

6160 217 82

UV - UFS
BLOEMFONTEIN
BIBLIOTEK - LIBRARY

DIEN ENSEMBLAAR MAG ONDER
EN OMSTANDIGHEDE UIT DIE
BIBLIOTEK VERWYDER WORD NIE

University Free State



34300004431288

Universiteit Vrystaat

**DIE GRONDWETLIKHEID VAN DIE VASSTELLING VAN
MAKSIMUM WERKURE INGEVOLGE DIE WET OP BASIESE
DIENSVOORWAARDES**

MARIA ELIZABETH MARAIS

Die verhandeling word voorgelê ter voldoening aan die vereistes vir die kwalifikasie
Magister Legum in die Fakulteit Regsgeleerdheid, Departement Staatsreg en
Regsfilosofie, aan die Universiteit van die Vrystaat.

Studieleier: Professor J.L. Pretorius

November 2009

My opregte dank en waardering aan Professor J.L.Pretorius. Die blootstelling aan sy leiding, kennis en insig was vir my 'n uitnemende voorreg.

Ek dra die verhandeling op aan my pa.

Ek spreek my dank en waardering uit teenoor my man, Kobus, wat dit vir my moontlik gemaak het om die navorsing te doen en my deurlopend gemotiveer het.

Baie dankie aan my kinders, Jacobus en Nina, Magdaleen en Helgard vir ondersteuning en kosbare raad.

My opregte dank aan my ma, broer en suster wat altyd maar glo ek kan.

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1: INLEIDING

1	Die ter sake bepalings van die <i>Wet op Basiese Diensvoorwaardes</i>	1
2	Regsvergelyking	2
3	Uiteensetting van die ter sake bepalings met verwysing na die doelwitte van die <i>Wet op Basiese Diensvoorwaardes</i>	2
4	Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot vryheid en menswaardigheid	3
5	Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot gelykheid	4
6	Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot die vryheid van bedryf, beroep en professie	4
7	Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot billike arbeidspraktyke en kollektiewe bedinging	5
8	Die regverdigbaarheid van beperkings deur die ter sake bepalings op die vermelde grondwetlike vryhede en regte	5

HOOFSTUK 2: DIE WET OP BASIESE DIENSVOORWAARDES

1	Inleiding	7
2	Die regulering van werktyd deur die <i>Wet</i>	7
	2.1 Die inkomstegrens en uitsonderings	7
	2.2 Artikels 9 en 10	9
	2.3 Vervanging, verandering of wysiging van basiese diensvoorwaardes	12
	2.3.1 Gunstiger bedinge	12
	2.3.2 Kollektiewe ooreenkoms	13
	2.3.3 Ministeriële bevoegdheid	14
	2.3.4 Sektorale vasstellings	15
3	Doelwitte van die <i>Wet</i>	16
	3.1 Primêre en breë doelwitte	16
	3.2 Artikel 23(1) van die <i>Grondwet</i>	18
	3.3 Die Internasionale Arbeidsorganisasie	18
4	Werkure in Amerika, Duitsland, Kanada en die Verenigde Koninkryk	27

4.1	Amerika	28
4.2	Duitsland	29
4.3	Kanada	31
4.4	Die Verenigde Koninkryk	34
4.5	Waarnemings	36
5	Opsommende gevolgtrekking	36

HOOFSTUK 3: VRYHEID EN MENSWAARDIGHEID

1	Inleiding	38
2	Vryheid en menswaardigheid as internasionaal-erkende menseregtebeginsels	41
3	Vryheid en menswaardigheid in ander regstelsels	42
3.1	Die Amerikaanse Reg	42
3.1.1	Inleidende agtergrond	42
3.1.2	Vryheid as idee	45
3.1.3	Vryheidsregspraak	48
3.1.4	Verskillende perspektiewe op <i>Lochner</i>	59
3.1.5	Belang vir die Suid-Afrikaanse Reg en vir die studie	62
3.2	Die Duitse Reg	65
3.2.1	Inleidende agtergrond	65
3.2.2	Die “Rechtsstaat”	67
3.2.3	Menswaardigheid en vryheid	67
3.2.4	Die “Sozialstaat”	71
3.2.5	Grondwetlike benadering tot dienskontrakte	72
3.2.6	Belang vir die Suid-Afrikaanse Reg en vir die studie	74
3.3	Die Kanadese Reg	75
3.3.1	Inleidende agtergrond	75
3.3.2	Menswaardigheid	76
3.3.3	Vryheid	78
3.3.4	Belang vir die Suid-Afrikaanse Reg en vir die studie	88
4	Die Suid-Afrikaanse Reg	89
4.1	Menswaardigheid	90
4.1.1	Algemene interpretasie van menswaardigheid	90

4.1.2	Menswaardigheid en werk	93
4.1.3	Toepassing met verwysing na die ter sake maatreëls	95
4.1.4	Die sosio-ekonomiese konteks van menswaardigheid	96
4.1.4.1	Die grondwetlike verskansing van sosio- ekonomiese regte	96
4.1.4.2	Die verband tussen werk en menswaardigheid in die sosio-ekonomiese konteks	98
4.1.4.3	Die redelikheidsvereiste	100
4.1.4.4	Toepassing op die ter sake maatreëls	101
4.1.5	Gevolgtrekking	104
4.2	Vryheid	105
4.2.1	Die reg op vryheid van die persoon	105
4.2.2	Toepassing met betrekking tot die vryheid om langer by dieselfde werkgewer te werk	111
4.2.3	Die vryheid om te kontrakkeer	112
4.2.3.1	Afstanddoening	112
4.2.3.2	Die grondwetlike reg op vryheid om te kontrakkeer	116

HOOFSTUK 4: GELYKHEID

1	Inleiding	121
2	Die benadering tot gelykheid in Amerika, Duitsland en Kanada	122
	2.1 Amerika	122
	2.2 Duitsland	133
	2.3 Kanada	136
3	Die verhouding tussen gelykheid en menswaardigheid as grondwetlike waardes	141
4	Artikel 9 van die <i>Grondwet</i>	145
4.1	Artikel 9(1) van die <i>Grondwet</i>	146
	4.1.1 Die differensiasie	146
	4.1.2 Die rasionaliteitstandaard	147
	4.1.2.1 Die doelwit	149
	4.1.2.2 Die verband	151
	4.1.3 Gevolgtrekking	155

4.2	Artikel 9(2) van die <i>Grondwet</i>	156
4.3	Artikel 9(3) van die <i>Grondwet</i>	157
4.3.1	Diskriminasie	157
4.3.2	Direkte diskriminasie op 'n gelyste of analoë grond	158
4.3.3	Indirekte diskriminasie op 'n gelyste of analoë grond	159
4.3.3.1	Substantiewe gelykheid	159
4.3.3.2	Statistiese gegewens met betrekking tot die arbeidsituasie in Suid-Afrika met verwysing na die swart en wit bevolkingsgroepe, mans en vroue, opleiding, inkomste en beroepstatus.	162
4.3.3.3	Die indirek diskriminerende effek van die maatreëls	166
4.3.4	Onbillike diskriminasie	175
4.3.4.1	Die posisie van diegene wat geraak word	177
4.3.4.2	Die benadeling	178
4.3.4.3	Die bevordering van belangrike en prysenswaardige sosiale doelwitte	181
4.3.4.4	Gevolgtrekking	187

HOOFSTUK 5: VRYHEID VAN BEDRYF, BEROEP EN PROFESSIE

1	Inleidende agtergrond	188
2	Internasionale instrumente	189
3	Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Amerika	190
4	Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Kanada	196
5	Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Duitsland	198
6	Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Suid-Afrika	203
7	Gevolgtrekking	207

HOOFSTUK 6: BILLIKE ARBEIDSPRAKTYKE EN KOLLEKTIEWE BEDINGING

1	Inleiding	209
2	Artikel 23(1) van die <i>Grondwet</i>	210
3	Artikel 23(5) van die <i>Grondwet</i>	213

3.1	Relevansie vir die studie	213
3.2	Internasionale reg en regsvergelykende oorsig	214
3.3	Die Suid-Afrikaanse reg	217
4	Gevolgtrekking	221

HOOFSTUK 7: DIE REGVERDIGBAARHEID VAN DIE BEPERKINGS INGEVOLGE ARTIKEL 36 VAN DIE GRONDWET

1	Inleiding	222
2	Die proporsionaliteitsbeginsel in die Duitse reg	222
3	Artikel 1 van die <i>Kanadese Vryheidshandves</i>	223
4	Artikel 36 van die <i>Suid-Afrikaanse Grondwet</i>	226
5	Die aard van die reg	226
6	Die identifisering van die doelwit van die beperking	229
7	Die belangrikheid van die doelwit van die beperking	231
8	Die aard en omvang van die beperking	232
9	Die verband tussen die beperking en die doelwit daarvan	234
10	Minder beperkende wyses om die doelwit te bereik	238
11	Gevolgtrekking	241

HOOFSTUK 8: SAMEVATTING

1	Vryheid en menswaardigheid	242
2	Gelykheid	243
3	Die reg op billike arbeidspraktyke	243
4	Vryheid van bedryf, beroep en professie	244
5	Regverdiging ingevolge artikel 36 van die <i>Grondwet</i>	244

OPSOMMING	246
-----------	-----

ABSTRACT	248
----------	-----

HOFSAKE	250
---------	-----

WETGEWING	265
BIBLIOGRAFIE	268
ARTIKELS	273
WEBBLADSYE	282

HOOFSTUK 1

INLEIDING

“As a vehicle which admits a person to the status of a contributing, productive member of society, employment is seen as providing recognition of the individual's being engaged in something worthwhile. It gives the individual a sense of significance. By realizing our capabilities and contributing in ways society determines to be useful, employment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and of concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our self-respect and self-esteem.”¹

1. Die ter sake bepalings van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*

Artikel 9 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*² stel 'n standaardwerkweek van 45 uur per week vas. Artikel 10(1) bepaal dat 'n werkgever nie van 'n werknemer mag vereis of hom of haar mag toelaat om meer as tien uur oortyd in 'n week te werk nie. Ingevolge artikel 6(1) is hierdie bepalings nie van toepassing met betrekking tot senior bestuurswerknemers, werknemers in diens as verkoops personeel wat na die persele van klante reis en hulle eie werkure reël, en werknemers wat minder as 24 uur in 'n maand vir 'n werkgever werk nie. Ingevolge artikel 6(3) is die bepalings ook nie van toepassing op werknemers wat jaarliks meer as 'n vasgestelde bedrag verdien nie.³

Die *Wet* maak voorsiening vir bepaalde wysigings van die standaardbepalings by wyse van sektorale en ministeriële vasstellings en kollektiewe ooreenkomste. Die implikasie is dat in die algemeen werknemers op wie die vasstellings van toepassing is, nie langer as 55 uur per week by dieselfde werkgever mag werk nie. Werknemers wat langer as 55 uur per week werk of sou wou werk, en sou verkies om die langer

¹ Reiter & Swan 1980: 324.

² *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* 75 van 1997. Artikel 3 reël die toepassing van die *Wet*. Sien Du Plessis & Fouché: 36-37.

³ Die studie verwys na die vermelde bepalings wat die vasstelling van maksimum werkure reël as die ter sake maatreëls.

tydperk by dieselfde werkgewer te werk, word dus beperk met betrekking tot hulle keuse van 'n werkgewer.

Die studie plaas hierdie bepalings en die effek daarvan onder die soeklig van die *Grondwet*.⁴

2. Regsvergelyking

Aangesien Amerikaanse, Duitse en Kanadese konstitusionele regsbeginsels neerslag vind in die *Suid-Afrikaanse Grondwet* en in beslissings van die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof wat relevant is in die konteks van die studie, word deurlopend na die benadering in hierdie lande verwys. In al drie die lande, soos in Suid-Afrika, het historiese werklikhede 'n ingrypende effek op die ontwikkeling, erkenning en toepassing van grondwetlike beginsels gehad. Aangesien die *Amerikaanse Grondwet* reeds sedert 1787 dateer, verwys die studie in hierdie verband in meer besonderhede na die Amerikaanse grondwetlike ontwikkeling. In die algemeen word kennis geneem van die feit dat die effek van relevante omstandighede verreken moet word wanneer regsvergelykend na die grondwetlike benadering in ander lande verwys word.

3. Uiteensetting van die ter sake bepalings met verwysing na die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*

Die vermelde bepalings word in Hoofstuk 2 van die studie uiteengesit. In samehang daarmee word die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*, naamlik om ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid te bevorder deur aan die Republiek se verpligtinge as lidland van die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO) te voldoen, en deur uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat in artikel 23 van die *Grondwet* verskans is, ontleed. Laasgenoemde aspek word meer breedvoerig in Hoofstuk 6 van die studie behandel. Dit blyk uit die bespreking dat tans binne die IAO 'n tendens bestaan om fundamentele regte te herbeklemtoon en

⁴ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996.

weg te beweeg van 'n rigiede beperking van werkure. Verskillende omstandighede in verskillende lande word sodoende geakkommodeer.

Die werksituasie in Suid-Afrika is kompleks. Die werkloosheidpersentasie is onaanvaarbaar hoog en die vlak van noodsaaklike opleiding ten einde die ekonomie te stimuleer en sodoende werkseleenthede te skep, onaanvaarbaar laag. Die voortslepende effek van diskriminasie in die voor-grondwetlike bedeling, spesifiek met betrekking tot opleidings- en werkseleenthede, dra uit 'n menseregte-oogpunt by tot die kompleksiteit van die situasie. Suid-Afrika se omstandighede vereis dat die effek van maatreëls wat werkure reguleer noukeurig nagevors word ten einde te verseker dat die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* en van die *Grondwet* inderdaad gedien word.

4. Die effek van die ter sake bepalinge met betrekking tot vryheid en menswaardigheid

Hoofstuk 3 van die studie ondersoek die effek van die ter sake maatreëls met betrekking tot die grondwetlik-beskernde vryheid en menswaardigheid van persone wat langer as die vasgestelde maksimum aantal ure by dieselfde werkgewer sou wou werk, maar weens die ter sake maatreëls langer ure by verskillende werkgewers werk, of nie langer ure werk nie. Grondwetlike perspektiewe op die begrippe menswaardigheid en vryheid, met verwysing na vryheid van die persoon en vryheid om te kontrakteer, word bespreek, met verwysing na menswaardigheid en vryheid as internasionaal-erkende menseregtebeginsels en as grondwetlike begrippe in Duitsland, Amerika, Kanada en Suid-Afrika. Dit is deurgaans 'n grondliggende tema van die studie dat werk meer is as 'n handelsooreenkoms ingevolge waarvan arbeid verkoop word. Werk en die diensverhouding hou direk met persoonlikheidsontwikkeling en menswaardigheid verband. Die bespreking lei tot 'n gevolgtrekking dat die ter sake maatreëls op die betrokke werknemers se menswaardigheid en vryheid van persoon, met inbegrip van die vryheid om te kontrakteer, inbreuk maak.

Die bespreking van die menswaardigheidsvraag geskied ook in die konteks van die verskansing van sosio-ekonomiese regte in die *Grondwet*. Die ter sake maatreëls word substantief gemeet aan die redelikeidsmaatstaf wat die *Grondwet* stel met betrekking

tot die vraag of maatreëls gevolg gee aan die verpligting van die staat om ingevolge artikels 26, 27 en 28 van die *Grondwet* sosio-ekonomiese regte te beskerm en verwezenlik. Die gevolgtrekking word gemaak dat die maatreëls nie ooreenkomstig hierdie maatstaf redelik is nie, en dat die inbreuk van die maatreëls op die regte van diegene wat langer ure by dieselfde werkgewer sou wou werk, nie op hierdie basis geregverdig kan word nie.

5. Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot gelykheid

Hoofstuk 4 toon aan dat die maatreëls indirek onbillik diskrimineer op grond van ras en geslag, asook op grond van sosio-ekonomiese status. Hierdie gevolgtrekkings word gebaseer op 'n substantiewe ontleding van die effek van die differensiasie ingevolge die ter sake maatreëls tussen verskillende kategorieë werknemers. Dit blyk dat die maatreëls diskriminasiepatrone van die verlede versterk. Die maatreëls bemoeilik pogings van mense wat eienaarskap van hulle strewe na menswaardigheid en persoonlikheidsontwikkeling neem, om hulle agterstand te oorkom. Daarbenewens beperk die maatreëls die geleentheid tot selfvulling van diegene wat daaraan onderwerp is en wat beroeps- en lewensbevrediging uit langer werkure by dieselfde werkgewer sou put. In die proses word die staat se vermoë om positief aan die bevordering van maatskaplike geregtigheid en sosio-ekonomiese vooruitgang gevolg te gee, benadeel.

6. Die effek van die ter sake bepalings met betrekking tot die vryheid van bedryf, beroep en profesie

In Hoofstuk 5 word die reg op vryheid van bedryf, beroep en profesie ingevolge artikel 22 van die *Grondwet* bespreek. Verskillende standarde van hersiening geld met betrekking tot beroepskeuse en beroepsbeoefening. Wanneer regulering die keuse van 'n profesie raak, moet dit ingevolge artikel 36 getoets word en moet dieselfde standaard gehandhaaf word as wat sou geld indien die regulasie enige van die regte wat in die *Handves van Regte* verskans is, sou beperk. Regulering van beroepsbeoefening moet slegs rasideel wees. Daarbenewens moet dit ook nie op ander grondwetlike regte inbreuk maak nie. Dit is duidelik dat die vasstelling van maksimum werkure die beroepsbeoefening van werknemers op wie dit van toepassing

is, reguleer. Daar is reeds in die studie aangetoon dat die ter sake maatreëls rasioneel met die legitieme doelwitte daarvan verbind is. Daar is egter ook aangetoon dat die maatreëls op fundamentele grondwetlike regte inbreuk maak. Op hierdie basis maak die maatreëls dus inbreuk op die vryheid van bedryf, beroep en professie en moet dit, ten einde grondwetlik te wees, die artikel 36-toets slaag.

