

DIE REGTE VAN KINDERS UIT HOOFDE VAN ARTIKELS 26 EN 28 VAN DIE GRONDWET

**Skripsie ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes van die
graad LLB aan die PU vir CHO**

N Oberholzer

**HRR 431
Studieleier: Dr L Jansen van Rensburg
2001**

INHOUDSOPGAWE

1	INLEIDING.....	1
2	DIE REG OP GESONDHEIDSORG.....	2
2.1	INLEIDING.....	2
2.2	VERPLIGTINGE UIT HOOFDE VAN DIE GRONDWET.....	3
3	MIV EN VIGS.....	5
4	TREATMENT ACTION CAMPAIGN V MINISTER OF HEALTH.....	7
4.1	FEITE VAN DIE SAAK.....	8
4.2	HOOGGEREGSHOF UITSPRAAK.....	9
4.3	KONSTITUSIONELE HOFUITSPRAAK.....	14
4.3.1	Inleiding.....	14
4.3.2	Sosio-ekonomiese regte.....	14
4.3.3	Beperkings, Spesiale Beperkings en Afbakenings.....	16
4.3.3.1	Redelike wetgewing en ander maatreëls.....	18
4.3.3.2	Progressiese/toenemende verwesenliking	19
4.3.3.3	Binne sy beskikbare middele.....	20
4.3.4	Die minimum kern verpligting en die relevantheid van die redelikheid daarvan.....	21
4.3.5	Die staat se beleid oor die voorkoming van MIV deur moeder tot kind transmissie.....	29
4.3.6	Effektiwiteit en Veiligheid van Nevarapine.....	30
4.3.7	Bevinding ten opsigte van die regering se program	31
4.3.8	Beslissing.....	32
5	EFFEK VAN DIE TAC BESLISSING.....	33
5.1	SOSIALE SEKERHEID EN DIE VOORSIENING VAN GESONDHEIDSORG AS DEEL VAN 'N BREër SOSIALE BESKERMINGSTELSEL.....	33
5.2	MIV AS KRISIS IN SUID-AFRIKA EN DIE PLEK DAARVAN IN 'N SOSIALE BESKERMINGSTELSEL.....	39
5.3	UITLEGMETODES EN GRONDWETLIKE INTERPRETASIE.....	42
5.4	MENSWAARDIGHEID AS WAARDE EN REG EN DIE ROL WAT DIT SPEEL BY DIE UITLEG VAN DIE REG OP GESKIKTE GESONDHEIDSORG.....	46

5.5	SKEIDING VAN MAGTE.....	49
6	GEVOLGTREKKING.....	55
	ABSTRACT.....	59
	LYS VAN AFKORTINGS	60
	BIBLIOGRAFIE.....	61
1	BOEKE.....	62
2	WETGEWING.....	62
3	INTERNET.....	62
4	ARTIKELS.....	62
5	PROEFSKRIFTE.....	61
6	STAATSPUBLIKASIES.....	64
7	REGISTER VAN HOFSAKE.....	64

1 INLEIDING

'n Kontroversiële kwessie wat in die Suid-Afrikaanse gemeenskap ontstaan het, is of Nevirapine, 'n teenvigsmiddel wat moeder tot kind transmissie van MIV kan verhoed, aan swanger MIV positiewe vrouens gratis beskikbaar gestel moet word.¹ In die *Treatment Action Campaign v Minister of Health* saak² is die regering beveel om Nevirapine onmiddellik beskikbaar te stel aan alle MIV-positiewe swanger vrouens. Die regering het egter geweier om aan hierdie uitspraak te voldoen, en het die saak op appèl na die Konstitusionele Hof verwys. Die Konstitusionele Hof³ het 'n tussentydse bevel gemaak wat die regering dwing om die uitspraak van die Hooggeregshof te gehoorsaam.

Die probleem rakende die verskaffing van Nevarapine binne die publieke sektor sal aangespreek word, veral met spesifieke verwysing na die effek wat die Konstitusionele Hof uitspraak gehad het op die sosiale sekerheidstelsel. Die verpligting wat deur artikel 27 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 108 van 1996⁴ op die staat geplaas word, sal in diepte ondersoek word. Verdere aspekte wat aandag sal geniet, is die voorsiening van gesondheidsorg as deel van 'n breër sosiale sekerheidstelsel en die impak wat MIV op hierdie stelsel het. Die beginsels van menswaardigheid asook die minimum kern verpligting, met spesifieke verwysing na internasionale reg, speel 'n kardinale rol by die interpretasie en analisering van die reg op gesondheidsorg en sal ook ondersoek word.

Die ondersoek behels die verpligting wat op die staat rus uit hoofde van artikel 27(1)(a) en 27(2) van die Grondwet, om Nevarapine gratis aan hulpbehoewende swanger vrouens te verskaf ten einde moeder tot kind transmissie van MIV te voorkom. Daar sal ondersoek ingestel word watter

1 Die skrikwekkende realiteit is dat 24% van swanger vrouens in Suid-Afrika MIV positief is en ongeveer 70 000 kinders word jaarliks deur moeder tot kind transmissie met MIV gebore. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 3. Hierna verwys as die *TAC* saak.

2 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 64.

3 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) par 7.

4 Hierna genoem die Grondwet.

riglyne die Konstitusionele Hof gebruik het om die gevolgtrekking te bereik dat daar inbreuk gemaak is op die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste van swanger MIV positiewe vrouens, deur Nevarapine te weerhou. Konkrete voorstelle sal in die gevolgtrekking gemaak word oor hoe die bogenoemde probleem aangespreek moet word.

2 DIE REG OP GESONDHEIDSORG

2.1 INLEIDING

Die Grondwet maak voorsiening vir afdwingbare sosio-ekonomiese regte soos bevestig in die eerste sertifiseringsuitspraak.⁵ Die argument voor die Konstitusionele Hof was dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte onkonsekwent met die leerstuk van die skeiding van magte was.⁶ Daar word spesifiek gemeld dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Grondwet, die effek mag hê dat die howe bevel kan maak wat 'n direkte invloed op die staat se finansiële begroting sal hê.⁷ Die uitpraak van die Hof is dat hierdie implikasies na vore kom waar die howe siviele asook politieke regte afdwing.⁸ Die howe kan verder ook beveel dat gratis regsverteenvoerding verskaf word, of dat staatsvoordele aan voorheen benadeelde persone uitgebrei word.⁹ Die Konstitusionele Hof gee te kenne dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Handves van Regte, nie inbreuk maak op die leerstuk van die skeiding van magte nie.¹⁰

5 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 76-77. Daarna bevestig in *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 9 en *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* 2000 3 BCLR 277 (KH) par 43. Hierna verwys as die *Soobramoney* en *Grootboom* saak.

6 Daar word aangevoer dat die regsprekende gesag die terrein van die uitvoerende en wetgewende gesag sou oortree. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 77.

7 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 77.

8 Soos die reg op gelykheid, vryheid van spraak en die reg op 'n billike verhoor. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 77.

9 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 77.

10 Die Hof gee te kenne dat die insluiting van sosio-ekonomiese regte in die Grondwet nie as 'n inbreuk op grondwetlike beginsels beskou moet word nie. *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 78.

Verder word daar geargumenteer dat sosio-ekonomiese regte nie beregbaar is nie, veral as die finansiële implikasies van hul afdwinging in ag geneem word.¹¹ Die Hof is van mening dat baie siviele asook politieke regte soortgelyke finansiële implikasies kan meebring, sonder dat daar 'n impak op die beregbaarheid daarvan voorkom. Die Hof het dus beslis dat sosio-ekonomiese regte wel beregbaar is en die feit dat sosio-ekonomiese regte finansiële implikasies vir die staat mag hê, geen impak op die afdwingbaarheid daarvan het nie.¹²

Artikel 27(1)(a) van die Grondwet bepaal dat elkeen die reg het op toegang tot gesondheidsorgdienste, met inbegrip van **reproduktiewe**¹³ gesondheidsorg. Artikel 27(1)(a) is egter onderhewig aan die voorbehoud dat die staat redelike en wetgewende maatreëls moet tref om binne sy beskikbare middele hierdie reg in toenemende mate te verwesenlik.¹⁴

2.2 VERPLIGTINGE UIT HOOFDE VAN DIE GRONDWET

Artikel 7(2) bepaal dat die staat die Handves van Regte moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik.¹⁵ De Vos¹⁶ dui aan dat dit 'n belangrike raamwerk skep waarbinne die staat se verpligtinge geanaliseer moet word. Die primêre verpligting van die staat om te respekteer vereis negatiewe optrede van die staat, en word daar dus slegs van die staat verwag om nie inbreuk op 'n persoon se fundamentele regte te maak nie. Die verpligting

11 *Certification of the Constituion of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 78.

12 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996*, 1996 4 SA 744 (KH) par 78. Artikel 167(4)(a)-(f) bepaal watter aangeleenthede deur die Konstitusionele Hof bereg mag word. Ten opsigte van die afdwingbaarheid van 'n reg bepaal artikel 38 van die Grondwet dat iemand in die artikel genoem, die reg het om 'n bevoegde hof te nader en aan te voer dat daar op 'n reg in die Handves van Regte inbreuk gemaak is of dat so 'n inbreukmaking dreig, en die hof kan gepaste regshulp verleen, met inbegrip van 'n verklaring van regte.

13 Eie beklemtoning.

14 Artikel 27(2) van die Grondwet kwalifiseer die staat se verpligting om gesondheidsorgdienste daar te stel.

15 Hierdie artikel moet saamgelees word met artikel 27(1)(a) van die Grondwet. Soos bevestig in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) par 4 en *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) par 20.

16 De Vos 1997 *SAJHR* 78, Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 88.

van beskerming, bevordering en verwesenliking plaas 'n positiewe verpligting op die staat.¹⁷

Die primêre plig van die staat om die reg op toegang tot gesondheidsorg te respekteer kan in twee komponente verdeel word. Eerstens mag die staat nie sonder 'n regverdigbare oogmerk mense van die reg op gesondheidsorg met inbegrip reproduktiewe gesondheidsorg ontnem nie.¹⁸ Hierdie verpligting het betrekking op sowel wetgewende¹⁹ as administratiewe²⁰ besluitneming ten opsigte van hierdie gebied.²¹ Tweedens moet die staat ook afwyk van die praktyk om wetgewing te skep wat in effek die reg op gesondheidsorg ontken.²² Die regte uit hoofde van artikel 27(1)(a) plaas 'n verpligting op die staat om in te meng in omstandighede waar die optrede van private persone 'n persoon se reg op gesondheidsorg benadeel of bedreig.²³

Op sekondêre vlak word ook 'n positiewe optrede van die staat verwag om toe te sien dat sy burgers se regte beskerm word en dat daar nie inbreuk gemaak word op die burgers se regte nie, ongeag of dit politieke, ekonomiese of sosiale regte is.²⁴ Jansen van Rensburg²⁵ dui aan dat die staat 'n raamwerk daar moet stel, waarbinne dit moontlik is vir 'n individu om

17 De Vos 1997 *SAJHR* 83, Jansen van Rensburg 1999 *TRW* 46.

18 Davis, Cheadle en Haysom *Fundamental Rights* 345.

19 Wetgewende besluitneming sluit die proses in van 'n reeks handeling wat volgens 'n voorstel vir 'n wet, deur 'n bevoegde owerheidsinstelling en funksionaris geformuleer word. Dus mag wetgewende besluitneming wat gegrond is op gesondheidsorg byvoorbeeld nie die regte in die Handves ongrondwetlik beperk nie. Wetgewing moet voldoen aan die vereistes soos uiteengesit in artikel 36 van die Grondwet. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 168.

20 Administratiewe besluitneming is handeling waardeur gereëls op individuele situasies toegepas word. Dit sluit die algemene reëls in wat uitvoerende organe maak wanneer hulle deur 'n wetgewer daartoe gemagtig word. Artikel 33 van die Grondwet reguleer regverdige administratiewe optrede. 'n Administratiewe handeling sal byvoorbeeld plaasvind wanneer die uitvoerende orgaan beveel dat die reg op toegang tot gesondheidsorg op 'n manier beperk word. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 228.

21 Byvoorbeeld waar wetgewing bepaal dat MIV positiewe vrouens nie geregtig is om gratis voorgeboorte klasse by staatshospitale by te woon nie, aangesien hulle dalk 'n gevaar vir die ander moeders kan inhou. Die primêre plig sou verontagsaam word indien die uitvoerende orgaan sonder 'n regverdige oogmerk hierdie wetgewing goedkeur.

22 Byvoorbeeld waar wetgewing bepaal dat 'n persoon mediese noodbehandeling geweier sal word indien 'n deposito nie vooraf betaal word nie.

23 Byvoorbeeld waar 'n dokter weier om 'n pasiënt te behandel nadat daardie pasiënt dit bekend gemaak het dat hy MIV positief is.

24 De Vos 1997 *SAJHR* 83, Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 89.

25 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 109.

hierdie regte te realiseer sonder onnodige inmenging van ander partye of die staat self.²⁶ Op tersiêre vlak word daar van die staat vereis om almal se regte te bevorder en te verwesenlik. 'n Betrokkene sal dus die reg hê om positiewe bystand van die staat te vereis.²⁷

Die Hof het in die *TAC* saak²⁸ beslis dat die eise vir die afdwingbaarheid van sosio-ekonomiese regte afsonderlik ondersoek moet word. Sosio-ekonomiese regte²⁹ word beskou as positiewe regte, wat 'n verpligting op die staat plaas.³⁰ Daar word erken dat die staat onder 'n grondwetlike plig staan om sy positiewe verpligtinge soos uiteengesit in artikel 27 van die Grondwet moet nakom.³¹ Die Hof beklemtoon dat hierdie verpligting onderworpe is aan die kwalifiserende verpligtinge soos in artikel 27(2) van die Grondwet uiteengesit.³²

3 MIV EN VIGS

Die MIV/Vigs epidemie is al beskryf as 'n onverstaanbare ellende en die belangrikste uitdaging wat Suid-Afrika in die gesig staar sedert die geboorte van ons nuwe demokrasie.³³ Ekonomies gesproke hou die epidemie 'n groot bedreiging vir ons land in.³⁴ Die Menslike Immuun Defek Virus³⁵ val die

26 Hier handel dit oor die infrastruktuur wat deur die staat geskep moet word om die betrokke dienste beskikbaar te stel. Byvoorbeeld waar 'n staatsprogram geïmplementeer word wat Nevarapine beskikbaar stel aan alle MIV positiewe vrouens. Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 109.

27 'n Persoon sal dus na 'n staatshospitaal kan gaan om behandeling te ontvang indien hy byvoorbeeld MIV positief is, onderhewig aan sekere kwalifikasies soos gestel in artikel 27(2).

28 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 50.

29 Ook bekend as tweede generasie rege. Strydom ea *Social Security Law* 128.

30 Elkeen beskik dus oor 'n positiewe reg om gesondheidsorg te ontvang in die mate wat die staat verplig is om vereiste hulpbronne beskikbaar te stel. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) par 23.

31 Soos reeds bevestig in *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 36 en *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) 78.

32 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 23.

33 Een van hierdie uitdagings is om die MIV krisis te koppel aan 'n sosiale sekerheidstelsel wat voorsiening maak vir gesondheidsorg as 'n spesiale risiko. Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 86.

34 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 1.

immuun stelsel aan wat die menslike liggaam se verweer teen siektes is. 'n Persoon kan vir jare MIV positief wees, en 'n gesonde en gebalanseerde lewe lei. Verworwe Immuniteitsgebreksindroom³⁶ word deur die MIV virus veroorsaak. Sodra die stadium bereik word waar gesê kan word dat die MIV positiewe persoon vigs het, word die liggaam se verdedigingsstelsel teen infeksie verswak, wat 'n patroon van ongesteldhede tot gevolg het. Vigs tas die liggaam se immunitetsstelsel aan sodat dit nie deeglik kan funksioneer om die liggaam teen sekere siektes te beskerm nie.³⁷

MIV is vir die eerste keer in 1981 as 'n siekte toestand geïdentifiseer.³⁸ Daar is aanvanklik geglo dat MIV slegs blanke homoseksuele mans in New York en San Francisco geraak het, maar 21 jaar later word aanvaar dat MIV 'n wêreld fenomeen is wat hoofsaaklik onder arm, nie-blanke heteroseksuele mense in sub-Sahara Afrika voorkom.³⁹ Die virus ken nie die grense van kleur, ras, ouderdom of geslag nie.

Een van die maniere hoe MIV oorgedra word van een persoon na 'n ander, is deur moeder tot kind transmissie terwyl die moeder swanger is.⁴⁰ Die ongebore kind kan dus as 'n slagoffer beskou word en daar kan beredeneer word dat daar op verkeerde regte van so 'n kind inbreuk gemaak word indien gesondheidsorg aan die moeder geweier word.⁴¹

Deur moderne tegnologie kan hierdie posisie geremedieer word. Nevirapine is 'n vigssteunmiddel wat moeder tot kind transmissie tot met 50% kan

35 Ook bekend as MIV.

36 Hierna vigs genoem.

37 Paralegal Manual 2000 http://www.paralegaladvise.org.za/docs/12_full.html 5 Mei, Lachman *HIV/Aids* 28.

38 Lachman *HIV/Aids* 4.

39 Lachman *HIV/Aids* 6.

40 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 2.

