werklik kwalifiseer nie. Die kursus wat dan deur hierdie studente gevolg word is vir hulle te moeilik en die kompetisie met die ander studente wat toelating verkry het volgens die hoër toelatingstandaarde is te intens. Die natuurlike gevolg is dan dat die studente uit die minderheidsgroepe akademies sukkel, swak selfbeeld ontwikkel insoverre dit hul akademies betref en uiteindelik baie swak presteer soos wat gesien kan word uit bogenoemde syfers. Indien dit wat D'Souza aanvoer die waarheid is, kan dit slegs beteken dat ons in 'n Suid-Afrikaanse konteks baie harder aandag sal moet gee aan ondersteuning vir studente wat uit voorheen benadeelde gemeenskappe afkomstig is. Indien ons nie daarin slaag om hierdie studente by te staan om hierdie struikelblokke, wat die Amerikaners duidelik nie kon oorsteek nie, suksesvol aan te pak nie, sal die strewe na ware gelykheid, met ander woorde gelykheid van uitkomst vir alle mense in Suid-Afrika bloot 'n hersenskim bly. Al hierdie opmerkings is natuurlik grootliks ook

⁶⁷¹ D'Souza D "Sins of Admission" in Mills N *Debating Affirmative Action: Race, Gender, Ethnicity, and the Politics of Inclusion* (Dell Publishing New York 1994) 233

⁶⁷² D'Souza D *Admission* 234

van toepassing op ander gebiede waar mense uit voorheen benadeelde groepe toelating tot instellings verkry op grond van regstellende aksie, hetsy instellings van hoër onderwys of selfs privaatsektorinstellings wat winsgedrewe is.

Ons moet versigtig wees om ter wille van rasse-verskeidenheid, nie mense in te neem op universiteit of in die werkplek, wat nie die potensiaal het om te kan gradueer of die vermoë aan te leer om die werk te kan doen nie. So 'n benadering sal slegs die betrokke persone skade doen, sowel as die instellings waar hulle die voordele van regstellende aksie ontvang. Dit kan ook ander mense wat wel 'n sukses daarvan sou kon gemaak het, lewenslank van 'n voordeel ontnem. Niks goeds kan daaruit voortvloei nie. Regstellende aksie mag nie ter wille van sogenaamde "window dressing" plaasvind, waar die doel om reg te lyk, belangriker word as die bereiking van substantiewe gelykheid nie. Maar, indien die betrokke ontvanger van regstellende aksie wel oor die potensiaal van sukses beskik en die voordele van regstellende aksie ontvang, dan moet behoorlike ondersteuningsprogramme daargestel word vir hierdie persone. Om bloot van hulle te verwag om in die diepkant ingegooi te word en dan te swem soos al die ander kandidate is onregverdig en kan slegs help om van die resep van regstellende aksie 'n mislukking te maak.

7.5.11 Die onderskeid tussen die Grondwet en die Oorgangsgrondwet

Die *Motala*-beslissing het in elk geval plaasgevind ingevolge die Oorgangsgrondwet, waar die klem verskillend geval het op wat toelaatbaar was ten opsigte van regstellende aksie maatreëls – regstellende aksie het in die Oorgangsgrondwet gereguleer as kwalifikasie van die diskriminasieverbod en gelyke regsbeskerming.⁶⁷³ Hierdie

⁶⁷³ Van der Vyver JD 1998 *THRHR* 386. Van der Vyver meen in elk geval dat die hof in die *Motala*-beslissing gefouteer het deur te aanvaar dat die interne toelatingsbeleid van die universiteit in daardie geval aan die Oorgangsgrondwet onderworpe was. Hy meen dat ingevolge artikel 7(1) van die Oorgangsgrondwet was die hoofstuk oor fundamentele regte op staatsorgane van toepassing (wat ingevolge artikel 233(1)(xii) statutêre liggamte ingesluit het), mits die staatsorgaan deel gevorm het van die wetgewende of uitvoerende vertakking van die staatsstruktuur, en daardie staatsorgaan op enigiens van die vlakke van regering (nasionale, provinsiale of plaaslike vlak) gefunksioneer het. Aangesien universiteite nie aan hierdie aanvullende vereistes voldoen het nie, was hulle (al was hulle staatsorgane) nie aan die hoofstuk oor fundamentele regte in die Oorgangsgrondwet onderworpe nie. Hoofstuk 3 van die Grondwet is egter wel van toepassing op universiteite ingevolge artikel 8(1) saamgelees met artikel 239(1)(b)(ii).

klem is definitief verskuif in die aanvaarding van die Grondwet. 'n Moontlike oplossing sou wees om ekstra plekke in die mediese program te skep wat dan uitsluitlik vir Swartmense gereserveer sal word en dus geen Indiërindividue sal benadeel ten opsigte van hul gelykheid nie. Alhoewel hierdie oplossing ekstra geld sal kos vir hoër onderwysinstellings wat dit reeds nie finansiële breed het nie, kan die staat nie van sy organe verwag om mee te doen aan sosiale ingenieurswese, terwyl die nodige bronne nie daarvoor beskikbaar gestel word nie. Finansiële gebrek is in elk geval geen rede om die grondwetlike standaarde te verlaag nie. Dit mag wees dat die verwesenliking van grondwetlike vereistes bemoeilik word binne die beskikbare bronne, maar die grondwetlike standaarde mag nie weens korttermyn probleme, soos finansiële druk, verlaag word nie.

7.5.12 *Ander maatstawwe*

'n Ander oplossing kan wees soos dit deur Van der Vyver gestel word, dat toelating tot onderwys op grond van potensiaal, eerder as vorige akademiese prestasies gebaseer word.⁶⁷⁴

Ook Dworkin vra waarom dit geregverdig is om mense van universiteitstoelating uit te sluit op grond van intellektuele vermoë, maar nie op grond van ras nie. Beide is buitendien aangebore karakteristieke van 'n mens wat nie na willekeur verander kan word nie.⁶⁷⁵ Daar kan in hierdie verband ook gedink word aan uitsluitings wat gereeld voorkom weens alumni van sekere universiteite se bande met daardie instellings, wie se kinders dan weens ouers se prestasies of optredes toegang tot daardie instellings verkry.

Wat van byvoorbeeld sportbeurse en ander sodanige toelatings aan studente, maar wat min met akademiese vermoëns te make het?⁶⁷⁶ Is dit anders as uitsluitings op grond van ras, al is dit ten gunste van regstellende aksie? Het dit nie ook te make met sekere universiteitsbeleid nie?

⁶⁷⁴ Van der Vyver JD 1998 *THRHR* 386

⁶⁷⁵ In Van der Walt JWG 1993 *De Jure* 416

⁶⁷⁶ Joubert DJ 1994 *De Jure* 130-131

In die Suid-Afrikaanse reg kan daar waarskynlik 'n argument daarvoor uitgemaak word dat ras een van die gelyste gronde in artikel 9 van die Handves is, maar intellektuele vermoë is ook een van die vereistes om uiteindelik suksesvol aan 'n universiteit te kan studeer, terwyl ras nie een van daardie faktore is nie.

Hierdie vrae moet in die Suid-Afrikaanse konteks beskou word teen die agtergrond daarvan dat die meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking nie oor die akademiese agtergrond beskik om direk toelating tot universiteite te kan bekom nie en gevolglik moet hul potensiaal êrens as deel van die toelatingsvereistes verreken word, maar ook in ander elemente van regstellende aksie, soos wat die geval is in artikel 20(3) van die Wet op Billike Indiensneming. Hierdie beginsel sal waarskynlik regoor die Suid-Afrikaanse samelewing aanwending moet vind, in stryd met die Westerse liberale idees van meriete, gebaseer op historiese prestasie alleenlik.

Toekomstige potensiaal sal op groot skaal deel van die prentjie moet word as ons regstellende aksie ernstig wil toepas in Suid-Afrika, maar nie tot nadeel van ander individue wat nie die voordele van die regstellende aksie in die algemeen of in spesifieke gevalle sal ontvang nie.⁶⁷⁷

Indien daar maatstawwe ontwikkel kan word waardeur almal wat aansoek doen om toelating, in hierdie geval Indiër- en Swart studente tot 'n mediese fakulteit, aan dieselfde maatstaf gemeet kan word ten opsigte van hul potensiaal en die Swart studente dan 'n gelyke geleentheid ontvang, eerder as nadeel as gevolg van swakker vorige akademiese prestasie, dan kan daar tog nie geargumenteer word dat die studente wat hul plekke in die mediese program verloor, se regte op gelykheid in die proses van regstelling van vorige benadelings, onbillik teen gediskrimineer word nie. Tans bestaan daar egter geen sodanige maatstawwe waarvan die skrywer van hierdie proefskrif bewus is nie en kan daar slegs gehoop word dat sulke programme vroeër eerder as later die lig sal sien.

7.6 *Regstellende aksie in die staatsdiens, op die regbank en in die staatsinstellings ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie*

7.6.1 *Regstellende aksie en persone wat nie meer benadeel is nie*

Ten opsigte van die vraag of regstellende aksie ten gunste van persone toegepas moet word wat nie meer werklik benadeel is deur vorige diskriminasie nie, beslis die hof in 'n saak wat oor regstellende aksie in die polisie handel het, in *Stoman v Minister of Safety and Security and Others*⁶⁷⁸ soos volg:

The emphasis is certainly on the group or category of persons, of which the particular individual happens to be a member, or, more starkly put in the negative, of which a specific person such as the applicant in this case is not a member. This group has been disadvantaged by unfair discrimination. The aim is not to reward the fourth respondent as an individual, but to advance the category of persons to which he belongs and to achieve substantive equality in the SAPS as an important component of South African society. Similarly, the aim is not to punish or otherwise prejudice the applicant as an individual, but to diminish the overrepresentation which his group has been enjoying as a result of previous unfair discrimination.

Dit is jammer dat hierdie kwessie nog nie voor die Konstitusionele Hof gedien het nie en dit is ook jammer dat die geleerde regter nie spesifiek beslis het of hy hierdie opmerkings slegs maak ten opsigte van die staatsdiens en of hy dit ook op die privaatsektor van toepassing wou maak nie. Daar kan slegs afgelei word dat die geleerde regter slegs na die staatsdiens verwys het. In die betrokke geval het hy immers handel met aanstellings wat in die Suid-Afrikaanse Polisie diens gemaak was. Dit is die geval, aangesien artikel 195(1)(i) van die Grondwet dit veroorloof dat mense aangestel word ten einde die staatsdiens in die breë verteenwoordigend van die bevolking te maak, sonder om effektiwiteit in te boet vir die redes wat hieronder

678

Stoman v Minister of Safety and Security and Others 2002 3 SA 468 (T) 484C/D-E

gestel sal word. Hierdie laasgenoemde vereiste van effektiwiteit word ook deur Sachs erken.⁶⁷⁹ Die effektiwiteitsvereiste het in die Namibiese reg neerslag gevind, aangesien die ombudsman van daardie land, wat as die Openbare Beskermer in Suid-Afrika bekend staan,⁶⁸⁰ in sy eerste verslag aangaande regstellende aksie in Namibië, gewys het op die feit dat regstellende aksie nie toegepas mag word ten koste van effektiwiteit in daardie land nie.⁶⁸¹ In die *Stoman*-saak is die aangestelde persoon duidelik ook gekwalifiseer gewees om die betrokke werk waarvoor hy die regstellende aksie aanstelling ontvang het te kon doen en gevolglik was dit grondwetlik geoorloof. Deurentyd word daar aan die hand gedoen dat die Indiese "creamy layer test" aanwending behoort te vind om bevoordeling van mense te weerhou wat nie meer op die voordele van regstellende aksie geregtig is nie, weens hul eie onafhanklike sukses⁶⁸² of nadeel wat reeds uitgewis is.⁶⁸³

Die benadering van die hof blyk ondersteun te word deur Sonn en Maphai, wat meen dat die minimum kwalifikasies van Swart kandidate hulle nie van die posisies wat hulle deur regstellende aksie kan bekom, ontnem moet word bloot op grond van hul gebrek aan kwalifikasies nie. Hulle meen dat daar niks mee verkeerd is om 'n Swart kandidaat met die minste kwalifikasies aan te stel as dit in die beste belang van die firma, organisasie of die land is as daardie kandidaat aangestel word nie.⁶⁸⁴

Volgens die skrywer van hierdie proefskrif kan daar niks mee fout gevind word as so 'n benadering in die privaatsektor toegepas word en hierdie kandidaat aangestel word as dit in die beste belang van die betrokke besigheid is nie. Dit is wat kapitalisme beteken. Die belang van die besigheid kom eerste ter wille van groter winste. Regstellende aksie mag egter nie plaasvind weens valsheid aan die kant van die werkgewer om byvoorbeeld meer te spaar deur die aanstelling te doen op grond van regstellende aksie, as om die probleme van afdwinging van regstellende aksie met die

⁶⁷⁹ Sachs A *The future constitutional position of white South Africans: Some initial ideas* (Londen 1990) 39

⁶⁸⁰ Artikel 182 van die Grondwet

⁶⁸¹ Jauch HM *Imbalances* 130-131

⁶⁸² *Indra Sawhney v Union of India* 80 AIR (SC) 477, 558

⁶⁸³ Du Toit D ea *Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 19

⁶⁸⁴ Sonn F *Afrikaner* 3-4

daarmeegepaardgaande boetes te vermy, of bloot om tenders te kan ontvang uit hoofde van die nuwe puntestelsel ingevolge die Tenderwet nie.

Die doel van regstellende aksie moet altyd wees om inderdaad gelykheid te bevorder, soos dit in artikel 9(2) van die Grondwet gestel word. As gelykheid nie bevorder word in die proses wat deur die privaatsektor gevolg word nie, dan sal die grondwetlike regte van beide die aangewese en die nie-aangewese groepe immers daardeur geskend word, aangesien niemand groter gelykheid bereik deur die optrede van die werkgewer nie, terwyl die persoon wat benadeel word, se regte op menswaardigheid en gelykheid waarskynlik geskend sal word. Al wat daaruit sal voortvloei is groter winste vir die werkgewer, wat nie die doel van artikel 9(2), die Wet op Billike Indiensneming of die Namibiese Wet op Regstellende Aksie is nie.

7.6.2 Die onderskeid tussen die private en openbare sektore

Vir die redes wat hieronder volg, sowel as dit wat reeds aangevoer is, kan bogemelde opmerkings van die geleerde Regter Van der Westhuizen, nie netso van toepassing gemaak word in die privaatsektor nie. Daar is hieroor 'n duidelike onderskeid met die staatsdiens en die aanstelling van mense wat nie meer onder vorige benadeling ly nie en wie se nadele uitgewis is. In die privaatsektor sou die betrokke aanstelling in die *Stoman*-saak nie noodwendig net so deur die hof gesanksioneer kon gewees het nie (alhoewel dit moonlik kon wees na oorweging van onder andere faktore soos die vraag of die aansoeker geskik gekwalifiseerd was of nie), aangesien ras duidelik die oorwegende faktor was by die betrokke aanstelling.

Die kwessie van ras hoef ook nie altyd op die spits gedryf te word wanneer dit by die Grondwet kom nie. Indien dit die bedoeling van die wetgewer was om eerder met rassegroepe te handel sover dit regstellende aksie betref, dan kon die wetgewer maklik met rassegroepe gehandel het, sonder om selfs pertinent na die verskillende rasse in die land te verwys. Die voorbeeld hiervan in die Grondwet is artikel 195(1)(i) wat as volg lees:

- (1) Openbare administrasie word beheers deur die demokratiese waardes en beginsels wat in die Grondwet verskans is, met inbegrip van die volgende beginsels:

...

- (i) Openbare administrasie moet in die breë verteenwoordigend wees van die Suid-Afrikaanse bevolking, met indiensnemings- en personeelbestuurspraktyke wat gebaseer is op vermoë, objektiwiteit, billikheid en die behoefte om die wanbalanse van die verlede reg te stel ten einde breë verteenwoordiging te bewerkstellig.

Insoverre dit ras betref, maak die Grondwet duidelik melding daarvan wanneer dit as noodsaaklik geag word, onder andere by die bepaling wat die aanstelling van regterlike beamptes reël, naamlik artikel 174(2) wat soos volg lees:

Die behoefte dat die regbank in die breë die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika weerspieël, moet in aanmerking geneem word wanneer regterlike beamptes aangestel word.

Ook insoverre dit die staatsinstellings betref wat ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie deur die Grondwet ingestel word, by wyse van hoofstuk 9⁶⁸⁵ van die Grondwet, is artikel 193(2) op al daardie instellings van toepassing:

Die behoefte dat 'n Kommissie wat deur hierdie hoofstuk ingestel word, in die breë die rasse- en geslagsamestelling van Suid-Afrika weerspieël, moet by die aanstelling van lede in aanmerking geneem word.

⁶⁸⁵

Hierdie instellings is die Openbare Beskermer, die Menseregtekommissie, die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe, die Kommissie vir Geslagsgelykheid, die Ouditeur-Generaal, die Verkiesingskommissie en die Onafhanklike Owerheid om die Uitsaaiwese te Reguleer.

Al die opmerkings wat hieronder oor die staatsdiens en die regbank gemaak word, is net so van toepassing op hierdie Kommissies wat ingevolge hoofstuk 9 van die Grondwet ingestel word.

Daar bestaan min twyfel uit die lees van die bostaande dat daar sterk gefokus word op die breë verteenwoordiging in die staatsdiens van die verskillende rassegroepe, mans en vroue, gestremdes en ongestremdes, die verskillende taalgroepe, gelowe, en al die ander gronde wat in artikel 9(3) gelys word.⁶⁸⁶ Hierdie artikels is egter onderskeibaar van artikel 9(2) van die Handves en eersgenoemde is in die imperatief gestel ten opsigte van regstellende aksie en die verteenwoordiging van die verskillende groepe in die arbeidsmag (as regters hierby inbegrepe kan word).⁶⁸⁷ Hierdie imperatiewe aard van regstellende aksie in die staatsdiens kom nie in die Namibiese wetgewing voor nie. Daar bestaan ook nie 'n ooreenstemmende bepaling in die Namibiese Grondwet ten opsigte van die staatsdiens, soos in Suid-Afrika nie. Die Namibiërs het eerder met die staatsdiens gehandel deur die werk van alle staatsamptenare ten tyde van die onafhanklikheid van die land te waarborg, ter wille van nasionale rekonsiliasie en 'n gladde oorgangsproses na 'n demokratiese en onafhanklike politieke bestel.⁶⁸⁸ Dus kon regstellende aksie slegs in die staatsdiens toegepas word by wyse van bevorderings en die vul van vakatures wat ontstaan het uit hoofde van bedankings of die uitbreiding van die staatsdiens.⁶⁸⁹ Daar is egter 'n wysiging aan die Namibiese staatsdienswetgewing aangebring ten einde ook regstellende aksie te veroorloof het by wyse van artikel 7(c) en hierdie artikel lees soos volg.⁶⁹⁰

Nothing in this section shall prevent the appointment or promotion of a person who would otherwise not be eligible for such appointment or promotion by virtue of any provision of this section, if such appointment or promotion is recommended by the commission in pursuance of the aim to achieve a balanced structuring of the public service.

⁶⁸⁶ Olivier MP 1997 *TSAR* 345-346

⁶⁸⁷ Devenish GE *South African Constitution* 264-265 en 269-270

⁶⁸⁸ Jauch HM *Imbalances* 120-122

⁶⁸⁹ Jauch HM *Imbalances* 123

⁶⁹⁰ *Namibiese Public Service Amendment Act, 1990* in Jauch HM *Imbalances* 120-122

Gevolgtik is die verteenwoordiging van die demografie van die bevolking in die Namibiese staatsdiens wel veroorloof. Hierdie magtiging egter is geensins imperatief of selfs grondwetlik van aard soos wat die geval is met artikels 195(1)(i), 174(2) of 193(2) van die Suid-Afrikaanse Grondwet nie. Wat verder hieronder gestel word in verband met artikel 195(1)(i) kan aanvaar word is net so van toepassing op artikels 174(2) en 193(2), tensy die teendeel spesifiek uit die konteks hiervan blyk.

Die Namibiese grondwet maak egter wel daarvoor voorsiening in artikel 91(b) dat die Namibiese ombudsman (in Suid-Afrika word hierdie instelling die Openbare Beskermer genoem)⁶⁹¹ ondersoek kan instel na die nie-nakoming van balanse in die strukturering van die Namibiese staatsdiens, weermag, polisiemag en korrektiewe dienste ten einde regstellende aksie in hierdie afdelings aan te moedig.⁶⁹² Wat egter gebeur nadat hierdie ondersoeke en dalk selfs aanbevelings in verband daarmee deur die Namibiese ombudsman gedoen is, is onduidelik. Daar kan aanvaar word dat die saak dan aandag sal geniet en waarskynlik die politieke wenkbroue sal laat lig ten einde amptenare die nodige te laat doen.

Maar om vir 'n wyle na die Suid-Afrikaanse reg terug te keer: terwyl artikel 195(1)(i) slegs handel met die arbeidsmag wat die staatsdiens uitmaak, handel artikel 9(2) in die breë met regstellende en ander maatreëls wat getref kan word ten einde benadeling van die verlede reg te stel. Daar word geen pertinente pligte geplaas ten opsigte van wat spesifiek gedoen moet word ingevolge artikel 9(2) nie, maar die pligte wat ingevolge artikel 195(1)(i) opgelê word is redelik duidelik.⁶⁹³

Om die onderskeid by wyse van voorbeeld aan te toon: terwyl artikel 195(1)(i) dit sou moontlik maak om in 'n staatsdiensdepartement op grond van regstellende aksie, 'n Swart vrou aan te stel wat 'n skatryk buitelandse is en wat nooit onder die nadele van diskriminerende wetgewing gelyk het nie, omdat die doel van hierdie artikel die breë weerspieëling van die Suid-Afrikaanse bevolking is, veroorloof artikel 9(2) glad nie sodanige optrede nie. Artikel 195(1)(i) blyk in lyn te wees met die Kanadese

⁶⁹¹ Artikel 181(1) van die Grondwet

⁶⁹² Jauch HM *Imbalances* 122

⁶⁹³ Swanepoel J 1998 *PER* 19-20

opmerking in die saak van *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co*,⁶⁹⁴ 'n saak waarin daar soos volg beslis is ten opsigte van die vraag of regstellende aksie na regstelling van vorige benadeling van 'n groep verwys:

An employment equity program ... is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past, although some such individuals may be beneficiaries of an employment equity scheme. Rather an employment equity programme is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forebears.

7.6.3 *Verteenwoordigendheid versus effektiwiteit*

Ingevolge artikel 195(1)(i) sal die aansoeker vir werk in die bovermelde voorbeeld, streng gesproke ook nie eens altyd oor die vermoë of die potensiaal hoef te beskik om die werk te kan doen nie, want die doel is die breë verteenwoordiging van die Suid-Afrikaanse samelewing in die staatsdiens. Hierdie argument ignoreer egter artikels 195(1)(b), (c) en (h) onderskeidelik ten opsigte van die staatsdiens in die breë en wat deurgaans na (ontwikkeling en) effektiwiteit verwys, wat ongetwyfeld met die kwessies van vermoë en potensiaal te make het.⁶⁹⁵ Die effektiwiteit van die staatsdiens en die regbank kan nie ingeboet word ten einde voorsiening te maak vir die aanstelling van enige Jan Rap en sy maat, bloot op grond van hul biologiese

⁶⁹⁴ *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co* 40 DLR (4th) 193 213-214

⁶⁹⁵ Artikel 195(1): Openbare administrasie word beheers deur die demokratiese waardes en beginsels wat in die Grondwet verskans is, met inbegrip van die volgende beginsels:

- (a) ...
- (b) Die voordelige, ekonomiese en doeltreffende aanwending van hulpbronne moet bevorder word.
- (c) Openbare administrasie moet ontwikkelingsgerig wees.
- (d) Bekwame bestuur van menslike hulpbronne en geskikte loopbaanontwikkelingspraktyke moet ontwikkel word ten einde menslike potensiaal tot die maksimum te ontsluit.

samestelling nie.⁶⁹⁶ Dit sal bloot lei tot 'n verdere skeeftrekking van die sosiale orde.⁶⁹⁷

Daarmee saam moet gestel word dat dit uiters onwys sal wees om mense in posisies aan te stel wat nog die vermoë, nog die potensiaal het om die vermoë aan te leer om die werk te kan doen. Hierdie laasgenoemde benadering stem ooreen met die benadering van Regter Swart in die saak van *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others*⁶⁹⁸ waar dit beslis is, toe nog onder die Oorgangsgrondwet, dat verskillende oorwegings by indiensneming sal geld ten opsigte van die intreevlakke, waar ervaring en kwalifikasies byvoorbeeld nie so belangrik was as wat dit in hierdie geval was by die meer senior posisies nie. Hierdie benadering sal ook nie die idee ondermyn dat die staatsdiens in die breë verteenwoordigend moet wees van die Suid-Afrikaanse bevolking, sonder om effektiwiteit te ondermyn en hierdie breë verteenwoordigendheid oor 'n tydperk te bereik, eerder as oornag nie. Die geleerde regter is volgens die skrywer van hierdie proefskrif korrek wanneer hy beslis dat 'n effektiewe staatsdiens en 'n staatsdiens wat in die breë verteenwoordigend van die Suid-Afrikaanse bevolking is, as vereistes saamgelees moet word. Effektiwiteit kan nie ingeboet word ter wille van verteenwoordigendheid nie. Die publiek en die belastingbetalers is geregtig op 'n effektiewe staatsdiens.⁶⁹⁹ Die idee van effektiwiteit was een van die beginsels waaraan die Grondwet moes voldoen ingevolge Grondwetlike Beginsel XXX.1 van

⁶⁹⁶ Bevestig in *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 par [24]-[25] Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

⁶⁹⁷ Smith N 1995 *SAJHR* 97 maak hierdie punt, maar in verband met die toelating van mense tot universiteit, sonder dat hulle oor die nodige vaardighede en vermoëns sou beskik. Bevestig ten opsigte van die staatsdiens in *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 *ILJ* 241 (T); 1997 5 *BCLR* 577 (T); 1997 3 *SA* 925 (T) 994I-J; *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 *SA* 468 (T) 481H-I, 482H-I. Hierdie benadering van die *Public Servants* blyk ooreen te stem met die Amerikaanse benadering van *United States v Paradise* 1987 480 US 149 waar die effektiwiteit van die remedies wat aangewend word een van die maatstawwe is om die geldigheid daarvan te bepaal.

⁶⁹⁸ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 *ILJ* 241 (T); 1997 5 *BCLR* 577 (T); 1997 3 *SA* 925 (T) 993A-B

⁶⁹⁹ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 *ILJ* 241 (T); 1997 5 *BCLR* 577 (T); 1997 3 *SA* 925 (T) 989J-990H. Sien ook *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 par [31], [39] en [43] Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

die Oorgangsgrondwet. Hierdie idee van effektiwiteit het klem gevind in die eerste sertifiseringsuitspraak van die Konstitusionele Hof, deur dit as een van die grondwetlike doelwitte van die staatsdienskommissie te stel, toe die hof ten opsigte van die staatsdienskommissie se rol beslis het dat:⁷⁰⁰

The role of a public service commission is to promote fairness and to promote efficiency and standards in the public service.