7. Die effek van die ter sake bepaling met betrekking tot billike arbeidspraktyke en kollektiewe bedinging

Soos vermeld, is dit 'n primêre doelwit van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* om gevolg te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat deur artikel 23(1) van die *Grondwet* verskans word. Hoofstuk 6 van die studie fokus op artikel 23(1) wat bepaal dat elkeen 'n reg op billike arbeidspraktyke het, asook op artikel 23(5) wat 'n reg op kollektiewe bedinging verleen. Die verband tussen billike arbeidspraktyke en kollektiewe bedinging word beklemtoon. Daar word aangetoon dat, met inagneming van die regsraad van die diensverhouding, die maatreëls, in plaas daarvan om werknemers wat weens die ter sake maatreëls by verskillende werkgewers langer werk, of nie langer werk nie, se posisie in die diensverhouding te versterk, 'n negatiewe effek op hulle werksekuriteit het, en derhalwe onbillik is. Met betrekking tot artikel 23(5) is die posisie dat die bedingingsopsies van vakbondlede en werkgewers buite bedingingsrade ernstig deur die vasstelling van minimum standaarde beperk word. Wat werkure betref, word slegs beperkte ruimte vir variasie van die voorwaardes in die *Wet* gelaat. Tog is dit nouliks denkbaar dat onafhanklike vakbonde vrywillig tot die nadeel van die betrokke werknemers tot langer werkure sal toestem.

8. Die regverdigbaarheid van beperkings deur die ter sake bepaling op die vermelde grondwetlike vryhede en regte

Hoofstuk 7 pas die artikel 36-toets vir die regmatigheid van beperkings van grondwetlike regte toe met verwysing na 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 minder beperkende wyses om die doel te bereik. Regsvergelykend word op die Kanadese regsposisie gefokus. Die benadelende effek van die ter sake

maatreëls en die mate waartoe die doelwitte van die maatreëls bevorder word, word ingevolge die toepaslike proporsionaliteitstoets opgeweeg. Die gevolgtrekking word gemaak dat die inbreuk van die ter sake maatreëls op die grondwetlike regte van diegene wat weens die ter sake maatreëls by verskillende werkgewers langer ure werk of nie langer ure werk nie, nie geregverdig is nie.

HOOFSTUK 2

DIE WET OP BASIESE DIENSVOORWAARDES

1. Inleiding

Die doel van hierdie hoofstuk is om artikels 9 en 10 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* in die konteks van die *Wet* te interpreteer. Dit verg dat kennis geneem word van die doelwitte en toepassingsveld van die *Wet*. Aangesien dit 'n primêre oogmerk van die *Wet* is om aan die Republiek se verpligtinge as lidland van die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO) te voldoen, en aangesien die IAO internasionale riglyne met betrekking tot aanvaarbare arbeidstandaarde daarstel, word die toepaslike konvensies, aanbevelings en nuwe tendense in die benadering van die IAO bespreek. Die ander primêre oogmerk van die *Wet*, naamlik om uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat in artikel 23 van die *Grondwet* verskans is, word slegs vermeld, aangesien dit later in die studie breedvoerig bespreek sal word.

Die posisie met betrekking tot werkure in enkele lande word kortliks bespreek. Hierdie lande is invloedryke lede van die IAO. Tog is die benadering met betrekking tot werkure uiteenlopend. Hierdie feit ondersteun tendense in die benadering van die IAO wat erkenning gee aan die diversiteit van ekonomiese en sosiale omstandighede in verskillende lande en die gepaardgaande behoefte om werktyd met inagneming van hierdie omstandighede te reël.

2. Die regulering van werktyd deur die *Wet*

2.1 Die inkomstegrens en uitsonderings

Ingevolge die bepalings van die *Wet* met betrekking tot werktyd mag werknemers wat minder as 'n jaarlikse inkomste, soos deur die Minister vasgestel,⁵ verdien, met die uitsondering van senior bestuurswerknemers, werknemers in diens as verkoops personeel wat na die persele van klante reis en hulle eie werkure reël, en

⁵ *Staatskoerant* 30720 GK100 RK 8828 01-02-2008 stel die bedrag op R149 376 per jaar vas.

werknemers wat minder as 24 uur 'n maand vir 'n werkgever werk, nie op 'n deurlopende basis meer as 45 standaard-ure en 10 uur oortyd per week, dus 'n maksimum van 55 uur per week, vir dieselfde werkgever werk nie.⁶ Die begrip “seniorbestuurswerknemer” word omskryf as 'n werknemer wat die gesag het om werknemers te huur, te dissipliner en te ontslaan, en om die werkgever intern en ekstern te verteenwoordig.⁷

In die konsepkennisgewing met betrekking tot die eerste vasstelling van die jaarlikse inkomstegrens⁸ word die voorgestelde bedrag gemotiveer op die basis dat dit 10% van alle werknemers van die betrokke bepalings sal uitsluit. Hierdie persentasie is saamgestel uit 23% senior amptenare, bestuurders of wetgewers, 20% professionele persone, 27% tegnisi of geassosieerde professionele persone en 15% operateurs en monteerders, in totaal 85% van die 10%. Die oorblywende 15% word nie aan spesifieke beroepe gekoppel nie. Die persentasie van alle werknemers wat gekoppel aan beroepe uitgesluit is, is dus 8.5%. Daar word aangevoer dat, volgens die oortuiging van die Departement, die meeste van hierdie verdieners nie die beskerming van die relevante maatreëls nodig nie. Sou die plafon hoër wees, sou minder verdieners uitgesluit word, maar sou 'n groter aantal persone, veral professionele persone wat nie noodwendig die beskerming van die Wet nodig nie, ingesluit wees. Die teenoorgestelde posisie sal bestaan indien die plafon laer is.

⁶ Artikel 6(1) van die *Wet* bepaal dat Hoofstuk II, behalwe artikel 7, nie van toepassing is nie op senior bestuurswerknemers, werknemers in diens as verkoops personeel wat reis na die persele van klante en wat hulle eie werkure reël en werknemers wat minder as 24 uur 'n maand vir 'n werkgever werk. Artikel 7 bepaal dat elke werkgever die werktyd van elke werknemer moet reël ooreenkomstig die bepalings van enige wet wat beroepsgesondheid en -veiligheid reël, met behoorlike inagneming van die gesondheid en veiligheid van werknemers, met behoorlike inagneming van die Goeie Praktykkode oor die Reëling van Werktyd ingevolge artikel 87(1)(a) uitgereik, en met behoorlike inagneming van werknemers se gesinsverantwoordelikhede. Artikel 6(2) bepaal soos volg: “Artikels 9, 10(1), 14(1), 15(1), 17(2) en 18(1) is nie van toepassing nie op werk wat sonder versuim gedoen moet word as gevolg van omstandighede waarvoor daar nie redelikerwys van die werkgever verwag kon word om voorsiening te maak nie en wat nie gedurende hulle gewone werkure deur werknemers verrig kan word nie.” Artikel 6(3) bepaal dat die Minister 'n vasstelling moet doen om die toepassing van Hoofstuk II op enige kategorie werknemers wat meer verdien as 'n bedrag in daardie vasstelling vermeld, uit te sluit. Hoofstuk II reël werktyd.

⁷ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* artikel 1.

⁸ *Staatskoerant* 19091 GK 967 RK 6245 24-07-1998.

Die *Labour Force Survey*⁹ van September 2007 toon aan dat poste persentasiegewys soos volg tussen alle werknemers verdeel is: bestuurders 6.7%, professionele persone 6.4%, tegnisi 9.5%, klerke 9.1%, verkoops- en dienspersoneel 12.1%, opgeleide persone in posisies in die landbou 2.6%, vakmanne 13.8%, masjien-operateurs 9.5%, elementêre posisies 22% en huiswerkers 8%.

Die totale aantal werknemers in die vermeldde beroepskategorieë wat deur die 8.5% werknemers wat uitgesonder is, verteenwoordig word, maak dus 'n totaal van minstens 22.6% van alle werknemers uit. Geen rasionaal waarom die ander 14.1% werknemers in die vermeldde beroepskategorieë nie ook uitgesonder word nie, is egter aangebied nie. Daar kan geredelik aanvaar word dat verskillende salarisskale verklaar waarom 15% van die 10% werknemers wat uitgesonder is, aanleg- of masjien-operateurs is, terwyl bestuurders en professionele persone in totaal 13.1% van alle werknemers verteenwoordig.

2.2 Artikels 9 en 10

Artikels 9 en 10 van die *Wet* bevat verbiedende bepalings gerig op werkgewers. 'n Limiet word geplaas op die gewone werkure en op die oortydure wat 'n werkgewer met 'n werknemer mag ooreenkom.

Artikel 9 bepaal soos volg: "(1) Behoudens hierdie Hoofstuk mag 'n werkgewer nie van 'n werknemer vereis of hom of haar toelaat om meer as (a) 45 uur in 'n week te werk nie; en (b) nege uur op 'n dag te werk nie indien die werknemer op vyf dae of minder in 'n week werk; of (c) agt uur op 'n dag te werk nie indien die werknemer op meer as vyf dae in 'n week werk.

(2) 'n Werknemer se gewone werkure ingevolge subartikel (1) kan by ooreenkoms verleng word met tot 15 minute op 'n dag maar met hoogstens 60 minute in 'n week, ten einde 'n werknemer wie se pligte insluit om lede van die publiek te bedien, in staat te stel om na die voltooiing van gewone werkure voort te gaan om daardie pligte te verrig.

⁹ Statistics South Africa. *Labour Force Survey* 2007: 15:
<<http://www.statssa.gov.za/publications/statsdownload.asp?PPN=P0210&SCH=4133>>

(3) Bylae 1 stel prosedures in vir die progressiewe vermindering van die maksimum gewone werkure tot 'n maksimum van 40 gewone werkure per week en 8 gewone werkure per dag.”

Artikel 10 bepaal soos volg: “(1) Behoudens hierdie Hoofstuk mag 'n werkgewer nie van 'n werknemer vereis of hom of haar toelaat om (a) oortyd te werk nie, behalwe ooreenkomstig 'n ooreenkoms; (b) meer oortyd te werk nie as 10 uur in 'n week.

(1A) 'n Ooreenkoms ingevolge subartikel (1) mag nie van 'n werknemer vereis of hom of haar toelaat om meer as 12 uur op enige dag te werk nie.

(2) 'n Werkgewer moet aan 'n werknemer vir enige oortyd gewerk een en 'n half maal die werknemer se loon betaal.

(3) Ondanks subartikel (2) kan 'n ooreenkoms bepaal dat 'n werkgewer aan (a) 'n werknemer nie minder as die werknemer se gewone loon betaal vir oortyd wat gewerk is en die werknemer minstens 30 minute tyd vry met betaling gee vir elke uur oortyd gewerk; of (b) 'n werknemer minstens 90 minute tyd vry met betaling gee vir elke uur oortyd gewerk.

(4)(a) 'n Werkgewer moet tyd vry met betaling ingevolge subartikel (3) gee binne een maand nadat die werknemer daarop geregtig geword het. (b) 'n Skriftelike ooreenkoms kan die tydperk beoog deur paragraaf (a) tot 12 maande verleng.

(5) 'n Ooreenkoms wat ingevolge subartikel (1) met 'n werknemer aangegaan word wanneer die werknemer begin werk, of gedurende die eerste 3 maande van diens, verstryk na 1 jaar.

(6)(a) 'n Kollektiewe ooreenkoms kan die maksimum toegelate oortyd tot 15 uur per week verleng.

(b) 'n Kollektiewe ooreenkoms beoog in paragraaf (a) kan vir hoogstens 2 maande in enige tydperk van 12 maande van toepassing wees.”

Werknemers is geregtig op voorgeskrewe minimum etenspouses¹⁰ en, in die algemeen, op daaglikse en weeklikse rustye van onderskeidelik 12 en 36 aaneenlopende ure.¹¹

¹⁰ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 14.

¹¹ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 15.

Daar is geen verwysing in die artikels dat werkure by 'n ander werkgever in ag geneem moet word nie. Daar is ook geen algemene verbandhoudende bepaling in die *Wet* wat direk op werknemers gerig is en wat bepaal dat werknemers nie meer as 'n vasgestelde aantal ure per dag mag werk nie. Dit is insiggewend om die wetgewing in hierdie verband met Artikel 2(1) van die Duitse *Wet op Werkure*¹² te vergelyk. Laasgenoemde artikel bepaal pertinent dat werkure by meer as een werkgever bymekaargetel moet word by berekening van die aantal werkure waarna die *Wet* verwys.

'n Interpretasie dat werkure by 'n ander werkgever in ag geneem moet word wanneer oortyd bereken word, word nie in leidende handboeke aan die hand gedoen nie, is nie in die hof gearchumenteer nie en vind ook nie in die praktyk toepassing nie.¹³ Sodanige interpretasie sou ernstige regsonsekerheid ten opsigte van verantwoordelikheid vir oortydbetaling meebring. Die aangeleentheid sal gekompliseer word deur die feit dat, indien die werknemer vir een van die werkgevers vir minder as 24 uur werk, die bepalings met betrekking tot werkure nie op daardie werkgever van toepassing sal wees nie. In die vermelde bekendstelling van die verslag oor die vermindering van weeklikse werkure na 40 uur op 17 Oktober 2000, het die Minister van Arbeid dan ook die beoefening van 'n tweede beroep benewens oortyd genoem as 'n opsie om meer ure as die standaard-ure te werk.¹⁴

Die implikasie is dat 'n werknemer, behalwe die maksimum ure, oortyd ingesluit, wat die werknemer by sy of haar primêre werkgever werk, ook by 'n ander werkgever standaard-ure kan werk. In die lig daarvan dat Hoofstuk II van die *Wet* wat werkure reël nie op werknemers wat minder as 24 uur per maand vir 'n werkgever werk van toepassing is nie, volg dit dat werknemers wat 'n tweede beroep by 'n tweede werkgever vir minder as 24 uur per maand beoefen, nie die beskerming van Hoofstuk II met betrekking tot daardie ure sal geniet nie.

¹² *Wet op Werkure*. Bundesgesetzblatt 10 June 1994 No 33: 1170-1177:

<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02>>

¹³ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: 68-70.

¹⁴ South African Government Information. Mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op 17 Oktober 2000 by die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van werkure tot 40: <<http://www.info.gov.za/speeches/2000/001106340p1002.htm>>

2.3 Vervanging, verandering of wysiging van basiese diensvoorwaardes

Artikel 4 van die *Wet* bepaal dat 'n basiese diensvoorwaarde 'n beding van enige dienskontrak uitmaak, behalwe vir soverre 'n ander wet 'n beding bevat wat vir die werknemer gunstiger is, of die basiese diensvoorwaarde vervang, verander of uitgesluit is ooreenkomstig die bepalings van die *Wet*, of 'n beding van die dienskontrak vir die werknemer gunstiger is as die basiese diensvoorwaarde. In die groenskrif wat die *Wet* voorafgegaan het, word die behoefte om minimumstandaarde en die buigzaamheid wat deur die arbeidsmark vereis word, te balanseer, as uitgangspunt geneem. Die vasstel en afdwing van minimum voorwaardes en voorsiening vir uitsonderings word voorgestel as die twee belangrikste aspekte van “regulated flexibility”.¹⁵

2.3.1 Gunstiger bedinge

Dit word algemeen aanvaar dat 'n “gunstiger” beding soos bedoel in artikel 4(c) wat werkure aanbetref objektief verwys na minder as die vasgestelde werkure, en nie voorsiening maak vir die subjektiewe oordeel van 'n werknemer dat langer ure vir hom of haar in sy of haar omstandighede inderdaad gunstiger sou wees nie.

In *Jooste v Kohler Packaging Ltd*¹⁶ maak die Hof die stelling dat die *Wet* sosiale wetgewing daarstel ten einde minimum diensvoorwaardes vir werknemers vas te stel. Partye is nie geregtig om uit te kontrakteer uit die bepalings van die *Wet* nie.¹⁷

Die *Wet*¹⁸ spesifiseer uitdruklik wysigings wat met betrekking tot werkure by ooreenkoms tussen werkgewers en werknemers toegelaat word, byvoorbeeld dat die gewone werkure van werknemers wat die publiek bedien met vyftien minute per dag tot 'n maksimum van 60 minute per week verleng mag word.¹⁹

¹⁵ South African Government Information. Minimum Standards Directorate Policy Proposals for a New Employment Standards Statute Green Paper 13-02-1996 Opsomming par 4.1-4.2, Hoofstuk A Inleiding par 4: <<http://www.info.gov.za/greenpapers/1996/labour.htm>>; Du Toit *et al* 2006: 509-510.

¹⁶ *Jooste v Kohler Packaging Ltd* 2004 25 ILJ 121 LC.

¹⁷ *Jooste v Kohler Packaging Ltd* 2004: par 3.5-3.6.

¹⁸ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikels 167-171.

¹⁹ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 368; Du Toit *et al* 2006: 524-525 par 2.5.

Teen die agtergrond van die beskermingsdoelwit van die wetgewing, die verklaarde doelwit om die standaard-werkweek verder te verkort,²⁰ die bepaling in artikel 10(b) wat werkgewers kategories verbied om werknemers te versoek of toe te laat om meer as tien ure oortyd per week te werk en die pertinente stipulering van toegelate afwykings met betrekking tot die vermeerdering van werktyd, is die vermelde benadering waarskynlik korrek.