41 Artikel 28(1)(c) bepaal dat elke kind die reg het op basiese gesondheidsorgdienste. 'n Natuurlike persoon verkry regsobjektiwiteit by geboorte. Die regte van 'n ongebore kind word deur die *nasciturus* fiksie beskerm. Dit beteken dat 'n ongebore kind geag gebore te wees op die tydstip van konsepsie. Kennis word dus geneem dat die *nasciturus* na sy geboorte 'n regsobjek sal wees en die belange van die potensiële regsobjek word swewend gehou. Die werking van die fiksie moet tot voordeel van die kind wees. Robinson *Law of Children* 3-4. Vir die doeleindes van hierdie studie sal slegs gefokus word op die regte van die moeder tot gesondheidsorg.

verminder.⁴² In terme van die *Wet op die Beheer van Medisyne en Verwante Stowwe* 101 van 1965 is die Mediese Beheer Raad geskep. Die doel van hierdie liggaam is om die veiligheid van 'n middel vas te stel voordat dit in Suid-Afrika beskikbaar gestel word.⁴³ In terme van die wet behels registrasie van 'n middel, 'n positiewe bevinding onderskeidelik ten opsigte van die kwantiteit, veiligheid en effektiwiteit van die middel. Die Wêreld Gesondheids Organisasie het in Januarie 2001 die toediening van Nevarapine aangeveel om sodoende MIV te beveg.⁴⁴

4 TREATMENT ACTION CAMPAIGN V MINISTER OF HEALTH

Hierdie saak het hoofsaaklik gehandel oor die verpligting in terme van artikel 27(1)(a) wat op die staat rus om gesondheidsorgdienste te verkaf.⁴⁵ Hierdie geskiedkundige hofsaak het verder die vraag ondersoek of Nevarapine gratis beskikbaar gestel moes word binne die publieke gesondheidsektor.⁴⁶ Daar kan dus geargumenteer word dat hierdie saak 'n positiewe bydrae gelewer het tot die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse grondwetlike regspraak oor sosio-ekonomiese regte.⁴⁷

42 LA times 2001 <http://www.latimes/health.com> 2 Sep.

43 Nevarapine is in 1998 deur die Mediese Beheer Raad geregistreer. *Treatment Action Campaign v Minister of Health & others case 2002 4 BCLR 356 (T)* 12.

44 *Treatment Action Campaign v Minister of Health & others case 2002 4 BCLR 356 (T)* 12.

45 Die eerste hofsaak wat gehandel het oor sosio-ekonomiese regte en meer spesifiek die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste was *Soobramoney v Minister of Health(KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH). Die *Soobramoney* saak het gehandel oor 'n werklose man wat aan iskemiese hart siekte en cerebro-vascular siekte gely het en wat veroorsaak het dat sy niere ingegee het. Sy lewe kon verleng word deur 'n proses van nier dialise. Die hospitaal wat hy genader het vir behandeling het slegs 'n beperkte aantal masjiene gehad, en baie van hierdie masjiene was in 'n swak kondisie gewees. Die applikant baseer sy eis op die bepaling van artikel 27(3) wat bepaal dat niemand mediese noodbehandeling geweier mag word nie. Alhoewel die applikant se aansoek van die hand gewys is, is die *Soobramoney* saak van kardinale belang by die interpretasie van gesondheidsorg as deel 'n 'n breër sosiale sekerheidstelsel.

46 Die publieke gesondheidsektor funksioneer as deel van 'n sosiale bystand stelsel, en word finansieel deur die staat ondersteun. Sien par 5.1 vir die bespreking van sosiale sekerheidsregte en die voorsiening van gesondheidsorg.

47 Klug 2000 *SAJHR* 114.

4.1 FEITE VAN DIE SAAK

Die applikante in die saak bestaan uit verskeie organisasies, asook lede van die gemeenskap wat 'n belang het met die behandeling van mense wat MIV of vigs het. Die Treatment Action Campaign⁴⁸ staan aan die hoof van die aansoek. Die respondente was die Nasionale Minister van Gesondheid asook lede van die uitvoerende raad wat verantwoordelik is vir gesondheidsorg in alle provinsies.⁴⁹

Die staat het in reaksie tot die MIV/Vigs epidemie 'n program ontwikkel om moeder tot kind transmissie van MIV by geboorte te beperk. Nevirapine is geïdentifiseer as die teenvigsmiddel wat gebruik sou word in hierdie program. In Julie 2000 het die vervaardigers van Nevirapine aangebied om die middel gratis aan Suid-Afrika te verskaf vir 'n tydperk van vyf jaar.⁵⁰ Die middel is tans gratis beskikbaar aan die staat, en al wat vereis word is 'n enkele tablet wat deur die moeder geneem moet word, voor geboorte en 'n paar druppels wat 48-72 uur na die geboorte aan die kind gegee moet word. Die program is beperk ten opsigte van die algemene gebruik en beskikbaarheid van Nevirapine in die publieke gesondheidssektor.⁵¹

In September 1999 het die TAC druk op die staat begin plaas vir die bespoediging en uitbreiding van die program vir die voorkoming van moeder tot kind transmissie van MIV. Die TAC is deur die Minister van Gesondheid in kennis gestel dat daar 'n besorgdheid bestaan oor die veiligheid en effektiwiteit van Nevirapine. Ongeveer 'n jaar later in Augustus 2000 het die Minister aangekondig dat Nevirapine steeds nie in die algemeen beskikbaar gestel sou word nie.⁵² Vervolgens sou elke provinsie twee proefsentrums kies waar verdere navorsing uitgevoer sou

48 Hierna bekend as die TAC.

49 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 2.

50 Die feit dat Nevarapine gratis beskikbaar gestel is, kan miskien die stilswe van die staat om nie beperkte hulpbronne te opper nie verduidelik.

51 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 3-4.

52 Dit was na die 13de Internasionale Vigs Konferensie wat in Durban gehou is.

word, en die gebruik van Nevirapine sou beperk word tot hierdie proefsentrums.⁵³

Die implikasie hiervan was dat slegs dokters wat verbonde was aan die proefsentrums Nevirapine kon voorskryf. Die effek was dat die middel dus ontoeganklik was by ander mediese sentrums. Swanger vroue wat natuurlik ook nie naby so 'n proefsentrum woonagtig was, of toegang tot 'n proefsentrum gehad het nie, het gevolglik nie toegang tot Nevirapine gehad nie.⁵⁴ Die applikante het aangevoer dat hierdie beperking **onredelik**⁵⁵ was, veral as dit opgeweeg word teen die bepalinge van die Grondwet wat bepaal dat elkeen geregtig is op toegang tot gesondheidsorgdienste.⁵⁶

Die Grondwet beveel die staat en al sy organe om effek te gee aan die regte wat in die Handves van Regte gewaarborg word.⁵⁷ Die afleiding kan dus gemaak word dat die verskaffing van hierdie middel uiters beperk en hoogs ontoeganklik was. Dit het derhalwe gelei tot 'n inbreukmaking op die regte van swanger MIV positiewe vroue tot gesondheidsorg.

4.2 HOOGGEREGSHOF UITSpraak

In sy Hooggeregshof bevinding beslis Regter Botha dat dit van belang is om te bepaal of die respondente hul grondwetlike verpligting in terme van artikel 27 nagekom het.⁵⁸ Hy beklemtoon dat artikel 27(2) duidelik

53 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 4.

54 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 23.

55 Om slegs twee proefsentrums per provinsie te hê. Eie beklemtoning.

56 Artikel 27(1)(a) van die Grondwet. In *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* 2000 3 BCLR 277 (KH) par 19 het die applikante aangevoer dat hul kinders se reg op skooling geskend is uit hoofde van artikel 26 en 28 van die Grondwet, en dat die respondente verplig was om geskikte skooling aan hul kinders te verskaf.

57 Die applikante het aangevoer dat artikel 7(2) van die Grondwet gevolglik bepaal dat die staat die regte in die Handves moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik. (Sien paragraaf 2.2 waar die verpligtinge uit hoofde van artikel 7(2) van die Grondwet bespreek word). Artikel 8(1) bepaal verder dat die Handves van Regte van toepassing is op die totale reg en dat dit die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane bind. *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 22.

58 Artikel 27(2) plaas 'n verpligting op die staat om redelike maatreëls te tref om die reg op 'n toenemende wyse te verwesenlik.

betrekking het op 'n situasie waar dit nie vir die staat onmiddellik moontlik is om 'n reg volkome te verwesenlik nie.⁵⁹

Die verpligting wat op die staat geplaas word om in toenemende mate die reg op gesondheidsorg te verwesenlik, impliseer dat daar nie verwag kan word dat die reg op gesondheidsorgdienste onmiddellik gerealiseer moet word nie.⁶⁰ Beskikbare middele moet in ag geneem word.⁶¹ Regter Botha bevind dat dit nie hier in werklikheid gaan oor die implementering van gesondheidsorg nie, maar inderdaad oor 'n program⁶² vir die voorkoming van moeder tot kind transmissie van MIV. Alhoewel die program slegs 'n faset van gesondheidsorg is, meen Regter Botha dat dit wel 'n baie belangrike aspek van gesondheidsorg is.⁶³ Daar word voorgestel dat die MIV epidemie kardinale aandag moet geniet.

Daar word bevind dat daar niks verkeerd is met 'n geleidelike geografiese implementering van 'n omvangryke program vir gesondheidsorg nie. Dit hou verband met die staat se verpligting om toenemend die reg op gesondheidsorg binne sy beskikbare middele te verwesenlik. Daar word ook geen fout gevind in die prosedure wat die staat gevolg het, om twee navorsings- en opleidingsentrums in elke provinsie te inkorporeer nie. Waar 'n geneesmiddel nuut geregistreer is, is dit wenslik dat voorsorg getref word. Dit is van groot belang dat navorsing gedoen moet word en inligting ingewin word oor die invloed wat die middel op mense mag hê.⁶⁴

59 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 50.

60 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 30. In hierdie geval geniet die weerbare groepe voordeel soos in die *Grootboom* saak.

61 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 30.

62 Hierdie voorkomingsprogram moet redelik wees indien dit vergelyk word met die program wat in die *Grootboom* saak ontwikkel is. *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 54.

63 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 55.

64 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 30.

Die Regter waarsku dat daar in gedagte gehou moet word dat die implementering van 'n gesondheidsorgprogram dikwels **diskriminasie**⁶⁵ tot gevolg kan hê, omrede dit ongelykheid kan veroorsaak. Dit is dikwels ontoeganklik vir daardie persone wat buite die bereik is van die plek waar die program geïmplementeer is, en sekere persone kan dit nie bekostig nie.⁶⁶ Regter Botha verwys na die Staatsproklamasie 657 van 1 Julie 1994, wat gepubliseer is in Staatskoerant nommer 15817. Hierdie proklamasie spreek nie die probleem van die beskikbaarheid van gesondheidsorgdienste aan nie, maar maak slegs voorsiening dat sekere kategorieë pasiënte vrygestel word van betaling vir gesondheidsorgdienste. Indien gekyk word wat die term gratis gesondheidsorgdienste behels, moet artikel 3 van die Proklamasie gelees word wat stel:⁶⁷

Free health services include the rendering of all available health services to the persons mentioned in paragraph (1), including the rendering of free health services to pregnant women for conditions that are not related to pregnancy.

Die respondente het getuienis gelewer oor die bestaan van nuwe effekte indien Nevirapine gebruik word.⁶⁸ Daar kon nie bewys word dat Nevirapine 'n negatiewe effek sou hê indien dit slegs eenmalig gebruik sou word met die doel om moeder tot kind transmissie te verhoed nie. Voorts argumenteer die applikante dat die voorwaardelike registrasie van Nevirapine ten doel gehad het om die middel onmiddellik beskikbaar te stel.⁶⁹

Op grond van bogenoemde argumente bevind Regter Botha dat die voorwaardelike registrasie van Nevirapine geen verskoning was waarom dit nie vrylik beskikbaar gestel kon word aan die publiek nie. Ten aansien van die argument oor moeders wat steeds MIV oordra as hulle na gebruik van die middel borsvoed, merk Regter Botha op dat moeders deur hul dokters in kennis gestel moet word, dat deur te borsvoed 'n kind MIV positief kan raak.

65 Eie beklemtoning.

66 Diskriminasie vind plaas op grond van geografiese ligging en finansiële status.

67 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 27.

68 Hierdie nuwe effekte blyk egter slegs plaas te vind indien Nevirapine oor 'n lang termyn gebruik word.

69 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 31.

Die hele doel van voorkoming van moeder tot kind transmissie sal verydel word indien Nevirapine aan 'n moeder gegee word om transmissie te verhoed, maar haar kind MIV positief raak deur borsvoeding.⁷⁰

Regter Botha bevind dat deur nie Nevirapine buite die proefsentrums beskikbaar te stel nie, die staat se optrede **onredelik**⁷¹ was en dat dit 'n ongeregverdigde hindernis is tot die progressiewe realisering van die reg op gesondheidsorg. Die staat kom nie hul positiewe verpligting om gesondheidsorg te voorsien na nie.⁷² Daar word dus beslis dat Nevirapine beskikbaar gestel moet word in alle staatshospitale.⁷³

Die hof bevind voorts dat die staat nie die probleem aangespreek het ten opsigte van die behoefte wat daar bestaan het om die risiko van transmissie deur swanger MIV moeders aan hul kinders te verminder nie. Die hof bevind meer spesifiek dat die staat onredelik opgetree het deur te weier dat Nevirapine beskikbaar gestel word in die publieke sektor, asook deur hul versuim om 'n tydsbepalende raamwerk vir 'n nasionale program om moeder tot kind transmissie van MIV te verhoed saam te stel.⁷⁴

Vervolgens beslis Regter Botha⁷⁵ dat:

It is declared that the first to ninth respondents are obliged to make Nevirapine available to pregnant women with HIV who give birth in the public health sector, and to their babies, in public health facilities to which the respondents' present programme for the prevention of mother-to-child transmission of HIV has not yet been extended, where in the judgment of the attending medical officer, acting in consultation

70 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 31. Die staat is van mening dat 'n borsmelk vervangingsmiddel, tesame met vitamien aanvullings en antibiotika aan moeders verskaf moet word. Dit blyk noodsaaklik te wees om 'n sisteem daar te stel om die nodige infrastruktuur vir die doel om advies en voorligting te verskaf, te ontwikkel om sodoende te verseker dat die vervangingsmiddel en aanvullings korrek gebruik word en die gewenste uitwerking verkry word. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH) par 51.

71 Eie beklemtoning. Regter Botha meld dat die onredelike program gekritiseer kan word vir dieselfde redes as wat in *Grootboom* aangevoer is. *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 61.

72 Daar word dus inbreuk gemaak op swanger MIV positiewe vrouens se reg op toegang tot gesondheidsorgdienste.

73 Lachman *HIV/Aids* 6.

74 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 66.

75 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 66.

with the medical superintendent of the facility concerned, this is medically indicated, which shall at least include that the woman concerned has been appropriately tested and counseled.

It is declared that the respondents are under a duty forthwith to plan an effective comprehensive national programme to prevent or reduce the mother-to-child transmission of HIV, including the provision of voluntary counseling and testing, and where appropriate, Nevirapine or other appropriate medicine, and formula milk for feeding, which programme must provide for its progressive implementation to the whole of the Republic, and to implement it in a reasonable manner.

Die argument van die staat was dat hul weens 'n gebrek aan menslike hulpmiddele, nie Nevirapine onmiddellik beskikbaar kon maak by alle publieke gesondheidsfasiliteite nie. Alhoewel die hof aanvoer dat sosio-ekonomiese regte aanleiding gee tot sowel positiewe as negatiewe verpligtinge, is dit die mening van die hof dat dit binne die regering se diskresie berus het om die maatreëls te kies waardeur hul positiewe verpligting nagekom sou word. Daar word erken dat die redelikheid en interpretasie van die middele sal afhang van die spesifieke konteks.⁷⁶

Dit blyk duidelik uit die bogenoemde bespreking dat die hof se benadering nou verband hou met die beginsels van redelikheid soos dit in die *Grootboom* saak neergelê is.⁷⁷ Die hof beklemtoon hier die gewigtige waarborg van beregbare sosio-ekonomiese regte. Die uitspraak van die hof blyk ook 'n duidelike aanduiding te wees dat die hof van mening is dat howe bevoeg is om sekere bevels te maak wat handel oor staatsbeleid. Daar word dus voorgestel dat dit wenslik sou wees vir die staat om 'n koherente program te implementeer om die progressiewe realisering van sosio-ekonomiese regte te bereik, veral ten opsigte van die staat se hulpmiddele.

76 *Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others* 2002 4 BCLR 356 (T) 44.

77 In *Soobramoney v Minister of Health, (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 29 is geen melding van redelikheid gemaak nie, maar die Hof beslis dat daar nie maklik ingemeng sal word in rasonale besluite aangaande die gesondheidsbegroting wat *bona fide* deur politieke organe en gesondheidsowerhede gemaak is nie. In *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 39 is beslis dat die Hof ondersoek moet instel na die redelikheid van die program wat deur die wetgewer en uitvoerende gesag daargestel is, asook die wyse waarop hierdie program inderdaad geïmplementeer word. Aanhaling uit LLD-Proefskrif; Jansen van Rensburg L "Die beregting van die fundamentele reg op toegang tot sosiale sekerheid" (RAU Johannesburg 2000).