Dit word aangevoer dat dit die doel van die Regterlike Dienskommissie is om te voldoen aan die vereistes van artikel 174(2) wanneer regters aangestel word. Omdat effektiwiteit as vereiste op die staatsdienskommissie van toepassing gemaak is by aanstellings, moet dit *mero motu* ook van toepassing wees by die aanstelling van regters. Die uitsprake van die Konstitusionele Hof soos dit op die staatsdienskommissie van toepassing is, moet ook van toepassing wees op die Regterlike Dienskommissie insoverre dit effektiwiteit betref. Daar bestaan geen rede om tot die teendeel te glo nie. Beide liggame is grondwetlik gefundeer en handel met die aanstelling van persone tot belangrike ampte. Om te argumenteer dat die aanstelling van persone tot die staatsdiens onderhewig is aan die vereistes van effektiwiteit, maar die aanstelling van regters is nie onderhewig daaraan nie, kom neer op 'n uitleg wat om die minste te sê, tot juridiese chaos kan lei. Alhoewel die werksaamhede van die Regterlike Dienskommissie nie onderhewig is aan hersiening deur die hof nie, bestaan die hoop dat die regsgeleerdes wat lede is van die kommissie,⁷⁰¹ met bogemelde argument sal saamstem dat effektiwiteit 'n imperatief is vir die aanstelling van regters, soos wat die geval is by die staatsdienskommissie.

Nie net behoort die verteenwoordigendheid van die staatsdiens nagestreef te word nie, maar ook die effektiwiteit van die staatsdiens en moet die sentimente van Regter Swart, soos beslis in die *Public Servants*-saak, dus as korrek aanvaar word. Hierteenoor is dit duidelik, soos dit blyk die sake van *Stoman v Minister of Safety and*

⁷⁰⁰

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 4 SA 744 (KH); 1996 10 BCLR 1253 (KH) para [170]

*Security and Others*⁷⁰² en *JHA Coetzer and Others v Minister of Safety and Security and Another*⁷⁰³ dat effektiwiteit ook baie sterk te doen kan hê met verteenwoordigendheid. In hierdie verband word die voorbeeld genoem van 'n Polisiediens wat onverteenvoortvullend is van die bevolking en dan moet poog om die gemeenskap te bedien. Wet en orde mag dalk gehandhaaf word deur dit met 'n ystervuis af te dwing, maar sal nie die vertroue van die gemeenskap geniet as al die lede van die betrokke polisiediens, ook dié in senior posisies, hoofsaaklik of eksklusief saamgestel is uit mense van 'n ander groep in die land, as die groep wat die betrokke gemeenskap dien nie. Die Grondwet skep immers in artikel 205(2) 'n grondwetlike plig tot effektiwiteit van die Polisiediens, deur as volg te bepaal:

- (2) Nasionale wetgewing moet die bevoegdhede en funksies van die polisiediens bepaal en moet die polisiediens in staat stel om sy verantwoordelikhede doeltreffend na te kom, met inagneming van die behoeftes van die provinsies.

Gevolgtrek is effektiwiteit nie iets wat by die deur uitgegooi kan word wanneer regstellende aksie toepassing vind, veral by die Polisiediens nie. Dit blyk uit 'n noukeurige lees van die beslissing van Regter van der Westhuizen in die *Stoman*-saak dat hy en Regter Swart nie by mekaar verbybeslis wanneer dit handel oor verteenwoordigendheid en effektiwiteit nie. Die *Stoman*-saak handel op hierdie punt oor verteenwoordigendheid ten gunste van effektiwiteit, soos wat hierbo aangetoon word, terwyl die *Public Servants*-saak oor effektiwiteit van die administrasie van die staatsdiens handel wat nie ingeboet mag word in die aanstelling van mense wat nie noodwendig oor die kwalifikasies en vermoë beskik om die werk te kan doen nie, veral op die meer senior vlakke van die staatsdiens.

⁷⁰¹ Minstens agt tot nege lede van die Regterlike Dienskommissie is te enige gegewe sitting van die Regterlike Dienskommissie regsgeleerdes, indien die persone getel word wat in artikels 178(1)(a), (b), (c), (e), (f), (g), en (k) van die Grondwet ter sprake is.

⁷⁰² *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 SA 468 (T) 481H-482F

⁷⁰³ *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002.

Dit blyk in elk geval dat die benadering van die *Public Servants*'-saak in hierdie verband direk verband hou met die volkeregtelike posisie ingevolge die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Ingevolge artikel 7(c) van hierdie internasionale verbond het elkeen die reg op gunstige en regverdige werksomstandighede, maar in besonder 'n gelyke geleentheid vir elkeen om bevorder te word in sy of haar werk na 'n geskikte hoër vlak, onderhewig aan geen oorwegings behalwe senioriteit en vermoë nie.⁷⁰⁴ Indien laasgenoemde die enigste twee oorwegings is wat toegepas behoort te word by bevorderings, sal dit vinnige regstellende aksie en die vinnige verteenwoordiging van die staatsdiens insoverre dit die demografie van die bevolking betref op alle posvlakke van die staatsdiens nadelig raak in die kort termyn, maar dit sal wel help voldoen aan die vereistes van effektiwiteit, terwyl daar gepoog word om te voldoen aan die vereistes van verteenwoordigendheid. In elk geval is hierdie 'n volkeregtelike bepaling waaraan aandag gegee moet word by die uitleg van die Grondwet.⁷⁰⁵

Ten opsigte van Regter van der Westhuizen se opmerkings oor verteenwoordigendheid en effektiwiteit kan daar in breë trekke saamgestem word. Sy opmerkings is egter nie oor die hele spektrum, in alle gevalle waar nie. Een van die redes waarom die polisie tydens die apartheidsjare nie in die voormalige Swart gebiede aanvaarbaar was nie, was juis omdat dit 'n spesifieke politieke beleid help in stand hou het en oorweldigend verteenwoordigend was van een groep van die bevolking.⁷⁰⁶ Gevolglik is die sentimente van die geleerde regter korrek wanneer hy in die algemeen 'n lyn trek tussen verteenwoordigendheid en effektiwiteit. Hierdie lyn is egter nie in alle gevalle ewe waar nie. Hierdie argument mag dalk waar wees wanneer ons met 'n polisiestrasie handel wat in 'n voormalige Swart woongebied geleë

⁷⁰⁴ Artikel 7(c): The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular:
(d) ...
(e) ...
(f) Equal opportunity for everyone to be promoted in his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence

⁷⁰⁵ Artikel 39(1)(b)

⁷⁰⁶ Waldmeir P *Anatomy of a miracle: The end of apartheid and the birth of the new South Africa* (Penguin Books New York 1997) 180-181

is, dalk selfs 'n gebied wat steeds as 'n "township" geklassifiseer kan word.⁷⁰⁷ In so 'n geval sal die polisie ten einde effektief te kan optree noodwendig gedomineer moet word deur die groep van die bevolking wat deur die betrokke polisiestasie bedien word. Hierdie is die praktiese realiteite waarmee ons in Suid-Afrika handel en dit help nie om doekies daaroor om te draai nie.

Dieselfde argument geld egter nie oral eenders nie. In die *Stoman*-saak het die aanstelling gehandel oor die hoof van die narkotikaburo op die Johannesburgse Internasionale Lughawe. Hierdie is een van die grootste en besigste lughawens in die wêreld en definitief die besigste en grootste in Suider-Afrika. Die gemeenskap wat deur die Narkotikaburo daar gepolisieer word bestaan uit mense wat nie daar woon nie. Dit bestaan uit toeriste, besigheidsmense en ander reisigers wat die lughawe as 'n vertrekpunt of punt van aankoms gebruik. Meeste van hierdie mense woon in ander dele van die land as Johannesburg en baie van die lughawegebruikers is buitelanders. Daar is moeilik om te verstaan hoe die idee van verteenwoordigendheid, bloot binne die konteks van die lughawe se narkotikaburo aangewend kan word om hierdie afdeling van die polisie meer effektief te maak. Inderdaad, as daar bloot na die gebruikers van die binnelandse lugdienste gekyk word, om nie eens van die internasionale vlugte te praat nie, dan hoef daar nie meer wetenskaplik op die kwessie ingegaan te word as om 'n lugreis te onderneem om te besef die meeste van die gebruikers van Suid-Afrikaanse lughawens uit die Blanke groep afkomstig is nie. Sonder om dus afbreuk te doen aan die algemene vereistes van artikel 195(1)(i) van die Grondwet, moet dit vasstaan dat die verhouding tussen effektiwiteit en verteenwoordigendheid, nie altyd as 'n wet van Meders en Perse aanvaar moet word, soos wat blyk te gebeur het in hierdie *Stoman*-beslissing nie.

Verteenwoordigendheid is nie altyd die deurslaggewende faktor nie en moet met effektiwiteit getemper word, maar hieruit mag nie afgelei word dat aanstellings van aangewese persone noodwendig oneffektiwiteit in die hand sal werk nie. So 'n argument sal bloot rassisties wees. Sonder om wetenskaplik daaroor te argumenteer is dit egter 'n feit dat om slegs verteenwoordigendheid na te streef sonder om te verseker

⁷⁰⁷

Ook Joubert opper hierdie argument ten gunste van regstellende aksie in Joubert DJ 1994 *De*

dat ervaring en meriete ook maatstawwe is in die werkplek, so 'n beleid by enige werkgewer, veral in die staatsdiens waar winsgewendheid nie die voortbestaan van die werkgewer bepaal nie, maklik tot oneffektiwiteit kan lei. Daar kan dus met respek nie met die argument van die geleerde regter in die konteks van die besondere feite saamgestem word dat verteenwoordigendheid in daardie konteks so swaar moes weeg, gemeet teenoor effektiwiteit nie. Oor die algemeen is die geleerde regter egter korrek met sy opmerkings oor regstellende aksie en verteenwoordigendheid.⁷⁰⁸

Artikel 195(1)(i) vereis net 'n breë verteenwoordiging van die Suid-Afrikaanse bevolking in die staatsdiens en nie die demografiese verteenwoordiging in elke kantoor, op elke vloer en in elke departement van elke afdeling van die staatsdiens ten einde die Suid-Afrikaanse bevolking presies oral te weerspieël nie. *Stoman* het die toepassing van effektiwiteit onderbeklemtoon ten gunste van verteenwoordigendheid. 'n Narkotikaburo op die Johannesburgse Internasionale Lughawe vereis nie dieselfde mate van verteenwoordigendheid van die polisiebeamptes as 'n polisiestasie in 'n oorwegend Swart woongebied ("township") nie. Die implikasie van hierdie afleiding is inderdaad dat die aangewese groepe nie in die staatsdiens aangestel moet word bo ander mense, behalwe as dit nie vermy kan word nie.

Laastens word die opmerking in die *Stoman*-saak gemaak dat regstellende aksie ook nie so beperkend toegepas moet word dat dit slegs enkele individue van hulp sal wees en nie verteenwoordigendheid op groter skaal nastreef nie.⁷⁰⁹ Hiermee saam moet egter in gedagte gehou word dat die staatsdiens te onderskei is van die privaatsektor wat nie in diens van die hele bevolking en die regering van die dag staan nie en grondwetlik slegs aan die vereistes van artikel 9(2) gebonde is insoverre dit regstellende aksie betref. Dit is ook die staat se verdere plig om, as dit

Jure 128-129.

⁷⁰⁸ Soortgelyke afleidings kan gemaak word uit die saak van *JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another* Saaknr JS 222/02 par [24]-[25] Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002. In laasgenoemde saak het dit gehandel oor die bevordering van polisiebeamptes in die plofstofeenheid van die SAPD, wat nie net verteenwoordigendheid vereis het nie, maar ook effektiwiteit van die eenheid, ten einde die land ten beste te kon dien, in lyn met artikel 205 van die Grondwet wat 'n effektiewe polisdienst ten doel stel.

⁷⁰⁹ *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 SA 468 (T) 482G-H

owerheidsbeleid is dat regstellende aksie so toegepas moet word in die staatsdiens dat die staatsdiens vinnig verteenwoordigend van die demografie van die bevolking moet word, die owerheid dan ook moet sorg dat mense vinnig opgelei word en vinnig die nodige vaardighede bekom om 'n effektiewe staatsdiens te verseker. Daar kan nie bloot riglyne neergelê word in hierdie verband, sonder om 'n geïntegreerde nasionale benadering hieroor te volg nie.

7.6.4 Die grondwetlike teks

Ingevolge artikel 9(2) is die regstelling van vorige benadeling die doel van substantiewe gelykheid. Die aanstelling van Swartmense, ten einde te verseker dat die werksmag in die privaatsektor verteenwoordigend is van die Suid-Afrikaanse bevolking, is nie die doel van artikel 9(2) nie. Natuurlik oorvleuel hierdie twee begrippe dikwels, maar ons kan nie toelaat dat ongelykheid selfs by uitsondering inglip in die toepassing van ons Grondwet, ten einde aan te voer dat die groter doel die bereiking van gelykheid is nie. Gelykheid kan nie bereik word deur dit te ondermyn nie. Die Grondwet geld vir alle mense in die land en is daarop gemik dat elkeen gelyk voor die reg is en geregtig is op die gelyke beskerming en voordeel van die reg.⁷¹⁰ Om dit vir sommige te ontnem ten einde sosiale rekonstruksie te onderneem, word met respek, nie veroorloof deur artikel 9(1) van die Grondwet nie.

Indien dit die bedoeling van die wetgewer was om beide die privaatsektor en die openbare sektor se werksmagte breedweg verteenwoordigend van die Suid-Afrikaanse bevolking te maak, kon dit maklik as een van die doelwitte in die Grondwet gestel gewees het soos wat dit in die geval van die staatsdiens gestel is in artikel 195(1)(i). Die pertinente onderskeid wat daar egter in die Grondwet bestaan ten opsigte van die staatsdiens en die privaatsektor is egter baie belangrik en dui op 'n andersoortige toepassing van die beginsels van gelykheid, soos hierbo aangetoon, wanneer dit by regstellende aksie kom.

⁷¹⁰ Artikel 9(1) van die Grondwet

Die teks van artikel 9(2), vereis uitleg daarvan volgens die spesifieke woorde waaruit dit bestaan. Daar kan nie 'n uitleg geskied volgens wat nie in die teks van artikel 9(2) vevat is nie. "Kategorieë persone" kan wel na 'n groep Swartmense verwys, maar nie na Swartmense as 'n groep nie. So 'n groep Swartmense kan slegs Swartmense wees wat benadeel is deur vorige diskriminasie en nie Swartmense, Bruinmense of Indiërs as rassegroepe nie, aangesien hulle nie as rassegroepe homogeen is waar almal wat tot daardie rassegroep behoort, tot dieselfde omvang benadeel is deur vorige diskriminasie of selfs steeds benadeel is nie. Die historiese en sosiale kontekste waarin die land en die bevolking hulself bevind, kan nie geïgnoreer word by die toepassing van regstellende aksie deur ons howe nie. Die feit dat sommige individue uit die aangewese groepe nie voorheen benadeel is wanneer hulle regstellende aksie voordele geniet nie, kan nie beteken dat die strewe na groter gelykheid vir die grootste gedeelte van die Suid-Afrikaanse bevolking gefnuik word, weens hierdie klein minderheid wat nie die voordele van regstellende aksie behoort te geniet nie. Wat dit egter wel beteken is dat sulke persone wat nie meer ongelyk is nie, nie die voordele van regstellende aksie behoort te geniet nie en dat die wetgewende owerhede aandag daaraan behoort te skenk om die toetse van regstellende aksie wat tans baie wyd en vaag geformuleer is, duideliker te maak en eerder as om alle Swartmense, Bruinmense en Indiërs as die ontvangers van regstellende aksie te definieer.

Artikel 9(2) is gemik, volgens die teks waaruit dit bestaan, op die bereiking van gelykheid, deur die beskerming of ontwikkeling van mense wat benadeel is deur diskriminasie. Dit is nie naastenby so imperatief of direk gemik op die verskillende rassegroepe se verteenwoordiging op elke vlak van elke bedryf van elke besigheid, soos wat blyk die doel te wees met die Wet op Billike Indiensneming⁷¹¹ of die Namibiese Wet op Regstellende Aksie nie.⁷¹² Dit blyk die geval te wees dat die Wet op Billike Indiensneming in die privaatsektor probeer bereik, wat grondwetlik veroorloof is in die staatsdiens ingevolge artikel 195(1)(i). Ten opsigte van hierdie doel, naamlik die breë verteenwoordiging van die Suid-Afrikaanse bevolking op elke vlak van die staatsdiens, kan daar vir doeleindes van hierdie proefskrif nie mee fout

⁷¹¹ Die aanhef en artikels 2(b) en 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming

gevind word in die Wet op Billike Indiensneming, insoverre dit die staatsdiens betref nie. Solank dit wat hierbo ten opsigte van *Stoman* net heeldyd voor oë gehou word, naamlik dat verteenwoordigendheid nie die alfa en die omega is nie, maar dat die toets breë verteenwoordigendheid is, saamgelees met effektiwiteit, eerder as spesifieke verteenwoordigendheid in elke hoek van die staatsdiens. Dit is immers wat artikel 195(1) vereis. Die grondwetlike probleem bestaan insoverre die Wet op Billike Indiensneming in die privaatsektor van toepassing is om die breë verteenwoordig van die Suid-Afrikaanse bevolking in die privaatsektor af te dwing, aangesien daar geen grondwetlike veroorloving is vir wat in die staatsdiens gemagtig is uit hoofde van artikel 195(1)(i) nie. Dit is hierdie doel, wat met respek teenoor die wetgewer en die aanvoorders van hierdie doelwit in die privaatsektor, ongrondwetlik daar uitsien, vir die redes hierbo aangevoer en soos verder op uitgebrei word hieronder.

Daar moet verskil word van Solomon wanneer hy die opmerking maak dat alhoewel regstellende aksie daarop gemik is om te verseker dat die demografie van die bevolking regoor alle posvlakke verteenwoordig moet wees, dit noodwendig deel is van substantiewe gelykheid.⁷¹³ Eerstens moet dit as vertrekpunt gestel word dat die demografiese verteenwoordiging van die bevolking op alle posvlakke oor die hele land ten opsigte van alle aangewese werkgewers gemeet moet word en nie op (elke) individuele werkgewer van toepassing gemaak behoort word nie. In hierdie verband moet 'n meganisme ontwikkel word om hiermee te handel. Demografiese verteenwoordiging van die bevolking mag dalk gewens wees (en is selfs breedweg verpligtend wanneer dit ingevolge die Grondwet voorkom en wel vir die redes hierbo aangevoer), by instellings wat as staatsorgane aangemerkt kan word ingevolge artikel 195(1)(i) van die Grondwet. Gevolglik kan daar nie met Solomon saamgestem word wanneer hy die opmerking maak dat demografiese verteenwoordiging van die bevolking in alle posvlakke deel van gelykheid is nie. Veral nie insoverre dit die privaatsektor betref nie.

⁷¹² Artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie
⁷¹³ Solomon M 1999 *SA Mercantile Law Journal* 238

Daar is egter ook 'n ander belangrike rede waarom daar nie met hom saamgestem kan word nie. In die staatsdiens het ons te make met 'n instansie wat in diens van die staat en die bevolking as geheel staan. Wanneer ons met instellings in die privaatsektor handel is dit, bo en behalwe die feit dat dit belangrik is om gelykheid te bevorder ten opsigte van die werknemers en werksoekers van daardie instellings, ook belangrik om deurentyd te besef dat *privaat*instellings *privaat* besit word. Daardie instellings is deel van die *privaat*sektor. Daarteenoor staan die openbare sektor wat die hele land en soms ook die wêreld dien. Die staatsdiens is immers in diens van die verkose regeringsowerheid van die dag ten einde daardie politieke owerheid by te staan om die politieke doelwitte daarvan te bereik. Dit dien egter ook die bevolking as geheel. As regstellende aksie deel is van die regering van die dag se doelwitte, dan moet die staatsdiens daarmee bystand verleen. Geen mens of groep mense kan tog waarlik vry of gelyk voel as hy deur wetgewing of die uitleg van die Grondwet voel dat hy die hele tyd, selfs in sy eie besigheid, elke dag van die lewe, gedomineer word deur mede-Suid-Afrikaners (of selfs buitelanders) wat nie noodwendig dieselfde taal, kultuur of selfs beginsels as hy deel nie. Veral in die privaatsektor is laasgenoemde stelling waar. Terwyl regstellende aksie groot inslag kan vind in die staatsdiens, kan dit nie dieselfde wyse van toepassing, of selfs tot dieselfde omvang toepassing vind in die privaatsektor nie.

Sonder om in 'n debat oor feminisme betrokke te raak kan die volgende praktiese voorbeeld genoem word: Sommige mense wat byvoorbeeld fundamentele Moslems is, is nie eens gemaklik daarmee dat vrouens motors bestuur of aan militêre aktiwiteite deelneem nie. Om nou wetgewing af te dwing wat vir hulle in hul eie besighede vertel dat die meerderheid van hul werknemers, sowel as die bestuur van hierdie instellings uit vroue moet bestaan, wat dikwels aan fundamentele manlike Moslems bevele sal moet gee, welke topbestuurslede nie noodwendig eens almal die Moslemgeloof aanhang nie, is tog om gelykheid tot 'n vlak te dryf waar die Grondwet vir hierdie mense 'n dokument word wat van geen betekenis is nie.

Die Grondwet moet 'n lewende dokument word, maar dit moet wanneer die fundamentele regte en die grondwetlike waardes aanwending vind, ook toepassing vind binne die sosiale, maatskaplike, ekonomiese en politieke omgewing waarbinne

ons mense leef. Dit is bloot onprakties en onafdwingbaar om van mense te verwag om wanneer hulle ook oor die reg op vryheid van geloof te beskik, te verwag dat gelykheid tot dieselfde omvang toegepas moet word in hul lewens, as wat die geval sal wees in die staatsdiens.

Mense wat sterk voel oor gelykheid vir almal, vroue inkluis, waarvan die skrywer van hierdie proefskrif een is, moet besef dat gelykheid ook prakties uitgelê en aanwending moet vind in die land en die wêreld waarin ons leef. Alle mense moet geakkommodeer word deur die Grondwet en as gelykes behandel word.

7.6.5 Minderhede en die ekonomie

Om aan almal die reg te verleen om as gelykes behandel te word, kan die toepassing van regstellende aksie as politieke doelwit nie tot dieselfde omvang toepassing vind in die privaatsektor as wat die geval is in die staatsdiens, wat in diens staan van die politieke owerheid van die dag nie. Vir almal in die land om uiteindelik waarlik gelyk te wees en as gelykes behandel te word, maar ook ten einde aan die grondwetlike waardes van menswaardigheid en bereiking van gelykheid erkenning te verleen, moet die minderhede in die land ook gedeeltes van die nasionale ekonomie domineer. Daar kan deur die skrywer hiervan aan geen beter plek gedink word vir minderhede om die ekonomie te domineer as in hul eie besighede nie. Onderskeide kan byvoorbeeld geskep word ten opsigte van familiebesighede of besighede wat spesifiek aansoek doen om vrystelling van hierdie vereiste van regstellende aksie, maar daar sal wetgewing vereis word om hiervoor voorsiening te maak.

Gestel die volgende voorbeeld doen homself voor. 'n Afrikaanse familie het 'n supermark wat aan die familie alleen behoort, welke familie bestaan uit 'n vader, moeder en vier volwasse seuns wat gesamentlik die besigheid bestuur en besit. Hul kliëntebasis is meestal ook Afrikaans. Die besigheid kwalifiseer as 'n aangewese werkgewer ingevolge die Wet op Billike Indiensneming. As dit as deel van die reg op substantiewe gelykheid aangemerkt gaan word dat alle posvlakke in alle instellings, ook in die privaatsektor, die demografie van die bevolking moet weerspieël, dan sou dit daarop neerkom dat hierdie familie (en hul kliënte) in die bestuur van hul eie

besigheid deur mense gedomineer sal word, getalsgewyse, maar ook insoverre dit bestuursbesluite betref, wat nie dieselfde taal, kultuur, agtergrond, of selfs doelwitte met die besigheid as hulle het nie. So 'n scenario streef tog nie substantiewe gelykheid na nie en daar kan nie van die minderhede verwag word om op groot skaal met sulke scenario's saam te gaan nie. Die Grondwet beskerm die gelykheid van almal, meerderheid en minderheid, naamlik elke individu. Natuurlik moet hierdie besigheid as aangewese werkgewer, én hierdie familie, as deel van regstellende aksie gelykheid nastreef ingevolge die grondwetlike bepalings en insoverre die wetgewing dit vereis. Maar presiese verteenwoordigendheid van die bevolking op elke posvlak in die privaatsektor in elke besigheid is onbereikbaar en dit word hier geargumenteer dat dit waarskynlik juis die rede is waarom daar 'n bepaling soos artikel 195(1)(i) in die Grondwet ingevoer is vir die staatsdiens, maar nie ten opsigte van die privaatsektor nie. Juis omdat artikel 9(2) nie vir die tipe van verteenwoordigendheid voorsiening maak wat in artikel 195(1)(i) voorsien word nie, moes laasgenoemde artikel in die Grondwet ingevoer word ten opsigte van die staatsdiens, maar bestaan geen soortgelyke grondwetlik dwingende bepaling ten opsigte van die privaatsektor nie.

Demografiese verteenwoordiging van die bevolking op alle posvlakke van alle privaatbesighede, sal beteken dat Afrikaners, Engelse, Blankes, Bruinmense, Indiërs, Jode, Moslems, Hindoes en ander minderhede uiteindelik in elke sfeer van die ekonomiese lewe daaglik deur die meerderheid van die bevolking gedomineer sal word. Sonder om aan vroeë oor kapitalistiese beginsels te raak, kan dit hier gestel word, dat so 'n uitleg van die substantiewe reg op gelykheid insoverre dit regstellende aksie betref, nie dieselfde mate van gelykheid aan minderhede verleen as wat dit aan die meerderheid verleen nie. Vir almal om te voel hulle is gelyk in die land, moet die aanhef van die Grondwet en die leuse van die land ook uiting vind in die privaatsektor. Verenig in ons verskeidenheid, beteken definitief nie verenig in ons eenvormigheid, deur die samestelling van elke besigheid oral dieselfde te laat lyk, met 'n dominasie van die meerderheid van die bevolking nie.

Natuurlik is een van die doelwitte van die nuwe staatsregtelike bestel om verskeidenheid te verseker wat die breë Suid-Afrikaanse bevolking weerspieël.

Artikels 186(2)(a) en (b) van die Grondwet vereis byvoorbeeld dat die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe breedweg verteenwoordigend moet wees van die Suid-Afrikaanse bevolking insoverre dit kultuur, godsdiens en taal aan die een kant en geslag aan die ander kant betref. Hulle moet egter help om aan spesifieke gemeenskappe die geleentheid te gee om hul tale, godsdienste en gelowe uit te leef. Alle tale, gelowe en godsdienste word nie almal gelyk by dieselfde geleenthede beoefen nie. Iemand praat of Engels of Zoeloe by geleentheid, hy praktiseer of Judaïsme of hy is 'n Christen wanneer hy na sy plek van geloof opgaan, hy praktiseer of die Xhosa- of die Afrikaanse kultuur by kulturele geleenthede. Iemand kan nie tegelykertyd alles wees nie. Net 'n groter gemeenskap kan dit alles omsluit deur dit alles toe te laat en kan bestaan uit alle gelowe, tale en kulture, deur vir die betrokke individue en groepe voorsiening te maak om dit te wees wat hulle graag wil wees in hul eie betrokke omstandighede, waar die verskillende tale, gelowe en godsdienste plek-plek domineer. Netso moet die Onafhanklike Owerheid om die Uitsaaiwese te Reguleer⁷¹⁴ verseker dat die uitsaaiwese in die breë, verteenwoordigend sal wees van die Suid-Afrikaanse bevolking. Vir dieselfde redes as by die vorige voorbeeld, geskied die media oor radio- en televisieprogramme wat merendeels plek-plek gedomineer word deur 'n spesifieke taal, geloof of kultuur. Ons hoor nie alle tale oor dieselfde nuusbuletin nie. Een taal domineer en die gebruikers en luisteraars daarvan ontvang bediening daarin. Godsdiensprogramme handel ook slegs oor die bediening van een geloof op 'n slag en daar is nie vermenging van die gelowe om die Suid-Afrikaanse samelewing te weerspieël nie. Daar is dus dele van die uitsaaiwese wat op plekke gedomineer word deur die minderhede in die land en vir dieselfde redes moet daar ook plekke in die nasionale ekonomie wees wat deur die minderhede in die land gedomineer word. Hul eie besighede is een van hierdie plekke.