2.3.2 Kollektiewe ooreenkoms

Die *Wet* laat verder spesifiek omskrewe wysigings by kollektiewe ooreenkoms toe.²¹ Wat werkure aanbetref, word toegelaat dat 'n kollektiewe ooreenkoms bepaal dat werknemers se gewone werkure en oortyd as 'n gemiddelde oor hoogstens 4 maande bereken word. Die gemiddelde oortyd oor 'n ooreengekome periode mag nie 5 uur per week oorskry nie. Oortyd mag ook vir 'n maksimumtydperk van 2 maande in 'n 12 maande-periode tot 15 uur per week verleng word.²²

Bedingsraadooreenkomste kan enige van die voorgeskrewe basiese diensvoorwaardes wysig of uitsluit, behalwe 'n aantal sogenaamde kernregte.²³ Hierdie kernregte beskerm werknemers se veiligheid en gesondheid, sluit die basiese diensvoorwaardes en bepalinge met betrekking tot die standaardwerkweek van 45 uur, nagwerk, kraam- en siekteverlof, indiensneming van kinders en dwangarbeid en die bepalinge van die *Kode vir Goeie Praktyk vir die Reëling van Werktyd*²⁴ in, en beperk vermindering van jaarlikse verlof tot veertien dae. Oortyd kan dus, met inagneming van die kernregte, verleng word. Die MIBCO hoof-ooreenkoms maak byvoorbeeld voorsiening vir 'n proses ingevolge waarvan die Sekretaris van die Streekraad van die Motornywerheid Bedingsraad, onderhewig aan die goedkeuring van die

²⁰ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 9(3) gelees met Bylaag 1.

²¹ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikels 49(2), 10(6)(a), 12(1), 27(7) 37(2) en 10(6)(a).

²² Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 369; Du Toit *et al* 2006: 524-525 par 2.5.

²³ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 49(1).

²⁴ *Kode vir Goeie Praktyk oor die Reëling van Werktyd*, Staatskoerant 19453 GK 1440 RK 6342 13-11-1998.

Streekraad, 'n lisensie kan uitreik wat addisionele oortyd van 10 uur per week tot 'n maksimum van 60 uur totale oortyd gedurende 'n tydperk van 4 weke, magtig.²⁵

2.3.3 Ministeriële bevoegdheid

Die Minister het die bevoegdheid om, onderhewig aan sekere voorwaardes en met die uitsondering van die diensvoorwaardes wat op die gesondheid en veiligheid van werknemers, kraamverlof, nagwerk en kinder- en dwangarbeid betrekking het, ten opsigte van 'n bepaalde kategorie werknemers of werkgewers, of, op versoek van 'n werkgewer of werkgewersorganisasie, ten opsigte van 'n bepaalde werkgewer of werknemer, deur middel van 'n vasstelling enige basiese diensvoorwaarde in die *Wet* te wysig of uit te sluit. Met betrekking tot standaard-werkure is die wysigingsbevoegdheid van die Minister onderhewig daaraan dat die betrokke werknemers se gewone werkure, oortyd, rusperiodes en jaarlikse verlof in geheel meer gunstig vir die werknemers sal wees as die basiese diensvoorwaardes wat hierdie aspekte reguleer. Daarbenewens moet 'n kollektiewe ooreenkoms die wysiging steun, of, indien die meerderheid van die werknemers in die betrokke sektor nie aan 'n vakbond behoort nie, moet die wysiging deur die operasionele omstandighede van die sektor genoodsaak word, of op die landbou- of sekuriteitsektor van toepassing wees.²⁶

'n Vasstelling ingevolge die bevoegdheid wat hierdie artikel verleen, kan op aansoek van 'n werkgewer of werkgewersorganisasie ten opsigte van 'n kategorie werknemers of 'n werknemer gemaak word slegs indien die aansoek die goedkeuring geniet van die geregistreerde vakbond(e) wat die betrokke werknemers of werknemer verteenwoordig of, indien sodanige toestemming nie verkry is nie, indien die betrokke werkgewer of werkgewersorganisasie 'n afskrif van die aansoek, met 'n kennisgewing wat die voorstelle aan die Minister uiteensit, op die betrokke vakbond(e) beteken het of, waar daar nie vakbondverteenvoordiging is nie, redelike stappe gedoen het om die aansoek en die feit dat voorleggings aan die Minister gedoen mag word, onder die aandag van die betrokke werknemer of werknemers te bring.²⁷

²⁵ Mibco Hoofooreenkoms: afdeling B klousule5(3):
<http://www.mibco.org.za/main_agreement_frame.html>

²⁶ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 50(2)A. Sien ook Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 371; Du Toit *et al* 2006: 553-555.

²⁷ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*: artikel 50(7). Sien Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 372.

Die implikasie met betrekking tot werkure is dat die Minister ingevolge hierdie bevoegdheid by magte is om die totale toegelate maksimum werkure van 'n werknemer te vermeerder slegs deur die toegelate oortyd te vermeerder. Hierdie bevoegdheid is uitgeoefen in die vasstelling met betrekking tot kleinsake-ondernemings,²⁸ ingevolge waarvan die maksimum toegelate oortyd van 10 tot 15 uur per week vermeerder is.²⁹

In die lig van die benadering van die *Wet* met betrekking tot die wysiging van basiese diensvoorwaardes by wyse van individuele ooreenkoms, is dit onwaarskynlik dat ingevolge hierdie ministeriële bevoegdheid erkenning gegee sal word aan 'n reg van werknemers om meer as die maksimum toegelate werktyd ooreenkomstig hulle persoonlike behoeftes met hulle werkgewers ooreen te kom. Sover vasgestel kon word, is tot dusvêr geen vasstelling ingevolge hierdie bevoegdheid met betrekking tot 'n individuele werknemer gemaak nie. Daar is geen riglyne met betrekking tot die delegasie en administrasie van die vasstelling neergelê wat aanduidend is daarvan dat die betrokke artikel op 'n algemene proses ingevolge waarvan sodanige reg van individuele werknemers uitgeoefen kan word, gerig is nie. Dit is insiggewend om die artikel met artikel 17(1) geles met artikel 17.1 van die *Employment Standards Act*, 2000, van toepassing op Ontario in Kanada, te vergelyk. Hierdie artikels maak spesifiek voorsiening vir 'n toepaslike proses wat beskikbaar is en gevolg moet word indien 'n werkgewer en werknemer sou ooreenkom dat die werknemer langer ure sal werk.³⁰

2.3.4 Sektorale vasstellings

Artikel 51 maak voorsiening vir die vasstelling van basiese diensvoorwaardes deur die Minister ten opsigte van werknemers in 'n sektor of area. Die doel van sektorale

²⁸ Ministeriële vasstelling No 1 vir die Klein Besigheid Sektor. *Staatskoerant* 20587 GK 1295 RK 6659 5-11-1999.

²⁹ Ministeriële vasstelling *Staatskoerant* 22965 GK 1407 R 7234 28-12-2001 vermeerder ingevolge artikel 50(8)(c) van die *Wet* die toegelate werktyd van werknemers by gespesifiseerde wynkelders met 10 uur per week.

³⁰ *Canada Employment Standards Act* 2000 Ontario: artikels 17 en 22: <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_00e41_e.htm#BK140>; <http://www.labour.gov.on.ca/english/es/factsheets/fs_hours.html>. Sien par 4.3: 37-38 vn 93 hieronder.

vasstellings is om aan die Minister die geleentheid te gee om minimum diensvoorwaardes vir sektore van die ekonomie wat nie op 'n kollektiewe basis georganiseer is nie, vas te stel. Die bepalings van 'n sektorale vasstelling geniet voorkeur bo die bepalings van die *Wet*, maar dek nie werknemers op wie 'n bedingingsraadooreenkoms oor dieselfde aangeleenthede van toepassing is nie.³¹

Voorbeelde van sektorale vasstellings wat in totaal meer werkure as die *Wet* toelaat, is die vasstellings van toepassing op plaaswerkers,³² bosbouwerkers³³ en sekuriteitsbeamptes.³⁴ Werknemers in die eersgenoemde twee sektore mag 45 uur gewone ure en 15 uur oortyd per week werk, en werknemers in die laasgenoemde sektor mag 48 gewone ure en 10 uur oortyd per week werk.

3. Die doelwitte van die *Wet*

3.1 Primêre en breë doelwitte

Die doelwitte van die *Wet* word soos volg in artikel 2 omskryf: "Die doel van hierdie *Wet* is om ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid te bevorder deur die primêre oogmerke van hierdie *Wet* te bereik, naamlik (a) om uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat by artikel 23(1) van die Grondwet verleen is en daardie reg te reël (i) deur basiese diensvoorwaardes in te stel en af te dwing; (ii) deur die verandering van basiese diensvoorwaardes te reël; (b) om uitvoering te gee aan die verpligtinge wat deur die Republiek as lidland van die Internasionale Arbeidsorganisasie opgeloop is."³⁵

Die *Wet* is primêr binne diensverhoudings van toepassing.³⁶ Die minimum diensvoorwaardes wat deur die *Wet* daargestel word, het ten doel om werknemers teen onredelike diensvoorwaardes te beskerm. Die primêre doelwitte van die *Wet* is egter

³¹ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 373-374.

³² Sektorale vasstelling 8: Plaaswerkersektor *Staatskoerant* 24114 GK 7499 RK 7529 2-12-2002.

³³ Sektorale vasstelling 12: Sektorale vasstelling 12: Bosbousektor Suid-Afrika *Staatskoerant* 28598 GK 219 RK 8419 17-03-2006.

³⁴ Sektorale vasstelling 6: Private Sekuriteitsektor *Staatskoerant* 22873 GK R1250 RK 7216 30-11-2001.

³⁵ Sien ook die aanhef van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*.

³⁶ Du Toit *et al* 2006: 509-511; Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 323-331; Grogan 2007: 65-66; Brassey 1994: 18-19.

gerig op doelwitte met 'n breër toepassingsveld as bestaande diensverhoudings, naamlik die bevordering van ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid in die samelewing as geheel. Die implikasie van die breër doelwitte is dat 'n breër normatiewe benadering met betrekking tot die toepassing van die *Wet* gevolg moet word, deurdat maatreëls wat ingevolge die *Wet* daargestel word, die breër doelwitte moet dien.

Die feit dat 'n breër normatiewe benadering inderdaad deur die wetgewer nagestreef word, word deur 'n groenskrif van die Department van Arbeid wat die *Wet* voorafgegaan het, gestaaf. Die groenskrif neem as uitgangspunt die behoefte om minimumstandaarde en die vereiste buigsaamheid van die arbeidsmark te balanseer, en gee erkenning aan die komplekse verhouding tussen verminderde werkure en werkverskaffing, asook aan die sosiale meriete van 'n vermindering van werkure. Die stelling word gemaak dat die wyse waarop enige verandering in werkure teweeggebring word, met werkverskaffing versoenbaar moet wees, en omstandighede wat tot werkverliese mag lei, moet vermy.³⁷ Daarbenewens moet sodanige vermindering op 'n vermindering van die werklike werktyd van werknemers gerig wees, en moet dit die potensiaal vir verhoogde produktiwiteit bevorder en die beperkings van spesifieke sektore met betrekking tot vermindering van werkure, die moontlikheid van verhoogde koste, asook die behoefte van werknemers om vir verminderde werkure vergoed te word, in ag neem.³⁸

Dit blyk uit 'n mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid ongeveer 3 jaar na die inwerkingstelling van die *Wet*, by geleentheid van die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van weeklikse werkure tot 40 uur per week, dat die Suid-Afrikaanse werklikheid sodanige realisering van die doelwitte van die *Wet* wesenlik bemoeilik.³⁹ Met verwysing na die verslag maak die Minister die stelling dat werkure slegs onder sekere omstandighede tot die voordeel van werknemers en die

³⁷ Die werkloosheidspersentasie in Suid-Afrika gedurende die vierde kwartaal van 2008 was 21%: <<http://www.statssa.gov.za/keyindicators/keyindicators.asp>>

³⁸ South African Government Information. Minimum Standards Directorate Policy Proposals for a New Employment Standards Statute Green Paper 13-02-1996: Hoofstuk F par 1: <<http://www.info.gov.za/greenpapers/1996/labour.htm>>; Du Toit *et al* 2006: 509-510.

³⁹ South African Government Information. Mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op 17 Oktober 2000 by die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van werkure tot 40. <<http://www.info.gov.za/speeches/2000/001106340p1002.htm>>

ekonomie verder verminder kan word. Eerstens moet daar 'n afname in ongelyke inkomstevlakke en armoede wees. Swakbetaalde werknemers sal hulle andersins tot meer oortyd of tot "moonlighting"⁴⁰ wend. Tweedens kan werklike werkyd slegs verminder word indien daar 'n voldoende aanbod van gekwalifiseerde arbeid is. Werkyd en opleiding moet dus in samehang oorweeg word. Daar moet verder gewaak word teen 'n vermindering van werksekuriteit. In 'n aantal gevalle het die vermindering van werkure byvoorbeeld daartoe gelei dat van geleentheidswerkers gebruik gemaak is.

3.2 Artikel 23(1) van die Grondwet

Artikel 23(1) van die *Grondwet* bepaal dat elkeen 'n reg op billike arbeidspraktyke het. Die sub-artikel staan in 'n nou verband met artikel 23(5) wat in die konteks van artikel 23(2), (3) en (4) wat die reg van werknemers en werkgewers om onderskeidelik vakbonde en werkgewersorganisasies tot stand te bring, daarby aan te sluit en aan die werksaamhede van die organisasies deel te neem, 'n reg op kollektiewe bedinging verskans. Die toepaslike subartikels van artikel 23 word breedvoerig in hoofstuk 6 van die studie bespreek.⁴¹

3.3 Die Internasionale Arbeidsorganisasie

Die IAO het in 1919 gedurende die opbouperiode wat op die Eerste Wêreldoorlog gevolg het, tot stand gekom. In 1946 het die IAO die eerste gespesialiseerde agentskap van die Verenigde Nasies (VN) geword. Die oogmerk van die organisasie was om die visie te bevorder dat standhoudende vrede slegs gehandhaaf kan word indien dit op die beskaafde behandeling van werkende mense gebaseer is. Dit word gedoen deur internasionale arbeidstandaarde daar te stel en te monitor.⁴²

Werkure was sedert die totstandkoming van die IAO 'n belangrike onderwerp van standaardstelling. Gedurende die vroeë industriële tydperk was dit nie ongewoon dat mense 14 tot 16 uur per dag gewerk het nie. Die vermindering van werkure, en

⁴⁰ Die begrip verwys na die beoefening van 'n tweede beroep.

⁴¹ Sien hoofstuk 6: 209-221 hieronder.

⁴² ILOLEX. ILO Information Leaflet. <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--en/index.htm>

spesifiek 'n 8-uur werkdag, was sedert die middel van die negentiende eeu en veral na die Eerste Wêreldoorlog een van die mees konstante arbeidseise. Die inleiding van die grondwet van die IAO noem die regulering van werkure, insluitende die vasstelling van 'n maksimum werkdag en -week, as voorbeelde van wyses waarop heersende arbeidsomstandighede wat armoede en ontbering vir groot getalle werkers tot gevolg het, tot so 'n mate dat wêreldvrede en -harmonie bedreig word, aangespreek kan word.⁴³

Werkure word deur 'n hele aantal IAO konvensies gereguleer. Die *Hours of Work (Industry) Convention, 1919*⁴⁴ is van toepassing op persone in diens van enige publieke of privaat industriële onderneming, met die uitsondering van familie-ondernemings.⁴⁵ Die Konvensie beperk werkure in die algemeen tot 8 uur per dag en 48 uur per week. Voorsiening word gemaak vir berekening van werkure as 'n gemiddelde oor sekere periodes.⁴⁶ Artikels 3 en 4 maak voorsiening vir sekere uitsonderings.⁴⁷ Wanneer 48 uur per week ingevolge hierdie uitsonderings oorskry word, moet oortydbetaling teen 1¼ maal die normale vergoeding betaal word.⁴⁸

⁴³ ILOLEX. Constitution of the ILO: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>>

⁴⁴ ILOLEX. C001 *Hours of Work (Industry) Convention, 1919*: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C001>>

⁴⁵ Artikel 1 omskryf die term "industrial undertaking" soos volg: "1. For the purpose of this Convention, the term industrial undertaking includes particularly (a) mines, quarries, and other works for the extraction of minerals from the earth; (b) industries in which articles are manufactured, altered, cleaned, repaired, ornamented, finished, adapted for sale, broken up or demolished, or in which materials are transformed; including shipbuilding and the generation, transformation, and transmission of electricity or motive power of any kind; (c) construction, reconstruction, maintenance, repair, alteration, or demolition of any building, railway, tramway, harbour, dock, pier, canal, inland waterway, road, tunnel, bridge, viaduct, sewer, drain, well, telegraphic or telephonic installation, electrical undertaking, gas work, waterwork or other work of construction, as well as the preparation for or laying the foundations of any such work or structure; (d) transport of passengers or goods by road, rail, sea or inland waterway, including the handling of goods at docks, quays, wharves or warehouses, but excluding transport by hand."

⁴⁶ Artikel 2 par c; artikel 5.

⁴⁷ Artikel 3 bepaal soos volg: "The limit of hours of work prescribed in Article 2 may be exceeded in case of accident, actual or threatened, or in case of urgent work to be done to machinery or plant, or in case of force majeure, but only so far as may be necessary to avoid serious interference with the ordinary working of the undertaking." Artikel 4 bepaal soos volg: "The limit of hours of work prescribed in Article 2 may also be exceeded in those processes which are required by reason of the nature of the process to be carried on continuously by a succession of shifts, subject to the condition that the working hours shall not exceed fifty-six in the week on the average."

⁴⁸ Artikel 6(2).

Die *Hours of Work (Commerce and Offices) Convention, 1930*⁴⁹ maak die 8-uur werkdag en 48-uur werkweek ook van toepassing op persone in diens van kommersiële- en handelsinstansies, wat pos-, telegraaf- en telefoondienste insluit, persone in diens van instansies en administratiewe dienste waar werknemers hoofsaaklik kantoorwerk doen, en persone in diens van gemengde kommersiële en industriële instansies. Voorsiening word gemaak vir sekere permanente en tydelike uitsonderings.⁵⁰

Die *Forty-Hour Week Convention, 1935*⁵¹ bepaal dat elke lid van die IAO wat die Konvensie ratifiseer, die beginsel van 'n 40-uur werkweek, op so 'n wyse toegepas dat dit nie 'n verlaging in lewenstandaard tot gevolg het nie, goedkeur, en gepaste maatreëls sal fasiliteer ten einde hierdie doelwit te bereik. Die Konvensie is spesifiek op die werkloosheidsprobleem gerig.