4.3 KONSTITUSIONELE HOF UITSPRAAK

4.3.1 Inleiding

Die staat het geweier om aan hierdie uitspraak van die Hooggeregshof te voldoen en het die saak op appèl na die Konstitusionele Hof verwys. Die Konstitusionele Hof het 'n tussentydse bevel gemaak wat die regering gedwing het om die uitspraak van die Hooggeregshof te gehoorsaam tot tyd en wyl die Hof uitspraak oor die saak kon lewer.⁷⁸

4.3.2 Sosio-ekonomiese regte

Die Hof verwys deurgaans na twee sake wat reeds voor die Hof beslis is, wat oor sosio-ekonomiese regte gehandel het, naamlik *Soobramoney v Minister of Health, Kwa-Zulu Natal* 1998 1 SA 765 (KH) en *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH).⁷⁹ Met verwysing na die *Soobramoney* saak,⁸⁰ is die aansoek afgewys omrede die applikant nie kon bewys dat die staat ingebreke was om sy verpligting in terme van artikel 27 na te kom, in terme van nier dialise van kroniese siek pasiënte nie. In die *Grootboom* saak⁸¹ is bevind dat die staat wel in gebreke was om hul verpligting na te kom.⁸² Daar is versuim om redelike voorsiening te maak vir beskikbare middele, veral

78 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1075 (KH).

79 In die *Grootboom* saak het 'n groep plakkers grond onwettig beset en is 'n aansoek gebring vir die verwydering van die plakkers in terme van die *Wet op Voorkoming van Onwettige Uitsetting van 'n Ongeoorloofde Okkupasie van Land* 19 van 1998. Die applikante voer aan dat hul kinders se regte op skooling geskend is uit hoofde van artikel 26 en 28 van die Grondwet, en dat die respondente 'n verpligting het om geskikte skooling aan hul kinders te verskaf. Daar word verder aangevoer dat die kinders oor die basiese regte van voeding, gesondheidsorg en sosiale dienste beskik en dat hierdie regte nie ongekwalifiseerd is nie. Die respondente se regsvertegenwoordigers het aangevoer dat artikel 26(1) nie 'n ongekwalifiseerde verpligting op die staat plaas om behuising op aandrang verniet te verskaf nie. Hulle voer aan dat die regte in artikel 26(1) beperk word deur die bepalings in artikel 26(2). Daar word beweer, dat solank die relevante publieke gesag hul reaksie tot hierdie regte kan regverdig in terme van 'n redelike plan of 'n program wat ontwerp is om uitvoering te gee aan die reg, moet die hof nie inmeng nie. *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 39.

80 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 764 (KH) par 36.

81 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 90.

82 In hierdie geval 'n behuisingsbegroting.

ten opsigte van mense binne die genoemde areas wat nie toegang het tot eiendom of 'n dak oor hul koppe het nie.⁸³

In beide hierdie sake is die reg op toegang tot sosio-ekonomiese regte asook die verpligtinge wat op die staat geplaas word, geïnterpreteer in hul sosiale en historiese konteks.⁸⁴ Dit is egter 'n moeilike taak om die staat in die lig van Suid-Afrika se geskiedenis aan te spreek ten opsigte van die basiese behoeftes van mense. Yacoobs J het dus in die *Grootboom* saak gesê:

This case shows the desperation of hundreds of thousands of people living in deplorable conditions throughout the country. The Constitution obliges the State to act positively to ameliorate these conditions. The obligation is to provide access to housing, health-care, sufficient food and water, and social security to those unable to support themselves and their dependants. The State must also foster conditions to enable citizens to gain access to land on an equitable basis. Those in need have a corresponding right to demand that this be done.

I am conscious that it is an extremely difficult task for the State to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognized by the Constitution which expressly provides that the State is not obliged to go beyond available resources to realize these rights immediately. I stress however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the State to give effect to them. **This is an obligation that Courts can, and in appropriate circumstances, must enforce.**⁸⁵

Volgens die Hof moet die applikante dus bewys dat die maatstawwe⁸⁶ wat deur die staat aangeneem is om toegang tot gesondheidsorgdienste vir MIV positiewe moeders asook hul pasgebore babas te verskaf, nie aan die verpligtinge soos in die Grondwet uiteengesit, voldoen nie en derhalwe onredelik is.⁸⁷

Daar word erken dat dit onmoontlik is om elke persoon onmiddellik toegang tot die minimum kern van elke reg te bied. Al wat moontlik is, en al wat van die staat verwag kan word, is dat die staat redelik moet optree om

83 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and Others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 23.

84 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH) par 22.

85 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 24. Eie beklemtoning.

86 Die voorsiening van slegs twee proefsentrums per provinsie.

87 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 25.

toegang tot sosio-ekonomiese regte soos geïdentifiseer in artikel 27(1)(a) op 'n toenemende basis te verwesenlik.⁸⁸

4.3.3 *Beperkings, Spesiale beperkings en afbakenings*

Fundamentele regte geld nie absoluut nie, en die regte van ander persone asook die regmatige behoeftes van die gemeenskap moet in ag geneem word. Daar word algemeen aanvaar dat publieke orde, veiligheid, gesondheid en demokratiese waardes die oplegging van beperkings op die uitoefening van fundamentele regte regverdig.⁸⁹ Artikel 7(3) van die Grondwet bepaal dat die regte in die Handves van Regte onderworpe is aan die beperkings in artikel 36, of elders in die Handves vervat of genoem. Enige inbreukmaking op die plig om sosio-ekonomiese regte te respekteer, bevorder en aan te voldoen moet opgeweeg word teen die bepaling van artikel 36(1) van die Grondwet.⁹⁰

In die konstitusionele saak van *S v Zuma*⁹¹ het die Hof beslis dat grondwetlike analisering uit twee fases bestaan. In die eerste fase moet die applikant aantoon dat 'n verpligting in die Handves van Regte om te eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik, nie nagekom is nie. Dus indien daar geargumenteer word dat 'n handeling, of 'n bepaling van 'n wet inbreuk maak op 'n reg van die Handves van Regte sal daar eerstens vasgestel moet word of daar in werklikheid inbreuk gemaak is op die reg.⁹²

88 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 35.

89 De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights* 144.

90 Die algemene beperkings klousule stipuleer dat die regte in die Handves van Regte slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk kan word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore. Die tersaaklike faktore is die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking, die verband tussen die beperking en die doel daarvan en 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.

91 *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 (KH) par 414.

92 Na aanleiding van die bogenoemde bespreking kan daar aangevoer word dat die beleid om Nevirapine slegs beskikbaar te stel by die proefsentrums, as 'n ongrondwetlike optrede beskou kan word. Ten eerste moet daar dus bewys word dat die reg op gesondheidsorg deur die Handves van Regte beskerm word. Dus moet daar bewys word dat die weiering om Nevirapine buite die proefsentrums te verskaf 'n inbreuk maak op die reg soos bepaal in artikel 27(1)(a) van die Grondwet.

Indien die hof bevind dat daar wel inbreuk gemaak is op die reg, kan die respondent aantoon dat die nie-nakoming van hierdie verpligting, versoenbaar is met die algemene beperkingsbepaling in die Handves, naamlik artikel 36(1) van die Grondwet.⁹³ Gevolglik sal gepaste getuienis gelei moet word om die beperking van die reg te regverdig. 'n Hof kan nie op grond van abstrakte feite bepaal of die beperking van 'n reg as redelik en regverdigbaar beskou kan word nie. Daar word dikwels getuienis vereis soos sosiologiese of statistiese data, wat bewys lewer van die impak wat 'n beperking op die gemeenskap het.⁹⁴

Afbakening van regte verwys na die applikant se aktiwiteite of die aktiwiteite wat deur die Handves beskerm word. Afbakening skryf voor die omstandighede en plekke waar die reg gebruik kan word. Binne die twee-fase benadering sal afbakening dus in die eerste fase gebruik word om vas te stel of daar 'n inbreukmaking van die reg was.⁹⁵

'n Spesiale beperking verwys nie na die applikant se aktiwiteite of die aktiwiteite wat deur die Handves beskerm word nie, maar na die staat se handeling en na die metodes en doelwitte wat deur die staat nagevolg moet word.⁹⁶ Die onus om te bewys dat die reg regverdig is deur 'n spesiale beperking wat van toepassing is op die betrokke reg, rus op die party wat die reg wil behou.⁹⁷

Artikel 27(2) stel vervolgens interne beperkings⁹⁸ daar en bepaal dat die staat redelike en wetgewende maatreëls moet tref om binne sy beskikbare middele hierdie reg in toenemende mate te verwesenlik. Die insluiting van hierdie kwalifikasies is 'n aanduiding dat die reg op toegang tot

93 Die staat sal dus moet bewys dat die inbreukmaking van die reg op gesondheidsorg redelik is.

94 De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights* 147.

95 De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights* 164.

96 Byvoorbeeld artikel 29(4) van die Grondwet wat bepaal dat staatsubsidies aan onafhanklike onderwysinstellings nie uitgesluit word nie. De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights* 164.

97 Daar kan dus beredeneer word dat artikel 27(2) ook deel vorm van spesiale beperking.

98 Die bewoording kwalifiseer die staat se verpligting om 'n sosiale sekerheidstelsel daar te stel. Daar moet ingedagte gehou word dat gesondheidsregte deel vorm van 'n breër sosiale sekerheidsstelsel.

gesondheidsorg en ander sosio-ekonomiese regte soos die reg op sosiale sekerheid, nie onmiddellik en volledig nagekom kan word nie.⁹⁹

4.3.3.1 Redelike wetgewing en ander maatreëls

In die *Grootboom* saak¹⁰⁰ beslis die Konstitusionele Hof dat redelikheid bepaal moet word met inagneming van die feit dat die Grondwet voorsiening maak vir verskillende vlakke van regering, naamlik nasionale, provinsiale en plaaslike vlakke. Waar 'n program bestaan wat handel oor die realisering van sosio-ekonomiese regte, moet daar 'n duidelike verdeling van verantwoordelikhede en funksies aan verskillende vlakke van regering toegeken word.¹⁰¹ Die Hof het verder bevind 'n redelike program sal vereis, dat daar gekoördineerde en geïntegreerde samewerking tussen die verskillende vlakke van regering bestaan.¹⁰²

Die Hof bepaal voorts dat die wetgewende sowel as uitvoerende gesag oor die diskresie beskik om te bepaal watter maatreëls geneem moet word om sosio-ekonomiese regte te verwesenlik. Die Hof beklemtoon dat hierdie maatreëls **redelik**¹⁰³ moet wees.¹⁰⁴ In die *TAC*¹⁰⁵ saak is die Hof van mening dat die bogenoemde benadering gevolg moet word, en dus moet vasgestel word of die maatreëls wat deur die staat geneem is om gesondheidsregte te realiseer **redelik**¹⁰⁶ was.

99 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 38.

100 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 39.

101 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 39.

102 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 40.

103 Eie beklemtoning.

104 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 41.

105 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 34.

106 Eie beklemtoning.

4.3.3.2 Progressiewe / toenemende verwesenliking

Die Verenigde Nasies se Komitee op Ekonomiese Sosiale en Kulturele Regte¹⁰⁷ is van mening dat die bepaling wat verband hou met die vereistes vir progressiewe realisering soos volg geïnterpreteer moet word:

On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for State parties in respect of the full realisation of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards the goal.

Die frase "progressiewe verwesenliking" verleen dus aan die staat 'n mate van speelruimte waarbinne die staat toegelaat word om aan sy verpligtinge te voldoen. Die Hof in *Grootboom* ondersteun voorts die standpunt van die VNKESKR, en is van mening dat die reg nie onmiddellik gerealiseer kon word nie, maar dat die doel van die *Internasionale Verdrag insake Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte*¹⁰⁸ behels dat die basiese behoeftes van die gemeenskap so effektief en spoedig as moontlik bereik word.¹⁰⁹

Die implikasie van die bogenoemde behels dat toeganklikheid van regte op 'n progressiewe manier gefasaliteer moet word. Regsgeoriënteerde, wetgewende, administratiewe, operasionele en finansiële probleme moet met die verloop van tyd verminder word.¹¹⁰ Die implikasies blyk dus te wees dat progressiewelike realisering van die reg,¹¹¹ nie 'n invloed het op die verpligting van die staat om stappe binne hul beskikbare middele te neem nie.¹¹² Die onus rus dus op die staat om te bewys dat vordering gemaak word ten opsigte van die realisering van die reg op toegang tot gesondheidsorg.

107 Hierna genoem die VNKESKR. "General Comment" No 3 at 85 par 9.

108 Hierna genoem die IVESKR.

109 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 45.

110 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 45.

111 In hierdie geval die reg op gesondheidsorgdienste.

112 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 45.

4.3.3.3 Binne sy beskikbare middele

Die VNKESKR het klem gelê op die feit dat daar 'n minimum kern verpligting bestaan op state wat lede is van die IVESKR, om aan die bevrediging, of ten minste die minimum essensiële vlakke van elke reg aan te voldoen.¹¹³ Hierdie minimum kern verpligting geniet voorkeur oor die staat se beskikbare middele. Daar kan dus afgelei word dat in die konteks van die reg op gesondheidsorg dit dus sal impliseer dat die staat moet verseker, dat die mees hulpbehoewende en kwesbare groepe voorsien word van die basiese vlakke van gesondheidsorg.¹¹⁴ Hierdie basiese minimum verpligting van die staat is die basis vir die progressiewe verbetering van die toegang tot 'n omvangryke sosiale sekerheidstelsel totdat die reg ten volle gerealiseer is.¹¹⁵

Die Hof in *Grootboom*¹¹⁶ verwys vervolgens na die uitspraak in *Soobramoney*¹¹⁷ waar beslis is dat die betekenis van beskikbare hulpmiddele as volg gesien moet word:

What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the state by section 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources available or such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources. Given this lack of resources and the significant demands on them that have already been referred to, an unqualified obligation to meet these needs would not presently be capable of being fulfilled. This is the context within which section 27(3) must be constructed.¹¹⁸

Die bogenoemde frase het duidelik ten doel om te voorkom dat onrealistiese eise teen die staat gestel word. Die Hof beslis voorts dat 'n balans gehandhaaf moet word tussen die doel en die middele om die doel te

113 Hierdie Komitee is saamgestel met die doel om aanbevelings te maak aangaande die vestiging van 'n omvangryke sosiale sekerheidstelsel vir Suid-Afrika. Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the Future Consolidated Report* March 2002 41.

114 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 31.

115 SocialSecurity2001
<http://www.hrusa.org/hrmaterials/IHRIP/circle/modules/module11b.htm> 30 Oct.

116 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46.

117 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 11.

118 Soos verwys in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 31.

bereik.¹¹⁹ Die maatreëls moet dus bereken word om die doel so spoedig en effektiewelik as moontlik te bereik, maar die beskikbaarheid van die middele is 'n belangrike faktor wat help bepaal wat redelik is.¹²⁰

Die Hof meen dat dit duidelik blyk uit hierdie bepalings, dat die verpligting wat deur artikel 26 en 27 op die staat geplaas word, ten opsigte van die toegang tot behuising, gesondheidsorgdienste, voedsel, water en sosiale sekerheid, afhanklik is van die middele wat beskikbaar is vir hierdie doel. Daar moet egter gelet word dat ooreenstemmende regte beperk kan word, by gebrek van beskikbare middele. Die bepaling dat die staat binne sy beskikbare middele moet optree, is volgens die Hof in die *Grootboom* saak¹²¹ maar slegs een van die vereistes.¹²²

4.3.4 *Die minimum kern verpligting en die relevantheid van die redelikheid daarvan*

Die konsep van 'n minimum kern verpligting is ontwikkel deur die VNKESKR.¹²³ In die *Grootboom* saak¹²⁴ het die *amici curia* staat gemaak op die relevante algemene opmerkings wat deur die Komitee uitgereik is, wat gehandel het oor die interpretasie en toepassing van die IVESKR. Daar word aangevoer dat hierdie algemene opmerkings as toonsetter moet dien oor hoe artikel 26¹²⁵ behoort geïnterpreteer te word.¹²⁶ Daar word geargumenteer dat by die interpretasie van hierdie artikel, 'n soortgelyke metode gevolg moet word as deur die Komitee in paragraaf 10 van die

119 Ten opsigte van beskikbare middele meen Regter Yacoob dat beide die inhoud van die verpligting in verhouding tot die standaard van die bereiking daarvan, sowel as die redelikheid van die maatreëls in ag geneem moet word by die bepaling van beskikbare hulpbronne. *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46.

120 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46. Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 93.

121 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46.

122 Soos bevestig in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 32.

123 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 26.

124 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 29.

125 Artikel 26 handel oor behuising maar die beginsels wat in die *Grootboom* saak neergelê is, is ook op artikel 27 van toepassing.

126 Soos bevestig in *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par 35.

Algemene Opmerking nommer 3 van 1990 geneem is, waarin die Komitee bevind het dat sosio-ekonomiese regte oor 'n minimum kern beskik.¹²⁷

On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties' reports the Committee is of the view that minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party.¹²⁸ Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education, is *prima facie*, failing to discharge its obligations under the Covenant.

Dit is belangrik om in gedagte te hou dat artikel 27(2) van die Grondwet nou verband hou met artikel 2(1) van die IVESKR. In terme van die Verdrag word daar deur 'n lidstaat onderneem:

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 recognizes in the present Convention by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.¹²⁹

Volgens die VKESKR plaas artikel 2(1) 'n verpligting op alle lidstate ten opsigte van die uitvoering van hul pligte. Die verpligting om stappe te neem blyk gebiedend te wees, en dus beskik 'n lidstaat nie oor 'n diskresie om nie die verpligting na te kom nie. 'n Lidstaat beskik egter oor die diskresie om die geskikte metode of maatreëls te verkies vir die nakoming van die bogenoemde verpligting. Geskikte maatreëls sluit administratiewe, finansiële, opvoedkundige en judisiële maatreëls in.¹³⁰

Die Komitee is verder van mening dat waar 'n lidstaat nie die volle verwesenliking van 'n reg kan nakom weens 'n gebrek aan fondse nie, moet daar ten minste voldoen word aan die minimum kern van elke reg. Daar moet dus deur 'n staat bewys word dat elke moontlike beskikbare middel aangewend is om die minimum verpligting na te kom.¹³¹ Die staat moet dus

127 *The Government of South Africa and others v Grootboom and others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 29.