Aangesien Suid-Afrika ten minste gedeeltelik die kapitalistiese stelsel in die ekonomie onderskryf, moet dit in ag geneem word hoe die vryemark werk en wat die gevolge daarvan is. Indien die mark (sien "mark" in 'n breë sin), hipoteties gesproke, een miljoen rand bevat en vyf mense neem aan daardie mark deel op 'n kapitalistiese

⁷¹⁴ Artikel 192 van die Grondwet

vryemarkbasis, waar almal met niks begin nie, dan kan daar maklik veronderstel word dat na 'n tyd een van die persone weens sy vernuf en vermoë meer as die helfte van die een miljoen rand sal besit. Die res sal dan dit wat oorbly tussen hulle verdeel hê en een van hulle kan moontlik selfs niks hê nie. Daar is niks onregverdig aan hierdie situasie nie en dit is die beginsels waarop die vryemark gebaseer is. Almal neem vrylik deel daaraan en dié met die meeste vermoë en vernuf wen die meeste van die aandeel aan die mark. In elk geval is die argument dat almal in 'n vryemarkeconomie dieselfde rykdom en welvaart moet besit, nie deur die bank vir almal aanvaarbaar nie.⁷¹⁵

Natuurlik het ons in Suid-Afrika die situasie waar die meeste van die mense in die land daarvan weerhou is om aan hierdie mark deel te neem en hierdie situasie moet nou reggestel word. Hulle wat sou deelgeneem het aan die mark moet nou opgelei en ontwikkel word ten einde te poog om hulle in die posisies te plaas waar hulle sou gewees het as dit nie vir die vorige diskriminerende wetgewing en praktyke was nie. Daardeur moet daar gepoog word om die bevordering van ware gelykheid te bereik.⁷¹⁶ Maar daar is geen rede om te glo dat die demografie van die bevolking direk weerspieël sou gewees het in alle posvlakke as dit nie vir vorige diskriminasie was nie. Natuurlik sal dit tot 'n mate so gewees het dat die demografie van die bevolking minstens weerspieël sou gewees het in minstens dele en waarskynlik die grootste deel van die ekonomie. Maar daar sal steeds dele van die ekonomie gewees het wat deur die minderheid van die bevolking gedomineer sou gewees het en aan daardie realiteit kan daar nie ontsnap word nie. Selfs na drie en 'n half eeue waartydens die Blankes gelykes was in Suid-Afrika, word die landbou steeds deur Afrikaners oorheers, terwyl die finansiële sektor steeds deur Engelse oorheers word. Dan moet daar ook rekening gehou word met die onwetenskaplike verskynsel dat sekere groepe mense hulle op sekere beroepe toespits. In hierdie verband kan daar byvoorbeeld gelet word op die feit dat 'n kwart van alle dosente in die regte aan Amerikaanse regs fakulteite in 1970, Joods van geloof was.⁷¹⁷ Hierdie was 'n natuurlike verskynsel en nie weens enige regstellende aksie of geforseerde migrasie

⁷¹⁵ Joubert DJ 1994 *De Jure* 4-5, 126

⁷¹⁶ Artikel 9(2) van die Grondwet

⁷¹⁷ Joubert DJ 1994 *De Jure* 122-123

na daardie beroepe nie. In Suid-Afrika is daar niks wat veronderstel dat hierdie onvoorspelbare gebeure deel van ons werklikheid sal word nie. Dieselfde sou waarskynlik waar gewees het ten opsigte van die Bruinmense, Indiërs, Swartmense en sekere sektore van die ekonomie, indien daar lank gelede reeds gelykheid ingestel was. Sommige groepe het 'n neiging om sekere sektore te domineer, terwyl ander groepe weer ander sektore domineer. Die redes daarvoor hoef nie hier bespreek te word nie, maar die feit dat dit so is, moet hier genoem word.

Om van elke aangewese werkgewer in elke bedryf van elke sektor van die ekonomie nou 'n mikrokosmos van die bevolking te maak, is egter om die ekonomie en die land te stuur in 'n rigting waarin dit natuurlikerwyse nooit sou gegaan het nie en met respek nie gelykheid sal onderstreep nie. Hierdie is 'n politieke beleid en daar is niks in die Grondwet wat hierdie beleid grondwetlik magtig nie. Daar is egter wel artikel 9 wat aan elkeen die reg op gelykheid voor die reg bied waarby die regte van minderheidsgroepe inbegrepe is en wat, soos die meerderheid van die bevolking, ook nie van hul regte ontnem mag word nie.⁷¹⁸ Soos wat die meerderheid van die bevolking nie verder bevoordeel mag word ten opsigte van die posisie waarin sekere individue sou gewees het as dit nie vir die vorige diskriminasie was nie, kan die minderheid nie in 'n posisie geplaas word waarin hulle nie sou gewees het as dit nie vir die vorige diskriminasie was nie. Daar sal altyd dele van die ekonomie moet wees wat deur die minderheid van die bevolking gedomineer word, so ook aangewese werkgewers. Dit is die natuurlike gevolg van gelykheid en deur aan elkeen gelyke geleenthede toe te ken om vrylik aan die mark en die ekonomie deel te neem.

7.6.6 *Verteenwoordigendheid en deelname*

Hoe word demografiese verteenwoordiging in elk geval gemeet? Kom ons neem vir 'n oomblik die voorbeeld van krieket in die land. Krieket is in die verlede gesien as 'n sportsoort wat meestal deur Blanke Engelssprekende Suid-Afrikaners ondersteun is. Blanke Afrikaanssprekende Suid-Afrikaners het later bygekom, maar tot 'n groot mate was die mense wat hierdie sport gespeel en ondersteun het uit die Blanke groep

⁷¹⁸ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [48]

aanwesig. Om byvoorbeeld in hierdie sportsoort aan te voer dat dit die meerderheid van die bevolking moet verteenwoordig insoverre dit die samestelling van spanne betref, veral op nasionale vlak, kan tog nie afgaan nie. Natuurlik is daar 'n mate van skeeftrekking van die situasie in die samestelling van die span as gevolg van historiese faktore. Natuurlik is dit nodig dat groot hoeveelhede geld gespanneer word ten einde krieket in die voormalige Swart, Bruin en Indiëergebiede te ontwikkel om te verseker dat mense uit hierdie bevolkingsgroepe ook in die nasionale spanne van die land verteenwoordig is. Natuurlik moet gelykheid in alle opsigte nagestreef word, maar: om te verwag dat elke sportsoort in die land, krieket inkluis, die bevolkingsdemografie moet weerspieël, is nie gelykheid nie. Dit is die toepassing van 'n politieke beleid en die afdwing van die wil van die meerderheid van die bevolking se politieke party op die minderheid.

Die samestelling van nasionale sportspanne behoort demografies weerspieëlend te wees van die mense wat die sport speel en ondersteun. Daar kan geen ander regverdige maatstaf wees vir demografiese verteenwoordiging in sportspanne nie en die Grondwet dwing ook geen spesifieke maatstawwe in hierdie verband af nie. Gevolglik moet daar gestreef word om krieketontwikkeling te doen in benadeelde gebiede en geleenthede te bied aan mense wat uit benadeelde omstandighede kom, maar as die meerderheid van hierdie mense eerder sokker wil speel en ondersteun as krieket, dan kan daar nie voortgegaan word om te poog om die span op 'n demografiese basis saam te stel, behalwe insoverre dit deelname en ondersteuning van die betrokke sportsoort betref nie. Nie net ontnem 'n politieke beleid soos nasionale demografiese verteenwoordiging in sportspanne mense met goeie sportvermoëns van die geleentheid om te kan deelneem op grond van hul ras nie, maar dit is ook ten koste van die land. Hierdie politieke beleid sal daarop neerkom dat ons nie die beste span op die veld stuur nie. Die belangrikste is egter dat dit nie gelykheid in die hand werk nie en dat dit die gelykheid van mense ondermyn en wel vir die redes wat hierbo genoem word. Die demografie van die land kan, as dit dan moet, eerder in sport as sulks oorweeg word, as in spesifieke sportspanne en sportsoorte. Weens dieselfde redes wat by sport geld insoverre dit regstellende aksie betref, kan daar ook nie saamgestem word met demografiese verteenwoordiging van die bevolking in elke bedryf van die nasionale ekonomie en die besigheid van elke

aangewese of relevante werkgewer nie. Persone uit die aangewese groepe stel nie soveel belang in die natuurlike wetenskappe soos die geesteswetenskappe nie. Om dieselfde redes wat by krieket geld, kan daar nie gesien word waarom die demografie van die bevolking proporsioneel in elke werkplek van elke bedryf weerspieël moet word nie. Veral as die krieketspelers by 'n liggaam soos 'n krieketraad in diens is wat 'n aangewese werkgewer is, dan is hierdie argumente van toepassing om die werking van regstellende aksie te onderstreep en aan te toon waarom die toepassing daarvan gelykheid in die land ondermyn.

Persone wat op die platteland woon en wat aan tradisionele leefwyses deelneem, wat meestal vrywilliglik die geval is⁷¹⁹ en nie belangstel in Westerse lewenswyses waar regstellende aksie deel van die werklikheid is nie, wil nie deel wees van byvoorbeeld die banksektor van die land nie en die persentasie van die bevolking wat deur hulle uitgemaak word kan tog nie in berekening gebring word ten einde te bepaal watter persentasie van die demografie van die bevolking in die banksektor of in enige ander sektor verteenwoordig behoort te wees nie. Vir dieselfde redes behoort die persentasie van persone wat reeds bejaard en / of afgetree is buite rekening gelaat te word vir die berekening van werknemerpersentasies in enige bedryf en daar kan aanvaar word dat persone wat werk as predikante, imams en rabbi's nie getel behoort te word as deel van die bevolking wat wil deelneem aan byvoorbeeld die dobbelbedryf nie.

Daar kan letterlik aan hordes sulke voorbeelde gedink word waarom die demografie van die bevolking as maatstaf irrelevant vir die berekening van werknemerpersentasies behoort te wees.⁷²⁰ Om dit as maatstaf te stel vir indiensneming op 'n nasionale vlak in elke posvlak van elke aangewese werkgewer, behalwe ingevolge artikel 195(1)(i) van die Grondwet, soos veroorloof vir die staatsdiens, maar met inagneming van effektiwiteit, is 'n ondermyning van gelykheid beide as fundamentele reg en as grondwetlike waarde.⁷²¹ Daar moet maatstawwe

⁷¹⁹ De Koker J 1998 *TRW* 11

⁷²⁰ Smith N 1992 *SAJHR* 244

⁷²¹ In 'n minderheidsuitspraak in die Amerikaanse *Supreme Court* het Regter Scalia, in die saak van *Johnson v Transportation Agency, Santa Clara County* 480 US 616 658 (1987), dit as hoogs onversoenbaar met die Amerikaanse ideaal van gelykheid beskryf, om proporsionele

wees soos wie die deelnemers aan daardie spesifieke bedryf is, wie daaraan wil deelneem, wie die ondersteuners van die spesifieke besigheid is ensovoorts, terwyl daar deurentyd ontwikkeling geskied in benadeelde gebiede sodat almal gelyke geleentheid het om aan alle sektore en bedrywe van die ekonomie te kan deelneem. Demografiese verteenwoordiging as maatstaf ten brede is nie grondwetlik geoorloof nie. Daar word hier terugverwys na die relevante volkeregtelike bepalings en argumente, soos dit reeds hierbo bespreek is.

Hierdie argumente moet dan in die konteks van die volkereg gesien word. Al die bogemelde argumente is soortgelyk van toepassing na oorweging van die bepalings van die relevante internasionale konvensies. Slegs deur aan minderheidsgroepe die geleentheid te bied om nie net hulle eie tale te praat, hul eie geloof te beoefen, hul eie kultuur te geniet en hul eie waardes en beginsels af te dwing, nie net by volksfeeste, kerke en kulturele byeenkomste nie, maar ook in hul daaglikse lewens, waar hulle met hul eie werk en besighede besig is, kan daar werklik sprake wees daarvan dat Suid-Afrika ook aan hierdie internasionale konvensies sal voldoen nie. Slegs dan kan daar sprake wees daarvan dat ons as Suid-Afrikanners ook aan elkeen ware gelykheid toeken ingevolge artikel 9(2) van die Grondwet. In elk geval, is dit die kultuur-, taal- en geloofsgroepe self wat hul eie kulture, tale en gelowe ekonomies ondersteun en dit is slegs moontlik indien daardie minderhede ekonomies toegelaat word om op sekere plekke in die ekonomie te domineer en hulself by wyse van hul ekonomiese mag self te onderhou en te ondersteun op kulturele, taal- en geloofsterreine.

Daar sal seker verwag moet word dat laasgenoemde argumente deur sekere persone gelees sal word as 'n apologie vir vorige rasgebaseerde ekonomiese bevoorregting. Wat egter deur hierdie proefskrif beoog word is die vind van grondwetlike antwoorde op grondwetlike probleme en dit is die reg wat toepassing vind in hierdie soeke, eerder as politieke, ekonomiese en sosiale oorwegings. Die reg moet toepassing vind sonder vrees of vooroordeel en dit is ook wat in hierdie proefskrif die poging van die skrywer daarvan is. Bogemelde bepalings van die relevante internasionale konvensie en artikel 9(2) van die Handves van Regte, sowel as die prosessuele grondwetlike

waardes van menswaardigheid en die bereiking van gelykheid, soos vervat in artikel 1 van die Grondwet, kan nie bereik word as regstellende aksie daarop gemik is dat elke besigheid en instelling waar daar mense werk en wat as 'n aangewese werkgewer kwalifiseer, altyd ten doel het om die demografie van die bevolking te weerspieël nie.

Die kwessie van sistemiese benadeling wat uitgewis moet word kan ook nie agterweë gelaat word nie en daar kan nie allerlei skuilings gebou word ter wille van die voortsit van enige stelsel van sistemiese of ander diskriminasie nie. Dit moet daadwerklik aangespreek word, maar binne 'n grondwetlike konteks, wat wel regstellende aksie toelaat. Hierdie uitwissing moet egter geskied sonder om 'n nuwe vorm van sistemiese benadeling te skep waar groepe teenoor mekaar opgestel word en die een groep ten koste van die ander groep bevoordeel word. Dit gaan hier oor individue en individuele regte. Die vraag is eerder of die persoon voorheen benadeel is as deel van 'n kategorie persone en of daardie persoon se benadeling voortduur. Die sistemiese benadeling waaronder die persoon as lid van 'n groep gelei het, maak daardie persoon geregtig om individueel die voordele van regstellende aksie te geniet, maar verleen geen regte aan die groep waarvan daardie persoon lid is nie. Gevolglik is die Wet op Billike Indiensneming se fokus op groepe, eerder as individue aanvegbaar in hierdie verband.

Ware gelykheid sal nooit kan bestaan solank daar nie voorsiening daarvoor gemaak word dat sommige aangewese werkgewers, byvoorbeeld familiebesighede, of besighede wat spesifieke kultuurgemeenskappe dien, nie deur die minderheidsgroepe in die land gedomineer kan word nie. Erkenning sal dus regtens moet geskied dat hierdie aangewese werkgewers dan nie die wet oortree wanneer regstellende aksie op hierdie wyse bereik word, deur persone van daardie minderheidsgroepe, wat ook voorheen benadeelde persone is, te akkommodeer in daardie aangewese werkgewer nie. Regstellende aksie sal ook glad nie verydel hoef te word deur die erkenning van hierdie beginsel nie. In alle minderheidsgroepe is daar in elk geval ook mense wat voorheen benadeel is, selfs in die groep wat as Blanke mans, Afrikaners, Engelse, Jode en ander minderheidsgroepe aangemerkt kan word. Daar kan selfs as deel van

hierdie erkenning van minderheidsgroepe voorsiening daarvoor gemaak word dat bevordering van die gelykheid van hierdie benadeeldes as lede van die minderheidsgroepe dan by hierdie instellings pertinente aandag moet geniet. Sodoende sal gelykheid deurentyd nagestreef word en sal die Republiek ook sy internasionale verpligtinge kan nakom.

'n Enkele voorbeeld geniet aandag: gestel 'n Afrikaanse kultuurvereniging wat voorheen op grond van ras ten gunste van Blanke Afrikaanssprekendes gediskrimineer het, is nou 'n aangewese werkgewer. Regstellende aksie behoort in hierdie konteks voorkeur te kan verleen aan arm Blanke en Bruin persone wanneer regstellende aksie by hierdie werkgewer plaasvind, juis omdat die grootste gedeelte van die Afrikaanssprekende mense in die land uit hierdie twee groepe afkomstig is.

Natuurlik ondersteun hierdie argument onder geen omstandighede ongelyke behandeling van enigeen nie en daar moet veral daarteen gewaak word dat rasse- en geslagsdiskriminasie voorkom. Die verteenwoordiging van die demografie van die bevolking moet egter by die toepassing van hierdie beginsel oor alle besighede in die land geneem word en nie op elke afsonderlike besigheid van toepassing gemaak word nie, anders sal dit uiteindelik op slegs een resultaat kan neerkom en dit is die totale dominasie van die minderhede deur die meerderheid, op elke vlak, in elke besigheid, in elke besigheidsentiteit, ongeag of die minderheid die betrokke besigheid besit of nie.

Breë verteenwoordiging van die bevolking, eerder as spesifieke verteenwoordigendheid, behoort die maatstaf te wees. So 'n situasie sal nie vir die minderheid groter gelykhede meebring nie, maar sal neerkom op ongelyke behandeling van die minderheid, in stryd met die grondwetlike waarde wat die strewe na gelykheid vergestalt⁷²² en dit sal ook nie strook met die land se internasionale verpligtinge soos hierbo uiteengesit nie.

7.7 'n Eindpunt aan regstellende aksie vir individue

7.7.1 Die mikpunte van regstellende aksie

Alhoewel ons as bevolking nog baie ver weg is van die einde van grootskaalse ongelykheid, veral tussen die onderskeie rassegroepe in ons land, sal 'n bespreking soos hierdie nie volledig wees tensy daar ook gekyk word na die toekomstige posisie en wat die impak van die relevante grondwetlike bepaling daarop sal wees nie. Alhoewel daar nie hier gespekuleer kan word oor hierdie kwessie nie, kan dit tog gestel word dat daar uiteindelik, baie jare van nou af, teoreties gesproke 'n tyd kan aanbreek waar almal se vorige benadeling uitgewis sal wees en dat daar geen nodigheid meer sal bestaan vir regstellende aksie om ten gunste van iemand toegepas te word nie. Regstellende aksie word immers, minstens deur sommige, as 'n tydelike maatreël beskou wat sal wegval sodra die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede bereik is.⁷²³ Enige benadeling wat teen daardie tyd sal bestaan, sal benadeling wees wat ontstaan het uit optrede wat plaasgevind het nadat die Grondwet in werking getree het en sal dan maatreëls vereis om gelykheid vir sodanige persone te bevorder. Omdat Suid-Afrika egter 'n land van minderhede is waar baie van die minderhede kwesbaar is, nie polities sterk daar uitsien nie en regsbeskerming vereis,⁷²⁴ moet daar in hierdie verband kennis geneem word van die bepalinge van die Internasionale Arbeidsorganisasie se *Indigenous and Tribal Peoples Convention*.⁷²⁵ Hierdie konvensie bepaal soos volg in artikel 4 daarvan:

1. Special measures shall be adopted as appropriate for safeguarding the persons, institutions, property, labour cultures and environment of the peoples concerned.
2. Such special measures shall not be contrary to the freely-expressed wishes of the people concerned.

⁷²³ *George v Liberty Life Association of Africa Ltd* 1996 17 ILJ 571 (IC) 593F; 1996 8 BLLR 985 (IC)

⁷²⁴ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [48]

⁷²⁵ Die *Indigenous and Tribal Peoples Convention* (Nommer 169) is deur die Internasionale Arbeidsorganisasie aanvaar by die ses en sewentigste sessie daarvan in 1989.

3. Enjoyment of the general rights of citizenship, without discrimination, shall not be prejudiced in any way by such special measures.

Met die toepassing van dié bepalings van hierdie internasionale konvensie, behoort daar genoegsame beskerming getref te word ten gunste van daardie minderhede en groepe wat deurentyd regsbeskerming en ontwikkeling vereis. Daar word met respek aan die hand gedoen dat artikel 9(2) hierdie tipe van benadering tot hierdie spesiale tipe van maatreëls sal toelaat ten gunste van individue en kategorieë wat deurentyd regsbeskerming en ontwikkeling vereis en dat dit nie slegs verwys na regstellende aksie in die werkplek, soos wat ons regstellende aksie in die algemeen tans ken nie. Gevolglik is hierdie artikel van die Grondwet wyd genoeg geformuleer ten einde voorsiening te maak vir hierdie tydlose interpretasie om ook vir die toekoms voorsiening te kan maak.

7.7.2 *Werklike benadeling*

Om die saak verder te voer moet ons vir 'n oomblik terugkeer na die regte en vryhede soos na verwys in artikel 9(2) van die Grondwet. Die ontvangers van die voordele van regstellende aksie moet werklik benadeel wees deur onbillike diskriminasie, aldus Grogan.⁷²⁶ Nadeel in hierdie konteks beteken dat hulle van geleenthede en voordele ontnem moet wees as gevolg van vorige en huidige onbillike diskriminasie, wat met inagneming van artikel 9(2) daarop neerkom dat hulle nie die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves vervat, geniet soos wat die geval sou gewees het as dit nie was vir die onbillike diskriminasie nie. Dit is nie genoeg vir iemand om bloot aan te toon dat die ontvanger van die voordele van regstellende aksie, lid is van 'n groep wat deur regstellende aksie bevoordeel word, waarteen daar in die verlede gediskrimineer is of wat benadeel is nie. Grogan meen verder dat vorige benadeling spesifiek verwys na persone wat inderdaad deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is en inderdaad steeds so benadeel is.⁷²⁷

⁷²⁶

Grogan *J Workplace* 176

Indien ons wil strewe na 'n gemeenskap waar daar uiteindelik gelykheid sal wees en dus aan die vereiste van artikel 9(2) se doel van gelykheid te voldoen, moet ons egter ook prakties wees. Nie almal geniet al die regte en vryhede wat in die Handves van Regte vervat is tot 'n gelyke mate nie. Selfs nie alle Blanke mans, vir wie daar nie voorsiening in die Wet op Billike Indiensneming gemaak word as 'n aangewese groep nie, geniet tot dieselfde mate toegang tot die beste geriewe en fasiliteite in die land as wat byvoorbeeld ryk swart nyweraars in ons land geniet nie. Gelykheid is nie (meer) suiwer 'n rasgebaseerde konsep nie, alhoewel die grootste gedeelte van die benadeeldes in Suid-Afrika mense van kleur is. As ons hierdie hipotese kan aanvaar, dan moet daar 'n punt kom waar ons ook aanvaar dat alhoewel sommige persone in die verlede teen gediskrimineer is, daardie persone se agterstande byvoorbeeld uitgewis is. Mense teen wie daar in die verlede gediskrimineer is, kan nie ewigdurend aanhou om die voordele van regstellende aksie te geniet nie. Gelykheid moet een of ander tyd vir hulle aanbreek en vir sommiges het hierdie tyd reeds aangebreek. Dit sal beteken dat regstellende aksie, net soos wat dit individueel toegepas moet word, as deel van die individuele reg op gelykheid van elkeen (in teenstelling met die idee van 'n groepsreg) individueel vir mense sal aanbreek en substantiewe gelykheid inkrementeel bereik sal word, individu vir individu.

Sommige Swartmense, Bruinmense en Indiërs sal immers nooit as persone geklassifiseer kan word wat steeds benadeel is deur vorige diskriminasie nie. Daar mag dalk teen hulle gediskrimineer gewees het, maar hulle is nie noodwendig daardeur benadeel nie. Hulle mag selfs op 'n stadium benadeel gewees het, maar hulle kon teen hierdie tyd reeds hulle benadeling oorkom het. Hierdie aanvaarding sal ook in lyn wees met die Verenigde Nasies se spesiale rapporteur, Asbjorn Eide, wat gehandel het met die beskerming van minderhede, en die oplossing van probleme rondom minderhede. Hierdie rapporteur het in sy verslag aan die Verenigde Nasies⁷²⁸ bevind dat regstellende aksie soms veroorloof kan wees, maar dat dit nooit 'n permanente verskynsel kan wees nie. Hierdie beginsel is ook deur die Suid-

727

Grogan *J Workplace* 176; Van Eck BPS 1999 *De Jure* 163

728

E/CN 4/Sub 2/1993/34/Add 4 van 11 Augustus 1993 soos aangetref in Strydom HA "Minority rights protection: Implementing international standards" 1998 *SAJHR* 373-387 380-382.

Afrikaanse Regskommissie in sy verslag aangaande groeps- en menseregte bevestig.⁷²⁹

Om egter terug te keer na die argument van Solomon dat regstellende aksie ten gunste van die groep wat benadeel is, aangewend moet word. Veral die gelykheidsbepaling in die Handves van Regte, is nie gemik is op groepe persone wat geen nadele van diskriminasie gely het nie. Artikel 9(2) van die Handves van Regte, as die magtigingsbepaling vir regstellende aksie, is juis daarop gemik om gelykheid te bereik en nie groter ongelykheid teweeg te bring nie. Groter ongelykheid sal ongetwyfeld die geval wees as ons toelaat dat daar aan persone wat nie onder die nadele van vorige diskriminerende maatreëls gely het nie, of nie meer daaronder ly nie en reeds die regte en vryhede in die Handves vervat ten volle en gelyk geniet, verdere voordele verleen word waarop sulke persone sal wil aanspraak maak bloot uit hoofde van hul lidmaatskap van groepe persone wat as aangewese aangemerkt word ingevolge die wet.⁷³⁰ Hierdie persone is juis nie gelyk met die voorheen benadeeldes nie, het dikwels reeds volle en gelyke genieting bereik van die regte en vryhede in die Handves vervat en deur aan hulle verdere voordele te verskaf, sal ook nie strook met die waardes van die Grondwet, onder andere die bereiking van gelykheid⁷³¹ en die doel van regstellende aksie soos vervat in artikel 9(2) nie.⁷³² Intendeel, dit sal die doel van artikel 9(2) van die Handves van Regte veryd, aangesien dit groter ongelykheid in die hand sal werk. Dit sal beteken dat sommige mense, die voorheen benadeeldes, se roete na die volle en gelyke genieting van die regte en vryhede in die Handves vervat, geblokkeer word, terwyl ander mense wat reeds hierdie gelykheid bereik het voordeel sal trek tot nadeel van hierdie voorheen benadeeldes. Dit sal daarop neerkom dat maatreëls wat meer mense wat voorheen benadeel is kan help, keer op keer ten gunste van dieselfde mense aanwending vind.

⁷²⁹ *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* 136

⁷³⁰ Du Toit D *ea Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 19

⁷³¹ Artikel 1(a)

⁷³² Artikel 9(2) stel dit dat die bevordering van die bereiking van gelykheid die doel is van regstellende aksie maatreëls wat ingevolge artikel 9(2) gemagtig is.