Die *Weekly Rest (Industry) Convention, 1921*⁵² en die *Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957*⁵³ stel die algemene standaard dat werknemers 'n rusperiode van minstens 24 uur elke 7 dae sal geniet.

⁴⁹ ILOLEX. C030 *Hours of Work (Commerce and Offices) Convention, 1930*:

<[http://www.ilo.org/LOLEX. C030 Hours of Work \(Commerce and Offices\) Convention, 1930. /ilolex/cgi-lex/convde.pl?C030.>](http://www.ilo.org/LOLEX/C030/Hours%20of%20Work%20(Commerce%20and%20Offices)%20Convention%201930/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C030)

⁵⁰ Artikel 7 bepaal soos volg: "Regulations made by public authority shall determine

1. The permanent exceptions which may be allowed for (a) certain classes of persons whose work is inherently intermittent, such as caretakers and persons employed to look after working premises and warehouses; (b) classes of persons directly engaged in preparatory or complementary work which must necessarily be carried on outside the limits laid down for the hours of work of the rest of the persons employed in the establishment; (c) shops and other establishments where the nature of the work, the size of the population or the number of persons employed render inapplicable the working hours fixed in Articles 3 and 4.

2. The temporary exceptions which may be granted in the following cases:

(a) in case of accident, actual or threatened, force majeure, or urgent work to machinery or plant, but only so far as may be necessary to avoid serious interference with the ordinary working of the establishment; (b) in order to prevent the loss of perishable goods or avoid endangering the technical results of the work; (c) in order to allow for special work such as stocktaking and the preparation of balance sheets, settlement days, liquidations, and the balancing and closing of accounts;

(d) in order to enable establishments to deal with cases of abnormal pressure of work due to special circumstances, in so far as the employer cannot ordinarily be expected to resort to other measures.

3. Save as regards paragraph 2(a), the regulations made under this Article shall determine the number of additional hours of work which may be allowed in the day and, in respect of temporary exceptions, in the year.

4. The rate of pay for the additional hours of work permitted under paragraph 2(b), (c) and (d) of this Article shall not be less than one-and-a-quarter times the regular rate."

⁵¹ ILOLEX. C047 *Forty-Hour Week Convention, 1935*:

<[http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C047.>](http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C047)

⁵² ILOLEX. C014 *Weekly Rest (Industry) Convention, 1921*: <[http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C014.>](http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C014)

Die *Holidays with Pay Convention (Revised) 1970*⁵⁴ bepaal dat die werknemers op wie die Konvensie van toepassing is, geregtig is op jaarlikse betaalde vakansieverlof van minstens drie werksweke.

Die *Night Work Convention 1990*⁵⁵ definieer nagwerk as werk verrig gedurende 'n ononderbroke periode van sewe uur wat die tydperk vanaf middernag tot 5 vm insluit, en vereis sekere maatreëls ter beskerming van nagwerkers.

Die *Part-Time Work Convention 1994*⁵⁶ vereis dat deeltydse werkers dieselfde beskerming, basiese lone en sosiale sekuriteit as voltydse werkers in 'n vergelykbare posisie sal geniet, asook soortgelyke werksomstandighede.

In 1998 is 'n deklarasie met betrekking tot fundamentele beginsels en regte by die werk aangeneem. Die deklarasie verbind alle lidlande, ongeag ratifikasie al dan nie van die relevante konvensies, tot die respektering en bevordering van regte en beginsels in 4 kategorieë, naamlik vryheid van assosiasie, die effektiewe erkenning van die reg op kollektiewe bedinging, die uitskakeling van gedwonge arbeid en kinderarbeid en die uitskakeling van diskriminasie in arbeidsverband. Die deklarasie maak dit duidelik dat hierdie regte universeel is en op alle state en mense van toepassing is, ongeag die vlak van ekonomiese ontwikkeling. Dit gee erkenning aan die benadering dat ekonomiese ontwikkeling alleen nie genoeg is om geregtigheid en sosiale vooruitgang te verseker en armoede uit te wis nie. Ooreenkomstig 'n opvolgprosedure word lande wat een of meer van die kernkonvensies nie geratifiseer het nie, jaarliks versoek om verslag te doen met betrekking tot die status van die betrokke beginsels en regte binne hulle grense.⁵⁷

⁵³ ILOLEX. C106 *Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957*:

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C106>>

⁵⁴ ILOLEX. C132 *Holidays with Pay Convention (Revised), 1970*: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C132>>

⁵⁵ ILOLEX. C171 *Night Work Convention, 1990*: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C171>>

⁵⁶ ILOLEX. C175 *Part-Time Work Convention, 1994*: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C175>>

⁵⁷ ILOLEX. *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998*:

<<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--en/index.htm>>

Volgens Rubio⁵⁸ is die terugkeer gedurende die negentigerjare na die aanvanklike fokus op die beskerming van fundamentele arbeidsregte meegebring deur interne en eksterne kritiek oor verskeie dekades, gekombineer met dramatiese politieke en ekonomiese veranderinge wat die relevansie van die uitgebreide politieke doelwitte van die IAO uitgedaag het en wat 'n weerstand by lidstate opgebou het.

Die IAO se sosiale beleidstelling, aldus Rubio, was gerig deur drie verweefde konsepte wat minder haalbaar geword het sedert 'n golf van ekonomiese krisis die wêreld in 1970 en daarna getref het. Eerstens is die IAO tot Keynesiese ekonomiese beginsels verbind. Hierdie beginsels is in die grondwet van die IAO asook in die *Deklarasie van Philadelphia*⁵⁹ geïnstitutionaliseer en plaas die klem op staatsinmenging in die arbeidsmag en 'n herverdelingsbeleid, in teenstelling met die meer resente ekonomiese siening wat markgesentreerde oplossings voorstaan. Hierdie beginsels is mettertyd deur geïndustrialiseerde lande wat, gedeeltelik as gevolg van die aanneem van IAO Konvensies, tot hoë-koste arbeidsbeleide verbind is, bevraagteken.⁶⁰

Tweedens het die IAO se beleid om internasionale instrumente te gebruik om die weg na sosiale vooruitgang te definieer, gelei tot konvensies wat hoëvlakverpligtinge oplê, soms buite verhouding met die ekonomiese omstandighede van state. Dit het gelei tot 'n rigiditeit wat die aanpasbaarheid by ekonomiese realiteite aan bande gelê het. Daarbenewens het hierdie konvensies uitermate groot kostes met betrekking tot die afdwing van die betrokke standaarde vir regerings meegebring. Groter arbeidskoste is ook vir privaat-ondernemings meegebring.

Die derde konsep is die beleid om konvensies in uitgebreide besonderhede op te stel, wat eweneens aanpasbaarheid by veranderde ekonomiese omstandighede aan bande gelê het.

⁵⁸ Rubio 1998-1999: 232.

⁵⁹ ILOLEX. *Declaration of Philadelphia*:

<<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/download/brochure/pdf/page5.pdf>>

⁶⁰ Rubio 1998-1999: 215. Sien Drobny 1988: 12-50.

Rubio verwys na gevolgtrekkings van ekonome dat uitgebreide eenvormige internasionale regulering in die weg van ekonomiese groei en reële arbeidsmarkresultate mag staan.⁶¹ Hy kom tot die gevolgtrekking dat die IAO op die inbreukmaking op basiese arbeidsregte en op menseregte in die algemeen, wat steeds in groot dele van die wêreld aan die orde van die dag is, behoort te fokus.⁶²

Internasionale standaarde deur die IAO gestel, spruit uit 'n internasionale besorgdheid ten opsigte van 'n spesifieke arbeidsaangeleentheid.⁶³ 'n Lae ratifikasiepersentasie van 'n aanvaarde standaard beïnvloed uiteraard die effektiwiteit van die standaardstelling en laat vrae met betrekking tot die legitimiteit van die betrokke standaard ontstaan.

Tot op hede is Konvensie 1 deur 52 en Konvensie 30 deur 30 van die 182 lidstate geratifiseer. Die laaste ratifikasies was onderskeidelik in 1988 en 1985. Konvensie 47 is deur 14 lande geratifiseer. Geen van die vermelde konvensies wat werkure reguleer, is deur Suid-Afrika geratifiseer nie.⁶⁴

Die lae ratifikasiepersentasie van sekere konvensies van die IAO het tot intensiewe debat en ondersoeke na die redes waarom state nie bereid is om die konvensies te ratifiseer nie, gelei.

Die IAO het ondersoek ingestel spesifiek met betrekking tot die lae ratifikasiepersentasie van Konvensies 1 en 30. Die vraagstuk word breedvoerig aangespreek in 'n verslag met betrekking tot werkure wat in 2005 saamgestel is.⁶⁵

⁶¹ Rubio 1998-1999: 234.

⁶² Rubio 1998-1999: 236.

⁶³ Nadat 'n aangeleentheid op die agenda van die volgende Internasionale Arbeidskonferensie geplaas is, word 'n verslag wat die bestaande wetgewing en praktyke in die verskillende lidlande ten opsigte van die betrokke aangeleentheid uiteensit en ontleed, deur die Internasionale Arbeidskantoor voorberei en gesirkuleer. 'n Tweede verslag word dan voorberei en by 'n tweede konferensie gedebatteer. 'n Voorgestelde standaard met betrekking tot die aangeleentheid kan dan met 'n 2/3 meerderheid van stemme aanvaar word. Lidstate moet enige konvensie wat by die Internasionale Arbeidskongres aanvaar is, aan die relevante nasionale instansie voorlê vir ratifikasie, waardeur die staat die konvensie as 'n bindende regsinstrument sal aanvaar en onderwerp sal wees aan monitering deur die IAO van die toepassing van die konvensie deur die betrokke staat. Ratifikasie is vrywillig: ILOLEX. How international labour standards are created:

<http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/creation/lang--en/index.htm.>

⁶⁴ ILOLEX. Ratifications: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>.>

⁶⁵ ILOLEX. 2005 Hours of Work General Survey: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>.>

Die verslag wys veral die volgende faktore as die vernaamste struikelblokke in die pad van ratifisering uit, te wete vrees vir internasionale kompetisie, kommer na die wêreldoorlog dat intensiewe produksie om vernietigde bates op te bou aan bande gelê sou word, ekonomiese probleme in die na-oorlogtydperk, die wye toepassingsveld van die konvensies in samehang met die kompleksiteit van die aangeleentheid en die verskillende benaderings wat deur die verskillende state gevolg is, en onvoldoende voorsiening vir uitsonderings.⁶⁶

Met verwysing na Aanbeveling 116 van 1962,⁶⁷ wat hierna bespreek sal word, merk die verslag op dat daar wel 'n geleidelike beweging na verminderde werkure plaasgevind het, maar deur middel van geleidelike aanpassing ooreenkomstig sosio-ekonomiese omstandighede, deur vrye kollektiewe bedinging en deur moontlikhede te skep vir tydelike variasies, soms gekombineer met progressiewe vlakke van oortydbetaling.⁶⁸ Die verslag verwys na die ontleding van nuwe neigings met betrekking tot werkure wat in 'n onlangse IAO publikasie *Working time and workers' preferences in industrialized countries: Finding the balance* gedoen is. Die ontleding toon aan dat gedurende die laaste dekades in die meeste geïndustrialiseerde samelewings die historiese neiging tot 'n progressiewe standaardisering van werktyd plek gemaak het vir 'n diversifikasie, desentralisasie en individualisasie van werkure. Dit was die gevolg van druk van 'n aantal faktore. Eerstens het verandering in huishoudelike en demografiese strukture 'n rol gespeel, in besonder die verskuiwing van manlike broodwinner-huishoudings na dubbelverdiener-huishoudings, die proses van globalisering en die gepaardgaande toename in kompetisie, die ontwikkeling van inligting en kommunikasietegnologie, en verbruikerseise in die 24-uur ekonomie. Individuele werkers se spesifieke behoeftes en voorkeure met betrekking tot werktyd is mettertyd gereflekteer in werktyd-ooreenkomste wat wissel van konvensionele permanente werk tot fleksie-tyd, tydbankrekenings en gemiddelde werktyd oor tydperke van tot 'n jaar. Hierdie nuwe metodes het dikwels langer werkure tot gevolg. Terwyl sommige werkers aktief hierdie langer ure verkies, het ander geen keuse as om die ure te aanvaar nie. Die opmerking word gemaak dat daar 'n risiko ten opsigte

⁶⁶ ILOLEX. *2005 Hours of Work General Survey*: par 15-20.

⁶⁷ ILOLEX. *Reduction of Hours of Work Recommendation R116, 1962*:
<<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>>

⁶⁸ ILOLEX. *2005 Hours of Work General Survey*: par 21 tot 24.
<<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>>

van uitermate lang werkure aan die kompetisie tussen veral professionele werkers verbonde is, aangesien die aantal ure wat hulle werk dikwels as prestasie geëvalueer word. Dit is verder dikwels meer voordelig vir werkgewers om oortyd te vergoed as om meer werkers aan te stel. Veral werkers met 'n lae inkomste verwelkom dikwels hierdie strategie. Die implikasie is dat 'n redelike vlak van inkomste-sekuriteit 'n belangrike voorvereiste is vir die implementering van 'n werktydbeleid wat uitermate lang ure suksesvol ontmoedig.⁶⁹

Die verslag verwys verder na studies onder andere deur die Organisasie vir Ekonomiese Samewerking en Ontwikkeling en die Wêreldbank wat aandui dat werkers en werkgewers 'n wye diskresie behoort te hê om werktyd te onderhandel. Die studies toon aan dat werkmagte, asook werkplekke, uiteenlopend van aard is en dat 'n "one-size-fits-all"-benadering nie aan te beveel is nie. Die proses moet slegs gestruktureer word deur algemene reëls wat met die handhawing van minimumstandaarde ten opsigte van veiligheid en gesondheid verband hou.⁷⁰ Die Wêreldbank in sy *World Development Report 2005* toon aan dat verbeterde werksomstandighede in ontwikkelde lande geleidelik en hand aan hand met algemene ekonomiese vooruitgang ontwikkel het. Pogings om dieselfde of hoër standaarde in lande in 'n vroeë stadium van ekonomiese ontwikkeling en met 'n swakker afdwingingskapasiteit toe te pas, lei dikwels tot swak en selfs perverse resultate. Wanneer regulasies uit pas is met plaaslike werklikhede, kan die prys vir hoë beskermingsvlakke vir werkers wat geregleerde beskerming geniet, wees dat beskerming en geleentheid 'n groter groep werkers ontsê word.⁷¹ Die gevolgtrekking word gemaak dat 'n balans tussen besigheidsvereistes en die behoeftes van werknemers werktydbeleide wat vyf dimensies aanspreek, vereis. Hierdie dimensies is die bevordering van veiligheid en gesondheid, ondersteuning van werkers met betrekking tot die nakoming van gesinsverantwoordelikhede, die aanmoediging van

⁶⁹ Messenger 2004: 2 en 45.

⁷⁰ ILOLEX. 2005 *Hours of Work General Survey*: par 25 en 26.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>.>

⁷¹ *World Development Report 2005*: 144-145:

<http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2005/Resources/09_WDR_Ch07.pdf.>

geslagsgelykheid, bevordering van produktiwiteit en die fasilitering van werkerskeuse en -invloed met betrekking tot werkure.⁷²

Gedurende die tydperk 1995 tot 2002 het die IAO alle standarde wat voor 1985 aangeneem is, met die uitsondering van die fundamentele konvensies, hersien, ten einde vas te stel of die standarde aangepas behoort te word. Ten opsigte van die 71 standarde, die fundamentele konvensies ingesluit, wat as “up-to-date” geklassifiseer is, is aktiewe bevordering aanbeveel. Wat werkure aanbetref, is die konvensies wat onderskeidelik naweekrustydperke vereis en op deelydse werkers betrekking het, asook Aanbeveling 116 van 1962 as “up-to-date instruments” geklassifiseer. Aan Konvensies 1, 30, 132 en 98 is interimstatus toegeken.⁷³ Die konvensies beklee steeds hierdie status.

Aanbeveling 116 van 1962 is veel minder voorskriftelik as Konvensies 1 en 30. Die aanbeveling behels dat lidstate aangemoedig word om met inagneming van die ekonomiese en sosiale omstandighede van die onderskeie state en onderskeie industrieë verminderde werktyd progressief na te streef. Voorsiening word gemaak vir oortyd teen oortydbetaling bo en behalwe die uitsonderings waarvoor in Konvensies 1 en 30 voorsiening gemaak word.⁷⁴ Daar word aanbeveel dat die bevoegde owerheid die mees verteenwoordigende werkgewers- en werknemersorganisasies met betrekking tot die beperking en vergoeding van oortyd sal raadpleeg.⁷⁵

Teen hierdie agtergrond word die stelling gemaak dat die spesifieke wyse waarop artikels 9 en 10 van die *Wet* werkure reël nie voorskriftelik is ten einde uitvoering te gee aan die verpligtinge wat deur die Republiek as lidland van die IAO opgeloop is nie. Hierdie studie sal inderdaad aantoon dat in die Suid-Afrikaanse konteks

⁷² ILOLEX. *2005 Hours of Work General Survey*: par 30-31:

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>>

⁷³ ILOLEX List of conventions and recommendations by subject and status given by the Governing Body. <<http://www.ilo.org/ilolex/english/subjectE.htm>>

⁷⁴ ILOLEX. *Reduction of Hours of Work Recommendation R116*, 1962: par 11, 16 en 19: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>> In par 11 word normale werkure soos volg gedefinieer: “normal hours of work shall mean, for the purpose of this Recommendation, the number of hours fixed in each country by or in pursuance of laws or regulations, collective agreements or arbitration awards, or, where not so fixed, the number of hours in excess of which any time worked is remunerated at overtime rates or forms an exception to the recognised rules or custom of the establishment or of the process concerned.”