128 Eie beklemtoning.

129 Ngwena 2000 TRW 22.

130 Voorts kan 'n lidstaat vir internasionale bystand aansoek doen. Ngwena 2000 TRW 22.

131 Ngwena 2000 TRW 22.

demonstreer dat 'n plan vir 'n minimum inhoud van gesondheidsorg vir almal nagekom is.

Dit blyk duidelik uit die bogenoemde dat die VKESKR van mening is dat elke party gebonde is om die minimum kern verpligting na te kom, deur te verseker dat daar 'n minimum essensiële vlak van sosio-ekonomiese regte bestaan, insluitend die reg op geskikte behuising.¹³² Dit is vervolgens die plig van die staat om te bewys dat elke moontlike poging aangewend is om van die beskikbare middel gebruik te maak om sodoende die minimum kern verpligting na te kom.¹³³

Die kern voldoening van sosio-ekonomiese regte behels daardie essensiële elemente waaronder 'n spesifieke reg sy betekenis en inhoud as 'n mensereg sou verloor. Dit gaan gepaard met 'n absolute minimum vlak van menseregte beskerming.¹³⁴ Die Grondwet waarborg dat elkeen die geleentheid het om aansoek te bring vir sosio-ekonomiese regte maar waarborg nie dat dat die reg onmiddellik gerealiseer sal word nie.¹³⁵

Die reg op 'toegang tot' kan as 'n interne kwalifikasie beskou word wat geleë is in die spesifieke bewoording van artikel 26(1) asook 27(1). Daar moet vervolgens 'n onderskeid getref word tussen die betekenis van 'n reg op 'toegang tot' soos uiteengesit in die bogenoemde artikels, en 'n blote 'reg tot'.

Die Hof het in *Grootboom*¹³⁶ tot die gevolgtrekking gekom, dat 'n reg op 'toegang tot' wyer geïnterpreteer kan word as 'n blote 'reg tot'. Die Hof beslis voorts dat die reg wat in artikel 26(1) gewaarborg is, is 'n reg op toegang tot geskikte behuising, en moet onderskei word van die reg op

132 Vir doeleindes van hierdie studie die reg op toegang tot geskikte gesondheidsorgdienste. Van Buren 1999 *SAJHR* 57.

133 *The Government of South Africa and others v Grootboom and others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 30.

134 Olivier ea *Introduction* 215.

135 Artikel 27(1)(c) bepaal dat elkeen die reg op toegang het. Dit impliseer dus dat een nie outomaties 'n reg het op sosiale versekering en sosiale bystand nie, maar dat 'n persoon die reg het om aansoek te doen daarvoor. Ngwena *TRW* 22. In die huidige geval het elke swanger MIV positiewe vrou die reg op toegang gehad tot gesondheidsorgdienste maar daar was geen waarborg dat hulle Nevarapine sou ontvang nie.

136 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 35.

geskikte behuising soos voor voorsiening gemaak is in die IVESKR. Die verskil is vervolgens betekenisvol. Die reg op toegang erken dat behuising in 'n wyer konteks gesien moet word en dat dit uit meer bestaan as blote bakstene en messelklei. Dit vereis beskikbare grond, geskikte dienste soos die voorsiening van water en die verwydering van riool, asook die finansiering van die bogenoemde. Dus vir 'n persoon om toegang tot geskikte behuising te hê moet al die bogenoemde faktore nagekom word. Toegang tot grond vir die doel van behuising word dus noodwendig ingesluit in die reg op geskikte behuising in terme van artikel 26.

Die reg op toegang tot geskikte behuising dui ook daarop, dat dit nie slegs die staat se verantwoordelikheid is om huise te voorsien nie, maar dat ander agente binne ons gemeenskap, insluitend individue, deur middel van wetgewing asook ander maatreëls in staat gestel moet word om behuising te voorsien.¹³⁷

Dit het tot gevolg dat die staat se verpligting verskil in ooreenstemming met die ekonomiese middele wat beskikbaar is aan verskillende sektore van die bevolking. Daardie persone wat oor genoegsame ekonomiese voordele beskik, het alreeds toegang tot geskikte behuising, aangesien hulle kan bekostig om behuising te huur of dit te koop. Dus is die reg nie direk afdwingbaar deur terugwerkende maatreëls nie. Die redelike wetgewende en implementering van maatreëls om die progressiewe realisering van die reg te bereik word dus van die staat verwag.¹³⁸

Die Grondwet beskerm almal se reg op toegang tot gesondheidsorgdienste asook geskikte behuising, maar myns insiens beteken dit nie dat almal geregtig is op spesifieke dienste nie. Die staat is onder verpligting om die beste en mees redelike sosiale sekerheidstelsel moontlik beskikbaar te stel binne sy beskikbare middele. Die afleiding kan dus gemaak word dat die reg op toegang tot sosiale sekerheid, daarop dui dat 'n individu oor 'n

137 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 35.

138 Artikel 26(1) handel oor die reg om toegang te hê tot geskikte behuising. Artikel 26(2) stel interne beperkings daar en soos reeds vasgestel kan die 'reg op toegang tot' ook as 'n interne beperking gesien word. Sien par 4.3.3 vir die bespreking van

geleentheid beskik om 'n keuse uit te oefen ten opsigte van die toegang tot sosio-ekonomiese regte.

Dus kan na aanleiding van *Grootboom* geargumenteer word, dat die vastelling ten opsigte van die minimum verpligting ten opsigte van die reg op toegang tot geskikte behuising, problematies is aangesien die behoefte in die konteks van geskikte behuising divers is. Die Hof bepaal dat die werklike vraag egter is of die maatreëls wat deur die staat geneem is **redelik**¹³⁹ is. Regter Yacoob beslis dat sekere getuienis mag aantoon dat 'n minimum verpligting vir 'n spesifieke diens bestaan, wat in berekening gebring moet word wanneer bepaal moet word of die maatreëls deur die staat geneem redelik is.¹⁴⁰ Die afleiding kan dus gemaak word dat sosio-ekonomiese regte nie so geïnterpreteer moet word dat enige persoon kan beweer dat die minimum verpligting aan hom voorsien moet word nie.

Die afleiding kan gemaak word dat die Grondwet die staat verplig om positiewe optrede te neem, ten opsigte van daardie behoeftige persone wat in uiterste situasie van armoede leef, en wat nie effektiewe toegang tot gewaarborgde sosio-ekonomiese regte het nie. Dit is nie 'n vereiste dat die minimum essensiële vlak wat vereis word vir elke sosio-ekonomiese reg omskryf moet word nie. In die *Grootboom* saak¹⁴¹ is gemeld:

It is not possible to determine the minimum threshold for progressive realisation of the right to access to adequate housing without first identifying the needs and opportunities for the enjoyment of such a right. This will vary according to factors such as income, unemployment, availability of land and poverty. The differences between city and rural communities will also determine the needs and opportunities for enjoyment of such right. Variations ultimately depend on the economic and social history and circumstances of the country.

beperkings, spesiale beperkings en afbakenings. Strydom ea *Social Security* 123.

139 Eie beklemtoning.

140 Die Hof volg hier nie die minimum kern verpligting nie aangesien geen voldoende informasie verskaf is om te bepaal wat as die minimum kern verpligting in die konteks van die Grondwet beskou kan word nie. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH) par 32-33.

141 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 32.

Die *amici curiae* in die *TAC* saak argumenteer dat artikel 27(1) van die Grondwet 'n individuele reg skep waarop almal geregtig is.¹⁴² Hierdie reg stel 'n minimum kern of verpligting daar waarop elke persoon wat 'n behoefte het geregtig is.

Vervolgens word die verskille wat bestaan tussen artikel 9(2), 24(b), 25(5) en 25(5) aan die een kant en artikel 26 en 27 aan die ander kant ondersoek. Daar word geargumenteer dat artikel 25(5), wat die staat verplig om redelike wetgewende en andere maatreëls, binne sy beskikbare middele te tref ten opsigte tot die toegang tot eiendom, 'n verpligting op die staat plaas, maar dit word nie geassosieer met die reg om toegang tot eiendom te hê nie. Artikel 24(b) aan die ander kant beklemtoon egter dat elkeen die reg het op die beskerming van die omgewing, deur redelike wetgewende en ander maatreëls, maar dit word nie gekoppel aan 'n aparte plig wat op die staat rus op hierdie maatreëls te neem nie. Artikel 9(2) en 25(8) bevat vergunnende bevoegdhede om redelike maatreëls te tref maar geen verpligtinge nie.¹⁴³

In artikel 26 en 27 word die regte en verpligtinge apart gestipuleer. Daar bestaan vervolgens 'n onderskeid tussen die regte soos uiteengesit in artikel 26(1) en 27(1) waarop elkeen geregtig is, en wat in terme van artikel 7(2) van die Grondwet die staat moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik. Daar bestaan ook 'n verskil ten opsigte van die onafhanklike verpligtinge wat op die staat geplaas word deur artikel 26(2) en 27(2). Hierdie minimum kern is moeilik om te definieer, maar dit sluit die minimum welvoeglikheid wat konsekwent is met menswaardigheid. Geen persoon behoort 'n lewe te lei wat laer is as die basiese vlak van menswaardigheid nie. Die hele idee van individuele regte veronderstel dat enige persoon wat in daardie posisie is, in staat moet wees om verligting van die hof te verkry.¹⁴⁴

142 Die "Community Law Centre" asook "Cotlands Baby Sanctuary" tree as *amici curiae* op.

143 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 27-28.

144 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 28. Sien De Vos 1999 *SAJHR* 72-73.

In effek kom die argument dus daarop neer dat artikel 26 en 27 uitgelê moet word deur die plasing van twee losstaande onafhanklike verpligtinge op die staat. Ten eerste 'n verpligting om effek te gee aan die regte soos uiteengesit in artikel 26(1) en 27(1), en tweedens 'n beperkte verpligting om dit op 'n toenemende manier uit te voer deur redelike wetgewende en ander maatreëls, binne beskikbare middele.¹⁴⁵

Artikel 26(1) verwys na die reg om toegang tot geskikte behuising te hê. Artikel 26(2) handel oor die staat se verpligting wat vereis dat redelike wetgewende en ander maatreëls, binne sy beskikbare middele getref moet word om hierdie reg in toenemende mate te verwesenlik. Soortgelyke taal word in artikel 27 gebruik wat handel oor gesondheidsorgdienste, ingesluit reproduktiewe gesondheidsorg, voldoende voedsel en water, en maatskaplike sekerheid, met inbegrip van gepaste maatskaplike bystand indien 'n persoon nie in staat is om homself of sy afhanklikes te onderhou nie. Subartikel (1) verwys na die reg wat elkeen het op toegang tot hierdie dienste, en subartikel (2) verwys na die verpligtinge wat op die staat geplaas word.¹⁴⁶

In *Soobramoney*¹⁴⁷ het die Regter verklaar dat:

What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the State by section 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water and social security are dependent upon the resources available for such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources.

Die Hof beslis dus met verwysing na die *Grootboom* saak¹⁴⁸ dat artikel

¹⁴⁵ *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 29.

¹⁴⁶ *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 30. Daar kan ook geargumenteer word dat artikel 27(2) artikel 27(1) kwalifiseer.

¹⁴⁷ *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 11. Soos bevestig in *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46 en *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 31.

¹⁴⁸ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 46.

26(1) en 26(2) interafhanklik van mekaar is.¹⁴⁹ Daar kan nie van die staat verwag word om meer te bereik, as waarvoor voorsiening gemaak is deur die beskikbare middele nie. Daar kan dus geargumenteer word dat die minimum kern as relevant beskou kan word by die bepaling van redelikheid, alhoewel dit nie as 'n gewaarborgde reg bekou kan word nie.¹⁵⁰

Daar kan geargumenteer word dat die beleid om Nevirapine slegs beskikbaar te stel by die navorsing-en opleidingsentrums daarop dui dat die staat nie redelik opgetree het nie. Die probleem ontstaan ten opsigte van moeders en hul pasgebore babas wat nie toegang tot die proefsentrums het nie.¹⁵¹ Die feit dat die navorsings-en opleidingsentrums belangrike inligting kan verskaf wat sal bydra tot die ontwikkeling van 'n program vir moeder tot kind transmissie, en indien finansieel uitvoerbaar, wel geïmplementeer sal word, is duidelik baie belangrik vir die staat en die samelewing. So ook die navorsing wat gedoen word oor die veiligheid, effektiwiteit en weerstand van Nevirapine. Dit beteken egter nie dat totdat die beste program geformuleer is en die nodige fondse en infrastruktuur voorsien is vir die implementering van die program, Nevirapine weerhou moet word van moeders en kinders wat nie toegang het tot die navorsing-en opleidingsentrums nie.¹⁵²

Nevirapine kan verder ook nie redelik weerhou word totdat mediese navorsing voltooi is nie. 'n Program vir die realisering van sosio-ekonomiese regte:

Must be balanced and flexible and make appropriate provision for attention to crises and to short, medium and long term needs. A programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable.¹⁵³

149 Daar kan dus geargumenteer word dat artikel 27(1) en 27(2) ook interafhanklik van mekaar is. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 32.

150 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 34.

151 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 67.

152 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 68.

153 *The Government of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 BCLR 1169 (KH) par 33-37. Soos verwys in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 68.

Die Hof bevind dat daar in gedagte gehou moet word dat hierdie saak ook betrekking het op daardie persone wat nie in staat is om vir mediese dienste te betaal nie.¹⁵⁴ Gevolglik word daar dus nie aan die behoeftes van minderbevoorregte persone voldoen nie.¹⁵⁵ Daar is 'n verskil in die posisies van persone wat dit kan bekostig om vir mediese dienste te betaal en die wat nie daartoe in staat is nie. Staatsbeleid moet gevolglik hierdie verskille in ag neem.¹⁵⁶

4.3.5 *Die Staat se beleid oor die voorkoming van MIV deur moeder tot kind transmissie*

Die staat se beleid met betrekking tot die behandeling van MIV en vigs asook die behandeling van MIV deur moeder tot kind transmissie word in verskeie dokumente vervat. Die staat het 'n MIV/Vigs en STD¹⁵⁷ strategiese plan vir Suid-Afrika 2000-2005 aangeneem. Verder is 'n MIV/Vigs verwante staatsbeleid aangeneem wat handel het oor verskeie aspekte oor die strategiese plan. Hierdie aspekte het onder andere riglyne ingesluit vir die hantering van MIV by kinders, voorkoming van moeder tot kind transmissie en die hantering van MIV positiewe swanger vroue, die voeding van babas van MIV positiewe vrouens en die toetsing van MIV. Die proefsentrums wat deur die staat geïmplementeer is, het primêr ten doel gehad om Nevirapine te monitor en te evalueer. Die inligting wat van hierdie proefsentrums verkry is, moes dus bydra tot die ontwikkeling van 'n nasionale beleid om die program uit te brei na ander publieke fasiliteite buite die proefsentrums.¹⁵⁸

154 Met verwysing na hierdie studie, meer spesifiek swanger MIV positiewe vrouens wat nie Nevirapine kan bekostig nie.

155 Veral arm persone wat buite die areas van die proefsentrums val.

156 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 70.

157 Sexual Transmitted Diseases of Seksuele Oordraagbare Siektes.

158 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 41.

4.3.6 Effektiviteit en Veiligheid van Nevirapine

Die Hof bevind dat dit duidelik blyk uit die getuienis wat gelewer is, dat Nevirapine die lewe van 'n aansienlike getal kinders kan red. Die staat voer egter aan dat Nevirapine slegs effektief is in die voorkoming van *intra-partum* transmissie.¹⁵⁹ Getuienis dui aan dat 'n persentasie van babas, wat as gevolg van Nevirapine MIV negatief gebore word, in die maande na geboorte MIV positief word. Daar word bepaal dat die hoofrede vir hierdie gevolg die feit is dat die MIV positiewe vrouens hul kinders borsvoed.¹⁶⁰

Daar bestaan geen getuienis dat die toediening van Nevirapine aan 'n moeder of selfs 'n kind op die tydstip van geboorte enige negatiewe gevolge sal hê nie. Ingevolge die huidige mediese konsensus bestaan daar geen rede om te vrees dat die toediening van Nevirapine enige ernstige gevolge kan hê nie. Dit word sonder enige voorbehoud deur die Wêreld Gesondheids Organisasie aanbeveel.¹⁶¹

Die besluit van die staat om Nevirapine te voorsien aan moeders en kinders by die navorsing-en opleidingsentrums moet gesien word as 'n erkenning dat die staat tevrede is met die effektiviteit en die veiligheid van die middel. Hierdie sentrums het egter slegs vir ongeveer 10% van geboortes in die openbare sektor voorsiening gemaak en gevolglik word 'n groot deel van die bevolking uitgesluit.¹⁶²

159 Moeder tot kind transmissie van MIV kan gedurende swangerskap, geboorte of deur borsvoeding plaasvind. Die dispuut waarom dit in die tersake omstandighede handel gaan oor die effektiviteit van Nevirapine as middel om moeder tot kind transmissie van MIV te beperk.

160 Die Hof is net soos Regter Botha van mening dat die doel van Nevirapine verbydel sal word indien 'n swanger vrou Nevirapine ontvang om transmissie te verhoed, maar sy borsvoed haar baba na die tyd. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 57.