Dit kan byvoorbeeld ook toelaat dat veral sommige vroue en buitelandse Swartmense, Bruinmense en Indiërs, sowel as voormalig uitgeweke Suid-Afrikaners wat skaars as voorheen benadeel aangemerkt kan word, hierdie geleentheid sal benut, dikwels tot groot materiële voordeel.⁷³³ Soos reeds gestel, voorsien die Indiese regsbenadering 'n oplossing hiervoor, by wyse van die sogenaamde "creamy layer test," aangesien dit nie regstellende aksie toelaat ten gunste van mense wat nie meer benadeel is nie en wat byvoorbeeld onafhanklike sukses bereik het.⁷³⁴ In Namibië het die eerste verslag van die ombudsman van daardie land ook die houding ingeneem dat regstellende aksie slegs toegepas moes word ten opsigte van die nadeel wat deur die betrokke persoon gely is en nie aan byvoorbeeld alle Swartmense toegeken moes word nie. Die ombudsman het byvoorbeeld verwys na persone wat met die koloniale regering saamgewerk het en van regstellende aksie voordele weerhou moes word.⁷³⁵ Dit word hier aan die hand gedoen dat die laaste opmerking van die Namibiese ombudsman ten opsigte van mense wat met die vorige regering saamgewerk het nie in Suid-Afrika toepassing sal kan vind nie, aangesien geen grondwetlike magtiging vir sodanige benadering bestaan nie. Die enigste vraag is of mense steeds benadeel is of nie.

Regstellende aksie is gemik op geleentheid vir persone wat werklik die nadele gely het van vorige diskriminerende wetgewing en praktyke. Regstellende aksie ook ten gunste van mense wat nie meer as benadeel aangemerkt kan word nie, sal bloot beteken dat daardie persone wat in die beste posisies is om van hierdie voordele gebruik te maak, dit sal benut tot verdere nadeel van mense wat werklik benadeel is.⁷³⁶ Hierdie laasgenoemde argument van die skrywer van hierdie proefskrif ontken nie dat daar wel persone is, onder andere baie vroue en selfs uitgeweke Suid-Afrikaners wat wel voorheen benadeel is, en steeds so benadeel is nie. Hulle nadele moet aangespreek word as deel van die doel van artikel 9(2). Maar dit is definitief nie alle vroue en alle persone uit die aangewese groepe wat benadeel is nie en daar kan nie gesien word waarom sulke persone die voordele van regstellende aksie behoort te

⁷³³ Faundez J 1994 *ILJ* 1187

⁷³⁴ *Indra Sawhney v Union of India* 80 AIR (SC) 477, 558; Du Toit D ea *Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 19

⁷³⁵ Jauch HM *Imbalances* 132, 136, 146

⁷³⁶ Du Toit D ea *Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 19

ontvang nie. Daar sal persone wees wat sal meen dat vorige uitgewekenheid as sulks benadeling veronderstel. Daar kan egter vir doeleindes hiervan aanvaar word dat benadeling gemeet moet word aan die gemiddelde Suid-Afrikaner wat tans benadeel is, insoverre dit opleiding, toegang tot mediese fasiliteite, werksgeleenthede, inkomste en behuising betref en nie uitgewekenheid wat dikwels tot goeie opleiding, goeie werksgeleenthede, goeie behuising en 'n hoë lewenstandaard aanleiding gegee het nie.

Verder kan daar met respek nie verstaan word waarom buitelandse persone wat nie onder die juk van vorige benadelende wetgewing en praktyke gelyk het, die voordele van regstellende aksie moet geniet in hierdie land nie. Natuurlik moet buitelanders as gelykes behandel word,⁷³⁷ maar hulle kan tog nie in Suid-Afrika die voordele van regstellende aksie geniet wat gemik is op die *bereiking van die bevordering van gelykheid van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel nie*.⁷³⁸ Daar word tog impisiet hierby inbegryp dat hierdie frase na diskriminasie verwys wat in Suid-Afrika gepleeg is. Regstellende aksie kan tog nie hier geskied om iemand wie se regte duisende kilometers weg aangetas is, reg te stel tot nadeel van ander Suid-Afrikaners nie. Buitelanders kan op gelykheid aanspraak maak, maar nie op regstellende aksie weens diskriminasie wat hulle gelyk het in hul lande van herkoms of ander lande, of weens diskriminasie wat deur Suid-Afrikaners gelyk is nie. Die regstellende aksie wetgewing, insluitend artikel 9(2), soos saamgelees met die res van die Handves van Regte, maak nie voorsiening vir buitelanders om die voordele van regstellende aksie te geniet, selfs as hulle voorheen benadeel was in hul lande van herkoms, soos wat die geval was met Suid-Afrikaners nie. Bloot omdat hulle ook tot dieselfde rassegroepe behoort as die aangewese groepe, is nie 'n toegang tot die voordele van regstellende aksie nie. Indien daardie buitelanders egter in Suid-Afrika benadeel is, sal die argument ten gunste van regstellende aksie voordele aan hierdie mense sterker daar uitsien, maar dit verg nie volledige bespreking in hierdie proefskrif nie.

⁷³⁷ *Larbi-Odem and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another* 1998 1 SA 745 (KH); 1997 12 BCLR 1655 (KH)

⁷³⁸ Van Eck BPS 1999 *De Jure* 167

Die proses in die strewende na gelykheid, dit wil sê die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede deur almal, sal nie vinnig afgehandel word nie. Groot ongelykheid sal lank voortduur en solank daar persone is wat steeds onder die nadele en gevolge van vorige benadeling ly, sal regstelling van die verlede en die veroorloping tot regstellende aksie, deur artikel 9(2) benodig word. As een van die eerbaarste ideale van geregtigheid, het gelykheid die wêreld oor, geblyk om die moeilikste reg te wees om van ideaal na realiteit te omskep. Selfs die leidende Westerse demokrasieë word steeds op gereelde 'n basis getref deur rasse-ongelykheid en -spanning.⁷³⁹

7.7.3 Volkeregtelike verpligtinge

Dit word aan die hand gedoen dat hierdie lyn van argumentering ook ooreenstem met Suid-Afrika se volkeregtelike verpligtinge, ingevolge die *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.⁷⁴⁰ Suid-Afrika is 'n ondertekenaar van hierdie internasionale konvensie.⁷⁴¹ Omdat hierdie internasionale konvensie meer as dertig jaar gelede in werking getree het,⁷⁴² kan daar aanvaar word dat dit deel is van die internasionale publiekreg en die internasionale gewoontereg, welke reg ook ons land bind.

Gevolgtrek moet die howe, en dus ook hierdie proefskrif, by die interpretasie van regstellende aksie soos dit neerslag vind in die wetgewing onder bespreking, probeer om hierdie wetgewing binne die raamwerk van die volkereg soos dit hierbo gesitser is, te probeer uitlê. Hierdie internasionale konvensie erken regstellende aksie op twee wyses. Eerstens sluit hierdie konvensie regstellende aksie uit van die omvang van die term "rasdiskriminasie," soos dit in die konvensie gedefinieer is.⁷⁴³

⁷³⁹ Devenish GE *Commentary* 36

⁷⁴⁰ Die *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar en geopen vir ondertekening ingevolge Resolusie 2106 A(XX) op 21 Desember 1965 en het in werking getree op 4 Januarie 1969.

⁷⁴¹ Barrie GN *Conventions* 1B-73

⁷⁴² Patel EM en Watters C *Human Rights: Fundamental Instruments and Documents* (Butterworths Durban 1994) 204

⁷⁴³ Artikel 1(1): In this Convention, the terms "racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal

Twee belangrike voorbehoude word by hierdie bepaling ingelees, naamlik dat dit nie sal lei tot die instandhouding van afsonderlike regte vir afsonderlike rasse-groepe nie en dat regstellende aksie nie sal voortduur nadat die doelwitte waarvoor die regstellende aksie onderneem is, reeds bereik is nie.⁷⁴⁴ Daarenteen verplig artikel 2(2) van die konvensie enige ondertekenaars van die konvensie om regstellende aksie te onderneem wanneer omstandighede dit sou regverdig, maar weer eens onderhewig aan die belangrike voorbehoud wat in verband met artikel 1(4) gestel is.⁷⁴⁵ Terwyl hierdie konvensie handel met groepe en individue, verleen die Verenigde Nasies se *Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* sodanige voordele slegs aan individue, eerder as aan groepe ook.⁷⁴⁶ O'Shea meen dat die rede hiervoor juis geleë is in die argument, wat ook in hierdie bespreking aangevoer word, om nie die voordele van regstellende aksie aan persone wat nie (meer) benadeel is op grond van vorige diskriminasie, te verleen nie.⁷⁴⁷ Die verskil tussen hierdie verklaring van die Verenigde Nasies en die Internasionale Konvensie self, is daarin geleë dat alhoewel 'n spesifieke groep dalk mag nodig hê dat spesiale maatreëls getref word ten einde die volle en gelyke genieting van hul regte te verseker, dit nie noodwendig die geval mag wees ten opsigte van 'n spesifieke individu wat lid is van daardie groep nie. Deur "groepe" by hierdie maatreëls wat getref word in te sluit, sou beteken dat

-
744	Artikel 1(4):	footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.
745	Artikel 2(2):	Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved.
746	Artikel 2(3):	States Parties shall, when the circumstances so warrant, take, in the social, economic, cultural and other fields, special and concrete measures to ensure the adequate development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them, for the purpose of guaranteeing them the full and equal enjoyment of human rights and fundamental freedoms. These measures shall in no case entail as a consequence the maintenance of unequal or separate rights for different racial groups after the objectives for which they were taken have been achieved.
747	O'Shea A <i>International Law</i> 7A-81	

individue die voordele van sodanige maatreëls kan ontvang bloot uit hoofde van daardie individu se lidmaatskap van sodanige groep(e). Soos reeds bespreek, is so 'n stand van sake nie in die Suid-Afrikaanse reg te onderskryf nie.

Vir doeleindes van volledigheid⁷⁴⁸ kan daar gelet word op die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*,⁷⁴⁹ wat ten opsigte van regstellende aksie ten gunste van vroue, ook bepaal dat sodanige maatreëls nie as diskriminasie aangemerkt kan word ingevolge die konvensie nie, tydelik van aard moet wees en nie tot gevolg mag hê dat afsonderlike of aparte standaarde in stand gehou word nie.⁷⁵⁰ Hierdie konvensie is in Desember 1995 onvoorwaardelik deur voormalige President Nelson Mandela, namens Suid-Afrika onderteken.⁷⁵¹

Wanneer hierdie konvensies dus uitgelê word, moet daar weer eens aanvaar word dat daar vir verskillende individue gelykheid aanbreek op verskillende tye. Daar is geen enkele oomblik wanneer daar gesien kan word dat almal van een rassegroep nou oorgaan van 'n staat van ongelykheid na 'n staat van gelykheid nie, vir dieselfde redes waarom al'e Blankes nie ewe gelyk was met die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet op 27 April 1994 nie. Dus is die argument hier dat wanneer gelykheid vir 'n persoon aanbreek en daardie persoon se vorige benadeling op grond van vorige onbillik diskriminerende maatreëls op 'n einde is, dan moet die regstellende aksie maatreëls ingevolge beide die Grondwet en alle ander wetgewing, sowel as ingevolge hierdie internasionale konvensies, vir hierdie nuwe lid tot die gelykheidsklub, tot 'n einde kom. As daardie persoon weer eens benadeel sou word, byvoorbeeld weens insolvensie, sal dit wees weens redes wat nie verband hou met

⁷⁴⁸ Van Zyl LJ 1992 SALJ 513.

⁷⁴⁹ Die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* is deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar vir ondertekening, ratifikasie en aanvaarding by wyse van Resolusie 34/180 op 18 Desember 1979 en het in werking getree op 3 September 1981. Hierdie konvensie word in detail bespreek in Kathree F "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" 1995 SAJHR 421-437.

⁷⁵⁰ Artikel 4(1): Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating *de facto* equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved.

vorige diskriminasie nie en daardie persoon sal nie kan aanspraak maak op die voordele van regstellende aksie nie, omdat sy nadele reeds vantevore uitgewis is. Daar sal uiteindelik 'n situasie aanbreek waar niemand meer benadeel sal wees op grond van vorige benadeling, veral benadeling wat plaasgevind het weens diskriminerende praktyke van voor 27 April 1994 nie. Ten opsigte van persone wat dan steeds ongelyk is, maar weens ander faktore, sal regstellende aksie ingevolge die Wet op Billike Indiensneming waarskynlik nie meer toepassing behoort te vind nie. Artikel 9(2) van die Grondwet sal steeds aanwending vind ten einde magtiging te verleen vir maatreëls om persone wat steeds ongelyk is, weens vorige benadeling, wat dan sou plaasgevind het na 27 April 1994, die geleenthede te kan bied op groter gelykheid. Geen verpligting sal egter daarvoor bestaan nie. Dit hoef dan ook nie meer regstellende aksie te wees nie, maar kan totaat ander maatreëls wees. Indien iemand regstellende aksie sou ontvang nadat sy ongelykhede uitgewis is en daardie persoon dan weer eens brandarm sou raak, byvoorbeeld weens swak besigheidsbesluite, dan is sy ongelykheid nie weens vorige benadeling nie en is regstellende aksie nie daardie persoon beskore nie. hierdie laasgenoemde paradigma nie aanvaar word nie, maar dat regstellende aksie ten gunste van mense toegepas word, onder die voorwendsel dat dit is om daardie persoon se gelykheid te bereik, dan kan daar maklik gegryp word na die woorde van die Amerikaanse *Supreme Court* Regter, Clarence Thomas, toe hy die volgende beslis het:⁷⁵²

In my mind, government-sponsored racial discrimination based on benign prejudice is just as noxious as discrimination inspired by malicious prejudice. In each instance, it is racial discrimination, plain and simple.

Daar moet dus deurentyd daarop gelet word dat die maatreëls wat gelykheid nastreef inderdaad aan hierdie vereiste voldoen, naamlik dat dit die bereiking van gelykheid

⁷⁵¹ Devenish GE *South African Constitution* 49; Barrie GN *Conventions* 1B-73; De Koker J "Male primogeniture in African customary law – are some now more equal than others?" 1998 *TRW* 99-117 111

⁷⁵² *Adarand Constructors, Inc. Petitioner v Federico Pena, Secretary of Transportation* 93 US 1841 (1995). Bespreek in Loenen T 1997 *SAJHR* 414, Pretorius JL "Adarand Constructors Inc. v Pena: Tightening the constitutional parameters for affirmative action" 1996 *TRW* 143-153 en Smit N 1998 *TSAR* 507.

bevorder, soos dit in artikel 9(2) van die Handves van Regte gestel is. Dit mag nie neerkom op rassediskriminasie, byvoorbeeld as deel van politieke beleid nie. Maar, daar moet aanvaar word dat daar altyd 'n mate van ongelykheid teenwoordig sal wees in alle gemeenskappe en dat diskriminasie ongelukkig een van die mens se swakste natuurlike eienskappe is, al word dit nie altyd met opset gepleeg nie. In die *Hugo*-saak is beslis dat vir optrede of 'n wetsbepaling om ongrondwetlik te wees, die bedoeling van die oortreder nie ter sprake is nie.⁷⁵³ Hierdie beslissing het gehandel oor die optrede van die President en is daar beslis dat alhoewel hy in goeie trou gehandel het, dit nie noodwendig sy optrede grondwetlik gemaak het nie. Daar is ook oor hierdie punt beslis in die saak van *Pretoria City Council v Walker*.⁷⁵⁴ Daarenteen sal optrede wat daarop gemik is om te diskrimineer, meer geneig wees om onbillik te wees as diskriminasie wat sonder die bedoeling daartoe gepleeg word.⁷⁵⁵

7.7.4 Die aard van die veroorloving tot regstellende aksie

Om vir 'n wyle terug te keer na die rede vir hierdie lyn van argumentering: Die rede vir hierdie diskoers is om aan te toon dat alhoewel artikel 9(2) van die Grondwet regstellende aksie veroorloof, dit slegs baie spesifieke regstellende aksie veroorloof. Dit veroorloof nie regstellende aksie ten gunste van alle vroue, gestremdes, Swartmense, Bruinmense en Indiërs in die land, soos wat die geval blyk te wees ingevolge die Wet op Billike Indiensneming nie. Regstellende aksie word slegs veroorloof ten opsigte van daardie persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is en vir wie die nadele van diskriminasie steeds voortduur, met die uiteindelijke doel om vir hulle substantiewe gelykheid te probeer verseker. Om met hierdie gevolgtrekking saam te stem, moet daar erken word dat die ongrondwetlikheid van

⁷⁵³ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [42]. Die teenoorgestelde benadering blyk te gevolg gewees het in veral die Suidos-Kaapse Plaaslike Afdeling van die Hooggeregshof soos blyk uit onder andere die sake van *AK Entertainment CC v Minister of Safety and Security* 1995 1 SA 783 (OK) 792E; 1994 4 BCLR 31 (OK); 1994 2 SACR 718 (OK); 1995 1 SACR 130 (OK); *Cherry v Minister of Safety and Security* 1995 3 SA 323 (OK) 332B; 1995 5 BCLR 570 (OK); *Batista v Commanding Officer, SANAB, South African Police, Port Elizabeth* 1995 8 BCLR 1006 (OK) 1015B-F; Vrancken PHG "Remission of sentence and the right to equality" 1997 *Obiter* 31-41 36

⁷⁵⁴ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [43]

⁷⁵⁵ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [44]; Swart GJ 1998 *SAPR* 223-224

onbillike diskriminasie verband hou met die aantasting van menswaardigheid. Dit kan ook soortgelyke ernstige gevolge vir die klaers inhou, met inagneming van die posisie van die klaers in die gemeenskap, of persone in soortgelyke omstandighede as dié waarin die klaers hulself sou bevind.⁷⁵⁶ Wanneer al die voormelde oorweeg word, dan word daar hier tot die gevolgtrekking gekom dat die argument dat die Wet op Billike Indiensneming reeds in artikel 9(2) veroorloof is en dat inbreukmakings op die reg op gelykheid nie aan die rasonale verbandsvereiste van die *Harksen*-toets hoef te voldoen nie, nie gesanksioneer kan word nie.

Die Wet op Billike Indiensneming is in wyer terme geformuleer, ook vir die redes wat hierbo aangevoer word, as wat artikel 9(2) in die streng sin ten doel gehad het. Dus sal daar by toetse ten opsigte van gelykheid, steeds aan artikel 9(1) voldoen moet word. 'n Legitieme owerheidsdoel en 'n rasonale verband sal steeds aangetoon moet word ten opsigte van die legitieme owerheidsdoel en die gewraakte bepaling of optrede van die respondent. Hierdie lyn van argumentering is deur wyle professor Etienne Mureinik en ander skrywers aangehang, wat gemeen het dat die woord "ontwerp" impliseer dat daar 'n rasonale verband moet bestaan tussen die middel en die doel wat nagestreef word.⁷⁵⁷ Soortgelyke gedagtes is reeds so vroeg as 1990 deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie gehandhaaf toe dit regstellende aksie oorweeg het as 'n toekomstige model vir Suid-Afrika.⁷⁵⁸ Hierdie siening is gehandhaaf in die saak van *Public Servants' Association v Minister of Justice*⁷⁵⁹ waar die hof beslis het dat die woorde "designed" en "achieve" ingevolge artikel 8 van die Oorgangsgrondwet 'n kousale verband impliseer tussen die ontwerpte maatreëls en die doelwitte by regstellende aksie. Dit is ook bevestig in die saak van *Stoman v Minister*

⁷⁵⁶ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) par [51]-[52]

⁷⁵⁷ Mureinik E "A Bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights" 1994 *SAJHR* 31-48 46; Du Toit D ea *Labour Relations* 402; In hierdie verband kan daar ook gewys word op die saak van *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* 1997 4 SA 1176 (KH); 1997 10 BCLR 1348 (KH) para [40] wat handel het oor artikel 26 van die Oorgangsgrondwet ten opsigte van ekonomiese aktiwiteit en waar die frase "designed to promote" uitgelê is om te beteken om een of ander doel te dien en soos ook bespreek in Epp Buckingham J "Religious freedom and wine sales on Sunday [a case commentary on *S v Lawrence*, *S v Negal*, *S v Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH), 1997 4 SA 1176 (KH)]" 1999 *Stellenbosch Law Review* 117-125

⁷⁵⁸ Van Heerden HJO 1990 *THRHR* 374

⁷⁵⁹ *Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others* 1997 *ILJ* 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T) 989A-B; Grogan J *Workplace* 176-177

of *Safety and Security and Others*.⁷⁶⁰ Gevolglik sal enige wetgewing en in hierdie verband, spesifiek die Wet op Billike Indiensneming, sowel as alle ondergeskikte wetgewing uit hoofde daarvan uitgevaardig, steeds aan die rasonale verbandtoets ingevolge artikel 9(1) moet voldoen. Onderskrywers van sulke wetgewing sal steeds moet aantoon dat 'n regmatige owerheidsdoel deur die wetgewing nagestreef word. In hierdie geval kan dit die aanduiding wees dat persone wat voorheen benadeel is, se benadeling nog nie uitgewis is nie.

Laastens sal daar aangetoon moet word dat daar 'n rasonale verband bestaan tussen die regmatige owerheidsdoel en die maatreëls wat getref is om die ongelykheid te probeer uitwis. In hierdie verband kom die argumente weer ter sprake dat die maatreëls werklik ontwerp moet wees om die doel van gelykheid, naamlik die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves vervat, te bereik en nie bloot die kleur of die benaming van regstellende aksie maatreëls moet dra nie.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ *Stoman v Minister of Safety and Security and Others* 2002 3 SA 468 (T) 480B-C, 482I
⁷⁶¹ *Motala Z en Ramaphosa C Constitutional Law* 296

HOOFSTUK 8: DIE GRONDWETLIKHEID VAN DIE ONDERSKEID TUSSEN AANGEWESSE EN NIE-AANGEWESSE WERKNEMERS EN WERKGEWERS

8.1 *Inleiding*

In die Wet op Billike Indiensneming (en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie) word daar 'n onderskeid getref tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werkgewers, welke definisies hierbo uiteengesit is by die bespreking van die inhoud van die Wet op Billike Indiensneming. Die eerste vraag wat nou ontstaan is of dit grondwetlik is om te onderskei, by die implementering van regstellende aksie ingevolge artikel 9(2) van die Handves van Regte en die Wet op Billike Indiensneming, tussen verskillende soorte werkgewers en werknemers.

Wat van die werkgewers wat nie aangewese werkgewers is nie? Waarom hoef hulle nie regstellende aksie maatreëls te implementeer nie? Wat van daardie werknemers wat voorheen benadeel is, maar nie as aangewese aangemerkt word ingevolge die Wet op Billike Indiensneming nie? Is hulle nie ook daarop geregtig om die voordele van regstellende aksie maatreëls te ontvang wat ingevolge artikel 9(2) geïmplementeer word nie? Daar moet vanuit die staanspoor geageer word dat ten einde regstellende aksie maatreëls die grondwetlike toets te kan laat slaag, dit aan die vereistes van artikel 9(2) moet voldoen. Sodanige maatreëls kan ook voldoende verdedig word deur aan te toon dat dit die bereiking van gelykheid bevorder wat ontwerp is om vorige benadeling uit te wis, soos uiteengesit in hierdie artikel.¹ In hierdie regspraak moet daar tussen twee kwessies onderskei word, waarvan die tweede kwessie tweërlei van aard is:

- (i) Eerstens moet daar gekyk word of dit onbillike diskriminasie is om te onderskei tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werksoekers op grond van ras;

¹ Smith N 1995 *SAJHR* 92 ten opsigte van artikel 8(3)(a) van die Oorgangsgrondwet

- (ii) Tweedens is dit ter sprake of die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers neerkom op onbillike diskriminasie. Die vraag hier is tweërlei van aard ten opsigte van die werkgewers aan die een kant en die werknemers en die werksoekers aan die ander kant.
- (a) Eerstens handel dit oor pligte om regstellende aksie toe te pas wat aangewese werkgewers opgelê word en wat nie die geval is met nie-aangewese werkgewers nie. Kom sodanige onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers neer op onbillike diskriminasie?;
- (b) Ten tweede is die vraag na onbillike diskriminasie teen werknemers en werksoekers, aangesien dit hulle is wat van die voordele van regstellende aksie ontnem word by die nie-aangewese werkgewers. Word daar onbillik teen werknemers en werksoekers gediskrimineer weens hierdie onderskeid?

Die Konstitusionele Hof het reeds by geleentheid beslis dat al die fases van die *Harksen*-toets nie nagevolg hoef te word in alle gevalle nie² en Motala en Ramaphosa meen dat indien dit bevind sou word dat 'n besondere maatreël 'n behoorlike korrektiewe maatreël daarstel, behoort die volledige *Harksen*-toets nie toegepas te word nie.³

Daar sal egter vir doeleindes van hierdie bespreking, om volledigheidshalwe en omdat dit onmoontlik is om nou reeds te bepaal watter gedeelte(s) van die *Harksen*-toets deur die Konstitusionele Hof, of enige ander relevante hof, oorgeslaan sal word indien hierdie regsrae wel voor daardie hof sou land, indien ooit, met al die stappe van die *Harksen*-toets gehandel word, insoverre dit hier moontlik is.

² *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH) para [18]

³ *Motala Z en Ramaphosa C Constitutional Law* 295

8.2 *Die vraag na onbillike rassediskriminasie na aanleiding van die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werksoekers*

Laat ons eerstens, as 'n afsonderlike ondersoek, handel met die vraag of dit onbillike diskriminasie is om tussen aangewese en nie-aangewese werknemers en werksoekers te onderskei op grond van ras. Die punt waarop gelet moet word, is dat artikel 9(2) van die Handves, nie 'n onderskeid tref op grond van ras om te bepaal of iemand voorheen benadeel is soos wat die geval is met die Wet op Billike Indiensneming nie.⁴ Aangewese groepe word daarenteen in artikel 1 van hierdie wet uitsluitlik op rassegronde gedefinieer. As ons dan die *Harksen*-toets⁵ moet toepas op hierdie vrae, dan moet ons eerstens vasstel of daar inderdaad differensiasie tussen mense of kategorieë mense is weens hierdie onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese groepe. In die eerste plek is dit so dat hierdie onderskeid tussen persone en kategorieë persone differensieer. Hierdie onderskeid hoef bloot hier aangemerkt te word as 'n onderskeid op grond van ras tussen werknemers en werksoekers.

Die volgende vraag handel oor die ondersoek of daar 'n legitieme owerheidsdoel met hierdie onderskeid nagestreef word. Ten opsigte van die onderskeide kan daar geen legitieme owerheidsdoel daarvoor wees om tussen mense op grond van ras te onderskei as mense van alle rassegroepe benadeel is deur vorige onbillike diskriminasie nie. Apartheid is egter toegepas ten gunste van die Blankes, tot nadeel van die ander rassegroepe in die land. Daar sou aangevoer kon word, dat omdat die vorige politieke bedeling gemik was teen die Swartmense, Bruinmense en Indiërs as groepe mense, moet hulle as groepe spesifiek die voordele van regstellende aksie ontvang, ten einde sistemiese benadeling uit te wis, eerder as regstellende aksie ten gunste van benadeelde Blankes ook, wat reeds die voordele van die vorige politieke bedeling ontvang het. Gevolglik kan daar wel 'n legitieme owerheidsdoel geïdentifiseer word in hierdie ondersoek en kan ons oorgaan na die volgende stappe van die *Harksen*-toets.

⁴ Van Eck BPS 1999 *De Jure* 165-166

⁵ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [54]

Hierna is die vraag of die voormelde differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie. Omdat die diskriminasie in hierdie geval op grond van ras is ten opsigte van die aangewese en die nie-aangewese werknemers, is die onus op die respondente, naamlik die staat, om te bewys dat die onderskeid tussen die aangewese en die nie-aangewese groepe geregverdig is op grond van ras. Onbillikheid word vermoed, aangesien ras een van die gelyste gronde in artikel 9(3) is. Nou is die vraag ten opsigte van die werknemers, of hierdie onderskeid neerkom op onbillike diskriminasie en die staat sal moet bewys dat die diskriminasie nie onbillik is nie. Daar sal dalk argumente daarvoor uitgemaak kan word dat die staat slegs deur hierdie maatreëls poog om regstellende aksie toe te pas ten gunste van die grootste gedeelte van die bevolking wat die grootste nadele van die vorige politieke bedeling gely het, ook in die werkplek.