⁷⁵ ILOLEX. *Reduction of Hours of Work Recommendation R116*, 1962: par 20(1)(e):

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>>

alternatiewe maatreëls getref kan word wat minder inbreuk sal maak op werknemers se grondwetlike regte, insluitende hulle reg op billike arbeidspraktyke soos bedoel in artikel 23 van die *Grondwet*, terwyl werknemers steeds beskerming, en selfs groter beskerming, ooreenkomstig die fundamentele oogmerke en fokus van die IAO sal geniet.

Vervolgens sal insiggewende waarnemings gemaak word met betrekking tot die regulering van werkure in die vermelde ander lidlande van die IAO.

4. Werkure in Amerika, Duitsland, Kanada en die Verenigde Koninkryk

In die publikasie uitgereik deur die IAO na die 93ste sessie van die Internasionale Arbeidskonferensie in 2005 word die gevolgtrekking gemaak dat die bestaande beleide en maatreëls met betrekking tot werkure in verskillende lande aandui dat die numeriese vermindering van normale werkure nie meer 'n dominante doelwit is nie. Afhangende van die spesifieke ekonomiese en sosiale omstandighede in 'n land, gebruik die regering van die land die vermindering of uitbreiding van werkure as 'n belangrike meganisme om 'n verskeidenheid van doelwitte te bereik, insluitende werkskepping, die skep van 'n balans tussen die werk en gesinslewe van werknemers en die verhoging van produktiwiteit.⁷⁶ In sekere lande, veral binne die Europese Unie, sluit 'n beperking op weeklikse werkure oortyd in, in ander nie.

Aangesien die Suid-Afrikaanse regspraak met betrekking tot die grondwetlike vrae wat in hierdie studie bespreek sal word mildelik uit die regspraak van Amerika, Duitsland en Kanada put, en aangesien in die toepassing van artikel 36 in Hoofstuk 7 van die studie na die Engelse bedeling en die oortydmaatreëls wat spesifiek in die Kanadese staat Ontario van toepassing is, verwys sal word, word die bedelings met betrekking tot werkure in hierdie onderskeie lande en staat uitgesonder en kortliks weergegee ten einde te illustreer dat uiteenlopende benaderings met betrekking tot werkure in die uitvoering van lande se verpligtinge as lidlande van die IAO gevolg word. Dit val nie binne die bestek van hierdie studie om vas te stel of die doelwitte

⁷⁶ ILOLEX. Hours of Work: From Fixed to Flexible? ILO Conference Paper 26 October 2005: par 198: <http://www.ilo.org/global/Themes/Working_Conditions/Workingtime/lang--en/docName--KD00123/index.htm>

van wetgewende maatreëls in ander lande inderdaad rasioneel verbind is met of deur die maatreëls bereik word nie.

Kanada het Konvensie 1 in 1935 geratifiseer. Geeneen van die ander vermelde konvensies is deur enigeen van die vermelde lande geratifiseer nie.

Die posisie met betrekking tot die totale aantal werkure wat in die onderskeie lande gewerk mag word, wissel van 'n vaste beperking in Duitsland en voorwaardelike beperkings in sommige Kanadese provinsies tot geen beperkings in Amerika. Oortydbetaling vir tyd gewerk meer as vasgestelde of ooreengekome standaard-ure is algemeen van toepassing.

4.1 Amerika⁷⁷

In Amerika is daar geen algemene beperking op die totale aantal ure wat gewerk mag word nie. Met sekere uitsonderings vereis die *Fair Labor Standards Act*⁷⁸ ten opsigte van werknemers op wie die *Wet* van toepassing is betaling van nie minder nie as die vasgestelde minimumloon vir elke uur gewerk tot 40 uur per week, en 1½ maal die werknemer se betaling per uur vir oortyd. Oortyd is ure gewerk meer as die standaard 40 uur per week.⁷⁹

Amerikaanse arbeidstatistiek toon aan dat gedurende 2007 werknemers gemiddeld 7.6 uur gewerk het op die dae waarop hulle gewerk het. Voltydse manlike werknemers

⁷⁷ Die werkloosheidspersentasie in Amerika in 2008 was 5.8%: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. Division of International Labor Comparisons:

<http://www.bls.gov/ilc/intl_unemployment_rates_monthly.htm.>

⁷⁸ *Fair Labor Standards Act* 1938: <<http://www.dol.gov/esa/whd/flsa>.>

⁷⁹ Die federale minimumloon vir werknemers op wie die *Wet* van toepassing is, is \$5.85 per uur vanaf Julie 24, 2007, \$6.55 per uur effektief vanaf Julie 24, 2008 en \$7.25 per uur effektief vanaf Julie 24, 2009. Werknemers wat werk vir ondernemings wat werknemers het wat werk doen in verband met interstaat-handel en wat 'n jaarlikse besigheidsomvang van minstens \$500 000 het, individuele werknemers wat werk doen wat verband hou met interstaat-handel, werknemers wat werk vir hospitale, besighede wat mediese dienste aan inwoners verskaf, skole en staats-agentskappe, werknemers wat deur middel van hulle werk betrokke is by interstaat-handel of die produksie van handelsgoedere, asook huiswerkers wat aan sekere voorwaardes voldoen, word deur die *Wet* gedek. Artikels 13(a)1 en 13(a)(17) sluit *bona fide* uitvoerende-, administratiewe-, professionele- en buite-verkoopswerknemers wat aan sekere voorwaardes met betrekking tot hulle werksverpligtinge voldoen en wat 'n salaris verdien van nie minder as \$455 per week nie, uit van die toepassing van die bepalinge ten opsigte van minimumlone en oortydbetaling: US Department of Labor. Coverage under the FLSA: <<http://www.dol.gov/esa/whd/regs/compliance/whdfs14.pdf>.>

het op 'n werkdag gemiddeld 8.21 uur gewerk, en voltydse vroulike werknemers 7.81 uur. Ongeveer 40% van vroue was deeltydse werkers. Die gemiddelde werkure van alle manlike werknemers was 7.89 uur per werkdag en van vroulike werknemers 7.2 uur per werkdag.⁸⁰ Wanneer in ag geneem word dat wetgewing nie 'n minimum jaarlikse betaalde verloftydperk vasstel nie en dat Amerikaners besonder min vakansieverlof neem, is dit duidelik dat werkure in Amerika relatief gesproke besonder lank is.

Drago, met verwysing na die tydperk 1970 tot 1997, kom tot die gevolgtrekking dat die onderskeid tussen diegene wat korter ure werk en diegene wat besonder lang ure werk groter geword het. Die persentasie vroue wat minder as 30 uur per week werk, het byvoorbeeld van 15.5% tot 20.5%, en die persentasie mans van 5.2% tot 10.8% toegeneem. Terselfdertyd het die persentasie vroue wat minstens 50 uur per week werk van 4.5% tot 9.6%, en die persentasie mans van 21% tot 25.2% toegeneem. Hy kom verder tot die gevolgtrekking dat die verskil in werkure gedeeltelik deur werknemerskeuse en gedeeltelik deur werkgewerseise teweeggebring is.⁸¹

4.2 Duitsland⁸²

Duitsland is 'n voorbeeld van 'n land wat deur 'n redelike vlak van inkomste-sekuriteit te handhaaf, voldoen aan die voorvereiste vir die implementering van 'n werktydbeleid wat uitermate lang werkure suksesvol ontmoedig.

Die volgende bepalings van die Duitse *Wet op Werkure*⁸³ is relevant. Artikel 2(1) definieer werkure soos volg: "Hours of work means the hours from the beginning to the end of work, not counting rest periods. Hours of work under more than one employer shall be added together..."

⁸⁰ US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. American Time Use Survey Summary 2007 Tabel 4: <<http://www.bls.gov/news.release/atus.t01.htm>>

⁸¹ Drago R. 2000: 212-218.

⁸² Die werkloosheidpersentasie in Duitsland in 2008 was 7.5%: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. Division of International Labor Comparisons: <http://www.bls.gov/ilc/intl_unemployment_rates_monthly.htm>

⁸³ *Hours of Work Act*. Bundesgesetzblatt 10 Junie 1994 No 33: 1170-1177:

<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02>>

Artikel 3 bepaal soos volg: "Workers' daily hours of work may not exceed eight hours. Such hours can be extended to 10 hours only if within 6 calendar months or within 24 weeks an average of 8 hours per day is not exceeded."

Artikel 7(1) bepaal soos volg: "The following provisions shall be permitted in a collective agreement, or in an individual works agreement on the basis of a collective agreement: (i) notwithstanding section 3, (a) that working hours be extended without compensation beyond 10 hours daily, if on-call work occurs regularly and to a considerable extent within working hours; (b) that another compensatory period be provided."⁸⁴

Artikel 9(1) bepaal dat werknemers nie aan diens mag wees op Sondag en openbare vakansiedae nie.

Dit is duidelik dat 'n werknemer op wie die wetgewing van toepassing is in totaal nie meer as die maksimum aantal ure waarvoor die wetgewing voorsiening maak, mag werk nie. Oortyd word beskou as uitgebreide ure gewerk ingevolge bovermelde artikels of as ure gewerk meer as ooreengekome normale werkure, maar steeds binne die maksimum voorgeskrewe totale ure.

Artikel 18 sluit die volgende werknemers van die toepassing van die genoemde maatreëls uit, te wete topbestuur soos bedoel in sub-artikel 5(3) van die *Betriebsverfassungsgesetz*,⁸⁵ senior mediese beamptes, topbestuur in die staatsdiens en hulle adjunkte, asook staatsdienswerkers wat die gesag het om onafhanklike besluite in personeelaangeleenthede te neem, werknemers wat 'n huishouding met die mense wat deur hulle versorg word, deel, en die liturgiese sfeer van kerke en godsdienstige assosiasies.

⁸⁴ Artikel 7(2) maak voorsiening vir enkele uitsonderings ten einde die behoeftes van sekere beroepe te akkommodeer.

⁸⁵ Artikel 5(3) van die *Betriebsverfassungsgesetz* 1952/1972 omskryf seniorbestuurswerknemers ("Leitende Angestellte") as werknemers wat geregtig is om onafhanklik werknemers aan te stel of te ontslaan, of wat 'n algemene volmag het wat nie onbeduidend is in verhouding tot die magte van die werkgever nie, of wat op 'n gereelde basis onafhanklik, of ingevolge regsvoorskrifte of riglyne, of in samewerking met ander senior werknemers pligte vervul of besluite neem of wesenlik beïnvloed, wat vir die behoud en ontwikkeling van die bedryf van betekenis is en wat besondere kennis en ervaring veronderstel.

Die gemiddelde werkure per week vir voltydse werknemers in Duitsland is 39.63. Van alle werknemers werk 17.09% deelyds, naamlik minder ure as die werkure wat kollektief beding is. Van vroulike werknemers werk 35.14% deelyds. Van alle voltydse werknemers werk 15.46% 45 uur of meer.⁸⁶

4.3 Kanada⁸⁷

Die *Canada Labour Code*⁸⁸ bepaal minimum diensstandaarde vir federaal gereguleerde besighede en industrieë, onder andere banke, telefoon- en telegraafdienste, lug- en skeepvaartdienste, radio- en televisie-uitsending, spoorweg- en padvervoer wat die kruising van provinsiale en nasionale grense behels, en privaatbesighede wat noodsaaklik is vir die uitvoering van federale wetgewing. Die *Kode* dek ongeveer 10% van alle werkers. Diensstandaarde van toepassing op ander werknemers word deur die onderskeie provinsiale ministeries van arbeid bepaal.

Die *Kode* bepaal dat standaardwerkure nie 8 uur per dag en 40 uur per week sal oorskry nie. Daarbenewens word bepaal dat geen werkgever sal veroorsaak of toelaat dat 'n werknemer langer ure in enige week werk nie.⁸⁹

'n Maksimum limiet van 8 uur per dag en 48 uur per week word op werkure geplaas. Die Minister het die bevoegdheid om, in uitsonderlike omstandighede en met inagneming van die diensomstandighede en die welvaart van die werkers, op aansoek van 'n werkgever of werkgewersorganisasie 'n permit uit te reik wat magtiging toestaan dat 'n sekere klas werkers meer as die gespesifiseerde maksimum ure mag werk. Oortydbetaling is 1½ maal die gewone loon.⁹⁰

⁸⁶ Boisard *et al* 2003: Tabelle 3, 5 en 6;

ILOLEX. Hours of Work: From Fixed to Flexible? ILO Conference Paper 26 October 2005: par 176: <http://www.ilo.org/global/Themes/Working_Conditions/Workingtime/lang--en/docName--KD00123/index.htm>

⁸⁷ Die werkloosheidpersentasie in Kanada in 2008 was 5.3%: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. Division of International Labor Comparisons: <http://www.bls.gov/ilc/intl_unemployment_rates_monthly.htm>

⁸⁸ *Canada Labour Code* R.S. 1985 c. L-2: <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/L-2/bo-ga:l_III-gb:l_I/en#anchorbo-ga:l_III-gb:l_I>

⁸⁹ *Canada Labour Code*: artikel 169(1)(a) en (b).

⁹⁰ *Canada Labour Code*: artikel 176.

Die provinsiale regulering van werkure verskil.⁹¹ Slegs in drie van die twaalf jurisdiksies is maksimum-werkure, oortyd ingesluit, per week vasgestel, naamlik 44, 48 en 60 uur per week onderskeidelik in Saskatchewan, Ontario en die Noordwestelike Gebiede, en Nunavut. In Alberta en in die jurisdiksie van Newfoundland/Labrador is maksimum-ure van onderskeidelik 12 en 14 uur per dag vasgestel.

Slegs in vier provinsies het werknemers die volle of beperkte reg om te weier om oortyd teen die vasgestelde oortydbetaling te werk. In die ander provinsies is verpligte oortyd slegs onderhewig daaraan dat die gesondheid van werknemers nie benadeel word nie, of dat vasgestelde minimum rustydperke toegestaan word, en dat werknemers die vasgestelde oortydbetaling ontvang. In al die jurisdiksies behalwe New Brunswick en Newfoundland/Labrador waar oortydbetaling 1½ maal die vasgestelde minimumloon is, is die vasgestelde oortydbetaling 1½ maal die normale loon. In British Columbia is oortydbetaling vir meer as 8 ure oortyd, dit is vir ure meer as 48 uur per week, dubbeld die normale loon.

In Saskatchewan is die maksimum standaard-ure 40 uur per week. Daar kan van werknemers vereis word om tot 'n maksimum van 44 uur te werk, insluitende 4 ure oortyd teen die vasgestelde oortydbetaling van 1½ keer die betaling vir standaard-ure. Werknemers kan ooreenkom om meer as die maksimum werkure teen oortydbetaling te werk.⁹²

In Ontario bepaal die *Employment Standards Act 2000* dat 'n werkgever en werknemer kan ooreenkom dat die werknemer langer ure as die vasgestelde maksimum ure sal werk. Die ooreenkoms is onderhewig aan die goedkeuring van die Direkteur van Diensstandaarde. Geen maksimum aantal ure word in hierdie verband voorgeskryf nie. Uitsonderlike omstandighede word nie as voorwaarde vir goedkeuring gestel nie. Indien goedkeuring of weiering van die voorgeskrewe aansoek om goedkeuring van die ooreenkoms nie binne 30 dae na betekening daarvan

⁹¹ Blanpain *et al* 2007: 185. Sien ook Human Resources and Skills Development Canada. Labour Law Analysis 2006: Hours of work, overtime, meal and other breaks:
<[http://www.hrsdc.gc.ca/en/lp/spila/elli/eslc/hours\(e\).pdf](http://www.hrsdc.gc.ca/en/lp/spila/elli/eslc/hours(e).pdf)>

⁹² *The Labour Standards Act*: artikels 6 en 12:
<<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/L1.pdf>>

op die betrokke direkteur ontvang is nie, mag die ooreenkoms op sekere voorwaardes, hangende die goedkeuring of weiering daarvan, tot 'n maksimum van 60 werkure per week geïmplementeer word. 'n Werknemer is verder geregtig op oortydbetaling van 1½ maal sy of haar normale salaris vir ure gewerk meer as 44 uur in 'n week, bereken oor 'n tydperk van 2 weke, of oor 'n tydperk soos ooreengekom.⁹³

In *McLeod v Egan*⁹⁴ is, met verwysing na die betrokke wetgewing in Ontario, bevind dat enige ooreenkoms wat aan werkgewers 'n ongekwalifiseerde reg verleen om van werknemers te vereis om langer ure te werk, onregmatig is. Werkgewers kan egter wel van werknemers vereis om langer ure as die maksimum vasgestelde ure te werk indien die werkgewer die nodige permit van die Direkteur van Arbeidstandaarde verkry het, en die betrokke werknemer tot langer werkure toegestem of ooreengekom het.⁹⁵

Artikel 167(2) van die *Canada Labour Code* bepaal dat Afdeling I wat met werkure handel nie van toepassing is met betrekking tot werknemers wat bestuurders of superintendente is of bestuursfunksies uitoefen nie, of wat lede is van professies wat ingevolge regulasies aangewys is as professies waarop die afdeling nie van toepassing is nie. Lede van die argitektuur-, tandarts-, ingenieurs-, regs- en mediese professies word op hierdie wyse uitgesluit.⁹⁶

Uitsluitings van regulering van werkure in die onderskeie provinsies word, waar van toepassing, eweneens aan professies of aan bestuurstatus gekoppel.⁹⁷

⁹³ *Employment Standards Act Ontario* 2000: artikels 17 en 22(1): <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_00e41_e.htm#BK140>; <http://www.labour.gov.on.ca/english/es/factsheets/fs_hours.html>

⁹⁴ *McLeod v Egan* 1975 1 SCR 517: 523-524.

⁹⁵ *Arthurs et al* 1988: 799.