161 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 60.

162 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 62.

4.3.7 Bevinding ten opsigte van die regering se program

Die Hof bevind dat dit ten doel gehad het om vas te stel of die maatreëls wat getref is, in verband met die voorkoming van MIV deur moeder tot kind transmissie **redelik**¹⁶³ was. Vervolgens word beslis dat dit onredelik was om die gebruik van Nevirapine te beperk tot die navorsing-en opleidingsentrums. Hospitale en klinieke wat oor toetsing en voorligtingsfasiliteite beskik, behoort dus Nevirapine voor te skryf indien dit medies nodig is. Voorligters behoort opgelei te word oor die gebruik van Nevirapine.¹⁶⁴ Die staat moet dus redelike maatreëls aanwend om die toetsing en voorligtingsfasiliteite by hospitale en klinieke reg deur die publieke gesondheidsektor, buite die proefsentrums uit te brei.¹⁶⁵

Die Hof het ook uitdruklik bepaal dat die staat onder 'n grondwetlike plig staan om te voldoen aan die vereistes van die Grondwet en dat die staat sy taak ten opsigte van maatskaplike verligting teenoor die gemeenskap moet nakom.¹⁶⁶ Verder word daar beslis dat dit essensieël is dat die staat 'n effektiewe poging aanwend om MIV/Vigs te beveg. Die staat se program voldoen duidelik nie aan die grondwetlike bepalings soos in die Grondwet uiteengesit nie.¹⁶⁷ Daar word dus voorgestel dat die staat so spoedig as moontlik hul beleid wysig aangesien die bepalings daarvan inbreuk maak op sekere persone se reg op gesondheidsorg.¹⁶⁸

163 Eie beklemtoning.

164 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 68.

165 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 68.

166 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 97.

167 Dit blyk die geval te wees aangesien daardie persone wat nie toegang gehad het tot proefsentrums nie, uitgesluit is van die program. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 (10) BCLR 1003 (KH) par 125.

168 Veral swanger MIV positiewe vrouens wat nie toegang het tot Nevirapine nie. Hierdie doelwit sal slegs bereik word indien daar samewerking en koördinerings in alle sektore van die gemeenskap bestaan. *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 (10) BCLR 1003 (KH) par 126.

4.3.8 *Beslissing*

Die Hof bevind dat artikel 27(1) en 27(2) van die Grondwet van die staat vereis om 'n omvattende en koördinerende program, binne sy beskikbare middele te ontwikkel en te implementeer. Hierdie program moet ten doel hê om op 'n progressiewe manier, die regte van swanger MIV positiewe vrouens te realiseer ten opsigte van die reg op toegang tot gesondheidsorg, om sodoende moeder tot kind transmissie te beperk.¹⁶⁹

Die program moet redelike maatreëls insluit vir die voorligting en toetsing van swanger vrouens vir MIV, die voorligting van MIV positiewe vrouens asook die opsies wat beskikbaar is aan hulle om moeder tot kind transmissie te verhoed. Vervolgens moet geskikte behandeling vir die bogenoemde doel aan hulle voorsien word. Die Hof bevind gevolglik dat die staat se beleid nie aan die bogenoemde vereistes voldoen het nie, aangesien dokters wat nie by die proefsentrums verbonde was nie, nie in staat was om Nevarapine voor te skryf nie. Dit sluit dokters in wat by hospitale werk wat oor voldoende toetsing en voorligtingsfasiliteite beskik.¹⁷⁰

Daar word beveel dat Nevarapine beskikbaar gestel moet word by alle staatshospitale asook klinieke wat nie proefsentrums is nie. Verder moet voorsiening gemaak word vir die opleiding van die voorligters ten opsigte van die gebruik van Nevarapine. Redelike stappe moet geneem word om die toetsing en voorligtingsfasiliteite by staatshospitale en klinieke uit te brei en te verbeter sodat Nevarapine meer gereidelik beskikbaar kan wees. Dit blyk steeds binne die staat se diskresie te wees om hul beleid te wysig om beter metodes voor te stel oor hoe moeder tot kind transmissie verhoed kan word. Dit blyk dus uit die bogenoemde dat **redelike maatreëls**¹⁷¹ geneem moet word om die toetsing en voorligtingsfasiliteite by

169 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 (10) BCLR 1003 (KH) par 135.

170 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 135. So 'n versuim deur dokters impliseer inbreukmaking op die reg op gesondheidsorg.

171 Eie beklemtoning.

staatshospitale en klinieke uit te brei en te verbeter, om sodoende die gebruik van Nevarapine te bevorder.¹⁷²

Die implikasies blyk te wees dat die Hof van mening was, dat deur nie Nevarapine vrylik beskikbaar te stel nie, daar wel op die reg van swanger MIV positiewe vrouens se reg op gesondheidsorg inbreuk gemaak word. Deur die Hof se bevel behoort Nevarapine dus nou vrylik beskikbaar gestel te word aan daardie persone wat dit nodig het. Die Hof neem egter die staat se bevoegdheid in ag en daar word voorgestel dat die staat deur navorsing beter en nuwer metodes moet ontwikkel sodat moeder tot kind transmissie verhoed kan word, asook hoe gesondheidsorg binne die sosiale sekerheidstelsel verbeter moet word.

5 EFFEK VAN DIE TAC BESLISSING

5.1 *SOSIALE SEKERHEIDSREGTE EN DIE VOORSIENING VAN GESONDHEIDSORG AS DEEL VAN 'N BREër SOSIALE BESKERMINGSTELSEL*

Die reg op toegang tot sosiale sekerheid kan beskou word as die waarborg van materiële toestande vir 'n geskikte standaard van lewe. Dit het ten doel om mense te beskerm teen dreigende en degraderende toestande van armoede en materiële onsekerheid.¹⁷³ Daar bestaan geen eenvormige definisie vir die begrip sosiale sekerheid nie.¹⁷⁴ Die Suid-Afrikaanse Witskrif vir Sosiale Welsyn¹⁷⁵ omskryf egter die begrip en die doel van sosiale sekerheid as volg:

Social security covers a wide variety of public and private measures that provide cash or in-kind benefits or both, first, in the event of an individual's earning power permanently ceasing, being interrupted, never developing, or being exercised only at unacceptable social cost and such person being unable to avoid poverty and secondly, in order to maintain children. The domains of social security are: poverty

¹⁷² *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 135.

¹⁷³ Social Security 2001

<http://www.hrusa.org/hrmaterials/IHRIP/circle/modules/module11b.htm> 30 Oct

¹⁷⁴ Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 16.

¹⁷⁵ GN 1108 in GG 18166 van 8 Augustus 1997, Hoofstuk 7.

prevention, poverty alleviation, social compensation and income distribution.

Die woordelys van die Witskrif identifiseer verder die volgende risiko's van sosiale sekerheid:

Policies which ensure that all people have adequate economic and social protection during unemployment, ill health, maternity, child rearing, widowhood, disability and old age, by means of contributory and non-contributory schemes for providing for their basic needs. State social assistance (grants) includes the following four categories of benefits: those associated with old age, disability, child and family care, and poor relief. The term social security and social protection are used interchangeably. Social protection refers to income protection programmes.

Die sosiale sekerheidstelsel word gekarakteriseer deur 'n onderskeid tussen sosiale bystand en sosiale versekering te maak.¹⁷⁶ Dit is belangrik om 'n onderskeid te tref tussen voordele wat ontvang word deur 'n bydraende skema, wat voorsiening maak vir siekte, ongelukke en pensioen om net 'n paar te noem, en behoefte gebasseerde bystand wat ontvang word van publieke fondse.

Die term sosiale sekerheid word dikwels gelykgestel met sosiale versekering.¹⁷⁷ Sosiale versekering verwys egter slegs na bydraende sosiale sekerheidsvoordele, en wat direk verband hou met die bedrag wat betaal word en die voordeel wat ontvang word. Sosiale bystand behels dat voordele aan 'n individu of groep beskikbaar gestel word, wanneer 'n behoefte ontstaan of 'n spesifieke gebeurlikheid of die moontlikheid van so 'n gebeurlikheid intree.¹⁷⁸ Sosiale bystand vul die leemte aan indien daar geen of baie min sosiale versekering bestaan.¹⁷⁹

Sosiale bystand word gefinansier deur die staat en onder andere belasting en gevolglik plaas dit 'n geweldige finansiële las op staatsinkomste.¹⁸⁰ Die

176 Olivier ea *Introduction* 11.

177 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 26. Artikel 27(1)(c) van die Grondwet bepaal dat elkeen die reg het op toegang tot sosiale sekerheid, met inbegrip van gepaste sosiale bystand indien hulle nie in staat is om hulself of hul afhanklikes te onderhou nie.

178 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 27.

179 Dit is tans die posisie in Suid-Afrika. Davis, Cheadle en Haysom *Fundamental Rights* 357.

180 Strydom ea *Social Security Law* 7.

Sosiale Bystandswet 59 van 1992¹⁸¹ stel sosiale bystand beskikbaar aan bejaarde persone, ouers en voogouers wat nie in staat is om voldoende vir hul kinders te sorg nie, asook gestremde persone. Sosiale bystand word egter nie beskikbaar gestel aan daardie persone wat werkloos is nie.¹⁸² Dus rus die keuse van wie 'n begunstigde van sosiale bystandsvoordele kan wees binne die diskresie van beleidmakers.¹⁸³

Die Komitee van Onderzoek na 'n Omvattende Sisteem van Sosiale Sekerheid binne Suid-Afrika is van mening dat aangesien die tradisionele konsep van sosiale sekerheid onvoldoende is, die konsep van sosiale beskerming ontwikkel moet word om so die sosiale behoeftes in Suid-Afrika te akkommodeer.¹⁸⁴

Volgens die Komitee is omvangryke sosiale beskerming wyer as die tradisionele konsep van sosiale sekerheid, aangesien dit ontwikkelende strategieë wat ten minste 'n minimum lewens standaard vir alle burgers inkorporeer. Dit omvat die tradisionele maatreëls van sosiale versekering, sosiale bystand en sosiale dienste, maar fokus verder op die kousaliteit van 'n geïntegreerde beleid wat ontwikkelende inisiatiewe van die staat insluit.¹⁸⁵

Ten opsigte van die voorsiening van gesondheidsorg as deel van 'n breër sosiale beskermingstelsel beveel die Komitee aan dat Suid-Afrika 'n Nasionale Gesondheids Versekerings sisteem moet ontwikkel. Die hoofdoel van hierdie versekeringsstelsel is om op die einde van die dag belasting en staatsinkomste as 'n algemene bron te verwyder.¹⁸⁶

181 Artikel 2(a)-(f) van die Wet. Soos gewysig deur Wet 2 van 2002.

182 Indien werklose persone se voordele in terme van die *Wet op Werkloosheidsversekering* 30 van 1966 uitgeput raak, sal daardie persoon nie geregtig wees op die staat se bystand op grond van werkloosheid nie. Strydom et al *Social Security Law* 7.

183 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 5.

184 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 42.

185 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 43.

186 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 87.

Die hervormingsproses moet die behoefte om 'n geleidelike benadering van die implementering van maatreëls, asook die neerlegging van 'n basis vir langtermyn hervorming in ag neem. Die doelwit van die hervorming is om 'n universele bydraende gesondheidsstelsel te ontwikkel.¹⁸⁷ Die huidige gesondheidsstelsel is teenstrydig met die integrasie van 'n bydraende stelsel. Die stelsel van subsidies blyk gefragmenteer te wees en stem nie ooreen met die strategiese beleidsdoelwitte nie. Die onderskeid wat daar verder tussen die publieke en private sektore bestaan veroorsaak dat kostes in die private sektor onnodig verhoog word.¹⁸⁸ Die Komitee beveel dus aan dat daar gefokus word op die verbetering van publieke gesondheidsfasiliteite en hul bestuur.¹⁸⁹

Die Komitee beveel ook aan dat daar 'n effektiewe proses ontwikkel moet word, om sodoende die definiering en implementering van basiese essensiële dienste te vergemaklik. Beide die publieke asook die private sektore sal moet verseker dat daar gelyke dekking van minimum kern dienste beskikbaar is.¹⁹⁰

Dit is belangrik om te let dat gesondheidsorg as deel van sosiale sekerheid nie gereguleer word op 'n publieke versekeringsfonds basis nie, maar word essensieel deur private meganismes gedek. Dit is die verantwoordelikheid van die Departement van Gesondheid om gesondheidsorgdienste aan die lede van die publiek te verskaf.¹⁹¹ Gesondheidsorg word vir die oormoederheid van die bevolking voorsien deur die beperkte publieke maatreëls in hierdie area. Gratis primêre gesondheidsorgdienste, sowel as gratis hospitaalsorg vir vrouens met jong kinders en oumense word

187 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 87.

188 Die rede hiervoor is dat mediese skemas verbied word om te kontrakteer vir die gebruik van publieke sektor dienste.

189 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 88.

190 Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002 88.

191 Strydom *ea Social Security Law* 7.

voorsien.¹⁹² Vir die res van die bevolking is mediese dienste onderworpe aan die bepalings van private skemas.¹⁹³

Alhoewel die *Grootboom* saak gehandel het oor die reg op toegang tot geskikte behuising binne die beskikbare middele van die staat, is die uitspraak van toepassing op ander sosio-ekonomiese regte, soos die reg op toegang tot gesondheidsorg.¹⁹⁴

Met verwysing na *Grootboom*¹⁹⁵ kan die afleiding gemaak word dat die fundamentele regte van menswaardigheid, gelykheid en vryheid van 'n persoon ontnem word, indien daardie persoon nie toegang het tot sosio-ekonomiese regte soos skuiling, voedsel en gesondheidsorgdienste nie. Deur sosio-ekonomiese regte toe te ken, word persone in staat gestel om die ander regte, soos uiteengesit in Hoofstuk 2 van die Handves van Regte, te geniet. Die realisering van sosio-ekonomiese regte lewer 'n bydrae tot ras en geslags gelykheid asook ten opsigte van die evolusie van die gemeenskap om sodoende hul volle potensiaal te bereik.¹⁹⁶

Gesondheidsorg behels nie net bloot die verskaffing van omvattende gesondheidsorg nie, dit behels ook die verpligting van die staat om 'n versekeringsstelsel te verskaf asook die verpligting om maatreëls te ontwikkel wat gemik is op die ontwikkeling van individuele en gemeenskapsgesondheid, asook die primêre,¹⁹⁷ sekondêre en tersiêre voorkoming van siektes.¹⁹⁸

192 Olivier SAJLR 24.

193 Daar moet egter gelet word dat hulpbehoewendes teen 'n minimale bedrag geregtig is op staatshospitalisasie. Olivier SAJLR 24.

194 Strydom ea *Social Security Law* 130.

195 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (KH) par 23.

196 Die afleiding kan gemaak word dat hierdie frase te doen het met die samehang van regte.

197 Die transformasie van die gesondheidsorg stelsel word as 'n dringende prioriteit beskou. Die primêre gesondheidsorg benadering het tot gevolg dat gesondheidsorg vrylik aan swanger vrouens beskikbaar gestel is. Die gratis gesondheidsorg programme is uitgebrei aan alle Suid-Afrikaners wat primêre gesondheidsorg fasiliteite gebruik.

Health Inquiry 2002 <http://www.welfar.gov.za/Dokumente/2002/May.pdf> 2 Sep.

198 Olivier ea *Introduction* 213.

Gesondheidsorg voorsiening behels 'n noodsaaklike komponent ten opsigte van dienste vir die ontwikkeling van mense. As gevolg van historiese ongelykheid ten opsigte van die verdeling van hulpbronne, vlakke van armoede en werkloosheid, moet daar ten doel gestel word om gelyke toegang ten opsigte van gesondheidsorgdienste te verskaf.¹⁹⁹ Die Grondwet beskerm almal se reg op toegang tot gesondheidsorgdienste, maar nie tot gratis en gesofistikeerde gesondheidsorgdienste nie.²⁰⁰ Die staat is onder verpligting om die beste en mees redelike gesondheidsorgstelsel moontlik beskikbaar te stel binne sy beskikbare middele.²⁰¹

In die minderheidsuitspraak van die *Soobramoney*²⁰² saak verwys Regter Sachs na 'n aantal belangrike sosio-ekonomiese faktore wat volgens hom belangrik is tot 'n holistiese beskerming tot die reg op gesondheidsorg:

Health care rights by their very nature have to be considered not only in a traditional legal context structured around the ideas of human autonomy but in a new analytical framework based on the notion of human interdependence. A healthy life depends upon social interdependence: the quality of air, water and sanitation which the state maintains for the public good; the quality of one's caring relationship, which are highly correlated to health; as well as the quality of health care and support furnished officially by medical institutions and provided informally by family, friends and the community.

Voorts word die volgende benadering voorgestel:

Traditional rights analyses accordingly have to be adapted so as to take account of the special problems created by the need to provide a broad framework of constitutional principles governing the right of access to scarce resources and to adjudicate between competing rights bearers. When rights by their very nature are shared and interdependent, striking appropriate balances between the equally valid entitlements or expectations of a multitude of claimants should not be seen as imposing limits on those rights (which would then have to be justified in terms of section 36), but as defining the circumstances in which the rights may most fairly and effectively be enjoyed.²⁰³

Die Grondwet waarborg aan elkeen fundamentele regte, op so 'n wyse dat die gewone man op straat wat bewus is van hierdie waarborg, onmiddelik op

199 Olivier ea *Introduction* 213.

200 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 20-22.