Maar, net soos wat nie alle Swartmense, Bruinmense en Indiërs onder die nadele van die vorige bedeling gely het nie, netso het alle Blankes nie die voordele van die vorige politieke bedeling ontvang nie. Bloot omdat die stelsel tot hul voordeel gemik was, beteken nie dat hulle dit wel ontvang het nie en baie arm en minderbevoorregte mense word ook in die Blanke gedeelte van die bevolking aangetref. Daar is ook baie Blanke mense wat in kinderhuise grootgeword het, wat nie die geleenthede gehad het om te kon studeer nie, wat nie bevoordeel is deur apartheid in die werkplek nie en wat in 'n baie swakker posisie is as baie van die persone wat wel benadeel is deur onbillike diskriminasie.

Moreel is dit baie moeilik om argumente daarvoor uit te maak dat sulke persone nie die voordele van 'n beleid moet ontvang wat gemik is op groter gelykheid, in hierdie geval, regstellende aksie nie. Ons kan egter nie bepalinge in die Grondwet inlees wat nie daarin te vinde is nie. Die grondwetlike teks soos wat dit staan, moet uitgelê word. Dit kan nie beteken wat ons graag wil hê dit moet beteken nie.⁶ In die lig van die voormelde oorweging moet op die volgende gelet word: die magtiging tot regstellende aksie in artikel 9(2) van die Handves is gemik op *persone wat deur*

⁶ *S v Zuma and Others* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 SA BCLR 401 (KH) par [17]-[18]; Devenish GE 1995 *De Jure* 260-261; Gutto SBO 1996 *SAJHR* 54; Motala Z 1998 *SALJ* 141-142, 145, 155; Nisihara H 2001 *PER* 1; Pimstone G 1995 *SAPR* 358; Sarkin J 1996 *SALJ* 78

onbillike diskriminasie benadeel is. Dit magtig nie regstellende aksie ten gunste van persone wat hulself byvoorbeeld weens swak omstandighede in 'n ekonomiese penarie bevind nie.⁷ Hierdie Blanke persone is nie deur onbillike diskriminasie benadeel nie. Daar was geen bedeling, polities of ekonomies, wat teen hulle gemik was nie. Geen wetgewing of praktyke het hulle van voordele weerhou wat hulle sou ontvang het as dit nie vir daardie wetgewing of praktyke was nie. Gevolglik kan daar nie aangevoer word dat deur hulle van regstellende aksie maatreëls te weerhou, daar onbillik teen hulle gediskrimineer word nie. Gevolglik kan die onderskeid tussen die aangewese en nie-aangewese groepe op grond van ras nie as ongrondwetlik afgemaak word nie, aangesien artikel 9(2) dit spesifiek magtig. Nie alle Swartmense, Bruinmense en Indiërs kan egter grondwetlik deel van die aangewese groepe wees nie. Hulle kan slegs lede van daardie groepe wees as hulle steeds benadeel is deur onbillike diskriminasie en sodanige nadeel steeds nie uitgewis is nie, soos wat dit hierbo bespreek is.

Die argument gaan egter verder. As hierdie Blanke persone in benadeelde posisies is, al is dit ook nie op grond van onbillike diskriminasie nie, dan moet artikel 9 as geheel steeds ten gunste van hulle toegepas word. Gelykheid is immers die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in die Handves vervat.⁸ Regstellende aksie maatreëls mag slegs aangewend word om gelykheid te bevorder, soos voormeld, ten gunste van persone wat steeds deur onbillike diskriminasie benadeel is. Dit kan nie daarvoor aangewend word om groter ongelykheid tussen mense te veroorsaak nie. As hierdie Blanke persone wat nie die voordele van die vorige politieke bedeling geniet het nie, van geleenthede ontnem word as gevolg van regstellende aksie, dan sal sodanige optrede van die werkgewer slegs ongrondwetlik wees as dit byvoorbeeld ten gunste van persone geskied wat nie meer voorheen benadeel nie.⁹ Bevordering van die gelykheid van die aangewese werknemers sal nie ongrondwetlik wees nie, selfs al ontnem dit sodanige Blanke persone van geleenthede. Die vraag is of die betrokke maatreëls *persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is*, poog te bevoordeel. Blanke persone se gelykheid word immers nie aangetas nie, met ander woorde hulle

⁷ Grogan J *Workplace* 176-177

⁸ Artikel 9(2)

is nie in 'n swakker posisie nadat hulle nie die geleentheid ontvang het wat aan die benadeelde persoon uit die aangewese groep toegeken is nie. Die Blanke persoon se menswaardigheid en gelykheid mag egter nie onbillik aangetas word in hierdie proses nie. Dit is natuurlik alles met die voorbehoud dat die persoon uit die aangewese groep steeds benadeel moet wees.

Kom ons wees prakties met 'n voorbeeld. Gestel Meneer A is uit die aangewese groep en is 'n Indiërpersoon wat steeds ly onder die nadele van vorige diskriminerende wetgewing. Hy werk as kantoorclerk by 'n nie-aangewese werkgever. Meneer A het 'n technikon-diploma in administrasie verwerf in 1988, is getroud en sy vrou verdien 'n stewige salaris elke maand. Meneer B is 'n ongetroude Blanke man wat in 'n kinderskool grootgeword het en baie armer is as Meneer A. Meneer B beskik slegs oor 'n matrieksertifikaat as sy hoogste opleiding en is tans werkloos. Meneer B is minderbevoorreg as hy gemeet word teenoor Meneer A. Beide persone doen aansoek om werk as kantoorclerk by 'n aangewese werkgever. Dit sou nie as ongrondwetlike onbillike diskriminasie aangemerkt kan word as Meneer A aangestel word in die vakature op grond van regstellende aksie nie. Hy ly steeds onder die nadele van vorige onbillike diskriminasie, regstellende aksie word geïmplementeer ten gunste van hom om sy gelykheid te bevorder en Meneer B se ongelykheid word nie vererger deur hierdie aanstelling nie. Meneer B bly steeds in dieselfde posisie waarin hy was voordat die aanstelling gemaak is.

Gestel egter Meneer A se benadeling is reeds uitgewis. Hy word dan aangestel in die pos op grond van regstellende aksie en meriete speel geen rol nie. In daardie geval sal die optrede van die aangewese werkgever ongrondwetlike onbillike diskriminasie op grond van ras wees, aangesien die aanstelling nie ten gunste van iemand is wat deur onbillike diskriminasie benadeel is nie. Regstellende aksie kan geen rol speel in hierdie aanstelling ingevolge artikel 9(2) nie, want dit geskied nie ten gunste van iemand wat deur onbillike diskriminasie benadeel is nie. Meneer A se nadeel is reeds uitgewis. Artikel 9(2) se vereistes word bloot nie aan voldoen nie en daar word onbillik gediskrimineer teen Meneer B op grond van ras. Gelykheid word ook nie

⁹ Du Toit D ea *Labour Relations* 402-403; Grogan J *Workplace* 176-177; Van Wyk M 1997 *The*

bevorder tussen Menere A en B, of in die land as geheel deur aan Meneer A voordele te verleen wat die vlakke van ongelykheid tussen hierdie twee manne verder vergroot as wat reeds die geval is nie. Meneer A is immers reeds in 'n beter posisie om die regte en vryhede in die Handves vervat te kan geniet as Meneer B. Gevolglik behoort die aanstelling op meriete gedoen te word, waar beide Menere A en B se posisies soortgelyk is en ras geen rol speel nie. Selfs al word Meneer A dan steeds aangestel, dan sal daar geen probleme wees nie, want dit was op meriete en geen onregverdigde voordeel is aan Meneer A verleen, bloot op grond van sy ras nie. Hulle het dan as gelykes meegeding om dieselfde pos.

Laastens moet dit egter gestel word dat dit net 'n kwessie van tyd sal wees voordat daar ook Blanke persone sal wees wat op die voordele van regstellende aksie ingevolge artikel 9(2) sal begin aanspraak maak. Die Wet op Billike Indiensneming is immers nie ten gunste van Blanke persone gemik as deel van die aangewese groepe nie. Hierdie Blankes sal probeer stel dat hulle ook persone is wat deur onbillike diskriminasie benadeel is al het hulle in omstandighede grootgeword waar hulle nie die slagoffers was van sistemiese benadeling nie. Indien dit byvoorbeeld iemand sou wees wat as weeskind arm grootgeword het, geen voordele van apartheid ontvang het nie en daarna van werkseleenthede ontnem is deur regstellende aksie, sal daar moontlik in die toekoms 'n saak daarvoor uitgemaak kan word dat hierdie persoon deur onbillike diskriminasie benadeel is. Alhoewel hierdie persoon nie die slagoffer was van diskriminasie nie, sal daar aangevoer kan word dat deur regstellende aksie op hierdie Blanke persone toe te gepas het, dit neergekom het op onbillike diskriminasie, veral as regstellende aksie toegepas is ten gunste van iemand wat nie meer benadeel was op die stadium van sy of haar ontvangs van die voordele van die regstellende aksie nie. Die howe sal in so 'n geval waarskynlik moet erken dat artikel 9(2) 'n tydlose bepaling is en dat daar onbillik teen hierdie Blanke persoon gediskrimineer is. Net die tyd sal egter oor hierdie scenario leer.

Gevolglik is die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werknemers op grond van hul ras nie onbillike diskriminasie, soos dit in die Wet op Billike

Indiensneming voorkom nie (in elk geval nie nou nie) - met die belangrike voorbehoud dat aanstellings nie gemaak mag word ten gunste van persone wat op grond van hul ras in die aangewese groepe gekategoriseer word, maar nie tans meer benadeel is as gevolg van vorige onbillike diskriminasie nie.

Die skrywer van hierdie proefskrif kan egter nie anders as om die opmerking te maak dat, ongeag of dit grondwetlik is of nie, dit steeds blyk immoreel te wees om mense wat minderbevoorreg is, hetsy hulle Blank is of nie, van geleenthede te ontnem, bloot omdat 'n vorige politieke bedeling ten gunste van mense wat dieselfde ras as hulle gehad het, voordele verleen het, voordele waaroor hierdie minderbevoorregtes nie tans beskik nie. Selfs al is hulle nie minderbevoorreg nie, behoort hulle moreel gesproke dieselfde behandeling te ontvang as ander persone wanneer hulle nie die voordele van 'n vorige politieke bedeling geniet het nie. Dit kan moeiliker geregverdig word waarom hulle benadeel moet word, veral as dit jongmense is wat 'n bydrae tot die land wil lewer, as wat die toets na die grondwetlikheid van hierdie vraag is. Hierdie is dus een van die kwessies wat volgens die siening van die skrywer van hierdie proefskrif dringend die aandag van die wetgewer vereis. Sodanige optrede van die wetgewer sal dan in lyn wees met die Konstitusionele Hof se benadering tot menswaardigheid, toe daar beslis is dat alle mense gelyke menswaardigheid het, ongeag hul lidmaatskap van verskillende groepe.¹⁰ Hierdie nuwe benadeeldes is immers 'n rasse- en politieke minderheid in die land en verg regsbeskerming. Dit beteken natuurlik ook dat die wetgewer op so 'n wyse aan hierdie kwessie moet aandag gee dat gelykheid werklik bevorder en beskerm word, sonder dat bevoorregting in stand gehou word.¹¹ Hierdie sal geen maklike taak wees nie, maar die demokrasie van Suid-Afrika bied, soos reeds male sonder tal bewys is, uitdagings wat nog nooit vantevore in die wêreld suksesvol aangepak is nie. Maar as ons tot hier kon vorder op die pad na nasionale versoening en demokrasie is daar geen rede waarom ons nie ook met regstellende aksie en die opgang na substantiewe gelykheid vir almal, suksesvol sal wees nie.

¹⁰ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [41] soos bevestig in *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [37] en in die saak van *Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another* 2002 6 SA 1 (KH) para [17].

¹¹ *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH) para [48]

Laastens moet die kwessie aangeroe word oor die hoe die aangewese groepe se bevoordeling ingevolge die Wet op Billike Indiensneming aanwending vind in die onderste posvlakke. Die Wet op Billike Indiensneming¹² en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie¹³ is daarop gemik om te verseker dat gelykheid vir almal bereik word, deur te verseker dat die bevolking verteenwoordig is in alle posvlakke van die land. In hierdie verband argumenteer Hermann as volg:¹⁴ Sowat 3,2 miljoen van die land se 9,1 miljoen werknemers bevind hulle op die heel onderste posvlakke. Alhoewel werknemers uit die Blanke groep totaal onderverteenvoortwoordig is in die laagste posvlakke, is die Wet op Billike Indiensneming nie op hierdie posvlakke gemik nie. Die Blanke groep is natuurlik ook, soos reeds genoem hierbo, uitgesluit van die definisie van die aangewese groepe as mense wat die voordele van regstellende aksie ingevolge die Wet op Billike Indiensneming mag ontvang. Die betrokke wet is volgens Hermann, slegs gemik op die sowat 5,9 miljoen ander poste waar die aangewese groepe onderverteenvoortwoordig is. Tans maak Blankes ongeveer 20,4% van die werknemers in die land uit en indien regstellende aksie tot sy natuurlike gevolg deurgevoer word, waar die demografie van die land in die werksmag van die land weerspieël moet word, dan sal dit letterlik beteken dat Blankes ongeveer 12,2% van die totale arbeidsmag van die land moet uitmaak. In 'n ekonomie waar min werkskepping plaasvind nieteenstaande die ekonomiese groei wat tans beleef word nie, sal dit daarop neerkom dat ongeveer 750 000 van die huidige werknemers uit die Blanke groep, die poste wat hulle tans bekleed sal moet verlaat. Dit sal een van die gevolge van die stelsel van regstellende aksie wees as geen verdere poste deur werkskepping geskep sal word nie. Die ekonomiese groei wat die land tans beleef, bevat nie werkskepping as een van die gevolge daarvan nie. Ons sien inderdaad ekonomiese groei sonder werkskepping.

Aangesien die Wet op Billike Indiensneming egter slegs op die aangewese groepe se bevordering gemik is en nie op die Blanke groep ook nie, sal dit beteken dat in daardie poste waar die Blankes tans die meerderheid uitmaak, hulle aandeel van die werksmag moet daal tot ongeveer 12,2% van die bevolking. Gemeet teen die Blanke

¹² Artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming

¹³ Artikel 17(1) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

¹⁴ Hermann D *Balaskant* 20-21

groep se ondervteenwoordiging in die laagste posvlakke teenoor die feit dat hul aandeel in die hoër posvlakke moet daal tot ongeveer 12,2%, sal dit letterlik beteken dat die doel van hierdie wet is dat werknemers uit die Blanke groep uiteindelik slegs 9,1% van die totale werksmag sal kan uitmaak. Gevolglik sal hul demografiese aandeel in die verteenwoordiging in die werksmag beteken dat hulle ongeveer een derde ondervteenwoordig sal wees, naamlik 9,1% eerder as 12,2% van die totale werksmag van die land.

Hierdie hipotese van Hermann is egter gebaseer op die veronderstelling dat die hele bevolking tot op die persentasiepunt verteenwoordig moet wees in elke posvlak regoor die ekonomie. Alhoewel dit nie ontken kan word dat hierdie wel streng gesproke die doel van artikel 15(1) van die Wet op Billike Indiensneming is nie, is dit onwaarskynlik dat dit ooit tot hierdie ekstreem bereik sal kan word. Verder moet dit gestel word dat die uitleg van artikel 15(1) van die betrokke wet 'n uitleg sal kan kry soos wat Hermann dit definieer, maar dat dit ook kan beteken dat in die groter toneelspel, dat Blankes se aandeel uiteindelik tot 12,2% sal daal. Dit kan beteken dat alhoewel Blankes se aandeel in die groter profiel 12,2% van die totale arbeidsmag sal uitmaak, hulle steeds meer as 12,2% van die werksmag sal uitmaak in die hoër posvlakke, tensy hul aandeel in die laer posvlakke natuurlik styg. Die 12,2% word dan gemeet regoor alle posvlakke om Blankes se aandel in die ekonomie te bepaal. Verder is dit onwaarskynlik dat daar prakties gesproke ongeveer 281 600 Blanke werknemers bestaan om in die onderste posvlakke in diens geneem te word, alhoewel kleiner groepe natuurlik wel teenwoordig sal wees. Hermann se vrees kan verder aangespreek word deur die individuele werkgewers oor hierdie aangeleentheid te nader indien dit ter sprake kom, aangesien daar niks, in die Wet op Billike Indiensneming of elders is, wat werkgewers verhoed om die Blanke werknemers in hierdie onderste posvlakke aan te stel nie.

Gevolglik kan daar geen grondwetlike argument oor hierdie kwessie uitgemaak word nie, immers nie totdat die Blankes se totale persentasie-aandeel in die arbeidsmag begin val tot onder hul demografiese aandeel in die bevolkingsgetal nie. Eers dan sal daar gesien kan word of die beleid van regstellende aksie grondwetlik geskied ten

opsigte van die onderste posvlakke, maar tot dan is daar niks wat die aanstelling van Blankes verbied in hierdie, die laagste posvlakke nie.

8.3 Die vraag na onbillike diskriminasie teen aangewese werkgewers weens die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers

Hierdie differensiasie is 'n differensiasie nie tussen persone alleenlik nie, alhoewel dit natuurlik wel die geval kan wees, byvoorbeeld in gevalle waar ons te make het met aangewese en nie-aangewese eenmansake. Meestal sal hierdie onderskeid egter van toepassing wees op regspersone, soos maatskappye en beslote korporasies, aangesien die vereistes om as aangewese werkgewers te kan kwalifiseer meestal op groter ondernemings van toepassing sal wees. Alhoewel staatsorgane ook deur die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming gebind word,¹⁵ sal staatsorgane nie deel van hierdie spesifieke bespreking vorm nie weens die bepalings van artikel 195(1)(i) van die Grondwet wat beteken dat daardie instellings vanuit 'n ander grondwetlike hoek beskou moet word, welke hoek reeds hierbo bespreek is.

Daar moet, wanneer na regspersone gekyk word, onmiddellik kennis geneem word van die bepalings van artikel 8(4) van die Handves van Regte, wat die regte in die Handves vervat, vir regspersone beskikbaar maak tot die mate waarin die aard van die regte en die aard van die betrokke regspersoon dit vereis. Gevolglik kan daar gestel word dat die *Harksen*-toets se eerste vraag, naamlik of daar hier onderskei word tussen persone of kategorieë persone, die antwoord ongetwyfeld bevestigend is. Die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers is 'n onderskeid op grond van die aantal werknemers of die grootte van die omset van die betrokke instelling.¹⁶ Differensiasie geskied ook tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers op grond

¹⁵ Artikel 1 in die Wet op Billike Indiensneming handel met die definisie van "aangewese werkgewers" en sluit staatsorgane en plaaslike owerhede in. Die SA Nasionale Weermag, Intelligensiediens en Geheime Diens word egter van die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming uitgesluit. Hierdie laasgenoemde drie instellings word steeds gebind deur die bepalings van die Gelykheidswet.

¹⁶ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming wat handel met die definisie van "aangewese werkgewer" saamgelees met artikel 12 van die wet wat hoofstuk 3 daarvan, wat direk handel met die regstellende aksie maatreëls, op aangewese werkgewers van toepassing maak.

van die plig wat op hierdie twee groepe werkgewers geplaas word om regstellende aksie toe te pas in hul arbeidsmagte.¹⁷

Ten tweede is die vraag na 'n rasonale verband tussen die differensiasie en 'n legitieme owerheidsdoel. Daar sal waarskynlik 'n legitieme owerheidsdoel daarvoor uitgemaak kan word dat dit die plig van die owerheid is om ook klein sakeondernemings te beskerm en te ontwikkel en dat hulle nie nog opgesaal moet word met die pligte van regstellende aksie, wat voortvloei uit die staat se sosiale ingenieursweseprojek, pligte wat 'n aangewese werkgewer baie geld uit die sak kan jaag nie. Hierdie doel sal waarskynlik so 'n legitieme owerheidsdoel kan wees. Min twyfel bestaan egter dat indien hierdie vraag voor die howe land, die staat wel een of ander owerheidsdoel sal kan uitmaak ten einde aan hierdie vereiste van die *Harksen*-toets te voldoen. Sonder om sinies te klink, maar bloot uit ervaring van hoe partye optree tydens litigasie (waarin daar niks sinister ge lees moet word oor die optrede van die staat nie), kan daar aanvaar word dat voormelde die geval sal wees, aangesien die staat baie eerder die onus om te bewys dat die diskriminasie onbillik is op die applikante sal wil plaas. Die rede hiervoor sal wees dat die gronde van diskriminasie in hierdie betrokke geval, nie een van die gelyste gronde van artikel 9(3) van die Handves van Regte is nie. Omdat hierdie egter 'n baie moeilike vraag is om te beantwoord vir iemand wat hierdie kwessie ondersoek, sonder om self te weet wat die staat tydens so 'n ondersoek sal aanvoer en eerder as om te raai hieroor, sal daar vir doeleindes van hierdie bespreking aanvaar word dat die staat wel een of ander legitieme owerheidsdoel sal kan aantoon, byvoorbeeld dat dit 'n te swaar las op klein besighede sou plaas in moeilike ekonomiese omstandighede. Daar sal verder aanvaar word dat die staat op 'n oorwig van waarskynlikhede wel 'n rasonale verband sal kan aantoon, indien hierdie kwessie uiteindelik voor die howe land. Gevolglik sal daar oorgegaan word na die volgende stap van die *Harksen*-toets.

Hier is die kruks van die saak natuurlik of die differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie. Ten opsigte van die vraag of hierdie differensiasie wel neerkom op diskriminasie as sulks, moet daar weer eens daarop gelet word dat die gronde van die

¹⁷ Hoofstuk 3 van die Wet op Billike Indiensneming

onderskeid hier, nie een of meer van die gelyste gronde van artikel 9(3) van die Handves van Regte is nie en gevolglik rus die onus om te bewys dat die diskriminasie onbillik is, op die applikant. Die gronde van onderskeid is immers, soos reeds hierbo aangetoon, die grootte van die werksmag, sowel die grootte van die omset van die betrokke werkgever en hierdie is nie gelyste gronde ingevolge artikel 9(3) nie.¹⁸ Gevolglik kan daar nie, juis weens die feit dat hierdie gronde nie gelys word in artikel 9(3) nie, vermoed word dat die diskriminasie onbillik is nie. Dus moet daar ingegaan word op die vraag of die diskriminasie gebaseer is op attribute en karaktertrekke wat die potensiaal het om die fundamentele menswaardigheid van die persone as mense aan te tas, of hulle nadelig te kan affekteer op 'n soortgelyk ernstige wyse. Omdat daar in die meeste gevalle soos hierdie, met regspersone gehandel sal word, sal daar nie in hierdie bespreking ingegaan word op die vraag of regspersone ook menswaardigheid kan hê of nie, maar sal daar bloot vir doeleindes van hierdie bespreking aanvaar word dat werkgevers soortgelyk ernstig aangetas sal word deur die betrokke onderskeid. Grootse en lang regs- en ander argumente kan egter verwaag word indien hierdie regsvraag ooit voor die hof sou land. Gevolglik sal daar, korrek of verkeerd, maar bloot om hierdie ondersoek verder te voer, aanvaar word dat hierdie differensiasie tussen werkgevers wel neerkom op diskriminasie en dat daar nou oorgegaan kan word na die volgende vraag, naamlik of hierdie diskriminasie onbillik van aard is of nie.

Daar kan immers maklik gedink word aan 'n aantal besighede waar eenmansake of vennootskappe maklik die minimum omsetvereistes oorskry ten einde aan die Wet op Billike Indiesneming se vereistes sal moet voldoen. In hierdie verband kan daar maar bloot gelet word op familie-restaurante, plase, inkoopwinkels wat buite die kettingwinkelgroepe handeldryf veral buite die groot metropolitaanse gebiede, prokureursfirmas, eiendomsagente, finansiële adviseurs en makelaars en vele ander. Daar is in elk geval lank gelede reeds deur die Hoogste Hof van Appél beslis dat 'n regspersoon ook eer en reputasie kan hê wat geskend kan word.¹⁹ Daar kan in hierdie verband nie gesien word waarom daardie kwessies van eer en reputasie, alhoewel

¹⁸ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiesneming wat handel met die definisie van "aangewese werkgever."

¹⁹ *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1979 1 SA 441 (A)

dalk nie tot dieselfde omvang as die menswaardigheid van 'n natuurlike persoon, nie ook kan toepassing vind wanneer dit kom by onderskeide wat op grond van ras gemaak word, alhoewel gebaseer op personeelgetalle en omset nie. Dit sal beteken dat 'n regs persoon ook menswaardigheid kan hê en wel vir die volgende redes: die wetgewing onderskei en diskrimineer dalk nie direk tussen die werkgewers op grond van ras nie, maar vereis van die werkgewer om self te diskrimineer op grond van ras. Wanneer die werkgewer se personeelkorps nie die bevolkingsamestelling weerspieël nie en regstellende aksie sou moet plaasvind, sal daar ook menings bestaan dat dit 'n rasdiskriminerende bepaling is teen die groep(e) wat die personeelkorps van die aangewese werkgewer domineer en as sulks die werkgewer self uitmaak. Dit wil sê daardie personeel is die wese van wat die werkgewer is. Daarom word daar teen die betrokke aangewese werkgewer gediskrimineer en word die werkgewer se waardigheid aangetas. Gestel die volgende scenario doen homself voor: 'n Nie-aangewese werkgewer bestaan uit twee Swart vennote met dertig Swart persone as werknemers. 'n Aangewese werkgewer het ook twee vennote, met dertig werknemers, maar almal is Blankes. Bogemelde argumente sal ongetwyfeld voor die hof land ten opsigte van diskriminasie teen die aangewese werkgewer. Opsigself kan daar argumente daarvoor uitgemaak word dat dit 'n aantasting van die eer en reputasie van die werkgewer daarstel en sal daar gevolglik nou die kwessie oorweeg of hierdie diskriminasie teen die betrokke werkgewers billik is of nie.

Soos reeds gestel, is diskriminasie in hierdie geval nie op een van die gelyste gronde gebaseer nie en is die onus om onbillikheid te bewys op die applikante. Onbillikheid kan nie bloot vermoed word, soos wat die geval sou gewees het as die diskriminasie op een van die gelyste gronde was nie.²⁰ Die toets hier fokus dan op die impak wat die diskriminasie op die klaers en instellings soortgelyk aan hul omstandighede het.²¹ Normaalweg sal hierdie gedeelte van die ondersoek fokus op die menswaardigheid van die slagoffer van die betrokke beweerde diskriminasie,²² maar soos reeds gestel, is hierdie element nie altyd so suiwer van toepassing in hierdie spesifieke geval nie,

²⁰ Artikel 9(5) van die Handves van Regte

²¹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [51]; De Vos P 2000 *THRHR* 74

veral aangesien die meeste van die aangewese werkgewers regs persone sal wees. 'n Belangrike gedeelte van die Konstitusionele Hof se *ratio* is egter die volgende:²³

To determine whether that impact was unfair it is necessary to look not only at the group who has been disadvantaged but at the nature of the power in terms of which the discrimination was effected and, also at the nature of the interests which have been affected by the discrimination.