⁹⁶ SOR/78-560: artikel 1; SOR/91-461: artikel 3(F): Sien Department of Justice Canada. Canada Labour Standards Regulations: <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cr/C.R.C.-c.986/bo-ga:s_3/en#anchorbo-ga:s_3>

⁹⁷ Ontario Regulاسie 285/01: Ontario Gazette: August 4, 2001: <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/source/regs/english/2001/elaws_src_regs_r01285_e.htm> Regulاسies 2 en 4 bepaal byvoorbeeld onderskeidelik soos volg: (Deel VII handel met werkure en Deel VIII met oortyd.)

“2(1) Parts VII, VIII, IX, X and XI of the Act do not apply to a person employed,

(a) as a duly qualified practitioner of, (i) architecture, (ii) law, (iii) professional engineering, (iv) public accounting, (v) surveying, or (vi) veterinary science;

(b) as a duly registered practitioner of (i) chiropody, (ii) chiropractic, (iii) dentistry, (iv) massage therapy, (v) medicine, (vi) optometry, (vii) pharmacy, (viii) physiotherapy, or (ix) psychology;

In 2007, met oortyd en verlore ure in die normale werkweek ingereken, het die gemiddelde Kanadese werknemer 33.3 uur per week gewerk. Tussen 20% en 25% van werknemers het 40 uur per week gewerk, net meer as 10% het 41 tot 49 uur per week gewerk, en tussen 10% en 15% het vyftig uur of meer per week gewerk.⁹⁸

4.4 Die Verenigde Koninkryk⁹⁹

Paragraaf 5 van die *Working Time Regulations, 1998*¹⁰⁰ wat in Engeland van toepassing is, maak voorsiening vir 'n ooreenkoms waarin 'n werknemer en werkgever

-
- (c) as a duly registered practitioner under the *Drugless Practitioners Act*;
 - (d) as teacher as defined in the *Teaching Profession Act*;
 - (e) as a student in training for an occupation mentioned in clause (a), (b), (c) or (d);
 - (f) in commercial fishing;
 - (g) as a salesperson or broker, as those terms are defined in the *Real Estate and Business Brokers Act, 2002*; or
 - (h) as a salesperson, other than a route salesperson, who is entitled to receive all or any part of his or her remuneration as commissions in respect of offers to purchase or sales that, (i) relate to goods or services, and (ii) are normally made away from the employer's place of business.
- (2) Subject to sections 24, 25, 26 and 27 of this Regulation, Parts VII, VIII, IX, X and XI of the Act do not apply to a person employed on a farm whose employment is directly related to the primary production of eggs, milk, grain, seeds, fruit, vegetables, maple products, honey, tobacco, herbs, pigs, cattle, sheep, goats, poultry, deer, elk, ratites, bison, rabbits, game birds, wild boar and cultured fish.”
- “4(1) Sections 17, 18 and 19 of the Act do not apply to,
- (a) a person employed as a firefighter as defined in section 1 of the *Fire Protection and Prevention Act, 1997*;
 - (b) a person whose work is supervisory or managerial in character and who may perform non-supervisory or non-managerial tasks on an irregular or exceptional basis;
 - (c) a person employed as a fishing or hunting guide;
 - (d) a construction employee;
 - (e) a person who is employed as the superintendent, janitor or caretaker of a residential building and resides in the building; or
 - (f) a person employed as an embalmer or funeral director.
- (2) Sections 17 and 19 of the Act do not apply to a person employed,
- (a) as a landscape gardener; or
 - (b) to install and maintain swimming pools.
- (3) Part VII of the Act does not apply to,
- (a) a person whose employment is directly related to (i) the growing of mushrooms, (ii) the growing of flowers for the retail and wholesale trade (iii) the growing, transporting and laying of sod, (iv) the growing of trees and shrubs for the wholesale and Kleinhandel, (v) the breeding and boarding of horses on a farm, or (vi) the keeping of furbearing mammals, as defined in the *Fish and Wildlife Conservation Act, 1997*, for propagation or the production of pelts for commercial purposes;
 - (b) an information technology professional; or
 - (c) a person employed in the recorded visual and audio-visual entertainment production industry.”

⁹⁸ Statistics Canada Publications. The Canadian Labour Market at a Glance: <[71-222-X](http://www.statcan.gc.ca/71-222-X)>

⁹⁹ Die werkloosheidpersentasie in die Verenigde Koninkryk in Maart 2008 was 5.3%: U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. Division of International Labor Comparisons: <[ftp://ftp.bls.gov/pub/special.requests/ForeignLabor/flsjec.txt](http://ftp.bls.gov/pub/special.requests/ForeignLabor/flsjec.txt)>

¹⁰⁰ Office of Public Sector Information (OPSI) UK. The Working Time Regulations 1998: <<http://www.opsi.gov.uk/si/si1998/19981833.htm#4>>

skriftelik ooreenkom dat die maksimum werkure-limiet wat in paragraaf 4 vasgestel word, nie van toepassing is nie. Die ooreenkoms kan vir 'n spesifieke of onbeperkte tydperk gesluit word. Tensy tot 'n ander kennisperiode, wat nie langer as 3 maande mag wees nie, ooreengekom word, kan die werknemer die ooreenkoms beëindig deur nie minder nie as 7 dae skriftelike kennis aan die werkgever te gee. Die werkgever moet aan die volgende vereistes voldoen: Rekords moet gehou word wat die werknemers wat die bedoelde ooreenkoms aangegaan het, identifiseer en die bepalinge van die onderskeie ooreenkomste, asook die aantal ure wat per verwysingstydperk oor die voorafgaande 2 jaar gewerk is, aandui. Die verantwoordelike inspekteur moet toegelaat word om op aanvraag die rekords te inspekteer en moet van inligting wat hy versoek, voorsien word.¹⁰¹

Die regulasies is nie van toepassing op werknemers wat vrylik kan besluit hoe lank hulle werk, byvoorbeeld werknemers in uitvoerende bestuursposisies, nie. Enkele spesifieke sektore word ook uitgesluit.¹⁰²

Die gemiddelde werkure per week vir voltydse werknemers in die Verenigde Koninkryk is 41.51. Van alle werknemers werk 21.92% deeltjds. Van vroulike

¹⁰¹ Die sogenaamde “opt out”-beginsel het tot groot onenigheid tussen lidlande van die Europese Unie aanleiding gegee. Artikel 6 van die *Council Directive 93/104/EC* van 23 November 1993 vereis van lidlande om ooreenkomstig die noodsaaklikheid om die gesondheid en veiligheid van werkers te verseker, die nodige maatreëls te tref ten einde toe te sien dat werktyd beperk sal word tot dermate dat die gemiddelde werksperiode per sewe dae tydperk, insluitende oortyd, nie 48 uur oorskry nie. Artikel 18(b)(i) maak egter voorsiening vir 'n opsie om, terwyl die beskerming van die gesondheid en veiligheid van werkers steeds verseker word, artikel 6 nie toe te pas nie, op voorwaarde dat geen werkgever van 'n werknemer mag vereis om meer as 48 uur oor 'n sewe dae tydperk te werk nie, tensy daardie werknemer onderhewig aan sekere voorwaardes toegestem het om langer te werk. Geen werknemer mag benadeel word omdat hy of sy nie bereid is om tot sodanige langer ure toe te stem nie. Op 22 Julie 2008 het die betrokke ministers tot 'n voorstel met betrekking tot beperkings ten opsigte van werktyd soos in die direktief voorgeskryf, ooreengekom. Dit behels onder andere dat die standaardwerkweek beperk sal wees tot 48 uur, tensy 'n individuele werknemer verkies om op meer ure ooreen te kom. Daarbenewens word daar 'n limiet van 'n gemiddeld van 60 uur per week oor drie maande ten opsigte van sodanige keuse geplaas. Nadat die ooreenkoms in die EU bereik is, is die Verenigde Koninkryk se aandrang op die insluiting van die beginsel deur die besigheidsektaris van die regering, John Hutton, soos volg verwoord: “Flexibility has been critical to our ability to create an extra 3 million jobs over the past decade. That flexibility has been preserved by ensuring workers can continue to have choice over their working hours in future years Securing the right for people to work longer if they choose to do so is hugely valuable to the British economy.” Sien Incomes Data Services. *European Working Time Directive*:

<<http://www.incomesdata.co.uk/information/worktimedirective.htm>> Sien ook Guardian 10-06-2008.

Working hours: UK bosses retain right to overtime:

<<http://www.guardian.co.uk/money/2008/jun/10/worklifebalance.workandcareers>>

¹⁰² Directgov. Working time limits (the 48 hour week):

<http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/WorkingHoursAndTimeOff/DG_10029426>

werknemers werk 41.62% deelyds. Van alle voltydse werknemers werk 20.4% 45 uur of meer.¹⁰³

4.5 Waarnemings

Dit is insiggewend dat die vermeldede lidlande van die IAO, wat fundamentele regte binne die arbeidsveld onderskryf, oorwegend nie die vermeldede konvensies wat werkure reël, geratifiseer het nie, en verskillende beleide ooreenkomstig hul verskillende omstandighede toepas.

Daar word genuanseerd in van die opnames waarna verwys is, aangetoon dat mense se omstandighede dikwels bepaal hoeveel ure hulle werk, byvoorbeeld met verwysing na die verskillende bydraes wat mans en vroue met betrekking tot die huishouding maak, en die verskillende omstandighede van werknemers, veral vroue, met en sonder kinders. Dit is ook relevant om waar te neem dat, selfs waar werkure gemiddeld minder as die voorgeskrewe maksimum ure is, 'n persentasie werknemers noemenswaardig langer werk as die gemiddelde ure wat deur alle werknemers gewerk word.

Gepaardgaande hiermee is dit insiggewend dat in geen van die voorbeelde uitsluiting van beperkings met betrekking tot die aantal ure wat werknemers mag werk op inkomste gebaseer is nie. Uitsluitings word dikwels met omsigtige besonderhede omskryf en word algemeen gekoppel aan bestuurs- en professionele posisies en spesifieke poste waar die beperking nie prakties sou wees met inagneming van die behoeftes van die posisies of poste nie.

5. Opsommende gevolgtrekking

Dit is relevant in die konteks van hierdie studie om kennis te neem van die herbeklemtoning van fundamentele regte en die wegbeweeg van 'n rigiede beperking van werkure deur en binne die IAO. Verskillende omstandighede in verskillende

¹⁰³ Pierre Boisard *et al* 2003: Tabela 3, 5 en 6.

lande word meer en meer deur die IAO geakkommodeer. Daar sal aangetoon word dat in die Suid-Afrikaanse konteks die behoefte om langer ure by dieselfde werkgewer te werk in bepaalde omstandighede verband hou met die basiese oorlewing, selfvervulling en gelykheid van mense. In hierdie omstandighede behoort die Republiek as lidland van die IAO die handhawing van fundamentele regte as 'n hoër prioriteit as die beperking *per se* van werkure ooreenkomstig 'n vasgestelde maksimum te beskou.

HOOFSTUK 3

VRYHEID EN MENSWAARDIGHEID

1. Inleiding

Die doel van hierdie hoofstuk is om te ontleed of die *Grondwet* beskerming aan die vryheid van 'n werknemer om by die werkgever van sy of haar keuse te werk, en die gepaardgaande vryheid van 'n werknemer om diensooreenkomste ooreenkomstig sy of haar wil aan te gaan, verleen. Die hoofstuk fokus op vryheid as fundamentele grondwetlike waarde en as verskanste reg ingevolge artikel 12(1) van die *Grondwet*.¹⁰⁴

Vanweë die nou verband tussen vryheid en menswaardigheid as grondwetlike waardes, spesifiek ook in die konteks van die studie, word die begrippe in samehang bespreek. Die begrippe beskryf egter ook afsonderlike grondwetlike beginsels. Die fundamentele waarde van en reg op gelykheid is op dieselfde wyse met die begrippe vryheid en menswaardigheid verweef. Vanweë die besondere aard van die bespreking van gelykheid in die konteks van die studie, word dit in 'n afsonderlike hoofstuk bespreek.¹⁰⁵

Die fundamentele waardes wat in die *Grondwet* verskans word, fundeer die demokratiese staat die Republiek van Suid-Afrika en word deur die *Handves van Regte* as demokratiese waardes onderskryf.¹⁰⁶ Die studie beskou hierdie waardes en die regte wat dit bevestig derhalwe deurgaans in die konteks van Suid-Afrika as 'n

¹⁰⁴ Artikels 12, 15, 16, 18 en 22 van die *Handves van Regte* verskans verskeie spesifieke vryhede. Artikel 22 wat vryheid van bedryf, beroep en profesie verskans, is ook relevant met betrekking tot die studie en word in hoofstuk 5 van die studie bespreek.

¹⁰⁵ Sien hoofstuk 4: 121-187.

¹⁰⁶ Artikel 1 bepaal soos volg: "Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine, demokratiese staat gegrond op die volgende waardes: (a) Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede. (b) Nie-rassigheid en nie-seksisme. (c) Die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg. (d) Algemene stemreg vir volwassenes, 'n nasionale gemeenskaplike kieserslys, gereelde verkiesings en 'n veelparty-stelsel van demokratiese regering, om verantwoordingspligtigheid, 'n responsiewe ingesteldheid, en openheid te verseker." Artikel 7(1) bepaal soos volg: "Hierdie Handves van Regte is 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid."

konstitusionele demokrasie. Wanneer na demokratiese waardes en beginsels in die *Suid-Afrikaanse Grondwet* verwys word, word Kant se beskouing van 'n republikeinse grondwet in sy beroemde opstel *Perpetual Peace: A Philosophical Sketch* as breë konseptuele basis van die begrip demokrasie geneem. Volgens Tesón suggereer Kant die idee van 'n konstitusionele demokrasie as 'n deelnemende politieke proses wat deur respek vir regte beperk word. Kant sien die "republikeinse staat" gedefinieer deur 'n grondwet gebaseer op die beginsels van vryheid, "due process" en gelykheid.¹⁰⁷ Hierdie idee is in teenstelling met die idee van despotiese regering, hetsy deur 'n minderheid of deur 'n meerderheid, waar die regering besluite afdwing wat inbreuk maak op die regte van diegene wat daarvan verskil.¹⁰⁸

Die studie beklemtoon die feit dat, terwyl die *Suid-Afrikaanse Grondwet* al die regte, vryhede en strukture wat met liberaal-demokratiese grondwetlike bedelings geassosieer word, onderskryf, die *Handves van Regte* ewe sterk op sosiale transformasie fokus.¹⁰⁹ Menswaardigheid as grondliggend tot die eis van sosiale transformasie word in hierdie hoofstuk, asook in die konteks van die gelykeheidsbeginsel bespreek.

Die verskillende standpunte wat in die Suid-Afrikaanse regspraak met betrekking tot die interpretasie en toepassing van die begrippe vryheid en menswaardigheid ingeneem is, verwys na en weerspieël regsfilosofieë van die Amerikaanse, Duitse en Kanadese regspraak.¹¹⁰ Derhalwe word in hierdie hoofstuk gepoog om die toepaslike Amerikaanse, Duitse en Kanadese regspraak en regsontwikkeling in konteks te plaas

¹⁰⁷ Kant 1795.

¹⁰⁸ Burchill 2006: 219-220. Sien ook Bilchitz 2007: 104-105.

¹⁰⁹ Pieterse 2003: 9.

¹¹⁰ Ackermann R volg die volgende benadering in *Ferreira v Levin NO and Others* 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1 par 72: "It is appropriate to consider whether comparable foreign case law would lead to a different conclusion. Direct comparison is of course difficult and needs to be done with circumspection because the right to personal freedom is formulated differently in the constitutions of other countries and in the international and regional instruments. Nevertheless, section 33(1) of our Constitution enjoins us to consider, inter alia, what would be 'justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality' and section 35(1) obliges us to promote the values underlying such a society when we interpret Chapter 3 and encourages us to have regard to comparable case law. In construing and applying our Constitution, we are dealing with fundamental legal norms which are steadily becoming more universal in character. When, for example, the United States Supreme Court finds that a statutory provision is or is not in accordance with the 'due process of law' or when the Canadian Supreme Court decides that a deprivation of liberty is not 'in accordance with the principles of fundamental justice' (concepts which will be dealt with later) we have regard to these findings, not in order to draw direct analogies, but to identify the underlying reasoning with a view to establishing the norms that apply in other open and democratic societies based on freedom and equality."

en met die *Suid-Afrikaanse Grondwet* in verband te bring. Dit moet vermeld word dat wesenlike verskille tussen die ekonomiese, sosiale en kulturele omstandighede in Suid-Afrika en die ander lande waarna in hierdie hoofstuk verwys word, asook tussen die onderskeie lande onderling, tot gevolg het dat 'n pragmatiese vergelyking van die praktiese regulering van werkure nie werklik tot 'n sinvolle gevolgtrekking kan lei nie.

Dit sal blyk dat in van die vermelde regstelsels 'n onderskeid tussen die grondwetlike beskerming van ekonomiese en ander regte gemaak word. Aangesien dit tydens die regsvergeelyking van wesenlike belang is om die Suid-Afrikaanse benadering, naamlik dat hierdie regte ingevolge suiwer grondwetlike beginsels benader word, van hierdie benadering te onderskei, word hierdie aspek deurlopend beklemtoon.

Daar word met verwysing na regsontwikkeling in die vermelde lande aangetoon dat politieke en sosio-ekonomiese omstandighede, asook 'n dwingende voorneme om vergrype van die verlede te vermy, grondwetlike bepalings en die interpretasie en toepassing daarvan, wesenlik beïnvloed. Hierdie waarneming is relevant in die lig daarvan dat die *Suid-Afrikaanse Handves van Regte*, in reaksie op die voorgrondwetlike era, in die eerste bepaling daarvan menswaardigheid, gelykheid en vryheid as inherente waardes van die demokrasie verskans.¹¹¹ Die voorgrondwetlike era in Suid-Afrika het ingesluit dat groepe mense se reg om te werk waar en wanneer hulle wil deur werkreservering en paswette aan bande gelê is, wat dikwels 'n vernietigende effek op mense se lewenskwaliteit gehad het.