201 Health Inquiry 2002 <http://www.welfar.gov.za/Dokumente/2002/May.pdf> 2 Sep.

202 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 54.

203 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 54.

sy reg kan staatmaak.²⁰⁴ Elkeen beskik dus oor 'n positiewe reg om gesondheidsorgdienste te ontvang, in die mate wat die staat verplig is om vereiste hulpbronne beskikbaar te stel.²⁰⁵ Die kwaliteit asook die kwantiteit van gesondheidsorg sal dus afhang van die beskikbaarheid van middele²⁰⁶

Dit blyk dus uit die bogenoemde bespreking duidelik te wees dat die staat 'n grondwetlike verpligting het om die plig wat deur die Grondwet in artikel 27 neergelê is, na te kom. Alle tersaaklike faktore moet egter in gedagte gehou word wanneer die nakoming van hierdie verpligting geanaliseer word.

5.2 MIV AS 'N KRISIS IN SUID-AFRIKA EN DIE PLEK DAARVAN IN 'N SOSIALE BESKERMINGSTELSEL

MIV/Vigs hou ernstige sosio-ekonomiese gevolge vir die staat in.²⁰⁷ Die MIV epidemie het gevolglik die fokus laat val op die belemmerde koste verbonde aan toetsing, mediese behandeling, opvoeding en navorsing, asook die eise wat dit aan die nasionale gesondheidsorg en toekenning van regeringsfondse stel.²⁰⁸ Die leemtes wat daar bestaan om effek te gee aan die reg op toegang tot gesondheidsorg en sosiale sekerheid word ook beklemtoon. Die MIV en vigs epidemie plaas onsettende druk op die staat se sosiale welsynsbegroting, en daar word verwag dat hierdie posisie met tyd net sal vererger.²⁰⁹

Die destydse Minister van Gesondheid, Dr Zuma, het verklaar dat die voorsiening van 'n teenvigmiddel nie koste effektief was vir Suid-Afrika nie, aangesien ons nie oor die nodige fondse beskik nie. Verskeie faktore

204 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 42.

205 Daar moet egter in gedagte gehou word dat dit oor meer gaan as die beskikbaarheid van bronne. Ander faktore soos die redelikheid van 'n program speel ook 'n rol. Dit moet beklemtoon word dat alle regte in die Handves van Regte afdwingbaar is en nie net vae beloftes is nie. Ngwena 2000 *TRW* 1, De Vos 1999 *SAJHR* 71.

206 Ngwena 2000 *TRW* 2-3.

207 Strydom ea *Social Security Law* 122.

208 Strydom ea *Social Security Law* 122.

209 Strydom ea *Social Security Law* 122.

behoort egter in ag geneem te word, soos die kostes wat kan ontstaan indien behandeling geweier word.²¹⁰

Die verspreiding van gesondheidsorg hulpbronne in Suid-Afrika, met verwysing na die publieke sektor, sowel as tussen die publieke en private sektors, demonstreer 'n wye variasie wat as onbillik en onregverdig beskou kan word.²¹¹ Staatsbeleid moet bepaal wanneer hierdie variasie aanvaarbaar is en wanneer nie.

Daar word voorgestel dat die beginsels van regverdigheid en billikheid moontlik binne die gesondheidsektor, ontwikkel kan word om so 'n belangrike rol te kan speel. Regverdigheid en billikheid moet egter duidelik gedefinieer word, om sodoende 'n praktiese waarde daaraan binne die gesondheidsektor te koppel. Regverdigheid met verwysing na gesondheidsorg impliseer dat elkeen 'n redelike geleentheid gegun moet word om hul volle gesondheidspotensiaal te bereik. Vervolgens behoort geen persoon benadeel te word deur die bereiking van hierdie potensiaal nie.²¹²

Daar kan dus beredeneer word dat regverdigheid en billikheid binne die gesondheidsektor nie ten doel sal hê om alle gesondheids verskille wat bestaan te elimineer, om sodoende dieselfde vlak en kwantiteit te skep nie, maar eerder om daardie faktore wat as onredelik en vermydelik beskou word, te verminder of te elimineer. Gevolglik is regverdigheid bemoeid met die ontwikkeling van gelyke geleenthede van gesondheidsorg.²¹³

Dit is belangrik dat elke persoon oor 'n gelyke geleentheid beskik,²¹⁴ en

210 Olivier ea *Introduction* 239. Kostes wat kan ontstaan is byvoorbeeld indien die moeder te sterwe sou kom, en daar geen familie is wat vir die kind kan sorg nie, die kind in die versorging van die staat geplaas word. As gevolg van die feit dat Nevirapine nie aan die moeder verskaf is nie, is die kind ook MIV posisief en sal hy vervolgens ook op die staat se onkoste behandeling moet ondergaan.

211 Byvoorbeeld waar Nevirapine in die publieke sektor slegs by 18 proefsentrums beskikbaar was.

212 Daar is deur die TAC aangevoer dat dit onregverdig en onbillik was om Nevirapine slegs by 'n beperkte aantal proefsentrums beskikbaar te stel.

213 Dit sou dus as regverdig beskou word indien Nevirapine vrylik by alle publieke sektore beskikbaar was. Die praktiese implikasie hiervan kan wees dat privaat hospitaalsorg via staats hospitale verskaf word.

214 Artikel 27(1)(c) bepaal dat elkeen slegs die reg het op toegang.

deur 'n regverdige proses wat gebaseer is op behoefte eerder as sosiale invloed, geselekteer moet word. Gelyke kwaliteit van sorg vir elkeen impliseer vervolgens dat die staat ten doel moet hê dat die dienste wat hulle lewer, dieselfde is in alle sektore van die gemeenskap, sodat elkeen dieselfde standaard van profesionaliteit kan verwag.

Soos reeds genoem behoort billikheid 'n belangrike rol te speel ten opsigte van gesondheidsorg. Die werklikheid is dat daar begroting beperkings op die sosiale beskermingstelsel bestaan. Die feit dat daar daaglik ontwikkelings in die mediese tegnologie is,²¹⁵ het die gevolg dat die behoefte om gesondheidsorg effektiewelik vermeerder word. Die ontwikkeling van nuwe tegnologie het dikwels ook verhoogde kostes binne die gesondheidsorgstelsel tot gevolg, sonder dat daar in werklikheid 'n bydrae gelewer word tot die resultate van gesondheidsorg.²¹⁶

Dus om 'n praktiese definisie van regverdigbaarheid en billikheid te skep, om binne die ontwikkeling van 'n gesondheidsorg beleid te val, moet beide die beginsels en maatreëls vir die bereiking van die doel van redelikheid in ag geneem word. Die teenstrydighede ten opsigte van die behoefte en aanvraag van gesondheidsorgdienste moet dus in ag geneem word. Aan die een kant kan die sisteem dus nie dienste aan groepe weier wat nie in staat is om gesondheidsorgdienste te bekostig nie,²¹⁷ en aan die ander kant kan dienste nie geweier word aan mense wat wel in staat en bereid is om vir die dienste te betaal nie.²¹⁸

'n Breër sosiale beskermingstelsel wat die MIV as krisis binne Suid-Afrika in ag neem, moet dus fokus op die voorsiening van 'n gelyke voorsiening ten opsigte van die beskikbare gesondheidsorgdienste aan almal. Tesame hiermee moet daar 'n gelyke verspreiding deur die land wees, wat gebaseer is op die gesondheidsorg behoefte van toegang in elke geografiese area, en

215 Veral ten opsigte van die bevegting van MIV.

216 Health Inquiry 2002 <http://www.welfar.gov.za/Dokumente/2002/May.pdf> 2 Sep.

217 Byvoorbeeld vroue wat dit nie kan bekostig om vir Nevirapine te betaal nie.

218 Health Inquiry 2002 <http://www.welfar.gov.za/Dokumente/2002/May.pdf> 2 Sep.

die grense en beperkings van toegang moet verwyder word.²¹⁹

Daar moet 'n duidelike erkenning wees van die bestaande beperkings wat daar bestaan ten opsigte van hulpbronne wat MIV kan beveg. 'n Rationele benadering moet dus deur die staat gevolg word om te identifiseer watter dienste beskikbaar gestel moet word binne die bestaande finansiële beperkings.²²⁰ Dit is vervolgens ook belangrik om in ag te neem dat MIV die gevolg het dat armoede, en die kwesbaarheid van minderbevoorregte mense 'n invloed het op die geskiktheid van bestaande gesondheidsorgdienste binne die sosiale sekerheidstelsel.²²¹

5.3 UITLEGMETODES EN GRONDWETLIKE INTERPRETASIE

Die proses van grondwetlike interpretasie het ten doel om die betekenis van grondwetlike bepalinge vas te stel. Vir doeleindes van die beskerming van fundamentele regte,²²² is die doel van interpretasie om vas te stel of die reg of handeling in stryd is met die spesifieke bepaling.²²³

Interpretasie behels twee vraagstukke. Eerstens moet die betekenis en omvang van die fundamentele reg vasgestel word en tweedens moet bepaal word of die betwiste reg of handeling in stryd is met die fundamentele reg.²²⁴ Die betekenis van 'n grondwetlike bepaling hang vervolgens af van die konteks waarin dit gebruik word.²²⁵ Aangesien die interpretasie en bepalinge van fundamentele regte nie gereguleer kan word deur die teks van

219 Die TAC het duidelik ten doel gehad dat daar 'n gelyke voorsiening van Nevrapine aan alle swanger MIV positiewe vroue beskikbaar was. Deur 'n beperkte aantal proefsentrums op te stel het die staat verseker dat daar nie 'n gelyke verspreiding in alle geografiese areas was nie. Die toegang tot Nevrapine was dus beperk, en dus word daar op die reg op toegang tot gesondheidsorg inbreuk gemaak. Hierdie optrede van die staat kan as onredelik beskou word.

220 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (KH) par 82-83.

221 Deur die daarstelling van 'n middele toets kan behoeftige persone geteiken word. 'n Middele toets sal vervolgens die inkomste en ander bates van 'n persoon in aanmerking neem. Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 28.

222 Ingesluit sosio-ekonomiese regte.

223 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 126.

224 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 126.

225 Artikel 239 van die Grondwet bevat belangrike definisies vir die uitleg van grondwetlike bepalinge.

die Grondwet nie, kan die Konstitusionele Hof riglyne neerlê hoe die Handves van Regte geïnterpreteer kan word.²²⁶

Die inagneming van volkereg speel 'n kardinale rol by die interpretasie sowel as by die toepassing van sosio-ekonomiese regte as fundamentele regte. Artikel 39(b) van die Grondwet bepaal dat by die uitleg van die Handves van Regte moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem. Dus word daar 'n grondwetlike opdrag daargestel, dat internasionale reg in oorweging gebring moet word by die uitleg van fundamentele sosiale sekerheidsregte.

Die bogenoemde bepaling moet saam met artikel 233 gelees word wat bepaal dat by die uitleg van wetgewing moet elke hof aan die redelike uitleg van die wetgewing wat met die volkereg bestaanbaar is voorkeur gee, bo enige alternatiewe uitleg wat met die volkereg onbestaanbaar is. Die bogenoemde bepaling verseker dus dat die howe deur internasionale standaarde en norme gelei sal word.²²⁷

Die IVESKR word as 'n belangrike instrument ten opsigte van die interpretasie en toepassing van sosio-ekonomiese regte beskou. Suid-Afrika het hierdie Verdrag op 3 Oktober 1994 onderteken, maar het dit tot op hede nog nie geratifiseer nie. Die implikasies hiervan is dat Suid-Afrika nie stappe mag onderneem om die bepalings van die Verdrag te ondermyn nie. Wanneer 'n staat 'n verdrag onderteken onderneem hulle om sekere beginsels in die regstelsel te implementeer wat sal voldoen aan die vereistes en bepalings soos voorsien in die verdrag.²²⁸

Dugard²²⁹ merk op dat daar geen algemene riglyn ten aansien van die direkte uitvoerbaarheid van 'n verdrag of 'n bepaling daarvan bestaan nie. Elke saak behoort dus op eie meriete en met verwysing na die aard van die ooreenkoms, en die duidelikheid van die taal in die ooreenkoms en bestaande Suid-Afrikaanse wetgewing wat van toepassing is, beoordeel te

226 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 127.

227 Dugard *International Law* 264.

228 Olivier MP ea *Introduction* 538.

229 Dugard *International Law* 35.

word.

Volkeregtelike perspektiewe bestaan hoofsaaklik in die sin van internasionale instrumente, wat uitdruklike bepalings het ten opsigte van sosiale sekerheid sowel as bydraende regte. Die meeste volkeregtelike sosiale sekerheid bepalings word in standarde omvat, en hierdie standarde is die basis waarteen nasionale staatsbeleid en wetgewing gemeet behoort te word. Dit is ook belangrik om te let dat die sosiale sekerheidstelsels wat in ander lande bestaan geanaliseer kan word, om sodoende hul toepasbaarheid in ons stelsel te ondersoek. Vervolgens bestaan die sosiale sekerheidswetgewing, staatsbeleid en standarde van ander jurisdiksies in 'n dimensie van harmonisering²³⁰ en koördinering met mekaar.²³¹

Daar kan dus uit die bogenoemde bespreking afgelei word dat daar 'n interafhanklike verhouding bestaan tussen die volkereg en die regstelsel van 'n lidstaat. Die relevante internasionale reg dien as 'n gids by die interpretasie van sosio-ekonomiese regte, maar die gewig wat aan internasionale reg geheg word kan verskil. Waar die relevante beginsel van internasionale reg egter Suid-Afrika bind, kan dit direkte toepassing geniet.²³²

Ten opsigte van grondwetlike uitlegmetodes het die Hof in die *Soobramoney*²³³ meerderheidsuitspraak 'n kontekstuele (sistematiese) interpretasie metode gevolg. Soos reeds gemeld is die konteks baie belangrik vir die uitleg van enige teks. Die oorweging van die konteks was volgens Regter Sachs in die minderheidsuitspraak van essensiële belang om 'n waarde oordeel te maak by 'n doelsgebonde interpretasie.²³⁴ Hierdie metode van interpretasie het ten doel om die waardes onderliggend aan

230 Met harmonisering word bedoel dat verskillende lidstate onderhandel, om hul reg koherent met mekaar te maak. Dus word daar gepoog om die reg dieselfde te maak. Olivier ea *Introduction* 533.

231 Ten opsigte van koördinering word bedoel dat lidstate saam werk om 'n minimum basis van standarde te skep wat van toepassing sal wees, alhoewel die konteks verskillend is. Olivier ea *Introduction* 533.

232 Sien die besprekings by par 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4 waar internasionale verdrae gebruik is om duidelikheid oor sekere aspekte te verkry.

233 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 16.

234 Hierdie tipe interpretasie is ook bekend as die waardegeoriënteerde of teleologiese interpretasie. *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 41.

fundamentele regte in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid te neem en die interpretasie van die bepaling te volg wat hierdie waardes die beste ondersteun.

Daar word dus aangedui wanneer die doel van die Handves van Regte geïdentifiseer, en wanneer die omvang van die reg bepaal kan word. Dus moet 'n objektiewe waarde oordeel wat gegrond is op normes, verwagtinge, begeertes en gevoelens van mense deur die regter gemaak word. Hierdie waarde oordeel moet egter nie gelyk gestel word aan die openbare mening nie.²³⁵

In *Grootboom*²³⁶ word ook 'n sistematiese metode van interpretasie gevolg. Die Hof bepaal dat wanneer 'n spesifieke bepaling in die Handves van Regte geïnterpreteer moet word, die Hof ander kontekstuele oorwegings in ag kan neem. Dus moet die regte nie slegs in hul sosiale en historiese kontekste gesien word nie, maar ook in hul tekstuele plasing. Dit sal vereis dat Hoofstuk 2 van die Grondwet in sy geheel in ag geneem moet word. Sistematiese interpretasie erken dat die Grondwet 'n dokument as geheel is en nie gelees kan word in isolasie van elke bepaling nie.²³⁷

235 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 130-131. In *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par 88 merk die Hof op dat openbare mening mag wel relevant wees, dit kan egter nie die verpligting vervang wat op die Konstitusionele Hof geplaas word om die Grondwet te interpreteer nie.

236 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH) par 22.

237 Vervolgens word die sistematiese interpretasie benadering ook in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 24 gevolg.

5.4 **MENSWAARDIGHED AS WAARDE EN REG EN DIE ROL WAT DIT SPEEL BY DIE UITLEG VAN DIE REG OP GESKIKTE GESONDHEIDSORG**

Menswaardigheid figureer in artikel 1 van die Grondwet baie prominent as een van die stigtingswaardes van die Republiek van Suid-Afrika. Dit is belangrik om die rol van menswaardigheid as waarde en reg te ondersoek ten einde vas te stel wat die rol is wat dit speel by die uitleg van die reg op geskikte gesondheidsorg.

Die Handves van Regte is die hoeksteen van demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.²³⁸ Artikel 10 van die Grondwet bevestig elkeen se ingebore waardigheid en dit skep 'n fundamentele reg daarop dat 'n mens se waardigheid gerespekteer en beskerm word.²³⁹

In *Grootboom*²⁴⁰ merk die Hof op dat:

A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on **human dignity**,²⁴¹ freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavor to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right.

Tydens die "Third Bram Fischer Memorial Lecture" het Regter Chaskalson die volgende stelling gemaak:

As an abstract value, common to the core values of our Constitution, dignity informs the content of all the concrete rights and plays a role in the balancing process necessary to bring different rights and values

238 Artikel 7(1) van die Grondwet.

239 The dignity of man shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority. The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world. Article 16 of the 1949 German Constitution or Basic Law (*Grundgesetz*). Chaskalson 2000 *SAJHR* 200.