Ten einde te bepaal of die impak van die diskriminerende bepaling onbillik is teenoor die klaer, moet verskeie faktore oorweeg word, wat nou verband hou met die vraag of die diskriminasie op een van die gelyste gronde is en wie die onus dra.²⁴

- (a) die posisie van die klaer in die gemeenskap en of die klaer gely het onder vorige (of patrone van) diskriminasie op 'n spesifieke of 'n ander grond. In hierdie geval sal daar noudiks aangevoer kan word dat die klaers van die diskriminasie in 'n swak of benadeelde posisie in die gemeenskap is. Hierdie is die ekonomiese (en politieke?) spelers wat die Suid-Afrikaanse ekonomie en tot 'n groot mate die streekseksonomie van Suider-Afrika besit en beheer. Hulle is die hartklop van die streekseksonomie, besit meeste van die rykdom in die land en die streek en beheer ook die meeste van die ekonomiese bronne. Hulle sal verder noudiks kan aanvoer dat hulle gely het onder vorige (of patrone van) diskriminasie. Gevolglik kan daar nie onder hierdie faktor deur die klaers aangevoer word dat daar onbillik teen hulle gediskrimineer word nie.
- (b) die aard van die bepaling of die magtiging (die hof verwys na die term "power") en die doel wat daardeur nagestreef word. As die betrokke diskriminasie nie direk teen die klaer gemik is nie, maar byvoorbeeld gemik is

²² *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [43] en bevestig in *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [51]

²³ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [43]

op 'n groter gemeenskapsdoel, dan kan dit 'n invloed hê op die bepaling van die vraag of die klaer werklik benadeel is deur die spesifieke bepaling. Hierdie bepaling is eerstens 'n wetgewende bepaling wat onderskei tussen verskillende werkgewers op grond van die grootte van hul arbeidsmagte en hul omset.²⁵ Verder is die doel van hierdie bepaling om regstellende aksie te kan toepas ten gunste van persone wat deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder. Gelykheid is natuurlik ook hier, uit hoofde van die grondwetlike magtigingsbepaling, naamlik artikel 9(2) van die Handves van Regte, die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede wat in die Handves van Regte vervat is. Die groter doel hier is die bereiking van gelykheid, met inagneming van redelike beperkings byvoorbeeld soos die beskerming van klein besighede, soos reeds hierbo aangetoon.

Die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers mag dalk 'n finansiële impak hê op die aangewese werkgewers, maar die groter gemeenskapsdoel, naamlik die bevordering van die bereiking van gelykheid vir mense wat deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is, kan tog nie opweeg teen die nadelige finansiële implikasies vir die aangewese werkgewers nie. Die finansiële implikasies vir die implementering van die Wet op Billike Indiensneming sal dikwels gering wees in vergelyking met die voordele wat ten opsigte van die bereiking van substantiewe gelykheid bereik sal kan word. Verder sal die aangewese werkgewers in elk geval enige finansiële uitgawes aangegaan in die uitvoering en nakoming van die Wet op Billike Indiensneming kan terugeis en aftrek vir doeleindes van belasting as deel van hul bedryfsuitgawes.²⁶ Indien die finansiële situasie van die betrokke aangewese werkgewer reeds druk is, maak die Wet op Billike Indiensneming wel implisiet daarvoor voorsiening dat regstellende aksie toegepas word binne die parameters van wat finansiële moontlik is vir die werkgewer. Ingevolge artikel 19 moet elke aangewese werkgewer 'n analise onderneem om die

²⁴ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]

²⁵ Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming

²⁶ *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962 (soos gewysig)

struikelblokke te bepaal vir die aangewese werknemers en dit word aan die hand gedoen dat een van hierdie struikelblokke die finansiële implikasies kan wees.

Gevolgtrek sal laasgenoemde verreken moet word in die regstellende aksie plan wat voorberei moet word ingevolge artikel 20. Daar kan tog nie van die aangewese werkgewer verwag word om finansiële selfmoord te pleeg as die uitgawes verbonde aan regstellende aksie katastrofies sal wees nie. Dan sal geen van die werkgewer se werknemers in elk geval werk hê as dit byvoorbeeld sou neerkom op die likwidasië of die sekwestrasie van die werkgewer nie en regstellende aksie sal 'n onmoontlikheid wees.²⁷ Hierdie regstellende aksie planne moet ook redelike vooruitgang kan bereik ten opsigte van regstellende aksie in daardie werkgewer se werksmag, waarvan finansiële bereikbaarheid een van die faktore is wat redelikheid bepaal en kan regstellende aksie dus nie gebruik word om die werkgewer finansiële te breek nie.²⁸ Gevolgtrek regverdig die groter gemeenskapsdoel, naamlik die bereiking van gelykheid, dat daar teen die aangewese werkgewers gediskrimineer word op die ongelyke gronde en kan daar nie aangevoer word dat die betrokke diskriminasie onbillik van aard is, op hierdie grond nie.

- (c) Met inagneming van die voormelde twee faktore, sowel as ander relevante faktore, word die omvang waartoe die diskriminasie die regte of belange van die klaers geaffekteer het in ag geneem, tesame met die vraag of dit inbreuk gemaak het op hul menswaardigheid of hulle soortgelyk ernstig benadeel het. Na aanleiding van wat hierbo gestel is, sal daar baie moeilik deur die klaers aangevoer kan word dat daar onbillik teen hulle gediskrimineer word weens hierdie onderskeid op grond van die grootte van hul werksmagte of hul omsette.

Omdat daar waarskynlik nie, weens dit wat hierbo gestel is, op 'n oorwig van waarskynlikhede deur die applikante 'n saak daarvoor uitgemaak sal kan word dat

²⁷ Artikel 20(2)(e)

daar onbillik teen hulle gediskrimineer word nie, hoef die *Harksen*-toets nie verder uitgevoer te word nie en is dit die einde van die vraagstuk na grondwetlikheid. Hierdie onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers is dus nie ongrondwetlike diskriminasie teen die aangewese werkgewers nie.

8.4 Die vraag na onbillike diskriminasie teen aangewese werknemers en werksoekers weens die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers

Hierdie vraag handel met die volgende kwessie: Is dit ongrondwetlike diskriminasie teen aangewese werknemers of werksoekers, om te onderskei tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers? Byvoorbeeld word daar onbillik gediskrimineer teen 'n Bruin persoon wat by 'n nie-aangewese werknemer werk, gemeet teen 'n Swart persoon wat by 'n aangewese werknemer werk, weens die onderskeide wat in die wetgewing getref word tussen die Swart en die Bruin persoon se werkgewers?

Vir die redes wat reeds hierbo aangevoer is ten opsigte van die vraag of die diskriminasie onbillik is teen die aangewese werkgewers, weens die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers, is dit wat daar gestel word ten opsigte van differensiasie tussen persone en kategorieë persone en die rasionele verband tussen die differensiasie en 'n legitieme owerheidsdoel net so hier van toepassing. Dit behoeft egter ook hier gestel te word dat die differensiasie vir doeleindes van hierdie ondersoek onderskei tussen persone of kategorieë persone wat almal aangemerkt sal kan word as aangewese werknemers of werksoekers ingevolge die Wet op Billike Indiensneming.²⁸ Die verskil met die ondersoek hierbo, is dat die onderskeid wat daar getref word tussen die werknemers wat by aangewese en nie-aangewese werkgewers werk of aansoek doen om werk, niks met die werknemers te make het nie, maar alles handel oor die aard van die betrokke werkgewer. Dit handel eerder met die vraag of die betrokke (aangewese en / of nie-aangewese) werknemers

²⁸

Artikel 20(1)

²⁹

Artikel 1 van die Wet op Billike Indiensneming definieer die term "aangewese groepe" en hoofstuk 3 van die wet is spesifiek gemik op regstellende aksie maatreëls ten gunste van die aangewese groepe.

werksaam is, of aansoek doen om werk by aangewese of by nie-aangewese werkgewers of nie.

Indien hierdie aangewese werknemers of werksoekers werksaam is by aangewese werkgewers of by laasgenoemde aansoek sal doen om werk, sal hulle potensieel geregtig wees op die voordele van regstellende aksie maatreëls, maar nie by nie-aangewese werkgewers nie. Differensiasie geskied dus op grond van wie die klaer se werkgewer is. Daar sal verder aanvaar word dat die staat ook in hierdie verband, as potensieële respondent, in 'n aansoek wat sou handel met die vraag na die grondwetlikheid van hierdie onderskeid tussen werkgewers, 'n rasionele verband sal kan aantoon tussen hierdie onderskeid en 'n legitieme owerheidsdoel. Vir doeleindes hiervan sal hierdie verband aanvaar word te make te hê met byvoorbeeld die beskerming van klein besighede, soos wat reeds hierbo gedoen is. Dus sal daar onmiddellik oorgegaan word na die vraag na onbillike diskriminasie.

Omdat die onderskeid hier nie op een van die gelyste gronde is nie, kan onbillikheid nie vermoed word nie. Die onderskeid is immers op grond van die werkgewer of potensieële werkgewer van die aangewese werknemer of werksoeker en hierdie onderskeid is nie een van die gelyste gronde van artikel 9(3) nie. Dit klink moeilik om te glo dat die vraag na wie die werkgewer van die klaers is, bepalend kan wees vir die vraag of die differensiasie onbillike diskriminasie teen die klaers is of nie. Feit is, hierdie grond van onderskeid het die sterk potensiaal om die betrokke werknemer of werksoeker van die potensieële voordele van regstellende aksie te weerhou, wanneer daardie werknemer of werksoeker dalk iemand kan wees wat deur vorige onbillike diskriminasie benadeel is en wie se nadeel nog nie uitgewis is nie. Hierdie grond van onderskeid sal moeilik gestel kan word as sou dit self gebaseer wees op attribute of karakters trekke wat die potensiaal het om die fundamentele menswaardigheid van die klaers aan te tas, bloot omdat dit nie gaan oor attribute of karakters trekke van die klaer self nie, maar oor die grootte van die omset of die arbeidsmag van die werkgewer. Sonder twyfel sal hierdie onderskeid moontlik baie aangewese werknemers of werksoekers ernstig kan benadeel ten opsigte van hul fundamentele menswaardigheid. Die grondwetlike waarde van menswaardigheid word ook aangetas. Hierdie mense word immers van die voordele van potensieële regstellende

aksie weerhou, wat moontlik hul agterstande wat deur vorige diskriminasie veroorsaak is, kan uitwis, bloot omdat hulle nie by werkgewers werk of aansoek doen om werk wat 'n groot genoeg omset het of groot genoeg arbeidsmag het nie. Dit kan verder verhoed dat die grondwetlike waarde wat verband hou met die bereiking van gelykheid vir hierdie werknemers en werksoekers verwesenlik word, wat ook sal verhoed dat hulle ware gelykheid bereik, soos wat deur artikel 9(2) van die Grondwet in die vooruitsig gestel word. Hul agterstande word dus verleng, sonder dat daar vir hulle geleentheid is om dit te kan uitwis. Die derduisende mense met agterstande in ons land wat tans werkloos is het nie gekies om te wees waar hulle is nie. 'n Vorige stelsel van sistemiese diskriminasie het hulle daarin laat beland en baie van hulle is desperaat om werk te vind. Daarom sal daar in hierdie verband 'n saak daarvoor uitgemaak kan word dat die attribute of karaktertrekke van die klaers wat in hierdie verband aangetas word, te make het met hul ekonomiese stand en alhoewel daar erken moet word dat dit nie een van die gronde is soos gelys in artikel 9(3) nie, is dit wel attribute of karaktertrekke wat mense se fundamentele menswaardigheid kan aantas, indien daar op hierdie grond teen mense gediskrimineer word. Armoede dwing werklose mense om aansoek te doen en te werk by werkgewers waar hulle werk kan kry, eerder as om te vra of die voordele van regstellende aksie beskikbaar is.³⁰ Gevolglik sal daar vir doeleindes van hierdie ondersoek aanvaar word dat die betrokke differensiasie neerkom op diskriminasie.

Nou kom die vraag weer eens aan die beurt of hierdie diskriminasie onbillik is of nie. Soos by die ander vrae, kan onbillikheid nie vermoed word nie, aangesien die gronde van die diskriminasie nie een van die gelyste gronde is nie, maar handel dit oor die soort van werkgewer waar die betrokke werknemer werk, of die werksoeker aansoek doen om werk. Gevolglik is die onus op die applikante om te bewys dat die diskriminasie onbillik is en soos reeds gestel, handel dit hier primêr oor die impak van die diskriminasie op die klaers en persone in soortgelyke omstandighede as die klaers. Drie faktore word hiervoor oorweeg:³¹

³⁰ Alhoewel geen wetenskaplike bewyse vir hierdie stelling hier aangegee kan word nie, is die skrywer hierdie mening toegedaan weens sy betrokkenheid en ervaring by werkskeppingsprojekte in voorheen benadeelde gemeenskappe in die Stad Kaapstad oor die laaste aantal jare.

³¹ *Harksen v Lane NO and Others* 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH) para [52]

- (a) Eerstens word gekyk na die posisie van die klaer in die gemeenskap en of die klaer gely het onder vorige diskriminasie op 'n spesifieke of 'n ander grond. Sonder om te lang besprekings aan hierdie kwessie te wy, kan daar verwys word na die posisie van die aangewese groepe soos dit in die Suid-Afrikaanse samelewing voorkom soos wat dit onder andere hierbo uiteengesit is. Daar is min twyfel dat die aangewese groepe gely het onder vorige diskriminasie op ten minste van die gronde soos dit in artikel 9(3) van die Handves van Regte uiteengesit is. Hul posisie in die samelewing is ook nie van die beste nie. In hierdie verband moet daar laastens aanvaar word dat die Konstitusionele Hof se volgende opmerking direk hier van toepassing is, toe die volgende deur daardie hof beslis is:³²

Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their 'humanness' to the full extent of its potential. Each human being is uniquely talented. Part of the dignity of every human being is the fact and awareness of this uniqueness. An individual's human dignity cannot be fully respected or valued unless the individual is permitted to develop his or her unique talents optimally.

Sonder verdere kommentaar en met volle inagneming van die bogemelde kan daar slegs aanvaar word dat hierdie onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers vir die werknemers en werksoekers uit die aangewese groepe 'n beperking op hul menswaardigheid plaas, soos dit hierbo uiteengesit is deur die Konstitusionele Hof. Hierdie persone bekleë 'n swak posisie in die samelewing en was die slagoffers van vorige onbillike diskriminasie en die meeste van hulle se benadelings is steeds nie uitgewis nie. Dus sal daar met min twyfel aanvaar kan word dat die applikante wel hierdie faktor sal kan bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede.

- (b) Tweedens word die aard van die bepaling of die magtiging (die hof verwys na die term "power") en die doel wat daardeur nagestreef word oorweeg. As dit nie direk teen die klaer gemik is nie, maar byvoorbeeld gemik is op 'n groter gemeenskapsdoel, dan kan dit 'n invloed hê op bepaling van die vraag of die klaer werklik benadeel is deur die spesifieke bepaling. Die *ratio* van die uitspraak in die *Hugo*-saak kom dadelik hier by mens op. In daardie saak is beslis dat die klaer, as deel van 'n groep van manlike gevangenes, benadeel is tydens die nastreef van 'n groter gemeenskapsdoel, naamlik die bevoordeling van die kinders van moeders wat in Suid-Afrikaanse gevangenis opgesluit was vir nie-geweldsmisdade. Indien manlike gevangenes ook die voordeel van die Presidensiële kwytskelding sou moes ontvang het, sou te veel misdadigers vrygelaat gewees het en sou niemand waarskynlik die voordele van die kwytskelding geniet het nie. Gevolglik was dit een van die hoofredes waarom *Hugo* se saak misluk het.³³

Alhoewel die doel van hierdie onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers waarskynlik ekonomiese redes is, naamlik dat die staat klein sakeonderneming nie met te veel pligte wil opsaal wat dikwels vir hulle ook groot ekonomiese uitgawes tot gevolg sal hê nie, kan daar nie uit die oog verloor word dat die groter doel wat nagestreef word deur die Wet op Billike Indiensneming die bevordering van die bereiking van gelykheid is, soos gestel in artikel 9(2) van die Handves van Regte nie. Dit kan ook wees dat die staat beseft het dat dit dikwels sinneloos is om byvoorbeeld van eenman-, tweeman-, of selfs ander klein sakeondernemings te verwag om regstellende aksie planne op te stel, aangesien nakoming in elk geval by baie, naby aan onmoontlik sou wees. Hoe word regstellende aksie in elk geval bereik by 'n eenman-, of tweemanszaak waar die ondernemer(s) self dikwels die enigste werknemer(s) is?

32

Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [49]

Die doel van hierdie onderskeid is egter nie direk teen die klaers as sulks gemik nie, maar is tot voordeel van die nie-aangewese werkgewers. Daar is in elk geval niks wat 'n nie-aangewese werkgewer verhoed om aansoek te doen om as aangewese werkgewer te registreer nie³⁴ en die werknemers van die nie-aangewese werkgewer kan laasgenoemde nader om hom te oorreed om as sodanig te registreer. Aangewese werknemers en werksoekers kan ook eerder aansoek doen om werk by aangewese werkgewers as by nie-aangewese werkgewers as hulle graag die voordele van regstellende aksie wetgewend in hul werkplekke afgedwing wil hê. Dit kan selfs wees (en hierdie syfers sal slegs deur die sake-sektor in die land, of die Departement van Arbeid verskaf kan word) dat die meeste van die aangewese werknemers in die land werksaam is by die aangewese werkgewers en eerder as om alle aangewese werknemers en werksoekers van die potensiele voordele van regstellende aksie te ontnem, omdat dit onmoontlik toegepas sou kon word by die nie-aangewese werkgewers, is daar die politieke besluit geneem dat die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming nie op nie-aangewese werkgewers toegepas sou word nie.³⁵ In elk geval kan die howe nie met politieke beleidsbesluite inmeng nie.³⁶ Hierdie laaste feit hang saam met die rasionaliteitsvereiste van die toets na gelykheid. In hierdie verband het die Konstitusionele Hof al by meer as een geleentheid die volgende beslis:³⁷

(A) person seeking to impugn the constitutionality of a legislative classification cannot simply rely on the fact that the State objective could have been achieved in a better way. As

³³ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH) para [46]

³⁴ Artikel 14 van die Wet op Billike Indiensneming

³⁵ Hierdie opmerking is natuurlik nie van toepassing op die uitsluiting van die SA Nasionale Weermag, Intelligensiediens of die Geheime Diens van die bepalings van die Wet op Billike Indiensneming, welke uitsluiting waarskynlik om ander redes gedoen is nie.

³⁶ *Soobramooney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHR 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) para [98]-[102]; *Carpenter G* 2001 *THRHR* 631; *Frowein JA* 1998 *PER* 3

³⁷ *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH) para [36]; *Bevestig in Bel Porto School Governing Body and Others v Premier, Western Cape and Another* 2002 3 SA 265 (KH) para [41].

long as there is a rational relationship between the method and object it is irrelevant that the object could have been achieved in a different way.

Hierdie kwessie moet egter nie verwar word met die feit dat ons hier met die rasionaliteitstoets te doen het as deel van die gelykheidstoets nie. Hierteenoor kom die kwessie of die doel van die gewraakte bepaling wel op 'n minder inbreukmakende wyse bereik kon gewees het, weer eens ter sprake in die beperkingsbepaling van die Grondwet,³⁸ indien daar bevind sou word dat die betrokke bepaling nie die toets van grondwetlikheid slaag nie. Gevolglik moet die toets na grondwetlikheid en die beperking van regte nie verwar word nie. Wat egter soos 'n paal bo water staan, is dat die werknemers van die nie-aangewese werkgewers ook aanspraak kan maak op die voordele van ontwikkeling ten einde benadeling op grond van vorige onbillike diskriminasie uit te wis. Sodanige voordele is beskikbaar ingevolge die Wet op Vaardighedsontwikkeling.

- (c) Laastens moet die volgende oorweeg word: Met inagneming van die voormelde twee faktore, sowel as ander relevante faktore, word die omvang waartoe die diskriminasie die regte of belange van die klaers geaffekteer het in ag geneem, tesame met die vraag of dit inbreuk gemaak het op hul menswaardigheid en of hulle soortgelyk ernstig benadeel het. Daar bestaan inherent geen reg by enigeen op regstellende aksie nie. Daar bestaan wel 'n reg op gelykheid soos vervat in artikel 9 van die Handves van Regte. Artikel 9(2) daarvan magtig slegs regstellende aksie en niemand is geregtig op daardie voordeel in 'n imperatiewe sin nie. Daar is dus geen dwingendheid aan regstellende aksie, behalwe in die staatsdiens, soos dit hierbo bespreek is nie.

Die feit dat iemand vir 'n nie-aangewese werkgewer werk en dus nie geregtig is op die potensiële voordele van regstellende aksie, soos wat die geval sou gewees het by aangewese werkgewers nie, tas nie die regte of belange van die

³⁸

Artikel 36(1)(e)

klaers aan nie. Dit maak nie inbreuk op hul menswaardigheid nie en raak hulle nie op 'n soortgelyk ernstige wyse bloot omdat hulle vir 'n nie-aangewese werkgewer werk nie. Hulle bly bloot in dieselfde posisie waarin hulle is. Diskriminasie teen hulle word verbied en hulle word deur niemand verder benadeel nie.

Die voordele van die Wet op Billike Indiensneming (en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie) is in ieder geval slegs beskikbaar vir geskikte gekwalifiseerde persone, waarvan daar waarskynlik minder by die nie-aangewese werkgewers werksaam is, as by die aangewese werkgewers. Hierdie mense het wel geen inherente reg op regstellende aksie in Suid-Afrika³⁹ of Namibië⁴⁰ nie en alhoewel werkloosheid op groot skaal voorkom in beide lande, bestaan die moontlikheid steeds, veral vir werksoekers, dat as regstellende aksie een van die hoofredes vir hul aansoek om werk is, om eerder by aangewese werkgewers aansoek te doen om werk, as by die nie-aangewese werkgewers. As hulle suksesvol is in hul aansoeke, sal hulle geregtig wees op die potensiële voordele van regstellende aksie. Verder bestaan daar geen reg op 'n werk in Suid-Afrika nie, maar wel die reg om gelyk behandel te word by 'n aansoek om werk en in jou werk as jy reeds een het. Om dieselfde redes kan werknemers wat nie gelukkig is met hul werk en die nie-beskikbaarheid van regstellende aksie voordele by hul nie-aangewese werkgewers nie, hul werk verruil vir werk by aangewese werkgewers waar sodanige voordele wel beskikbaar is. Soos vir werksoekers, is hierdie opsie egter beperk in die lig van die groot getalle werkloses in die land.

Feit bly egter dat regstellende aksie geen inherente of fundamentele reg van enige werknemer of werksoeker is nie en dit was 'n politieke beleidsbesluit om regstellende aksie maatreëls slegs te verplig by aangewese werkgewers, 'n besluit waarmee die howe nie kan inneng nie, tensy dit ongrondwetlik is, wat

³⁹ Artikels 15(1) en 20(3) van die Wet op Billike Indiensneming
⁴⁰ Artikel 43(1)(c) van die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

dit nie in hierdie geval blyk te wees nie.⁴¹ Hierdie afwesigheid van regstellende aksie maatreëls benadeel nie die aangewese werknemers of werksoekers meer as wat hulle reeds benadeel is deur vorige onbillike diskriminasie, sonder dat sodanige regstellende aksie maatreëls ten gunste van hulle toegepas word nie. Daardie persoon se benadeling op grond van vorige onbillike diskriminasie duur egter voort en die skrywer hiervan se voorstelle hieronder, ten opsigte van die uitwissing van die nadele van regstellende aksie, blyk 'n meer aantreklike opsie te wees vir hierdie persone.

Gevollik kan daar ook nie in hierdie geval bevind word dat hierdie onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers onbillik diskrimineer teen die werknemers en werksoekers van nie-aangewese werkgewers nie en wel om die redes hierbo genoem.

⁴¹ *Soobramooney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHRC 308 (KH) para [29]; *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH) para [180]; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 5 SA 721 (KH) par [98]-[102]; *Carpenter* G 2001 *THRHR* 631; *Frowein* JA 1998 *PER* 3

HOOFSTUK 9: GEVOLGTREKKING

9.1 *Inleiding*

Maha Ghosananda was reg toe hy gesê het dat 'n reis van tienduisend myl met 'n enkele tree begin.

Die reis op pad na substantiewe gelykheid vir alle Suid-Afrikaners sal 'n baie moeilike en 'n lang reis wees. As dit maar die ekwivalent van tienduisend myl was, dan sou dit vir vele van ons makliker gelyk het as wat dit inderwaarheid is. Ons reis op pad na substantiewe gelykheid het ook met 'n enkele tree begin. Dit het begin die oomblik toe die eerste tree geneem is om diskriminerende wetgewing en praktyke in Suid-Afrika te skrap, ten einde van hierdie land een te maak waar elkeen as gelykes hul volle potensiaal kan bereik, elkeen se ingebore menswaardigheid bereik kan word en elkeen uiteindelik die volle en gelyke genieting sou hê van alle regte en vryhede. Dit is waaroor regstellende aksie behoort te gaan. Volgens die interpretasie wat in hierdie proefskrif die tersaaklike bepalinge van die Grondwet toegedig is, gaan dit nie oor ras, herkoms, politieke oortuiging of vorige diskriminerende optrede van hierdie of daardie een nie. Dit gaan oor slegs een ding en dit is substantiewe gelykheid vir alle Suid-Afrikaners. Ware gelykheid, waar almal 'n gelyke plek in die suiderson kan geniet.

Regstellende aksie en die veroorloving daarvan is, soos uit die wegspringblokke reeds geargumenteer, 'n *sine qua non* vir die sukses van Suid-Afrika. Dit is met hierdie stelling as 'n basiese hipoteses dat hierdie bespreking aangepak is en die skrywer staan steeds daarby. Aan die einde van hierdie diskoers is dit baie duidelik dat die Suid-Afrikaanse en die Namibiese wetgewing op regstellende aksie buitengewoon soortgelyk daar uitsien en daar bestaan min twyfel in die gemoed van hierdie student, dat die opstellers van die betrokke wetgewing nie op een of ander tyd notas vergelyk het in Pretoria of Windhoek nie. Met enkele uitsonderings is hierdie

stukke wetgewing grootliks identies. Dit kan afgelei word uit die hoofstuk hierbo wat die relevante gedeeltes van die twee stukke wetgewing bespreek.¹

Maar hierdie proefskrif is op pertinente regsrae afgestem gewees, veral in die lig daarvan dat daar, ten einde die bespreking meer prakties te kon aanpak, hipoteties aanvaar is dat sekere sake ongrondwetlik daar uitsien. Die gelykheidsvraagstuk is dan uit hoofde daarvan aangepak, nadat daar redelike volledige bespreking onderneem is van die wetgewing wat tot die groot ongelykhede in die werkplek aanleiding gegee het, sowel as die wetgewing wat in die huidige bestel op die teenpool daarvan afgestem is. In hierdie soeke na antwoorde op die vrae oor grondwetlikheid na aanleiding van die belangrikste vier regsrae in hierdie proefskrif, is daar tegelyk tot 'n aantal ander belangrike gevolgtrekkings gekom.

9.2 *Die onus*

Eerstens kan dit gestel word dat die onus in grondwetlike sake wat oor regstellende aksie handel, nie anders benader kan word as wat die geval is in gewone sake wat oor gelykheid handel nie.² Die onus om die billikheid van regstellende aksie te bewys as sou dit nie onbillike rassediskriminasie daarstel nie, rus steeds op die respondent. Die diskriminasie wat toegepas word ter wille van regstellende aksie is immers steeds op een van die gelyste gronde van artikel 9(3) van die Handves van Regte, naamlik ras.