Die uitspraak in *Lawrence et al v Texas*¹¹² waarin die Amerikaanse Hooggeregshof 'n Texaswet wat sekere seksuele handeling tussens mense van dieselfde geslag tot misdad verklaar het, onkonstitusioneel verklaar het, bied 'n relevante inleidende grondwetlike perspektief. Die slotparagraaf van die uitspraak van Kennedy R lui soos volg: "... Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the *Fifth Amendment* or the *Fourteenth Amendment* known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations

¹¹¹ Van Wyk *et al* 1994: 636. Sien ook Cheadle *et al* 2002: par 30.3.2.

¹¹² *Lawrence et al v Texas* 539 US 558 (2003).

can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom.”¹¹³

2. Vryheid en menswaardigheid as internasionaal-erkende menseregtebeginsels

’n Wesenlike interaksie tussen vryheid, gelykheid en menswaardigheid as afsonderlike menseregtebeginsels, met ’n sterk klem op die inherente menswaardigheid van die mens, blyk uit internasionale instrumente van menseregte. Die *Handves van die Verenigde Nasies*¹¹⁴ wat in 1943 in reaksie op die verskrikings van die oorlog aangeneem is, het ’n radikale onderneming van lidlande gevra. In groot dele van die wêreld was praktyke gesanksioneer wat strydig was met respek vir fundamentele regte. Kolonialisme, diskriminasie en uitbuiting was aan die orde van die dag. In Amerika waar fundamentele regte reeds vir 150 jaar in die *Grondwet* verskans was, was rasse-segregasie ’n praktyk. Die *Handves* doen in die aanhef daarvan ’n beroep op lidlande “to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small.”

Artikel 1 van die *Universele Verklaring van Menseregte*¹¹⁵ wat in 1948 gevolg het, verklaar dat alle mense vry en gelyk in waardigheid en regte gebore word, oor rede en gewete beskik en teenoor mekaar behoort op te tree in ’n gees van broederskap.¹¹⁶ In die aanhef word erkenning van die inherente waardigheid en van die gelyke en onvervreembare regte van alle lede van die menslike familie as die grondslag van vryheid, regverdigheid en vrede in die wêreld gestel.¹¹⁷

¹¹³ *Lawrence et al v Texas*: 578-579.

¹¹⁴ Office for the High Commissioner of Human Rights. The United Nations Charter: <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/ch-cont.htm>>

¹¹⁵ UN Web Services Section. The Universal Declaration of Human Rights 1948:

<<http://www.un.org/Overview/rights.html>> Sien Van Wyk, Dugard, De Villiers & Davis 1994: 173.

¹¹⁶ Alfredson & Eide 1999: 17.

¹¹⁷ Alfredson & Eide 1999: 775.

Die *Internasionale Konvensie vir Burgerlike en Politieke Regte* en die *Internasionale Konvensie vir Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte* van 1966¹¹⁸ bevestig die inherente waardigheid van die mens as die oorsprong van menseregte. Artikel 1 van die *Handves van Fundamentele Regte* van die Europese Unie¹¹⁹ bepaal soos volg: “Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.” Artikel 3 bepaal soos volg: “Everyone has the right to respect for his or her physical or mental integrity.”

Die *Handves van die Organisasie vir Afrika-eenheid*¹²⁰ en die *Afrika Handves vir Mense- en Volkereregte*¹²¹ bepaal dat vryheid, gelykheid, geregtigheid en menswaardigheid essensiële doelwitte vir die bereiking van die regmatige strewes van die Afrikanasies is.

3. Vryheid en menswaardigheid in ander regstelsels

3.1 Die Amerikaanse Reg

3.1.1 Inleidende agtergrond

Opstellers van die *Amerikaanse Grondwet* in 1787¹²² het op die ondervinding van die koloniste van die onderdrukking van die Engelse Regering, en die gejaagde vrees vir gesentraliseerde regeringsmag, gereageer. In navolging van die teorie van Locke dat die mens ’n samelewing vorm primêr om die natuurlike regte op lewe, vryheid en eiendom te beveilig, is prominensie aan die beskerming van die “right to

¹¹⁸ Office of the High Commissioner for Human Rights. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR): <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm>; <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm> Sien Van Wyk *et al* 1994: 174-178. Sien ook Jayawickrama 2002: 43-61.

¹¹⁹ European Parliament. Charter of Fundamental Rights of the European Union: <http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art15/default_en.htm>

¹²⁰ Aangeneem te Addis Ababa op 25 May 1963: University of Minnesota Human Rights Library. Charter of the Organization of African Unity 1981: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/OAU_Charter_1993.html>

¹²¹ Aangeneem by die 18de saamtrek van die Staatshoofde van die Organisasie vir Afrika-eenheid op 27 Junie 1981. University of Minnesota Human Rights Library. African Charter on Human and Peoples Rights: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/z1afchar.htm>>

¹²² The United States Constitution 1789: <<http://www.consource.org/?gclid=CLbK39yElpsCFVsA4wod4Ua7oQ>>

conscience” gegee.¹²³ Groot klem is gelê op mense se vermoë om te kies en hulle keuses deur middel van die vrye mark en deur middel van vryheid van spraak te realiseer.

Anders as die *Duitse Grondwet* wat hierna bespreek sal word, bevat die *Amerikaanse Grondwet* geen oorkoepelende waarde-orde in terme waarvan die vryheidsbegrip gedefinieer word nie. Alhoewel die term menswaardigheid deur die howe gebruik is, en die beskerming van menswaardigheid mettertyd in die idee van gelykheid wat uitdruklik in die *Veertiende Amendement* beskerm word, opgeneem is, is dit op ’n indirekte wyse gedoen en nie as die gedefinieerde konstitusionele basis van beslissings nie.¹²⁴

Vryheid in grondwetlike konteks is beskou as vryheid van die regering.¹²⁵ Die uitgangspunt was dat alle legitieme gesag deur die nasie toegeken word en dat die vryheid van die nasie meer effektief deur desentralisasie van mag as deur uitdruklike voorskrifte verseker kan word.¹²⁶ Die *Handves van Regte* is in 1791 toegevoeg op aandrang van anti-federaliste wat sekerheid wou hê dat die federale regering nie magte sou hê in aangeleenthede met betrekking tot persoonlike vryhede nie.¹²⁷

Politiese realiteite, in besonder die impak van die Amerikaanse Burgeroorlog van 1861 tot 1865¹²⁸ wat die klem op die beskerming van individuele regte geplaas het, het gelei tot die identifisering van die *Vyfde* en *Veertiende Amendemente* van die *Grondwet*¹²⁹ as konstitusionele “voertuie” ten einde individuele regte wat nie as

¹²³ McAllister 2003-2004: 503. Sien ook Van Wyk *et al* 1994: 601-602. Die skrywers gee ’n kort uiteensetting van Locke se filosofie.

¹²⁴ McAllister 2003-2004: 500. Sien *Atwater v City of Lago Vista* 532 US 318 (2001) waar die Hof toegegee het dat die applikant se waardigheid deur ’n verkeersbeampte aangetas is, maar bevind het dat die noodsaaklikheid van eenvoudige en duidelike polisiestandaarde swaarder weeg as sodanige aantastings. Sien ook Cheadle *et al.* 2007: par 5.2.

¹²⁵ McAllister 2003-2004: 84-85.

¹²⁶ Tribe 1999: 6-7; Rossum & Tarr 2003: 49-50.

¹²⁷ Rossum & Tarr 2003: 50-51; *City of Boerne v Flores* 521 US 507: 549; O’Connor R afwykend.

¹²⁸ ’n Oorlog tussen die Verenigde State van Amerika, gelei deur Abraham Lincoln en die Republikeinse Party wat teen slawery gekant was, en die Suidelike slawe-state van die nuut-gevormde “Confederate States of America” onder leiding van Jefferson Davis: Shotgun’s Home of the American Civil War. The American Civil War Overview: <<http://www.civilwarhome.com/overview.htm>>

¹²⁹ Die *Vyfde Amendement* van die *Amerikaanse Grondwet* bepaal soos volg: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in

absolute regte grondwetlike beskerming geniet het nie, teen vyandige staatsaksie te beskerm.¹³⁰ Volgens Rossum en Tarr is die *Veertiende Amendement* ontwerp om die *Civil Rights Act* van 1866¹³¹ te konstitusioneeliseer. Die begrip “due process of law” is geïnterpreteer as nie net van toepassing op prosedurele aspekte nie, maar ook op substantiewe aspekte van wetgewing. Dit is aangewend om mense teen arbitrêre regeringsaksies te beskerm.¹³²

Die omvang van geregtelike hersiening ingevolge die *Grondwet* was en is steeds ’n omstrede onderwerp. Die debat handel oor kompeterende konsepte van demokrasie, die sogenaamde “countermajoritarian dilemma.” Die een konsep is dat ’n konstitusionele instrument so eng as moontlik geïnterpreteer moet word ten einde ruimte te laat vir die uitdrukking van die mening van die meerderheid. Die ander is dat die *Grondwet* sekere kernwaardes bevat wat die doelwit van ’n tydelike meerderheid kan troef.¹³³ Hierdie verskillende benaderings het ’n deurlopende rol in die ontwikkeling en toepassing van die grondwetlike beginsel van liberalisme in die Amerikaanse regspraak gespeel. Die interpretasie en uitbreiding van die beginsels van liberalisme is verder deur verskillende politieke en ekonomiese omstandighede en deur verskillende denkers wat die klem op verskillende aspekte geplaas het, beïnvloed.

jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/>>

Artikel 1 van die *Veertiende Amendement* van die *Amerikaanse Grondwet* bepaal soos volg: “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”:

<<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment14/>>

¹³⁰ Die *Eerste Amendement* bepaal soos volg: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendments.html>>

¹³¹ Die *Wet* het verklaar dat alle persone wat in die Verenigde State gebore is, onag ras of kleur, nou burgers was. As burgers kon hulle kontrakte sluit en afdwing, regsaksie instel en gedagvaar word, in die hof getuienis lewer, erf, koop, huur en saaklike en persoonlike eiendom oordra. Dit was ’n misdryf om voormalige slawe hierdie regte te ontsê: Spartacus Educational: <<http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/USAcivil1866.htm>>

¹³² Tribe 1999: 1334-1335.

¹³³ Van Wyk *et al* 1994: 6.

3.1.2 Vryheid as idee

Hill bespreek vyf onderskeibare dog verweefde tradisies, elk afgelei van 'n teorie van vryheid.¹³⁴ Die idees is universeel en dus nie net relevant met betrekking tot die Amerikaanse regsontwikkeling nie. Wanneer die ontwikkeling en toepassing van grondwetlike vryheid in Duitsland, Kanada en Suid-Afrika bespreek word, sal elemente van die idees geïdentifiseer kan word. Nie al die idees het ingevolge die grondwetlike konsep “liberty” gestalte in die Amerikaanse reg gekry nie. Die uitbreiding van positiewe regte het byvoorbeeld aanvanklik meer dikwels met die klem op die gelykheidsbeginsel plaasgevind.¹³⁵ Ten einde die konteks van Hill se bespreking te behou, asook as gevolg van die nou verband wat tussen die fundamentele grondwetlike waardes vryheid, menswaardigheid en gelykheid bestaan, word egter vervolgens na al vyf die tradisies verwys.

Die eerste “gesig” of idee van vryheid wat deur Hill bespreek word, is positiewe vryheid. Die reg om te stem is die mees direkte uitdrukking van positiewe vryheid in die Amerikaanse politieke sisteem. Die reg word nie uitdruklik in die *Grondwet* erken nie en is geleidelik op 'n groepsbasis aan meer mense toegeken. Aanvanklik was slegs besitters van eiendom stemgeregtig. Die argument was dat slegs eiendomsbesitters voldoende belang in die behoud van die nasie het. Na 'n lang debat is dit in die hande van die verskillende state gelaat om stemreg uit te brei. Teen 1850 het al die state dit gedoen. Die ratifikasie van die *Vyftiende Amendement* in 1870 het stemreg aan swart mans toegeken en die *Negentiende Amendement* wat in 1920 geratifiseer is, het stemreg aan vroue toegeken. Eers in 1966 is stemreg deur die Hooggeregshof as 'n reg in die grondwetlike konteks erken. Stemreg is 'n voorbeeld van 'n positiewe reg wat in werklikheid nie op grond van toewyding aan 'n beginsel van positiewe liberalisme toegeken is nie, maar as gevolg van 'n groeiende aanspraak op gelykheid in die Amerikaanse politiek.¹³⁶

Die tweede idee van vryheid wat bespreek word, is vryheid van beperking deur regeringsinmenging. Klassieke liberalisme definieer vryheid negatief as die

¹³⁴ Hill 2003-2004: 530.

¹³⁵ Hill 2003-2004: 558-559.

¹³⁶ Hill 2003-2004: 504-505, 512, 514-515.

afwesigheid van beperkings wat deur die regering geskep word. Negatiewe liberalisme is in twee politieke konsepte vervat, naamlik beperkte regering en beskerming van 'n konstante skema van individuele regte. Hierdie twee idees het geleidelik saamgesmelt sodat moderne liberalisme die idee onderskryf dat regering slegs deur regte beperk word.¹³⁷ Die meeste konstitusionele regte in die Amerikaanse sisteem is negatief deurdat hierdie regte waarborg dat die regering nie die bereiking van 'n persoonlike doelwit, byvoorbeeld om welgesteld te word, of 'n aktiwiteit, byvoorbeeld om jouself uit te druk, sal verhinder nie. Daar is egter geen waarborg van 'n afdwingbare reg op enige van hierdie dinge nie.

Die progressiewe liberalisme het in die laat negentiende en vroeë twintigste eeu vorm aangeneem en het die definisie wat negatiewe liberalisme aan beperkings gegee het, uitgebrei om ook struikelblokke wat deur privaatmagte daargestel is, te omvat. Vryheid, volgens hierdie denkrigting, is afhanklik van die bestaan van sosiale en ekonomiese omstandighede wat die individu se kapasiteit vir betekenisvolle keuse bevorder. Die klem word op gelykheid geplaas, en die denkrigting staan skepties teenoor die onderskeid wat die klassieke liberalisme tussen openbare en private mag tref.¹³⁸ Becker som die sentrale politieke impuls vir progressiewe liberalisme soos volg op: "The essential problem of liberal democracy ... is to preserve that measure of freedom of thought and of political action without which democratic government cannot exist, and at the same time to bring about, by the social regulation of economic enterprise, that measure of equality of possessions and of opportunity without which it is no more than an empty form."¹³⁹

Die vierde konsep van vryheid, die self-individualiserende konsep, verbind vryheid met die ontdekking, ontwikkeling en uitdrukking van die mens se unieke self-identiteit en met die mens se geestelike gesondheid en geluk. Moderne konstitusionele idees van privaathed en vryheid van uitdrukking spruit uit hierdie konsep van vryheid. Die konsep hou volgens Hill verband met die sienings van Rousseau gedurende die laat agtiende en vroeë negentiende eeu. Terwyl Kant vryheid regverdig het met verwysing na die mens as potensieel outonome wese wat die vermoë het om

¹³⁷ Hill 2003-2004: 529-530.

¹³⁸ Hill 2003-2004: 500, 504.

¹³⁹ Hill 2003-2004: 551 met verwysing na Becker, *New Liberties for Old* (1941): 112. Sien vn 9: 503.

rasionele keuses te maak en uit te voer, het Rousseau persoonlike vryheid gesien as om vanuit innerlike en unieke persoonlike bronne van motivering wat in die ware self gesetel is en wat nie met sosiale konformering vereenselwig kan word nie, te handel.¹⁴⁰ Die verbintenis van vryheid met selfontwikkeling of self-identifisering verswak die verbintenis met die politieke en sosiale basis waarvan die vryheid afhanklik is. Self-individualiserende vryheid is gevolglik nog verder as klassieke negatiewe liberalisme van positiewe liberalisme verwyder.¹⁴¹

Hill beskryf die vyfde konsep van vryheid as vryheid van gemeenskap binne verskeidenheid of “homeostatic-communitarianism”. Sedert 1950 het sosiale denkers oor die politieke spektrum heen liberalisme soos dit gedurende die 19de en 20ste eeu ontwikkel het, gekritiseer op die basis dat dit die belangrikheid van die algemene welsyn van die gemeenskap vir die individu onderwaardeer het, en die individu wortelloos, vervreem en sonder ’n sin vir sosiale verantwoordelikheid, maar met ’n oordrewe sin vir dit waarop hy of sy geregtig is, gelaat het. In teenstelling met die republikeinse idee van vryheid as primêr ’n element van die karakter van die staat as geheel, en individuele vryheid as afgelei hiervan, volg hierdie kritici, die sogenaamde “homeostatic-communitarians”, die benadering dat vryheid uitdrukking vind in ’n netwerk van vry gemeenskappe, saamgestel deur vry individue, wat die vryheid beheer en individuele identiteit vorm. Individuele vryheid is afhanklik van die aktiewe onderhoud van die instansies van die gemeenskap waar burgers respek vir ander sowel as selfrespek leer, waar ons ’n lewendige sin vir ons persoonlike en gemeenskapsverantwoordelikhede bekom, tesame met ’n waardering vir ons eie regte en die regte van ander, en waar ons die vaardighede om onself te regeer terwyl ons ander raaksien, ontwikkel. In die praktyk kan negatiewe en positiewe eienskappe van vryheid nie geskei word nie, aangesien oordrewe vorme van negatiewe liberalisme die individu sonder ’n stel verbintenisse en self-identifikasies as basis vir sy of haar handeling laat. Die ideaal is ’n middeweg tussen die progressiewe vryheidsidee wat vryheid met substantiewe gelykheid gelykstel, en die neiging van die negatiewe liberalisme om hierdie waardes as onversoenbaar te beskou. Lede van die gemeenskap het ’n verantwoordelikheid om tot die grootste mate moontlik in hulle eie en die

¹⁴⁰ Hill 2003-2004: 565-566.