240 *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 1 SA 46 (KH) par 19.

241 Eie beklemtoning.

into harmony. It too, however, must find its place in the constitutional order. Nowhere is this more apparent than in the application of the social and economic rights entrenched in the Constitution. These rights are rooted in respect for **human dignity**,²⁴² for how can there be dignity in a life lived without access to housing, health care, food, water or in the case of persons unable to support themselves, without appropriate assistance. In the light of our history the recognition and realisation of the evolving demands of human dignity in our society - a society under transformation - is of particular importance for the type of society we have in the future.²⁴³

In *S v Makwanyane*²⁴⁴ bepaal Regter O'Reagan dat die belangrikheid van menswaardigheid as 'n kernwaarde in die nuwe Grondwet nie oorbeklemtoon kan word nie. Die erkenning van 'n reg op menswaardigheid is 'n erkenning van die intrinsieke waarde om 'n mens te wees. Menswaardigheid word as die fondasie of basis van verkeie ander regte, wat in die Handves gewaarborg word, beskou. Die afleiding kan dus gemaak word dat menswaardigheid ook as 'n basis moet dien by die uitleg en interpretasie van sosio-ekonomiese regte as fundamentele regte.²⁴⁵

Jansen van Rensburg²⁴⁶ meen dat dit belangrik is om die benaderingswyse waarvolgens die howe fundamentele regte kan uitleë en interpreteer te identifiseer. Die waarde-georiënteerde benaderingswyse bepaal dat daar 'n hoër reg is wat sekere *a priori* regswaardes omvat waaraan die positiewe reg moet voldoen om sodoende geldig te wees. Godsdienstige, filosofiese en morele opvattinge vorm hierdie regswaarde. In lyn hiermee bepaal die positivistiese benadering dat die reg bestudeer word soos wat die reg is, en nie soos die reg behoort te wees nie.

Basson²⁴⁷ meen dat die relativistiese benadering meer aanvaarbaar is. In terme hiervan geld waarde nie absoluut nie, maar hulle is relatief in die sin dat kennis geneem word van die omstandighede wat geld op 'n bepaalde plek in 'n bepaalde tydsgewrig.²⁴⁸ Die Suid-Afrikaanse reg ondergaan 'n transformasie, veral as dit by grondwetlike interpretasie kom. Ons beweeg van 'n formele, positivistiese beskouing van die reg na 'n meer substantiewe

242 Eie beklemtoning.

243 Chaskalson 2000 *SAJHR* 196.

244 *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) par 328.

245 In hierdie geval geondheidsorgregte.

246 Jansen van Rensburg 1999 *TRW* 44

247 Basson 1993 *SA Publiekreg* 221.

248 Jansen van Rensburg 1999 *TRW* 44

en natuurregtelike beskouing.²⁴⁹ Die Grondwetlike waardes wat in die Grondwet gewaarborg word, word as belangrike faktore beskou van die transformasie van die reg. Menswaardigheid word deur Goolam²⁵⁰ as 'n belangrike grondwetlike waarde beskou:

It is not insignificant that the value of human dignity does not appear either after the values of equality and freedom or between the values of equality and freedom. On the contrary, it is highly significant that human dignity appears before both equality and freedom because essentially, human rights law must serve the purpose of effectively protecting the human dignity of the members of any society

Menswaardigheid as waarde impliseer dus dat dit deur almal gerespekteer en nagestreef moet word.²⁵¹ Menswaardigheid kan dus as 'n universele verpligting beskou word.²⁵²

Dit blyk dus duidelik te wees dat menswaardigheid as 'n reg en waarde beskou kan word. Menswaardigheid stel 'n verpligting daar en elke mens het die verantwoordelikheid om ander met waardigheid te behandel. Waar die staat dus gesondheidsorgdienste ontken kom dit daarop neer dat 'n persoon se menswaardigheid ontken word. Die staat is dus ook verplig om die menswaardigheid van daardie behoeftige persone te respekteer wat byvoorbeeld nie die nodige gesondheidsorgdienste kan bekostig nie.²⁵³

Daar moet egter beklemtoon word dat menswaardigheid nie in isolasie beskou moet word nie, en dat die ander waardes wat in die Grondwet genoem word ook in ag geneem moet word by die uitleg en interpretasie van die fundamentele reg op toegang tot sosiale sekerheid. Howe sal dikwls dus 'n balans moet handhaaf ten opsigte van die beskerming van die fundamentele reg van 'n individu, teenoor die algemene belange van die gemeenskap.

249 Goolam 1997 *SAPL* 185.

250 Goolam 1996 *SAPL* 186. Sien Venter 1998 *PER* 1-64, Swanepoel 1996 *PER* 1-56.

251 Ander waardes sluit gelykheid, vryheid, demokrasie, nie-rassisme, nie-seksisme asook die oppergesag van die Grondwet in.

252 Artikel 1 van die Universele Verklaring van Menseregte bepaal dat alle mense vry en gelyk gebore word met waardigheid en regte. In 'n oop en demokratiese samelewing moet voorsiening gemaak word vir verskillende en kontrasterende belange van individue asook groepe binne die gemeenskap. Chaskalson 2000 *SAJHR* 200.

253 Goolam 1997 *SAPL* 185.

5.6 SKEIDING VAN MAGTE

Die Konstitusionele Hof en soms ander howe is verantwoordelik vir die interpretasie en beregting van fundamentele regte.²⁵⁴ Daar word dikwels geargumenteer dat howe inbreuk maak op die terrein van die uitvoerende en wetgewende gesag wanneer hulle bevele maak oor sosio-ekonomiese regte omdat die howe die uitvoerende of wetgewende gesag beveel om iets te doen.

Die leerstuk van die skeiding van magte²⁵⁵ behels dat die vryheid van 'n staat se burgers slegs verseker kan word indien magskonsentrasie, wat tot misbruik kan lei, verbied word deur 'n verdeling van owerheidsgesag in wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en die uitoefening daarvan deur verskillende owerheidsorgane.²⁵⁶ Die owerheidsorgaan wat verantwoordelik is vir die skep van 'n regsreël moet nie ook belas wees met die uitvoering daarvan of die regspraak daarvan nie. Die regsprekende gesag is nie veronderstel om reg te skep of uit te voer nie, alhoewel howe in 'n sekere mate beleid kan skep.²⁵⁷ Daar bestaan egter in die praktyk geen stelsel waarin 'n totale en waterdigte skeiding van owerheidsgesag bestaan of waarin die verskillende owerheidsorgane in algehele isolasie van mekaar funksioneer nie.²⁵⁸

Daar kan geargumenteer word dat die leerstuk van die skeiding van magte ten doel het om te verhoed dat 'n groot konsentrasie van bevoegdhede aan een magsorgaan toegeken word. Hierdeur word die voorkoming van die misbruik van regte, bevoegdhede en die vryheid van individue verseker.²⁵⁹

In Suid-Afrika word die relatiewe benadering ten opsigte van die skeiding van magte gevolg.²⁶⁰ Ingevolge artikel 43 die Grondwet berus die wetgewende gesag op nasionale vlak by die parlement, die uitvoerende

254 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 231.

255 Leerstuk van *Trias politica*

256 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 86.

257 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 86.

258 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 98. Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 87.

259 Burns *Administrative Law* 34.

gesag by die President, en die regsprekende gesag berus by die howe.²⁶¹ Daar word egter in ons regstelsel ook 'n mate van inter-afhanklikheid gevind. So byvoorbeeld kan die President as gevolg van wangedrag deur die parlement van sy amp onthef word. Regters word deur die uitvoerende gesag aangestel, alhoewel die wetgewende en regsprekende gesag direk daarby betrokke is.²⁶² Dit blyk dus duidelik uit die bogenoemde, dat verskeie organe 'n invloed het op die funksionele terreine wat betrekking het op die aangeleenthede waaroor 'n spesifieke orgaan behoort te beskik.²⁶³

In die verlede is dikwels aangevoer dat sosio-ekonomiese regte nie afdwingbaar is nie, omrede daar van die howe verwag word om in te meng met die funksies wat spesifiek aan die wetgewende en uitvoerende gesag toegeken is.²⁶⁴ In *Soobramoney*²⁶⁵ is aangevoer dat 'n Hof nie sommer sal inmeng ten opsigte van rasionele besluitneming wat in goeie trou deur politieke organe en mediese deskundiges gemaak word, ten opsigte van die bogenoemde sake nie. Met nadere ondersoek blyk dit dus dat die Hof in *Soobramoney* politieke en sosio-ekonomiese faktore in ag geneem het by die ontleding van die saak. Die Hof is dus versigtig om nie in te meng met die politiese besluitnemings prosedures van die regering nie.

Die Konstitusionele Hof word deur die Grondwet as die hoogste hof in alle grondwetlike aangeleenthede beskou, en kan slegs oor grondwetlike aangeleenthede en kwessies wat met beslissings oor grondwetlike aangeleenthede in verband staan, beslis.²⁶⁶ Die Hooggeregshof kan oor enige grondwetlike aangeleentheid beslis, uitgesonderd daardie aangeleenthede wat slegs deur die Konstitusionele Hof beslis mag word.²⁶⁷

260 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 89.

261 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 87.

262 Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 89-90.

263 Tydens die apartheidsjare was die oorwegende positivistiese siening dat regters slegs die reg moes behoordeel en bereg. Dit was nie hul taak om die reg te skep nie. De Vos 1999 *SAJHR* 74. Deur die TAC saak is egter bewys dat die Konstitusionele hof vandag 'n belangrike rol speel in die interpretasie van die reg, maar ook die skep van die reg indien bevind word dat daar 'n leemte bestaan.

264 Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 413.

265 *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu Natal)* 1998 1 SA 765 (KH) par 30.

266 Artikel 167(3)(a)-(b) van die Grondwet.

267 Artikel 169 (a) van die Grondwet.

Artikel 172(1)(a) van die Grondwet handel oor die bevoegdheid van hofe in grondwetlike aangeleenthede en bepaal dat wanneer 'n hof oor 'n grondwetlike aangeleentheid binne sy bevoegdheid beslis, die hof enige regsvoorskrif of optrede wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig moet verklaar in die mate waarin dit onbestaanbaar is. Dus kan die hof enige bevel gee wat regverdig en billik is.²⁶⁸

Die regsverteenwoordigers van die staat het in die *TAC* saak aangevoer dat indien die Hof sou bevind dat die staatsbeleid kort val van dit wat deur die Grondwet verwag word, die enigste regsbevoegde bevel wat die Hof kan maak, is om 'n verklaring van regte tot in die effek te maak. Die staat kan dus slegs verplig word om hul beleid aan te pas in so 'n mate dat dit in ooreenstemming is met die bevel van die hof.²⁶⁹

Verder word aangevoer dat die ontwikkeling van staatsbeleid binne die bevoegdheid van die uitvoerende orgaan val, en nie die hofe nie. Die hofe kan vervolgens nie 'n bevel maak wat die effek het dat daar van die uitvoerende orgaan verwag kan word om 'n spesifieke beleid te ontwikkel nie. **Die Hof bevind dat alhoewel daar geen duidelike skeidslyne bestaan nie, moet alle vlakke van regering die skeiding respekteer.**²⁷⁰ Dit beteken egter nie dat die Hof nie in staat is om bevels te maak wat 'n impak op staatsbeleid mag hê nie.²⁷¹

Ngwena²⁷² is van mening dat regters die leerstuk van die skeiding van magte in die algemeen respekteer, en voel dat dit die taak is van die politici om die probleem op te los. Met nadere ondersoek blyk dit dat die Hof ten gunste is van die oorvleueling van bevoegdhede en daar kan geargumenteer word dat die Konstitusionele Hof se bevinding in 'n mate in lyn gebring kan word met Sir Otto Kahn-Freud se argument.

268 Artikel 172(1)(b) van die Grondwet.

269 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 96.

270 Eie beklemtoning.

271 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 97-98.

272 Ngwena 2000 *SAPL* 15.

Kahn-Freud²⁷³ is van mening dat by die uitvaardiging van die Handves van Regte die staatsorgane met mekaar se funksies kan inmeng. Die oorvleueling van die skeiding van magte moet dus nie noodwendig in 'n negatiewe lig gesien word nie, omrede die ontwikkeling van kardinale belang kan wees vir ons regstelsel.

Howe is onafhanklik en slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg, wat hulle onpartydig en sonder vrees, begunstiging of voordeel moet toepas.²⁷⁴ Die Grondwet vereis dat die staat die Handves van Regte moet respekteer, beskerm, bevorder en verwesenlik. Dus waar 'n staatsbeleid bevraagteken word dat dit onkonsekwent is met die bepaling van die Grondwet, moet die Hof oorweeg of by die formulering en implementering van die beleid die staat effek gegee het aan sy grondwetlike verpligtinge.²⁷⁵

Waar 'n dispuut handel oor sosio-ekonomiese regte en 'n hof die staatsbeleid moet beoordeel, sal 'n hof dus 'n bevel maak of dit in oorleg is met die Grondwet of nie. Indien bevind word dat 'n beleid teenstrydig is met die Grondwet is die hof verplig om in terme van artikel 172(1)(a) 'n verklaring te maak. Verder bepaal artikel 38 dat waar vasgestel is dat daar op die regte van die Handves inbreuk gemaak is, dat die hof gepaste regshulp sal voorsien.²⁷⁶ Die hof het dus die bevoegdheid om enige bevel te gee wat regverdig en billik is.²⁷⁷

In die Fose saak is bevind dat 'n strafverhoor as gevolg van vertraging onbillik was vir doeleindes van artikel 35(3)(d) van die Grondwet.²⁷⁸ Advokaat Trengrove²⁷⁹ is van mening dat die wye bevoegdhede wat aan die hof in terme van die Grondwet toegeken word, om sodoende te verseker

273 Kahn-Freund 1993 *ILJ* 1.

274 Artikel 165(2) van die Grondwet.

275 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 97.

276 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 101-102.

277 Artikel 172(1)(b) van die Grondwet.

278 Artikel 35(3)(d) bepaal dat elke beskuldigde persoon die reg het op 'n billike verhoor waarby inbegrepe is die reg op 'n verhoor wat sonder onredelike vertraging begin en afgehandel word.

279 Trengrove 1999

http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr1999/1999march_trengrove.php

dat nuwe remedies ontwikkel word, 'n merkwaardige kenmerk is. So word verseker dat nuwe remedies ontwikkel word om grondwetlike regte en die afdwingbaarheid daarvan beskerm word.

Sosio-ekonomiese regte benodig nie unieke remedies nie. Die litigering van hierdie regte skep soms gevalle waar 'n behoefte vir die ontwikkeling van nuwe en meer effektiewe remedies ontstaan. Hierdie gevalle kom byvoorbeeld voor waar die belang van 'n gemeenskap in ag geneem moet word en nie slegs 'n blote individu nie. Hierdie gemeenskap is gewoonlik behoeftig en polities en sosiaal in 'n swakker posisie. Hierdie mense maak staat op die staat se voorsiening van basiese sosio-ekonomiese dienste.²⁸⁰

In die *Fose* saak²⁸¹ het die Konstitusionele Hof 'n eis vir grondwetlike skade bevestig wat 'n element van strafregtelike skadevergoeding gevat het. Daar word bepaal dat:

Appropriate relief will in essence be relief that is required to protect and enforce the Constitution. Depending on the circumstances of each particular case the relief may be a declaration of rights, an interdict, a *mandamus* or such other relief as may be required to ensure that the rights enshrined in the Constitution are protected and enforced. If it is necessary to do so, the courts may even have to fashion new remedies to secure the protection and enforcement of these all-important rights.

Varney²⁸² meen dat die konsep van voorkomende skadevergoeding eerder as strafregtelike skadevergoeding oorweeg moet word. Hy is van mening dat vergoeding ontwikkel moet word om eerder te voorkom as te straf. Dit mag bereik word deur 'n toekenning van voorkomende skadevergoeding teen die staat te maak ten gunste van 'n onafhanklike en private entiteit. So byvoorbeeld kan 'n toekenning wat ontwikkel is om polisie wreedaardigheid te voorkom voor die Openbare Beskermer of die Menseregte Kommissie voorgelê word. Die toekenning moet dus ontwerp word om toekomstige skendings te voorkom.

280 Trengrove 1999

http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr1999/1999march_trengrove.php

281 *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 7 BCLR 851 (KH) par 94. Soos verwys in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 102.

282 Varney 1998 SAJHR 336.

Dit blyk duidelik dat daar van die howe verwag kan word om nuwe remedies te ontwikkel om sodoende die beskerming en afdwingbaarheid van die Handves van Regte en spesifiek daardie bepaling wat positiewe verpligtinge op die staat stel te verseker. Dit word bevestig in die *Fose* saak²⁸³ waar bepaal word dat:

In our context an appropriate remedy must mean an effective remedy, for without effective remedies for breach, the values underlying and the right entrenched in the constitution cannot properly be upheld or enhanced. Particularly in a country where so few have the means to enforce their rights through the courts, it is essential that on occasions when the legal process does establish that an infringement of an entrenched right has occurred, it be effectively vindicated. The courts have a particular responsibility in this regard and are obliged to forge new tools and shape innovative remedies, if needs be, to achieve this goal.