9.3 *Groepe en individue by regstellende aksie*

Tweedens is daar tot die gevolgtrekking gekom dat regstellende aksie op groepe persone gemik kan wees, maar dat beide die fundamentele regte op menswaardigheid en gelykheid individuele fundamentele regte is wat mense in hul individuele hoedanighede toekom en nie as groepe of eenhede van persone nie.³ Hierdie gevolgtrekking ontken nie dat mense lede van groepe kan wees en dat hulle kollektief saam kan verkeer en kan optree nie.

¹ Hoofstuk 6 hierbo

² Sien 7.3 hierbo

³ Sien 7.5 hierbo

Menswaardigheid en gelykheid as fundamentele regte kan egter slegs individuele fundamentele regte wees. Dit is as sodanig geformuleer en kan slegs as sodanig aanwending vind. Gevolglik is dit dieselfde by die toepassing van regstellende aksie wat dalk op sekere groepe gemik kan wees, net soos wat die oorspronklike diskriminerende maatreëls ook teen groepe gemik was wat tot die hedendaagse ongelykheid van groepe aanleiding gegee het. Regstellende aksie mag dalk ten gunste van sekere groepe gemik wees, maar dit kan slegs individueel toepassing vind en gevolglik mag een individu wat daardeur benadeel sou word, nie die slagoffer van onbillike diskriminasie word, ten gunste van die ontvanger van regstellende aksie, wat ook maar net 'n ander individu is nie.

Daar mag nie op menswaardigheid van enigeen inbreuk gemaak word in hierdie proses van regstellende aksie, ten einde substantiewe gelykheid te bereik nie. Gevolglik is die groepsbenadering van die Wet op Billike Indiensneming aanvegbaar vanuit 'n grondwetlike oogpunt.

9.4 Volkeregtelike gevolgtrekkings

Daar is deurentyd aandag aan die volkereg verleen, waar die begrip van regstellende aksie nie onbekend is nie. Daar is hierdeur aangetoon wat die internasionale benadering tot regstellende aksie is, met spesifieke klem op die feit dat die volkeregtelike beginsels wat duidelik in hierdie verband deurslaan, die volgende is:⁴

- (i) Die regstellende aksie wat toegepas word mag nie tot 'n permanente ongelykheid tussen die ontvangers en die benadeeldes van regstellende aksie aanleiding gee nie. Regstellende aksie is slegs 'n tydelike maatreël.
- (ii) Tweedens behoort regstellende aksie nie toepassing te vind ten gunste van persone wat daardie voordele van regstellende aksie ontvang bloot weens hul lidmaatskap van die groepe waarop regstellende aksie gemik is nie. Regstellende aksie is daarop gemik om ware benadeling uit te wis en

⁴ Sien 7.7.3 hierbo

substantiewe gelykheid te bereik en kan nie toegepas word ten gunste van enigeen, bloot op grond van sy ras, kleur, geslag of lidmaatskap van die groep wat regstellende aksie ontvang nie.

9.5 Die privaat- en die openbare sektore

In die openbare sektor word regstellende aksie as 'n grondwetlike imperatief gestel, terwyl daar geen sodanige ooreenstemmende bepalings vir die privaatsektor in die Grondwet bestaan nie.⁵ Die staat moet verseker dat die staatsdiens, die regbank en die staatsinstellings wat ter ondersteuning van grondwetlike demokrasie funksioneer, in die breë die Suid-Afrikaanse samelewing reflekteer. Hierdie weerspieëling verwys onder andere na ras, maar mag nie isolasie van die vereiste van effektiwiteit gesien word nie. Laasgenoemde grondwetlike vereiste oor regstellende aksie op grond van ras bestaan nie vir die privaatsektor nie, maar die wetgewer het dit goedgevind om dit wat nie in die Grondwet vervat is nie, by wyse van gewone wetgewing van die parlement af te dwing. Daarmee bestaan nie soseer 'n probleem nie, solank as wat die betrokke wetgewing net die toets van grondwetlikheid slaag. Juis daarom is die regsvrae wat aan die begin van hierdie proefskrif gestel is, geformuleer soos dit is, as deel van die probleemstelling van hierdie bespreking.

9.6 Rasgebaseerde regstellende voordele

Daar is veral gekyk na vier vrae wat betrekking het op die bepalings wat handel met die onderskeid op grond van ras in die Wet op Billike Indiensneming, ten einde regstellende aksie te implementeer. Op drie van hierdie vrae is daar tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie onderskeide wat op diskriminasie neerkom, nie onbillik van aard is nie en dat dit wel die grondwetlike toets van gelykheid slaag. In hierdie verband word daar verwys na die onderskeid op grond van ras ten opsigte van wie die voordele van regstellende aksie mag ontvang en wie nie. Die Grondwet veroorloof regstellende aksie ten gunste van persone en kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Implisiet inbegrepe in hierdie grondwetlike

⁵ Sien 7.6 hierbo

magtiging en soos ook blyk uit die volkeregtelike posisie in hierdie verband, kan regstellende aksie nie plaasvind ten gunste van mense wat nie meer benadeel is, of wat nie meer onder die nadele van vorige diskriminasie ly nie.⁶

Omdat daar nooit wetgewing, praktyke of maatreëls in die verlede bestaan het wat teen Blankes gediskrimineer het, hetsy sistemies of georganiseerd van aard nie, kan die onderskeid op grond van ras ten einde die steeds benadeelde aangewese groepe, dit wil sê die Swartmense, Bruinmense en Indiërs by wyse van regstellende aksie te bevoordeel, nie ongrondwetlik wees nie.⁷ Hierdie benadering is in lyn met die magtiging wat in artikel 9(2) van die Handves van Regte vervat is.

9.7 Aangewese en nie-aangewese werkgewers, werknemers en werksoekers

Ten opsigte van die onderskeid tussen aangewese en nie-aangewese werkgewers wat regstellende aksie maatreëls moet toepas, is die onderskeid tussen hierdie werkgewers nie onbillike diskriminasie teen die betrokke werkgewers wat die regstellende aksie maatreëls moet toepas nie.⁸

Dit stel ook nie onbillike diskriminasie daar teen die werknemers of werksoekers van die nie-aangewese werkgewers nie.⁹ In elk geval is die onderskeid tussen die werkgewers gebaseer op die grootte van die omset of die werksmag van die betrokke werkgewer en rus die onus om onbillike diskriminasie te bewys op die applikant wat die onderskeid uitdaag, aangesien hierdie gronde vir die onderskeid nie gelyste gronde ingevolge artikel 9(3) van die Handves van Regte daarstel nie.

9.8 Samevatting

In die lig van hierdie antwoorde en gevolgtrekkings, is die diskoers ten opsigte van die kwessie aangaande die grondwetlikheid van regstellende aksie, soos dit by wyse van die Wet op Billike Indiensneming en die Namibiese Wet op Regstellende Aksie

⁶ Sien 7.7.3 hierbo

⁷ Sien 8.2 hierbo

⁸ Sien 8.3 hierbo

aanwending vind, uitgeput in hierdie bespreking. Na die mening van die skrywer, is daar egter geen aanduidings tot op datum hiervan, dat die Wet op Billike Indiensneming bydra om van Suid-Afrika 'n samelewing te maak waar substantiewe gelykheid uiteindelik vir almal sal bestaan nie. Die Wet op Billike Indiensneming blyk ook nie juis die proses na substantiewe gelykheid op 'n vinniger baan te plaas nie. Daar is te veel gapings in die wet. Te veel ruimte bestaan myns insiens vir manipulasie van die bepalings daarvan en politiek speel 'n te groot rol in die toepassing van wat dikwels nie werklik regstellende aksie is nie. Ongelykhede bestaan nie slegs in die werkplek nie. Ongelykhede bestaan ook in behuising, onderwys, mediese dienste en lewenstandaarde wat vir baie Suid-Afrikaners nie verbeter sal word deur bloot by wyse van die Wet op Billike Indiensneming te poog om gelykheid in die werkplek daar te stel, terwyl daar vele gapings vir misbruik in hierdie wet bestaan nie. Die owerhede kan veel beter doen en dit is in die lig hiervan, dat die praktiese voorstel hierbo gedoen word oor hoe om substantiewe gelykheid op meer as een terrein te bereik, waarvan gelykheid in die werkplek maar een terrein is.

Alle maatreëls wat toegepas word ten einde die strewe na substantiewe gelykheid te bereik, sal deurentyd aan die grondwetlike vereistes moet voldoen. Alhoewel dit nie beredeneer en bewys is nie, is die skrywer tog die mening toegedaan dat die volgende hier gestel moet word ter afsluiting: sonder die Grondwet en die beskerming wat dit bied, sal baie van hierdie oogmerke wat onder die dekmantel van groter gelykheid plaasvind, maklik tot politieke waansinnige strewes na groter stemmersentasies kan lei, 'n misbruik van die mag wat aan die owerheid verleen word en 'n vertrapping van nie net die sosiale kontrak nie, maar ook die idees en die ideale van ons demokratiese regstaat. Zimbabwe sal ons voorland wees. Gelykheid sal meer en meer van 'n hersenskim word en menswaardigheid sal alhoewel ingebore, vir baie afgesterwe wees.

Ons reis na substantiewe gelykheid het maar sops begin. Gelukkig het alle reise 'n eindbestemming. Ons s'n ook.

Gevolgtik is Maha Ghosananda reg. So ook Immanuel Kant:

Ons moenie 'n goeie grondwet verwag omdat die skeppers daarvan morele mense is nie. Dit is as gevolg van 'n goeie grondwet dat ons kan verwag dat ons gemeenskap uit morele mense sal bestaan.

10. BIBLIOGRAFIE

10.1 Boeke

Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993)

Allen RE ea (red) *Concise*

Allen RE ea (red) *The Concise Oxford Dictionary of Current English* 8ste uitg
(Clarendon Oxford 1990)

Bosman DB, Van der Merwe IW en Hiemstra LW *Tweetalige Woordeboek*

Bosman DB, Van Der Merwe IW en Hiemstra LW *Tweetalige Woordeboek /
Bilingual Dictionary* 8ste uitg (Tafelberg Uitgewers Kaapstad 1984)

Chanock M *Legal Culture*

Chanock M *The Making of South African Legal Culture 1902-1936: Fear,
Favour and Prejudice* (Cambridge University Press Cambridge 2001)

Chaskalson M ea *Constitutional Law*

Chaskalson M ea *Constitutional Law of South Africa* (Juta Kaapstad 1996)

Davies RH *Capital, State and White Labour in South Africa 1900-1960: An Historical
Material Analysis of Class Formation and Class Relations* (Harvester Press Brighton
1979)

Davis DM *Democracy*

Davis DM *Democracy and Deliberation: Transformation and the South
African Legal Order* (Juta Kaapstad 1999)

Davis D, Cheadle H en Haysom N *Fundamental rights in the Constitution:
Commentary and Cases* (Juta Kaapstad 1997)

Devenish GE *Commentary*

Devenish GE *A Commentary on the South African Bill of Rights* (Butterworths Durban 1999)

Devenish GE *South African Constitution*

Devenish GE *A Commentary on the South African Constitution* (Butterworths Durban 1998)

De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* (Juta Kaapstad 1998)

De Waal J, Currie I en Erasmus G *Handbook*

De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook 2001* 4de uitg (Juta Kaapstad 2000)

Dubow S *Racial Segregation and the Origins of Apartheid in South Africa 1919-1930* (Macmillan Oxford 1989)

Ducat CR *Individual*

Ducat CR *Constitutional Interpretation: Rights of the Individual* Vol II (Wadsworth / Thomson Learning Belmont California 2000)

Du Toit D ea *Labour Relations*

Du Toit D ea *The Labour Relations Act of 1995* (Butterworths Durban 1996)

Emsley I *Lessons*

Emsley I *The Malaysian Experience of Affirmative Action: Lessons for South Africa* (Human & Rousseau Kaapstad 1996)

English K en Stapleton A *Human Rights*

English K en Stapleton A *The Human Rights Handbook* (Juta Kaapstad 1997)

Gottlieb SE (red) *Public Values in Constitutional Law* (University of Michigan Press Michigan 1996)

Grey Coetzee JA *Event-Structure*

Grey Coetzee JA *Industrial Relations in South Africa: An Event-Structure of Labour* (Juta Kaapstad 1976)

Grobbelaar JA *Overview*

Grobbelaar JA "An Overview of Industrial Relations in South Africa" in Grey Coetzee JA *Industrial Relations in South Africa: An Event-Structure of Labour* (Juta Kaapstad 1976) 178

Grogan J *Workplace*

Grogan J *Workplace Law* 3de uitg (Juta Kaapstad 1998)

Guernsey JB *Remedy*

Guernsey JB *Affirmative Action: A Problem or a Remedy?* (Lerner Publications Company Minneapolis 1997)

Hadland A en Rantao J *Mbeki*

Hadland A en Rantao J *The life and times of Thabo Mbeki* (Zebra Kaapstad 1999)

Herbert T *Affirmative Action in the South African Workplace: "Allowing Black Eagles to Soar"* (Salty Print Soutrivier 1994)

Hermann D *Balanskant*

Hermann D (red) *Die Balanskant van "Regstellende" Aksie* (Jotha Drukkers Pretoria 2000)

Hidayatullah M *Constitutional Law of India* (Bar Council of India Trust Nieu-Delhi 1984)

Hiemstra VG en Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 3de uitg (Juta Kaapstad 1992)

Human L, Bluen S en Davies R *Baking a New Cake: How to Succeed at Employment Equity* (Creda Communications Johannesburg 1999)

Jauch HM *Imbalances*

Jauch H *Affirmative Action in Namibia: Redressing the Imbalances of the Past* (New Namibia Books Windhoek 1998)

Lever J "Capital and Labour in South Africa: The Passage of the Industrial Conciliation Act, 1924" in Webster E (red) *Essays in South African Labour History* 3de uitg (Ravan Press Johannesburg 1978) 82-107

Lever J *White Organised Labour*

Lever J "White Organised Labour and the Development of Non-White South Africans" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 43-60

Lipton M *Capitalism*

Lipton M *Capitalism and Apartheid: South Africa 1910-1986* (David Philip Publisher Claremont 1985)

Maltz EM *Rethinking*

Maltz EM *Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism and the Politics of Judicial Review* (University Press of Kansas Lawrence, Kansas 1999)

Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law*

Mason AT en Stephenson DG *American Constitutional Law* 12de uitg (Prentice Hall Upper Saddle River New Jersey 1999)

Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law*

Motala Z en Ramaphosa C *Constitutional Law: Analysis and Cases* (Oxford University Press Kaapstad 2002)

Mouton J ea (reds) *Regsnavorsing*

Mouton J ea (reds) *Regsnavorsing: Metode en Publikasie* (Juta Kaapstad 1990)

Naldi GJ *Constitutional Rights in Namibia* (Juta Kaapstad 1995)

Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law*

Nowak JE en Rotunda RD *Constitutional Law* 6de uitg (West Group St Paul Minnesota 2000)

Odendal FF ea (red) *Handwoordeboek*

Odendal FF ea (red) *Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* 3de uitg (Perskor Doornfontein 1994)

Patel EM en Watters C *Fundamental Instruments*

Patel EM en Watters C *Human Rights: Fundamental Instruments and Documents* (Butterworths Durban 1994)

Qunta C *Survival Guide*

Qunta C *Who's Afraid of Affirmative Action: A Survival Guide for Black Professionals* (Kwela Boeke Kaapstad 1995)

Randall E *Power*

Randall E *Power, Privilege and Poverty* (Spro-Cas Johannesburg 1972)

Rautenbach IM ea *Bill of Rights Compendium* (Butterworths Durban 1998)

Rautenbach IM *Staatsreg*

Rautenbach IM *Staatsreg* 2de uitg (Butterworths Durban 1996)

Robertson M (red) *South African Human Rights and Labour Law Yearbook 1991* (Oxford University Press Kaapstad 1992)

Rotunda R *Cases and Notes*

Rotunda R *Modern Constitutional Law: Cases and Notes* 5de uitg (West Publishing Co St Paul Minnesota 1997)

Rotunda R, Nowak JE en Young JN *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure* Vol 2 (West Publishing Co St Paul Minnesota 1986)

Sachs A *White South Africans*

Sachs A *The future constitutional position of white South Africans: Some initial ideas* (Londen 1990)

Scheepers JJ *Non-White Development*

Scheepers JJ "Industrial Legislation and Non-White Development" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 66-77

Steyn LC *Die Uitleg van Wette* 4de uitg (Juta Kaapstad 1974)

Stone GR ea *Constitutional Law*

Stone GR ea *Constitutional Law* 2de uitg (Little Brown & Company Boston 1991)

Thomas A en Robertshaw D *Achieving Employment Equity: A Guide to Effective Strategies – Developing the Fabric of Organisations* (Creda Communications Johannesburg 1999)

Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974)

Tribe LH *American Law*

Tribe LH *American Constitutional Law* 2de uitg (The Foundation Press Mineola 1988)

Van Rooyen JWF *Guide*

Van Rooyen JWF *Implementing Affirmative Action in Namibia: A Summarised Guide to the Affirmative Action (Employment) Act (Act 29 of 1998)* 3de uitg (Namibian Institute for Democracy Windhoek 2000)

Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994)

Venter F *Comparison*

Venter F *Constitutional Comparison: Japan, Germany, Canada & South Africa as Constitutional States* (Juta Kaapstad 2000)

Waldmeir P *Anatomy of a miracle: The end of apartheid and the birth of the new South Africa* (Penguin Books New York 1997)

Webster E (red) *Essays in South African Labour History* 3de uitg (Ravan Press Johannesburg 1978)

10.2 Bydraes in versamelwerke

Barrie GN *Conventions*

Barrie GN "International Human Rights Conventions" in Rautenbach IM ea *Bill of Rights Compendium* (Butterworths Durban 1998) 1B1-85

Davis D *Dignity*

Davis D "Dignity" in Davis D, Cheadle H en Haysom N *Fundamental rights in the Constitution: Commentary and Cases* (Juta Kaapstad 1997) 70-75

Davis D *Equal Protection*

Davis D "Equality and Equal Protection" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 196-211

Davies R *Legislation*

Davies R "The Class Character of South Africa's Industrial Conciliation Legislation" in Webster E (red) *Essays in South African Labour History* 3de uitg (Ravan Press Johannesburg 1978) 69-81

De Villiers B "Social and Economic Rights" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 599-628

D'Souza D *Admission*

D'Souza D "Sins of Admission" in Mills N *Debating Affirmative Action: Race, Gender, Ethnicity, and the Politics of Inclusion* (Dell Publishing New York 1994) 230-236

Kentridge J "Equality" in Chaskalson M ea *Constitutional Law of South Africa* (Juta Kaapstad 1996) 14-58

Mills N *Introduction*

Mills N "Introduction: To Look Like America" in Mills N (red) *Debating Affirmative Action: Race, Gender, Ethnicity and the Politics of Inclusion* (Dell Publishing New York 1994)

O'Shea A *International Law*

O'Shea A "International Law and the Bill of Rights" in Rautenbach IM ea *The Bill of Rights Compendium* (Butterworths Durban 1998) 7A1-113

Rycroft A "Unfair discrimination in employment" in Robertson M (red) *South African Human Rights and Labour Law Yearbook 1991* (Oxford University Press Kaapstad 1992) 371-381

Sachs A "Affirmative Action and Black Advancement in Business" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 107-138

Sonn F *Afrikaner*

Sonn F "Afrikaner Nationalism and Black Advancement as Two Sides of the Same Coin" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 1-10

Thompson C *Legislating*

Thompson C "Legislating Affirmative Action: Employment Equity and Lessons From Developed and Developing Countries" in Adams C (red) *Affirmative Action in a Democratic South Africa* (Juta Kaapstad 1993) 21-46

Van der Horst S *Comment*

Van der Horst S "Comment" in Thomas WH (red) *Labour Perspectives on South Africa* (David Philip Uitgewer Kaapstad 1974) 61-66

Woolman S en De Waal J "Freedom of Association: The Right to be We" in Van Wyk D ea (reds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta Kaapstad 1994) 338-386

10.3 *Tydskriftartikels*

Albertyn C en Goldblatt B "Facing the challenge of transformation: difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality" 1998 *SAJHR* 248-276

Albertyn A en Kentridge K "Introducing the right to equality in the interim Constitution" 1994 *SAJHR* 149-178

Anon "Explanatory memorandum to the Employment Equity Bill" 1998 *ILJ* 1345-1358

Barrie GN "The 'equal protection clause' one hundred and twenty five years on" 1993 *TSAR* 723-731

Barrie GN "Ubuntu ungamntu ngabanye abantu: the recognition of minority rights in the South African Constitution" 2000 *TSAR* 271-278

Basson AC "Die ontwikkeling van ekonomiese regte" 1994 *SAPR* 94-112

Basson AC "The regulation of unfair discrimination by the Employment Equity Act 55 of 1998" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 240-249

Birenbaum J "Contextualising choice: Abortion, equality and the right to make decisions concerning reproduction" 1996 *SAJHR* 485-503

Blumrosen AW, Blumrosen RG en Human L "An affirmative action statute for employment and contracting: some proposals" 1994 *ILJ* 217-249.

Brassey M "The Employment Equity Act: Bad for employment and bad for equity" 1998 *ILJ* 1359-1366

Butler AS "Private litigation and Constitutional rights under sections 8 and 9 of the of the 1996 Constitution – Assistance from Ireland" 1999 *SALJ* 77-99

Cameron E "Sexual orientation and the constitution: a test case for human rights" 1993 *SALJ* 450-472

Campanella J "Some light on equal pay" 1991 *ILJ* 26-32

Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order (2): An important trilogy of decisions" 2001 *THRHR* 619-642

Cooper C en Lagrange R "The application of the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act and the Employment Equity Act" 2001 *ILJ* 1532-1544

Cowen S "Can dignity guide SA's equality jurisprudence?" 2001 *SAJHR* 34-58

Currie I "Judicious avoidance" 1999 *SAJHR* 138-165

De Koker J "Male primogeniture in African customary law – are some now more equal than others?" 1998 *TRW* 99-117

Devenish GE "The interpretation of justiciable rights in South Africa's interim Constitution" 1995 *De Jure* 249-278

Devenish GE "The legal and constitutional significance of the equality clause in the interim Constitution" 1996 *Stellenbosch Law Review* 93-113

De Ville J "Interpretation of the general limitation clause in the chapter on fundamental rights" 1994 *SAPR* 287-312

De Vos P "Equality for all? A critical analysis of the equality jurisprudence of the Constitutional Court" 2000 *THRHR* 62-75

De Vos P "Same-sex marriage, the right to equality and the SA Constitution" 1996 *SAPR* 355-382

Dibodu TM "Ethical foundation of affirmative action" 1995 *Codicillus* 18-28

Du Plessis LM "Menseregte in die skadu's en skanse van die ivoortoring" 1997 *Stellenbosch Law Review* 181-191

Du Plessis LM en Gouws A "'n Dialektiese perspektief op die statutêre en grondwetlike verwesenliking van vroueregte in Suid-Afrika" 1993 *Stellenbosch Law Review* 240-260

Dupper O "Proving indirect discrimination in employment: A South African view" 2000 *ILJ* 747-792

Edwards AB "Affirmative action: a euphemism for reverse discrimination?" 1997 2 *Codicillus* 13-30

Erasmus G en Strydom H "Judgments of the constitution and fundamental rights" 1995 *Stellenbosch Law Review* 264-272

Evans RG "The constitutionality of section 21 of the *Insolvency Act* 24 of 1936" 1998 *Stellenbosch Law Review* 359-372

Fagan A "Dignity and unfair discrimination: A value misplaced and a right misunderstood" 1998 *SAJHR* 220-247

Faundez J "Promoting affirmative action" 1994 *ILJ* 1187-1194

Frowein JA "Constitutional law and international law at the turn of the century" in 1998 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-6 6

Goldberg V "The right of access of a father of an illegitimate child: further reflections" 1996 *THRHR* 282-294

Goolam NMI "Human dignity – our supreme constitutional value" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1.html> 1-8

Grant B "The Labour Court's first discrimination case" 1998 *ILJ* 709-714

Hawthorne L "The principle of equality in the law of contract" 1995 *THRHR* 157-176

Hepple B "Equality laws and economic efficiency" 1997 *ILJ* 598-608

Heywood M en Hassan F "The Employment Equity Act and HIV/Aids a step in the right direction" 1999 *ILJ* 845-855

Hugo P "The South African debate on affirmative action: learning cues from India, Malaysia and post-independence Africa" 1993 12(1) *Politeia* 44

Jansen van Rensburg L "Weeg die belange van die skuldeisers swaarder as die belange van die solvente eggenoot?" 1998 *TSAR* 334-343

Joubert DJ "Aantekeninge: Afdanking of aflegging en regstellende aksie" 1996 *De Jure* 315-317

Joubert DJ "Affirmative action in employment: The rationale" 1994 *De Jure* 116-135

Joubert DJ "Regstellende aksie by indiensneming" 1994 *De Jure* 1-42

Kaganas F "Joint custody and equality in South Africa" 1994 *Acta Juridica* 169-184

Kathree F "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women" 1995 *SAJHR* 421-437

Katz MP "Close encounters of the third kind: Privacy, equality and the expression of homosexual preference" 1998 *SAJHR* 308-320

Kende MS "Gender stereotypes in SA and American Constitutional law: the advantages of a pragmatic approach to equality and transformation" 2000 *SALJ* 745-770

Kentridge J "Measure for measure: Weighing up the costs of a feminist standard of equality at work" 1994 *Acta Juridica* 84-108

Klug H "Rethinking Affirmative Action in a Non-Racial Democracy" 1991 *SAJHR* 317-333

Kok A "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the controversy?" 2001 *TSAR* 294-310

L'Heureux-Dubé C "Making a difference: The pursuit of equality and a compassionate justice – address at the Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand, 1 August 1997" 1997 *SAJHR* 335-353

Louw C "What is sexual equality (with particular reference to equality in the workplace)?" 1994 1 *Codicillus* 19-27

Lind C "Sexual orientation, family law and the transitional Constitution" 1995 *SALJ* 481-502

Little JW "Affirmative action: Legal bases and risks in the United States and South Africa" 1994 *Stellenbosch Law Review* 262-275

Loenen T "The Equality clause in the SA Constitution: Some remarks from a comparative perspective" 1997 *SAJHR* 401-429

Loveday G "Gender discrimination in the workplace" 1997 *TSAR* 100-116

Loveday G "Gender discrimination in the workplace" 1997 *TSAR* 256-272

Mbigi L en Maree J *Ubuntu: The Spirit of African Transformation Management* (Sigma Drukkers Johannesburg 1995) 1-7

Meyerson D "How useful is the concept of racial discrimination?" 1993 *SALJ* 575-580

Mokgoro JY "Ubuntu and the law in South Africa" 1998 *PER*
<http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-6

Mtayi F "The Employment Equity Act: An overview" 1999 *JBL* 30-33

Mureinik E "A Bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights" 1994 *SAJHR* 31-48

Nadasen S and Nadasen KK "Towards equality: creating equal opportunities" 1996 *De Jure* 358-366

Naidu M "Indirect discrimination: An overview of SA cases" 1998 *JBL* 32-34

Naidu M "The causes of indirect discrimination against women in employment" 1998 *Codicillus* 12-18

Naidu M "The 'Inherent Job requirement defence – Lessons from abroad" 1998 *South African Mercantile Law Journal* 173-182

Naldi GJ "Notes and comments: Limitation of rights under the African Charter on Human and People's Rights: The contribution of the African Commission on Human and People's Rights" 2001 *SAJHR* 109-118

Ngwenya C "HIV in the workplace: Protecting rights to equality and privacy" 1999 *SAJHR* 513-540

Nisihara H "The significance of constitutional values" 2001 Vol 1 *PER*
<http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1/2001.html> 1-8

Olivier MP "Die aanstelling van polities-agtergesteldes by universiteite: 'n grondwetlike en arbeidsregtelike perspektief" 1997 *TSAR* 340-355

O' Regan C "Equality at work and the limits of the law: Symmetry and individualism in anti-discrimination legislation" 1994 *Acta Juridica* 64-83

Pieterse M "Cases and comments: Discrimination through the eye of the beholder" 2000 *SAJHR* 121-137

Pimstone G "Trading in principles – the economic activity clause of the interim Constitution" 1995 *SAPR* 356-393

Pretorius R "Discrimination against aliens – international law, the courts and the Constitution" 1996 *SAPR* 261-275

Rautenbach IM "The limitation of rights in terms of provisions of the bill of rights other than the general limitation clause: a few examples" 2001 *TSAR* 617-641

Rautenbach IM "Die konstitusionele hof se riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid" 1996 *TSAR* 317-325

Rycroft A "Obstacles to employment equity?: the role of judges and arbitrators in the interpretation and implementation of affirmative action policies" 1999 *ILJ* 1411-1429

Scholtz J "Snow White and the Seven Dworkins: Affirmative action" 1995 *JBL* 54-56

Schooling H "The notion of 'dignity' in South African equality jurisprudence" 1999 *Responsa Meridiana* 1-18

Singh D "Discrimination against lesbians in family law" 1995 *SAJHR* 571-581

Singh D "The refusal to recognize same-sex marriages – a Pandora's box of inequalities" 1999 *De Jure* 29-43

Smit N "A comparative perspective of gender discrimination in the workplace (including discrimination due to pregnancy and family responsibilities)" 1998 *TSAR* 494-515

Smit N "HIV/Aids, equity and labour law" 2001 *De Jure* 318-329

Smith N "Affirmative Action under the new Constitution" 1995 *SAJHR* 84-101

Smith N "Affirmative Action: Its origin and point" 1992 *SAJHR* 235-248

Solomon M "The regulation of affirmative action by the Employment Equity Act 55 of 1998" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 231-239

Steyn E "From closet to constitution: the gay family rights odyssey" 1998 *TSAR* 97-117

Steyn DJ "Affirmative action: sociology of law investigates" 1999 *Codicillus* 56-64

Strydom HA "Minority rights protection: Implementing international standards" 1998 *SAJHR* 373-387

Strydom HA "The private domain and the Bill of Rights" 1995 *SAPR* 52-72

Swanepoel J "Die dialektiek in die waardes van die 1996 Grondwet" 1998 Vol 1 *PER*
<http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-27

Truter L "Disability rights: employment developments in Britain" 1996 *TSAR* 658-668

Van der Vyver JD "Comparative law in constitutional litigation" 1994 *SALJ* 19-31

Van der Vyver JD "Gelykberegtiging" 1998 *THRHR* 367-399

Van der Walt JWG "Affirmative action and Dworkinian positivism: A tale of two narratives" 1993 *De Jure* 413-417

Van der Walt DJ "Regstellende optrede in die praktyk" 1995 30(2) *SAIPA* 109-121

Van Eck BPS "Some thoughts on the constitutionality of the Employment Equity Act" 1999 *De Jure* 160-168

Van Heerden HJO "Provision for affirmative action in a bill of rights" 1990 *THRHR* 372-375

Van Jaarsveld M "Regstellende aksie in die Verenigde State van Amerika" 2001 *Codicillus* 36-45

Van Marle K "Equality: an ethical interpretation" 2000 *THRHR* 595-607

Van Marle K "Gender sensitivity in the workplace" 1996 2 *Codicillus* 36-38

Van Reenen TP "Equality, discrimination and affirmative action: an analysis of section 9 of the Constitution of the RSA" 1997 *SAPR* 151-165

Van Wyk M "The constitutional contours of affirmative action as 'fair discrimination'" 1997 1 *The Human Rights and Constitutional Law Journal of South Africa* 17-20

Venter AJ "Die snelle aanvaarding van die begrip regstellende aksie in Suid-Afrika" 1993 *Aambeeld* 23-25

Venter F "Die betekenis van die bepalings van die 1996 Grondwet: Die aanhef en hoofstuk 1" 1998 Vol 1 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> 1-31

Venter F "Utilizing constitutional values in constitutional comparison" 2001 *PER* <http://www.puk.ac.za/lawper/2001-1/2001.html> 1-12

Visser PJ en Potgieter JM "Some critical comments on South Africa's Bill of Fundamental Human Rights" 1994 *THRHR* 493-498

Vrancken PHG "Remission of sentence and the right to equality" 1997 *Obiter* 31-41

10.4 Vonnisbesprekings

Albertyn C en Goldblatt B "Cases and comments: The decriminalization of gay sexual offences: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1998 6 *BCLR* 726 (W)" 1998 *SAJHR* 461-472

Angus L "*S v Williams* CCT/20/94; 1995 3 *SA* 632 (KH); 1995 7 *BCLR* 861 (KH)" 1996 *SAJHR* 142-145

Blake RC "The frequent irrelevance of US judicial decisions in South Africa: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH)" 1999 SAJHR 192-200

Bronstein V "*S v Makwanyane and Another* CCT/3/94; 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)" 1996 SAJHR 138-142

Carpenter G "Motifs inscribed on our social fabric: equality in *Brink v Kitshoff*" 1997 SAJHR 304-310

Chetty C "Sexual orientation as a constitutional right: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 2000 1 BCLR 39 (KH)" 2001 THRHR 657-666

De Vos P "Sexual orientation and the right to equality in the SA Constitution: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others*" 2000 SALJ 17-25

Epp Buckingham J "Religious freedom and wine sales on Sunday [a case commentary on *S v Lawrence*, *S v Negal*, *S v Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH), 1997 4 SA 1176 (KH)]" 1999 Stellenbosch Law Review 117-125

Erasmus G "The first judgment of the Constitutional Court: what does it tell us? *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (KH); 1995 5 BCLR 401 (SA)" 1995 SAPR 215-225

Freedman W "Formal versus substantive equality and the jurisprudence of the Constitutional Court: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998 12 BCLR 1517 (KH); 1999 1 SA 6 (KH)" 2000 THRHR 314-320

Gutto SBO "The Constitutional Court's opening salvo in confronting the fundamental 'mischief' of the past and sowing seeds for the new SA jurisprudence *S v Zuma* CCT 5/94 1995 2 SA 642 (KH); 1995 5 BCLR 401 (SA) 1995" 1996 SAJHR 47-55

Jagwanth S "What is the difference? Group categorisation in *Pretoria City Council v Walker* 1998 2 SA 363 (CC)" 1999 *SAJHR* 188-208

Klaaren J "Cases and comments: Non-citizens and constitutional equality *Larbi-Odam v The Member of the Executive Council for Education (North-West Province)* 1998 1 SA 745 (KH)" 1998 *SAJHR* 286-297

Klinck E "Cases and comments: Limiting affirmative action legislation: The European Court of Justice in *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* Case No C-450/93, ECJ 17/10/95" 1997 *SAJHR* 638-651

Klug H "Striking down death: *S v Makwanyane and Another* CCT/3/94; 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)" 1996 *SAJHR* 61-70

Louw R "Discrimination on the basis of HIV: Lessons from the Hoffmann case" 2000 *ILJ* 856-866

Louw R "*Langemaat v Minister of Safety and Security* 1998 3 SA 312 (T): A gay and lesbian victory but a constitutional travesty" 1999 *SAJHR* 393-405

Louw R "Sexual orientation, the right to equality and the common law offence of sodomy: *S v Kampher* 1997 2 SACR 418 (C)" 1998 *SA Journal of Criminal Justice* 112-117

Mosikatsana T "*S v Zuma and Others* CCT/5/94; 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 BCLR 401 SA" 1996 *SAJHR* 132-135

Malan K "Oor gelykheid en minderheidsbeskerming na aanleiding van *Ryland v Edros en Fraser v Children's Court, Pretoria North*" 1998 *THRHR* 300-312

Motala Z "The Constitution is not anything the court wants it to be: The *Mhlungu* decision and the need for disciplining rules" 1998 *SALJ* 141-155

Mubangizi JC "Notes and comments: Too pregnant to work – the dilemma of economic rationality versus equality *Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead*" 2000 *SAJHR* 690-702

Pantazis A "How to decriminalize gay sex: *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality v The Minister of Justice and Others* 1999 1 SA 6 (KH)" 1999 *SAJHR* 188-192

Pretorius JL "*Adarand Constructors Inc. v Pena*: Tightening the constitutional parameters for affirmative action" 1996 *TRW* 143-153

Rautenbach IM "Die verband tussen die gelykeheidsbepaling en die algemene beperkingsbepaling in die Handves van Regte: *Prinsloo v Van der Linde* KH 4/96, 18 April 1997; *President van die Republiek van Suid-Afrika v Hugo* KH 11/96, 18 April 1997" 1997 *TSAR* 571-583

Smith N "The purpose behind the words: *S v Mhlungu and Others* CCT/25/94; 1995 3 SA 867 (KH); 1995 7 BCLR 793 (KH)" 1996 *SAJHR* 90-99

Swart GJ "The constitutional criteria for legislative differentiation in the economic sphere – an appraisal of judicial deference towards the legislature after *Jooste v Score Supermarket Trading*" 1999 *SA Mercantile Law Journal* 250-258

10.5 Proefskrifte, verhandelings en skripsies

Broodryk J *Ubuntu in South Africa* (LLD-Proefskrif UNISA 1997)

Gerber R *Affirmative action*

Gerber R *Affirmative action: A Comparative Perspective* (LLM-verhandeling UK 1997)

Moolman HJ *Regstellende aksie*

Moolman HJ *Die grondwetlikheid van "regstellende aksie"-maatreëls in die Wet op Billike Indiensneming 55 van 1998* (LLB-skripsie PU vir CHO 1999)

Sauerman AE *Interim Constitution*

Sauerman AE *Affirmative Action and the Interim Constitution* (LLM-verhandeling UK 1993)

10.6 Plaaslike staatspublikasies

SUID-AFRIKA (Unie) *Verslag van die Departement van Arbeid* UG 4/37 (Staatsdrukker Pretoria 1937)

SUID-AFRIKA (Unie) *Amptelike Jaarboek van die Raad op Tenders en Voorrade van die Unie van Suid-Afrika*, 1941 (Staatsdrukker Pretoria 1941)

SUID-AFRIKA (Unie) *Verslag van die Raad op Sosiale en Ekonomiese Replanning* UG 53/1948 (Staatsdrukker Pretoria 1948)

SUID-AFRIKA (Republiek) *Finale Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie ten opsigte van Groeps- en Menseregte* Projek 58 (Staatsdrukker Pretoria 1995)

10.7 Suid-Afrikaanse regspraak

Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape) 1999 ILJ 330 (LC)

Achterburg v Glinister 1903 TS 326

Administrator, Transvaal and Others v Traub and Others 1989 4 SA 731 (A)

AK Entertainment CC v Minister of Safety and Security 1995 1 SA 783 (OK) 789E; 1994 4 BCLR 31 (OK); 1994 2 SACR 718 (OK); 1995 1 SACR 130 (OK)

Argus Printing & Publishing Company Ltd v Esselins Estate 1994 2 SA 1 (A)

Association of Professional Teachers and Another v Minister of Education and Others (1995) 16 ILJ 1048 (IC)

Azanian Peoples Organisation (AZAPO) v President of the Republic of South Africa 1996 4 SA 671 (KH); 1996 8 BCLR 1015 (KH); 1996 1 BHRC 52 (KH)

Batista v Commanding Officer, SANAB, South African Police, Port Elizabeth 1995 8 BCLR 1006 (OK)

Bel Porto School Governing Body and Others v Premier, Western Cape and Another 2002 3 SA 265 (KH)

Bernstein and Others v Bester and Others NNO 1996 2 SA 751 (KH); 1996 4 BCLR 449 (KH)

Binga v Cabinet for South West Africa 1988 3 SA 155 (SWA)

Bogoshi v National Media Limited and Others 1996 3 SA 78 (W)

Brink v Kitshoff NO 1996 4 SA 197 (KH); 1996 6 BCLR 752 (KH)

Cherry v Minister of Safety and Security 1995 3 SA 323 (OK) 332B; 1995 5 BCLR 570 (OK)

Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 4 SA 757 (KH); 1998 12 BCLR 1449 (KH)

Claassens v Wilkins 1905 ORC 139

Coetzee v Government of the Republic of South Africa; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison 1995 4 SA 631; 1995 10 BCLR 1382 (KH)

Collins v Volkskas Bank (Westonaria Branch) a Division of ABSA Bank Ltd (1994) 5 (9) SALLR 34 (IC)

Dadoo, Ltd and Other v Krugersdorp Municipal Council 1920 AD

Dawood, Shalabi and Thomas v Minister of Home Affairs and Others 2000 3 SA 936 (KH); 2000 8 BCLR 837 (KH)

De Vos v SA Eagle Versekeringsmaatskappy Bpk 1985 3 SA 447 (A)

Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd 1979 2 SA 904 (A)

East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council and Others 1998 2 SA 61 (KH); 1998 1 BCLR 1 (KH) para [22]

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 4 SA 744 (KH); 1996 10 BCLR 1253 (KH)

Ex Parte Gauteng Provincial Legislature: In Re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995 1996 3 SA 165 (KH)

Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH)

Fose v Minister of Safety and Security 1997 7 BCLR 851 (KH); 1997 3 SA 786 (KH)

Fraser v The Children's Court, Pretoria North and Others 1997 2 SA 261 (KH) 1997 2 BCLR 153 (KH)

Gardener v Whitaker 1995 2 SA 672 (OK); 1994 5 BCLR 19 (OK)

Garment Workers' Union, Cape Peninsula v Viljoen 1958 2 SA 393 (K)

George v Liberty Life Association of Africa Ltd 1996 8 BLLR 985 [IC]

Hajaree v Ismail 1905 TS 45

Harksen v Lane NO and Others 1998 1 SA 300 (KH); 1997 11 BCLR 1489 (KH)

Hoffmann v South African Airways 2001 1 SA 1 (KH); 2000 11 BCLR 1211 (KH)

Holomisa v Argus Newspapers Ltd 1996 2 SA 588 (W); 1996 6 BCLR 836 (W)

JHA Coetzer and Others v The Minister of Safety and Security and Another Saaknr JS 222/02 Ongerapporteerde saak van die Arbeidshof te Braamfontein waarvan die uitspraak deur Landman R gelewer is op 29 November 2002

Janeke v Ras 1965 4 SA 583 (T)

Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd (Minister of Labour Intervening) 1999 2 SA 1 (KH); 1999 2 BCLR 139 (KH)

Kathleen Margaret Satchwell v The President of the Republic of South Africa and Another 2002 6 SA 1 (KH)

Khala v Minister of Safety and Security 1994 4 SA 218 (W)

Langemaat v Minister of Safety and Security and Others 1998 3 SA 312 (T)

Larbi-Odem and Others v Member of the Executive Council of Education (Northwest Province) and Another 1998 1 SA 745 (KH); 1997 12 BCLR 1655 (KH)

Leondard Dingler Employee Representative Council v Leondard Dingler 1998 ILJ 285 (LC)

Lotus River, Ottery, Grassy Park Residents' Association v South Peninsula Municipality 1999 2 SA 817 (K)

Maynard v The Field Cornet of Pretoria (1894) SAR 214

McNally v M and G Media (Pty) Ltd 1997 4 SA 267 (W); 1997 6 BCLR 818 (W)

Minister of the Interior v Lockhat and Others 1961 2 SA 587 (A)

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others 2002 5 SA 721 (KH)

Mistry v Interim National Medical and Dental Council of South Africa and Others 1998 4 SA 1127 (KH)

Motala v University of Natal 1995 3 BCLR 374 (D)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Home Affairs and Others 1999 3 SA 173 (K)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others 2002 2 SA 1 (KH); 2000 1 BCLR 39 (KH)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others 1999 1 SA 6 (KH); 1998 12 BCLR 1517 (KH)

Nel v Le Roux NO 1996 3 SA 562 (KH); 1996 4 BCLR 592 (KH); 1996 1 SACR 572 (KH)

Nyamakazi v President of Bophutatswana 1992 4 SA 540 (B)

Ntentei v Chairman, Ciskei Council of State and Another 1993 3 SA 546 (Ck)

Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences 1995 2 SA 148 (K)

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo 1997 4 SA 1 (KH); 1997 6 BCLR 708 (KH)

Prinsloo v Van der Linde and Another 1997 3 SA 1012 (KH); 1997 6 BCLR 759 (KH)

Pretoria City Council v Walker 1998 2 SA 363 (KH); 1998 3 BCLR 257 (KH)

Public Servants' Association of SA and Another v Minister of Justice and Others 1997 ILJ 241 (T); 1997 5 BCLR 577 (T); 1997 3 SA 925 (T)

Qozeleni v Minister of Law and Order and Another 1994 3 SA 625 (OK); 1994 1 BCLR 75 (OK)

R v Hildick Smith 1924 TPD 69

R v Lionda 144 AD 348

Rivett-Carnac v Wiggins 1997 3 SA 80 (K); 1997 4 BCLR 80 (K)

S v Huma 1996 1 SA 232 (W)

S v Jordan and Others 2002 6 SA 642 (KH)

S v Kampher 1997 9 BCLR 1283 (K); 1997 4 SA 460 (K); 1997 2 SACR 418 (K)

S v Kola 1966 4 SA 322 (A)

S v Lawrence; S v Negal; S v Solberg 1997 4 SA 1176 (KH); 1997 10 BCLR 1348 (KH)

S v Makwanyane and Another 1995 3 SA 391 (KH); 1995 6 BCLR 665 (KH)

S v Manamela (Director-General of Justice Intervening) 2000 3 SA 1 (KH); 2000 5 BCLR 491 (KH)

S v Mhlungu and Others 1995 3 SA 867 (KH); 1995 7 BCLR 793 (KH)

S v Ntuli 1996 1 SA 1207 (KH)

S v Penrose 1966 1 SA 5 (N)

S v Rens 1996 1 SA 1218 (KH)

S v Williams & Others 1995 3 SA 632 (KH); 1995 7 BCLR 861 (KH)

S v Zuma and Others 1995 2 SA 642 (KH); 1995 4 BCLR 401 (KH)

Sachs v Rossouw 1964 2 SA 555 (A)

Shabalala v Attorney-General (Transvaal) 1996 1 SA 725 (KH); 1995 12 BCLR 1593 (KH); 1995 2 SACR 761 (KH); 1996 7 SACL 1 (KH)

Soobramooney v Minister of Health, KwaZulu-Natal 1998 1 SA 765 (KH); 1998 1 All SA 268 (KH); 1998 4 BHRC 308 (KH)

Stoman v Minister of Safety and Security and Others 2002 3 SA 468 (T)

The Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 1 SA 46 (KH); 2000 11 BCLR 1169 (KH)

Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke 1911 AD 657

Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1979 1 SA 441 (A)

Van Rooyen v Van Rooyen 1994 2 SA 325 (W)

Vryenhoek and Others v Powell NO and Others 1996 1 SA 984 (KH); 1996 1 BCLR 1 (KH)

Whitehead v Woolworths (Pty) Ltd (1999) 20 ILJ 2133 (LC)

Zantsi v Council of State, Ciskei and Others 1995 4 615 (KH)

10.8 Buitelandse regspraak

10.8.1 Botswana

Attorney-General v Moagi 1982 2 Botswana LR 124

10.8.2 Europese Unie

Eckard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen Saaknr C-450/93, ECJ 17/10/95

10.8.3 Indië

Indra Sawhney v Union of India 80 AIR (SC) 477

Vasanth Kumar v The State of Karnataka 72 AIR (SC) 1495 (1985)

10.8.4 Die Internasionale Geregshof

Minority Schools in Albania – Saaknommer 182, Adviserende Opinie van 6 April 1935 van die Permanente Hof van Internasionale Geregtigheid in *Annual Digest and Reports of Public International Cases* 1935-1937 op 389-390

10.8.5 Kanada

Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co 40 DLR (4th) 193

Egan v Canada (1995) 29 CRR (2d) 79

Hunter v Southam Inc (1985) 11 DLR (4th) 641 (SCC)

R v Big M Drug Mart Ltd 1985 18 DLR (4th) 321 (SCC)

R v Oakes 1986 26 DLR (4th) 200 (SCC)

Thomson Newspapers Ltd et al v Director of Investigation and Research et al (1990) 67 DLR (4th) 161

10.8.6 Namibië

Ex Parte Attorney-General Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of the State 1991 3 SA 76 (Nm)

Kauesa v Minister of Home Affairs and Others 1995 1 SA 51 (Nm)

S v Acheson 1991 2 SA 805 (Nm)

10.8.7 Rhodesië

Ex Parte Adair Properties 1967 2 SA 622 (R)

10.8.8 Die Verenigde State van Amerika

Adarand Constructors Co v Federico Pena, Secretary of Transportation et al 115 SCt 2097 (1995)

Brown v Board of Education of Topeka Kansas 347 US 483 (1958) 98 L Ed 873

City of Richmond v JA Croson 488 US 469, 102 L Ed 854 (1989)

De Funis v Odegaard 416 US 312 (1974)

Dennis v United States 339 US 162 (1951)

Detroit Police Officers' Association v Young 608 F 2d 671 691 (1979)

Dred Scott v Sandford 15 L Ed 691

FS Royster Guano Co v Virginia, 253 US 412 (1920)

Firefighters Local Union No 1784 v Stotts 467 US 561, 104 S Ct 2576 (1984)

Franks v Bowman Transportation Co 474 SCt 1251, 47 L Ed 2d 444 (1976)

Fullilove v Klutznick (Secretary of Commerce) 448 US 448, 100 S Ct 2758 (1980)

Griggs v Duke Power Co 401 US 424 (1971)

Hopwood v State of Texas 78 F 3d 932 (5th Cir 1996)

International Board of Teamsters v United States 431 US 324 (1970)

Jennes v Forsten 403 US 431 (1971) 442

Johnson v Transportation Agency, Santa Clara County, California 480 US 616, 107 S Ct op 1454, 94 L Ed 2d 615 (1987)

Korematsu v United States 323 US 216 (1944)

Lehman v Yellow Freight Systems 651 F 2d 520 (7th Cir 1981)

Local Number 93, International Association of Fire Fighters v City of Cleveland 478 US 501, 106 S Ct 3063

Local 28 Sheet Metal Workers International Association v EEOC 478 US 421, 482 (1986)

McDonnell Douglas Corporation v Green 411 US 792 (1973)

Metro Broadcasting Co v FCC 110 US 2997 (1990)

Morgan v O'Bryant 671 F 2d 23 29 (1982)

Morrow v Chrysler 491 F 2d 1053 1060 (1974)

Plessy v Ferguson 163 US 627 (1896) 41 L Ed 256

Plyler v Doe 457 US 202 (1981)

Regents of the University of California v Bakke 428 US 365 (1978)

Sester v Novack 638 F 2d 1137 (8th Cir 1981)

Tigner v Texas, 310 US 141, 147 (1940)

United States v Paradise 1987 480 US 149

United Steelworkers of America v Weber 443 US 193, 99 SCt 2721, 61 L Ed 2d 480 (1979)

Wards Cove Packing Co Inc v Atonio 490 US 642 656-657 (1989)

Wygant v Jackson Board of Education 476 US 488, US 106 SCt 1842, 90 L Ed 2d 260 (1986)

10.9 Suid-Afrikaanse wetgewing

Master and Servant Ordinance, 1841

Master and Servant Ordinance, 1856

Wet 3 van 1885 (Zuid-Afrikaansche Republiek)

Wet 35 van 1908 (Transvaal)

Wet op Myne en Bedrywe 12 van 1911

Naturellearbeid Regelingswet 15 van 1911

Wet op Naturellen Grond 27 van 1913

Wet op Nywerheidsversoening 11 van 1924

Loonwet 27 van 1925

Wysigingswet op Myne en Bedrywe 25 van 1926

Swart Administrasiewet 38 van 1927

Wysigingswet op die Loonwet 23 van 1930

Naturelle Dienskontrakwet 24 van 1932

Insolvensiewet 24 van 1936

Wet op Nywerheidsversoening 36 van 1937

Wet op Elektrotegniese Draadwerkers en Aannemers 20 van 1939

Wet op Fabriek, Masjinerie en Bouwerk 22 van 1941

Ongevallewet 30 van 1941

Doeanewet 35 van 1944

Wet op Vakleerlinge 37 van 1944

Naturelle (Stadsgebiede) Konsolidasiewet 25 van 1945

Wet op Registrasie vir Werk 34 van 1945

Wet op Naturellebouwerkers 27 van 1951

Wet op die Opleiding van Ambagsmanne 38 van 1951

Wet op Naturelle-arbeid (Beslegting van Geskille) 48 van 1953

Wysigingswet op Naturellebouwerkers 60 van 1955

Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956

Wet op Nywerheidsversoening 28 van 1956

Ontugwet 23 van 1957

Inkomstebelastingwet 58 van 1962

Algemene Regswysigingswet 37 van 1963

Wet op Winkels en Kantore 75 van 1964

Werkloosheidversekeringswet 30 van 1966

Maatskappyewet 61 van 1973

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983

Boswet 122 van 1984

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op Billike Indiensneming 55 van 1998

Wet op Vaardigheidsontwikkeling 97 van 1998

Wet op Openbare Finansiële Bestuur 1 van 1999

Wet op die Bevordering van Toegang tot Inligting 2 van 2000

Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000

Wet op die Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000

Wet op die Raamwerk vir Voorkeurverkrygingsbeleid 5 van 2000

10.10 Buitelandse wetgewing

10.10.1 Namibië

Constitution of Namibia Act 1 of 1990

Public Service Amendment Act, 1990

Racial Discrimination Prohibition Act 26 of 1991

Labour Act 6 of 1992

Tender Board of Namibia Act 16 of 1996

Affirmative Action (Employment) Act 29 of 1998

10.10.2 Die Verenigde State van Amerika

Civil Rights Act, 1964

10.11 Suid-Afrikaanse ondergeskikte wetgewing

Reg 58(32) *Staatskoerant* 791 14 Februarie 1964

GK R203 *Staatskoerant* 791 14 Februarie 1964

GK R1360 *Staatskoerant* 20626 23 November 1999

Reg 6824 *Staatskoerant* 21253 5 Junie 2000

Prokl R 54 *Staatskoerant* 21517 1 September 2000

GK R874 *Staatskoerant* 21517 1 September 2000

GK R956 van 2000 *Staatskoerant* 21583 27 September 2000

GK R955 2000 *Staatskoerant* 21583 2 Oktober 2000

GK R1298 *Staatskoerant* 21815 1 Desember 2000

10.12 Buitelandse ondergeskikte wetgewing

10.12.1 Namibië

GK 35 *Staatskoerant* 388 8 April 1992

GK 278 *Staatskoerant* 1996 18 November 1998

GK 156 *Staatskoerant* 2161 6 Augustus 1999

GK 157 *Staatskoerant* 2161 6 Augustus 1999

GK 158 *Staatskoerant* 2161 6 Augustus 1999

10.12.2 Ondergeskikte wetgewing van die Verenigde State van Amerika

Besluit van die Equal Employment Opportunities Commission Nr 75/268, 30 Mei 1975

Verenigde State van Amerika Executive Order # 10925

Verenigde State van Amerika Executive Order # 11246

10.13 Internasionale handveste, verklarings, ooreenkomste, verdrae en konvensies

African Charter on Human and Peoples' Rights

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Discrimination (Employment and Occupation) Convention and Recommendation No. 111 of the International Labour Organisation

Handves van die Verenigde Nasies

Indigenous and Tribal Peoples Convention (No. 169) of the International Labour Organisation

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

International Convention on the Suppression and Punishment of the Crimes of Apartheid

International Covenant on Civil and Political Rights

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

United Nations Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities

Universal Declaration of Human Rights