Uit die bogenoemde kan afgelei word dat daar van 'n hof verwag kan word om in te meng in wetgewende en uitvoerende bevoegdhede.²⁸⁴

Die Konstitusionele Hof het die bogenoemde argumente verwerp, dat die Hof in die betrokke geval slegs 'n verklarende bevel kan maak. Waar daar inbreuk op sosio-ekonomiese regte gemaak is staan 'n hof onder verpligting om effektiewe uitkoms toe te staan. Dus mag die Hof nie net nie, maar moet ingryp as die regering 'n ongrondwetlike beleid neerlê. Die Hof is boonop nie net beperk tot 'n verklaring dat die beleid ongrondwetlik is nie, maar die hof kan verder gaan en die regering beveel hoe om sy beleid in pas met die Grondwet te bring.²⁸⁵

Wanneer die howe sosio-ekonomiese regte as fundamentele regte interpreteer of basiese beginsels formuleer is dit noodsaaklik dat die howe sosiale persepsies asook internasionale ontwikkeling in ag neem. Die howe

283 *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 7 BCLR 851 (KH) par 70.

284 In *Premier, Mpumalanga, and Another v Executive committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal* 1999 2 SA 91 (KH) het die Hof provinsiale staatsbeleid wat die staking van betaling van subsidies aan sekere skole gereguleer het, ter syde gestel. In *Augus and Another v Electoral Commission and Others* 1999 3 SA 1 (KH) het die Hof die Verkiesings Raad beveel om hul verkiesingsbeleid, beplanning en regulasies te verander om sodoende gevangenisse die geleentheid te gun om te kan stem. Soos bevestig in *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 99-101.

285 *Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others* 2002 10 BCLR 1003 (KH) par 99-101.

moet egter ten doel hê om universele toepassingsnorme te formuleer wat inherent aan 'n spesifieke regsisteem is. Dit blyk duidelik uit die bostaande bespreking dat daar 'n tendens bestaan dat die howe nie ten doel moet hê, om die funksies van die wetgewende en uitvoerende organe te beoefen nie, maar slegs om die uitoefening van hul funksies te evalueer.

Daar kan gevolglik geargumenteer word dat die Grondwet erkenning verleen aan die leerstuk van skeiding van magte deurdat voorsiening gemaak word vir verskeie meganismes, wat ontwikkel is met die doel om bevoegdheids tussens die verskillende sfere en vertakking van regering toe te ken. Verder word verskeie balansering en kontroleringsmeganismes geïmplementeer wat die mishandeling van bevoegdheid verseker.

6 GEVOLGTREKKING

In die *TAC* saak is bevind dat die staat se voorkomingsprogram om moeder tot kind transmissie van MIV te verhoed, onredelik was en dus het die staat nie sy verpligting in terme van artikel 27(1) ten opsigte van gesondheidsorgdienste nagekom nie.²⁸⁶ Die Hof het die beginsels soos in *Grootboom* neergelê beklemtoon.²⁸⁷ Die regering is dus verplig om 'n program te ontwikkel wat die uitgestrekte implikasies vir die volkome voldoening van die reg op gesondheidsorgdienste moet hê. Dit moet dus 'n redelike program wees wat die probleem ten opsigte van moeder tot kind transmissie, asook die beskikbaarheid van Nevarapine aanspreek.

Met verwysing na die *TAC* saak en die bogenoemde bespreking word beklemtoon dat dit van kardinale belang is dat die volkereg in ag geneem moet word by die interpretasie van sosio-ekonomiese regte. In hierdie geval blyk dit dat dit nie moontlik is om die minimum kern verpligting van die progressiewe realisering van die reg op sosio-ekonomiese regte te bepaal, sonder om eers die behoeftes en geleenthede van genot van die reg te

286 Hierdie was die eerste saak waar artikel 27 positief afgedwing is.

287 Na aanleiding van die *Grootboom* beslissing, het die regering 'n positiewe verpligting om redelike stappe te neem, binne sy beskikbare middele om progressiewelik toegang tot vigsbestrydingsmiddels te verskaf aan daardie persone wat dit nodig het. Sien Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid* 95-97.

interpreteer nie. Verskeie faktore moet in ag geneem word soos inkomste, werkloosheid, beskikbaarheid van grond asook armoede. Die verskille wat bestaan tussen die mense wat in die stede woon en die wat woonagtig is op die platteland, het ook 'n invloed op die behoeftes en geleenthede ten opsigte van die verkryging van sosio-ekonomiese regte. Variasies is direk afhanklik van die ekonomiese en sosiale geskiedenis en omstandighede van 'n land. Dit blyk dus 'n baie moeilike taak te wees om die minimum kern verpligting ten opsigte van die progressiewe realisering van die reg op toegang tot sosio-ekonomiese regte vas te stel.

Nog 'n belangrike faktor uit die *TAC* saak was die bespreking van die leerstuk van die skeiding van magte gewees. Hierdie saak verrig baanbreker werk oor die vraag of die hof kan inmeng in die proses en ontwikkeling van staatsbeleid. Dit blyk duidelik dat die Konstitusionele Hof van mening is dat hul bevoegdhede wyer strek as die waarvoor voorsiening in die Grondwet voor gemaak is.

Die belangrikheid van die konsep van menswaardigheid moet beklemtoon word wanneer sosio-ekonomiese regte geïnterpreteer word.²⁸⁸ Die reg op menswaardigheid verwys dus na die individuele persoon en ken hom die reg toe om respek en beskerming van sy waardigheid te eis. Menswaardigheid as waarde is egter inherent deel van elke mens. Dus deur die reg op toegang tot gesondheidsorg te weerhou het die staat op 'n indirekte manier die menswaardigheid van alle MIV positiewe vrouens aangetas.

Dit blyk dus dat die MIV virus 'n merkwaardige impak het op die fundamentele regte van vrouens, asook op die voorsiening van gesondheidsorgdienste deur die staat aan vrouens, wat nie oor die middele beskik of dit self kan bekostig nie. Die MIV epidemie blyk duidelik 'n komplekse invloed op sosio-ekonomiese en gemeenskapsgebied te hê. Deur hierdie regstudie is gekyk hoe die Konstitusionele Hof die reg op toegang tot gesondheidsorg geïnterpreteer en afgedwing het. Alhoewel strategiese planne en programme deur die staat ingestel is om hierdie epidemie te

²⁸⁸ Menswaardigheid kan as 'n reg in terme van artikel 10 beskou word, en as 'n waarde ingevolge artikels 1, 7(1) 36(1) en 39(1) van die Grondwet.

beveg, kan dit nie as redelik beskou word nie omrede verskeie persone benadeel is.

Soos reeds genoem het slegs 10% van die bevolking toegang tot die proefsentrums gehad waar Nevarapine beskikbaar was. Vrouens wat dus nie binne die geografiese areas van die proefsentrums woonagtig was nie, asook daardie vrouens wat nie Nevarapine kon bekostig nie, is teen gediskrimineer. Die staat het duidelik op hierdie vrouens se reg op toegang tot gesondheidsorgdienste inbreuk gemaak, deur te weier dat Nevarapine gratis by alle staatshospitale en klinieke beskikbaar gestel word.

Die toediening van Nevarapine is 'n eenvoudige proses. Waar konsultasie en toetsingsfasiliteite in 'n kliniek of hospitaal bestaan, kan daar dus geargumenteer word dat die toediening van Nevarapine wel binne die beskikbare middele van die staat bestaan. Die voorsiening van 'n enkele dosis van Nevarapine aan 'n moeder en kind is eenvoudig, goedkoop en kan die lewe van 'n onskuldige baba red. Daar word dus voorgestel dat die staat moet aandui wat as 'n minimum kern verpligting binne die sosiale sekerheidsstelsel beskou word, asook die verwagte tydperk vir die progressiewe verwesenliking daarvan.

Daar word voorgestel dat daar gefokus word op die faktore wat menigde hulpbehoewende swanger MIV positiewe vrouens beïnvloed. Hierdie faktore sluit byvoorbeeld sosiale ongelykheid, armoede, kwesbaarheid en gesondheidsorg in die algemeen in. Die bogenoemde faktore kan duidelik bydra tot die onkunde van behoeftige MIV positiewe vrouens. Daar word dus voorgestel dat die redelike program van die staat die opleiding en fasilitering van verskeie aspekte van MIV/Vigs moet insluit. Hierdie aspekte kan byvoorbeeld die voorkoming van MIV, die behandeling van MIV en die regte te opsigte van die toegang tot gesondheidsorgdienste insluit.

Die volgende voorstelle word gemaak oor hoe die nadelige posisie van MIV positiewe vrouens verbeter kan word. Daar moet op nasionale vlak ondersoek ingestel word na die langtermyn effek van sosiale ongelykheid en

die impak daarvan op die ontwikkeling van die MIV/vigs epidemie. Die aanbevelings wat deur die Komitee van Onderzoek na 'n Omvattende Sisteem van Sosiale Sekerheid gemaak is moet ondersoek en ontwikkel word. MIV/Vigs voorkoming sal slegs suksesvol wees indien die behoeftes van persone erken word en plaaslike, nasionale en internasionale beleidmakers 'n positiewe bydraende rol begin speel.

Ek is van mening dat dit die hoogste prioriteit van die staat moet wees om wetgewing te implementeer wat handel oor die verskaffing van gesondheidsorgdienste, veral ten opsigte van die verskaffing van Nevarapine binne die publieke sektor. Verder word daar voorgestel dat gesondheidsorg binne die breë sosiale sekerheid beskermingstelsel ontwikkel word in so 'n mate dat genoegsame fondse aan die publieke sektor beskikbaar gestel word, met die doel om gratis behandeling te verskaf aan MIV positiewe swanger vrouens. Daar word dus aanbeveel dat 'n omvattende, opvoedkundige en voorkomende MIV/Vigs program ontwikkel en geïmplementeer moet word wat die inbreuk op die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste sal remedieer.

ABSTRACT

THE RIGHT OF PREGNANT HIV POSITIVE WOMAN TO HEALTH CARE SERVICES

The reality is that 24% of pregnant woman in South Africa are HIV positive and 70 000 children are infected each year through mother to child transmission of HIV. It is one of the most common forms of infection. Nevirapine can reduce the risk of intrapartum transmission of HIV from mother to child in pregnant woman who is not taking anti-retroviral therapy at the time of labour.

Section 27(1)(a) of the Constitution of the Republic of South Africa 108 of 1996 states that every person has the right to have access to health care services, including reproductive health care. In terms of section 27(2) the state is obliged to take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.

This study will focus on the guidelines that were set by the Constitutional Court in Minister of Health v Treatment Action Campaign, to determine how the court reached their conclusion that the state did not comply with the above mentioned obligation, and that the right to health care services of pregnant HIV women were infringed.

In the first section of this dissertation a theoretical background is sketched. This includes an analytical discussion on the High court as well as the Constitutional Courts decisions. Further reference will be made to the impact that the case had on various aspects of the social security system. The discussion will focus on the importance of international law in the interpretation of social security rights as well as the role of human dignity when interpreting these rights. The concepts of reasonableness as well as the separation of powers will be discussed to evaluate its impact on the realisation of sosio-ekonomic rights. Valuable conclusions as well as concrete suggestions will be made at the end of the above mentioned studie.

LYS VAN AFKORTINGS

IVESKR	Internasionale Verdrag insake Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte
ILJ	International Labour Journal
PER	Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SAJLR	South African Journal on Labour Relations
SAPL	South African Public Law
TRW	Tydskrif vir Regswetenskap
VNKESKR	Verenigde Nasies Komitee insake Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte

BIBLIOGRAFIE

1 BOEKE

B

Burns Y *Administrative Law under the 1996 Constitution* (Butterworths Durban 1999)
Burns *Administrative Law*

D

Davis D, Cheadle H en Haysom N *Fundamental Rights in the Constitution-Commentary and Cases* (Juta Kenwyn 1997)
Davis, Cheadle en Hayson *Fundamental Rights*

De Waal, J Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* 3e uitgawe (Juta Kenwyn 2000)
De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights*

Dugard International Law A South African Perspective 2e uitg (Kenwyn 2000)
Dugard *International Law*

O

Olivier M Introduction in Olivier M ea (red) *Social Security Law General Principles* (Durban 1999)
Olivier *Introduction*

R

Rautenbach IM en Malherbe EFM *Staatsreg* 3e uitgawe (Butterworth Durban 1999)
Rautenbach en Malherbe *Staatsreg*

Robinson JA *The Law of Children and young persons* (Butterworth Durban 1997)
Robinson *The Law of Children*

S

Strydom EML ea (red) *Essential Social Security Law* (Juta Cape Town 2001)
Strydom ea *Social Security Law*

2 WETGEWING

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Suid-Afrikaanse Witskrif op Maatskaplike Welsyn Algemene Kennisgewing
1108 in Staatskoerant 18166 van 1997-08-08

Werkloosheidsversekeringswet 30 van 1966

Wet op die Beheer van Medisyne en Verwante Stowwe 101 van 1965

Sosiale Bystandswet 59 van 1992 soos gewysig deur Wet 2 van 2002

3 INTERNET

LA times HIV newsletter [Gevind op Internet]
<http://www.latimes/health.com> [Datum van gebruik 2 September 2002]

Paralegal Manual 2000 HIV, Aids and the law [Gevind op Internet]
http://www.paralegaladvise.org.za/docs/12_full.html [Datum van gebruik
5 Mei 2002]

Social Security 2001 [Gevind op Internet]
<http://www.hrusa.org/hrmaterials/IHRIP/circle/modules/module11b.htm> [Datum van gebruik 30 Oktober 2002]

Trengrove 1999 [Gevind op Internet]
http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr1999/1999march_trengrove.php [Datum van gebruik 30 Oktober 2002]

4 ARTIKELS

B

Basson D "Die ontwikkeling van ekonomiese regte" 1993 Suid Afrikaanse
Publiekreg 218-229.

C

Chaskalson A "Third Bram Fischer Memorial Lecture: Human Dignity as a
Foundational Value of Our Constitution Order" 2000 *South African
Journal on Human Rights* 193-205
Chaskalson *SAJHR*

D

De Vos "Pious wishes or directly enforceable human rights?: Social and Economic rights in South Africa's 1996 Constitution" 1997 *South African Journal on Human Rights* 67-101
De Vos *SAJHR*

G

Goolam "The interim Constitution, the working drafts and South Africa's new Constitution- some observations" 1997 *South African Public Law* 12:1 186
Goolam *SAPL*

J

Jansen van Rensburg L "Grondwetlike waardes en sosio-ekonomiese regte met verwysing na die reg op sosiale sekerheid" 1999 *TRW* 43:1 43-57.
Jansen van Rensburg *TRW*

K

Khahn-Freund "The impact of Constitutions on Labour law" 1993 *International Labour Journal* 1-35
Kahn-Freund 1993 *ILJ*

Klug H "Access to health care: judging implementation in the context of AIDS" 2002 *South African Journal on Human Rights* 18:1 114-124
Klug *SAJHR*

L

Lachman SA *Knowledge Base of Heterosexual HIV/AIDS as a Global Problem in the 21st Century* (JB Israelsohn Johannesburg 1999)
Lachman *HIV/AIDS*

N

Ngwena C "Access to health care as a fundamental right: the scope and limits of section 27 of the Constitution" 2000 *Tydskrif vir Retwetenskap* 25:1 1-32
Ngwena *TRW*

Ngwena C "Aids in Africa: Access to health care as a human right" 2000 *South African Public Law* 15:1 1-25
Ngwena *SAPL*

O

Olivier M "Toward a coherent approach to social protection, labour market policies and financing of social security: a new paradigm for South Africa" *South African Journal of Labour Relations* (2000) 24:3 23-57.
Olivier *SAJLR*

S

Swanepoel J "Die dialektiek in die waardes van die 1996 Grondwet" 1 1998 Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif 1-56 soos verkry op <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> onttrek op 26 Oktober 2002
Swanepoel 1998 PER

V

Van Buren G "Allieving Poverty Through the Constitutional Court" 1999 South African Journal on Human Rights 15:1 52-58

Varney H "Forging New Tools: A Note on Fose v Minister of Safety and Security (1998) *South African Journal on Human Rights* 14:1 336-350

Venter V "Die betekenis van die bepalings van die Grondwet, die aanhef en hoofstuk 1" 1998 Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif 1-64 soos verkry op <http://www.puk.ac.za/lawper/tydskrif/1998v1.html> onttrek op 26 Oktober 2002
Venter 1998 PER

5 PROEFSKRIFTE

J

Jansen van Rensburg L *Die Beregting van die Fundamentele Reg op toegang tot Sosiale Sekerheid* (LLD-Proefskrif RAU Johannesburg 2002)
Jansen van Rensburg *Sosiale Sekerheid*

6 STAATSPUBLIKASIES

Committee of Inquiry into a Comprehensive System of Social Security for South Africa *Transforming the Present-Protecting the future Consolidated Report* March 2002

6 REGISTER VAN HOFSAKE

Augus and Another v Electoral Commission and Others 1999 3 SA 1 (KH)

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996 4 SA 744 (KH)

Fose v Minister of Safety and Security 1997 7 BCLR 851 (KH)

Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2000 BCLR 1169 (KH)

Grootboom and Others v Oostenbers Municipality and Others 2000 BCLR 277 (K)

Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others 2002 10 BCLR 1003 (KH)

Minister of Health and others v Treatment Action Campaign and others 2002 10 BCLR 1075 (KH).

Premier, Mpumalanga, and Another v Executive committee, Association of State-Aided Schools, Eastern Transvaal 1999 2 SA 91 (KH)

S v Makwanyane 1995 3 SA 391 (KH)

S v Zuma 1995 4 BCLR 401 (KH) par 414

Soobramoney v Minister of Health(KwaZulu Natal) 1998 1 SA 765 (KH)

Treatment Action Campaign and others v Minister of Health and others 2002 4 BCLR 356 (T)