¹⁴¹ Hill 2003-2004: 578.

behoefte van hulle gesinne te voorsien, asook om na die materiële en morele welstand van ander lede van die gemeenskap om te sien. Die gemeenskap is verantwoordelik vir die beskerming van elke lid teen katastrofe, vir die voorsiening in die basiese behoeftes van diegene wat nie vir hulleself kan sorg nie, vir die erkenning van die onderskeie bydraes van individue tot die samelewing en om 'n sone waarbinne individue hulle eie lewens volgens hulle vrye keuse mag definieer, te beveilig. Aanhangers van hierdie idee van vryheid gee voorkeur aan 'n gedentraliseerde sosiopolitieke struktuur wat beskerming aan gemeenskappe verleen, die outonomie van plaaslike politiek teen staatsinmenging beskerm, en nie-politieke instellings, waarvan die gesin die belangrikste is, teen alle onnodige vorms van politieke inmenging beskerm.¹⁴²

Teen hierdie historiese en teoretiese agtergrond word vervolgens gefokus op die toepassing en ontwikkeling van die grondwetlike beginsels van vryheid in die Amerikaanse regspraak. Die interaksie tussen hierdie regsontwikkeling en die politieke, sosio-ekonomiese en morele konteks van verskillende eras is insiggewend en sal aangetoon word.

3.1.3 Vryheidsregspraak

Die vertrekpunt van hierdie bespreking is *Lochner v New York*¹⁴³ wat in 1905 beslis is en verteenwoordigend geword het van die piek van klassieke Amerikaanse konstitusionele liberalisme.¹⁴⁴ Die ekonomiese realiteit van die tyd was dat produktiewe eiendom in die hande van 'n klein groepie gekonsentreer was, terwyl die aantal mense wat van industriële ontwikkeling afhanklik was, steeds toegeneem het. Kontrakteervryheid en vryheid van eiendomsbesit het 'n praktiese illusie geword.¹⁴⁵ Die uitspraak in *Lochner* is, en word steeds, algemeen gekritiseer dat dit uitdrukking gegee het aan die ekonomiese voorkeure van die konserwatiewe meerderheid op die regbank. Meer onlangs is egter ook die standpunt ingeneem dat *Lochner*, in die lig

¹⁴² Hill 2003-2004: 579, 585, 588-589, 591.

¹⁴³ *Lochner v New York* 1998 US 45 (1905).

¹⁴⁴ Hill merk op dat die Hof nogtans aanvaar het dat state "police power" het met betrekking tot die veiligheid, gesondheid, moraliteit en algemene welsyn van die publiek. Hill 2003-2004: 532, 536, vn 112; *Lochner v New York*: 53.

¹⁴⁵ Tribe 1999: 1358.

van die ongekende klassekonflik wat bestaan het, gepoog het om geldige ekonomiese regulering van ongeldige klaswetgewing te onderskei. Volgens hierdie siening was die betrokke wetgewing nie in beginsel omvergewerp omdat dit besigheid geregleer het nie, maar omdat dit kant gekies het in die heersende klassekonflik.¹⁴⁶ Hierdie en ander perspektiewe op *Lochner* word later in die hoofstuk meer volledig bespreek.¹⁴⁷

Die Amerikaanse Hooggeregshof het in *Lochner* 'n New York-wet wat bepaal het dat geen werknemer in 'n bakkerie meer as sestig uur in 'n week of meer as tien uur op 'n dag sal werk nie, ongrondwetlik verklaar. Die Hof bevind dat die "police power" van die staat oorskry is. Daar is volgens die Hof nie 'n redelike basis vir 'n bevinding dat die wetgewing 'n gesondheidsmaatreël daarstel wat nodig is ten einde die openbare gesondheid of die gesondheid van individue wat die beroep van 'n bakker bekleed, te beveilig nie. Indien hierdie wetgewing geldig sou wees, en daar dus 'n behoorlike saak uitgemaak kon word dat 'n individu, *sui generis*, as werkgewer of werknemer, die reg geweier kon word om 'n ooreenkoms vir die arbeid van laasgenoemde aan te gaan, sal daar volgens die Hof geen einde wees aan hoe vêr sodanige wetgewing kan gaan nie.¹⁴⁸

Die Hof ontleed die doelwitte van die betrokke wetgewing, en bevind dat dit sonder redelike gronde met die reg van kontraksluiting tussen werkgewer en werknemer inmeng, welke reg deel is van die vryheid van die individu wat deur die *Veertiende Amendement* beskerm word. Die Hof argumenteer dat ander maatreëls aangewend word ten einde dieselfde doelwit, naamlik die beskerming van die gesondheid van die betrokke werknemers, te bereik, welke maatreëls minder beperkend is op die kontrakteervryheid van die betrokke werknemers, en dat die "police power" van die staat derhalwe oorskry is.¹⁴⁹

Die Hof beklemtoon dat die saak wesenlik verskil van *Holden v Hardy*.¹⁵⁰ In *Holden* is sewe jaar tevore wetgewing wat werkure in ondergrondse myne tot 8 uur per dag beperk het, bekragtig op die basis dat die aard van die werk en die ongelyke

¹⁴⁶ Stephens & Scheb 2003: 385.

¹⁴⁷ Sien hoofstuk 3 par 3.1.4: 59-62 hieronder.

¹⁴⁸ *Lochner v New York*: 58-59.

¹⁴⁹ *Lochner v New York*: 61-62.

¹⁵⁰ *Holden v Hardy* 169 US 366 (1898). Sien ook *Jacobson v Massachusetts* 197 US 11 (1905).

bedingingsmag van die werknemers weens hulle vrees om ontslaan te word, sodanig was dat dit redelik was vir die staat om te voorkom dat die werknemers aan die reëls van die werkgewers met betrekking tot werkure onderwerp word. Die Hof in *Holden* bevestig die reg om te kontrakteer, maar beklemtoon dat hierdie reg aan beperkings wat die staat regmatig in die uitoefening van sy “police powers” mag oplê, onderhewig is. Die Hof bevind dat die enorme toename in die aantal gevaarlike beroepe of beroepe wat die gesondheid van werknemers affekteer, daartoe gelei het dat die staat in die openbare belang maatreëls moes tref om die veiligheid en gesondheid van werknemers te beskerm.¹⁵¹ Die verskil tussen *Lochner* en *Holden* lê daarin dat die Hof in *Lochner* tot die gevolgtrekking gekom het dat die ware doel van die wetgewing eenvoudig was om werkure soos ooreengekom tussen ’n werkgewer en sy werknemers, almal persone *sui juris* in ’n privaatbesigheid, wat geen substansiële mate van gevaar vir die moraliteit of die gesondheid van die werknemers inhou nie, te reguleer,¹⁵² terwyl die Hof in *Holden* oortuig was van die legitimititeit van die regeringsdoelwit in die openbare belang.¹⁵³

Holmes R in sy minderheidsuitspraak in *Lochner* maak die stelling dat ’n beskouing dat die vryheidskonsep in die *Veertiende Amendement* in die weg kan staan van wetgewing wat die natuurlike uitkoms van ’n dominante mening beliggaam, ’n wanbegrip is, tensy ’n rasonele en billike persoon noodwendig sal erken dat daardie wetgewing op fundamentele beginsels soos deur die tradisies van die nasie en die reg van die land ingeklee, inbreuk maak.¹⁵⁴

Oorsigtelik kan die stelling gemaak word dat *Lochner* ’n era ingelui het waar ongespesifiseerde “due process”-regte aggressief deur die howe beskerm is en wetgewing veel meer geredelik ongeldig verklaar is op grond daarvan dit op fundamentele regte inbreuk gemaak het. Die mees prominente van hierdie regte, alhoewel geensins eksklusief nie, was kontrakteervryheid.¹⁵⁵

¹⁵¹ *Holden v Hardy*: 392-396.

¹⁵² *Lochner v New York*: 64.

¹⁵³ Sien ook die bespreking van *Muller v Oregon* 208 US 412 (1908) en *Bunting v Oregon* 243 US 426 (1917) in Rotunda 2003: 476-478.

¹⁵⁴ *Lochner v New York*: 76.

¹⁵⁵ Bernstein 2003-2004: 30, 60.

Vervolgens word na ander prominente uitsprake tydens die sogenaamde *Lochner*-era verwys.

In *Adkins v Children's Hospital of the District of Columbia*¹⁵⁶ moes die Hof beslis of die vasstelling van minimumlone vir vroue en kinders in die Distrik Colombia grondwetlik was. Die Hof maak die stelling dat absolute kontraktevryheid nie bestaan nie, maar dat kontraktevryheid die algemene reël is en beperking daarvan die uitsondering. Die beperking van kontraktevryheid deur die wetgewende gesag, bevind die Hof, kan slegs in uitsonderlike omstandighede geregverdig word. Wanneer dienskontrakte aangegaan word, het die partye 'n gelyke reg om met die ander party vir die beste terme te beding.¹⁵⁷

Die Hof bring die beginsel van kontraktevryheid onder die *Vyfde Amendement* tuis en beskou die reg om kontrakte te sluit ten einde eiendom te bekom as inbegrepe by die reg op persoonlike vryheid en die reg op privaateiendom. Die Hof beskou die persoonlike dienskontrak wat arbeid en ander dienste vir geld of ander vorms van eiendom ruil, as 'n belangrike voorbeeld van sodanige kontrakte. Ontkenning van of arbitrêre inmenging met hierdie reg sal substansieel inbreuk maak op vryheid in die lankgevestigde grondwetlike sin. Die Hof beskou die reg as van dieselfde wesenlike belang vir die werker, die kapitalis, arm en ryk, aangesien die groot meerderheid van mense op geen ander eerlike wyse as deur te werk vir geld kan begin om eiendom te bekom nie. Die bevinding is dat die ter sprake inmenging met hierdie vryheid so ernstig is en die beginsel van gelykheid so versteur, dat dit geag moet word arbitrêr te wees, tensy dit aanvaar kan word as 'n redelike uitoefening van die "police power" van die staat.¹⁵⁸

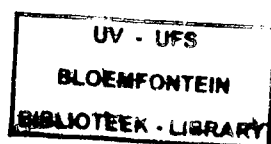
Gedurende dieselfde jaar interpreteer Mc Reynolds R in *Meyer v Nebraska*¹⁵⁹ "liberty" soos bedoel in die *Vyfde Amendement*, dat dit die reg van die individu om te kontrakteer, om aan die "common occupations of life" deel te neem, om nuttige kennis op te doen, om te trou, 'n huis te vestig en kinders groot te maak, om God

¹⁵⁶ *Adkins v Children's Hospital of the District of Columbia* 261 US 525 (1923).

¹⁵⁷ *Adkins v Children's Hospital of the District of Columbia*: 546.

¹⁵⁸ *Adkins v Children's Hospital of the District of Columbia*: 544. (Aanhaling uit *Coppage v Kansas* 236 US 1: 14).

¹⁵⁹ *Meyer v Nebraska* 262 US 390 (1923).



ooreenkomstig die eise van sy eie gewete te aanbid, en, in die algemeen, om daardie voorregte wat lank reeds deur die gemenerereg as noodsaaklik vir die ordelike strewe na geluk deur vry mense erken word, te geniet, insluit.¹⁶⁰

Die progressiewe tydperk van moderne konstitusionele ontwikkeling hang saam met die afkondiging en implementering van Roosevelt se sogenaamde “new deal” nadat hy in 1933 tot president verkies is. Die Westerse kapitalisme was in die fondament geskud deur die ekonomiese depressie wat mettertyd tot gevolg gehad het dat 1 uit elke 4 Amerikaners werkloos was. Waarskynlik die enkele mees belangrike implikasie van die “new deal”-filosofie was dat ten einde persoonlike vryheid te waarborg, alle ekonomiese aktiwiteit, ongeag hoe onsubstansieel of persoonlik, onder beheer van die federale regering moes kom. Die eerste tydperk van die Roosevelt-administrasie het die uitvaardiging van bankhervormingswetgewing en van noodverligtings-, werkverskaffings- en landbouprogramme beleef. Later het ’n tweede “new deal” vakbondbeskermingsprogramme en sosiale sekuriteitswetgewing ingesluit.¹⁶¹

Die *Agricultural Adjustment Administration Act* en die *National Industrial Recovery Act* wat albei in 1933 uitgevaardig is, is in 1936 deur die Amerikaanse Hooggeregshof ongrondwetlik verklaar op grond daarvan dat die wetgewing strydig was met die *Tiende Amendement*.¹⁶² Eersgenoemde wet het ’n belasting op sekere landboukommoditeite geplaas. Van hierdie fondse sou aangewend word om boere wat bereid sou wees om hulle boerdery te verklein, te vergoed.¹⁶³ Laasgenoemde wet het vir die aanwending van federale fondse vir grootskaalse konstruksieprojekte ten einde die industriële herstel te stimuleer, voorsiening gemaak, en het sekere pryskontroles en produksiestandaarde vasgestel.¹⁶⁴ In *ALA Schechter Poultry Corp v United States*¹⁶⁵ maak die Hof die volgende opmerking: “Extraordinary conditions, such as an

¹⁶⁰ *Meyer v Nebraska*: 399; Khan 1993: 335-336. Sien *Allgeyer v Louisiana* 165 US 578 (1897): 590. Sien hoofstuk 5 par 3: 193 hieronder.

¹⁶¹ Analysis of Roosevelt’s “New Deal”: <<http://www.cyberessays.com/History/84.htm>>; Stephens & Scheb: 390.

¹⁶² Die *Tiende Amendement* lees soos volg: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment10.>>

¹⁶³ Sien *United States v Butler* 297 US 1 (1936).

¹⁶⁴ Analysis of Roosevelt’s “New Deal”: <<http://www.cyberessays.com/History/84.htm>>

¹⁶⁵ *ALA Schechter Poultry Corp v United States* 295 US 495 (1935).

economic crisis, may call for extraordinary remedies, but they cannot create or enlarge constitutional power.”¹⁶⁶

Die *Lochner*- en *Adkins*-beslissings is in 1937 uitdruklik deur die Hof in *West Coast Hotel v Parrish*¹⁶⁷ omvergewerp. Die Hof moes ’n beslissing maak met betrekking tot die grondwetlikheid van die vasstelling van minimumlone vir vroue en het op die basis dat die staat ’n spesiale belang by die beskerming van vroue het tot die gevolgtrekking gekom dat die staat mag inmeng ten einde vroue as kontrakpartye teen hulleself te beskerm.

Die Hof neem, met verwysing na *Adkins*, met betrekking tot die argument dat die regulering van minimumlone vroue van hulle kontrakteervryheid ontnem, die standpunt in dat die *Grondwet* nie absolute en onbeheerbare vryheid waarborg nie, maar vryheid wat in elke fase daarvan ’n geskiedenis en konnotasie het, en binne ’n sosiale organisasie bestaan wat die beskerming van die reg teen kwaad wat die gesondheid, veiligheid, waardes en welvaart van die mense bedreig, vereis.¹⁶⁸ Konstitusionele vryheid is dus noodwendig onderworpe aan die beperkings van “due process”, wat regulering wat redelik is met betrekking tot die onderwerp daarvan en wat in die belang van die gemeenskap is, beteken. Hierdie beginsel is spesifiek van toepassing met betrekking tot die vryheid om te kontrakteer. Die Hof haal die volgende *dictum* aan ten einde die beginsel spesifiek op die indiensneming van vroue, in wie se beskerming, volgens die Hof, die staat ’n spesiale belang het, van toepassing te maak: “... the fact that both parties are of full age, and competent to contract, does not necessarily deprive the state of the power to interfere, where the parties do not stand upon an equality, or where the public health demands that one party to the contract shall be protected against himself.”

In die minderheidsuitspraak volg Sutherland R die benadering in *Coppage v State of Kansas*¹⁶⁹ waar beslis is dat die reg van ’n persoon om sy arbeid te verkoop op voorwaardes wat hy goedvind, in wese dieselfde is as die reg van die koper van arbeid om die voorwaardes waarop hy die arbeid van daardie persoon sal aanvaar, voor te

¹⁶⁶ *ALA Schechter Poultry Corp v United States*: 528.

¹⁶⁷ *West Coast Hotel v Parrish* 300 US 379 (1937).

¹⁶⁸ *West Coast Hotel v Parrish*: 391-392.

¹⁶⁹ *Coppage v State of Kansas* 236 US 1 (1915).

skryf. Enige wetgewing wat hierdie gelykheid versteur, is 'n arbitrêre inmenging met die vryheid van kontrak, wat nie deur 'n regering in 'n vry land geregverdig kan word nie.¹⁷⁰ Hy redeneer verder dat vroue op 'n gelyke regs- en politieke vlak as mans beskou word, dat 'n suggestie dat die onderhandelingsvermoë van die gemiddelde vrou minder is as die van die man, nie substansie het nie, dat daar geen rede is om vroue, wat hulle reg om kontrakte te sluit, aanbetref, in 'n aparte klas te plaas nie, dat vroue nie in effek die reg om met mans om werk mee te ding waar minder as die minimumloon betaal word, ontsê mag word nie, en dat die betrokke wetgewing gevolglik arbitrêr en diskriminerend, en derhalwe onkonstitusioneel is.¹⁷¹

Gedurende dieselfde jaar aanvaar die Hof in *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corporation*¹⁷² 'n breë interpretasie van die *Commerce Clause*¹⁷³ en gee sodoende erkenning aan federale beheer van die ekonomie.¹⁷⁴

Die breë omvang van staatsbeheer van ekonomiese aktiwiteit wat mettertyd erkenning verkry het, blyk uit die beslissing in *Wickard v Fillburn*.¹⁷⁵ Die Hof handhaaf 'n boete wat 'n boer ingevolge die *Agricultural Adjustment Act* 1938 opgelê is vir die produksie van koring vir tuisgebruik in oorskryding van die federale produksiemandaat. Die Hof beslis dat enige ekonomiese aktiwiteit, selfs binne die huishouding, implikasies vir die totale ekonomie het wanneer die verswarende effek van die beoefening van sodanige aktiwiteit deur 'n aantal persone in dieselfde situasie, in ag geneem word.¹⁷⁶

Die duidelike konflik tussen sosiale en politieke vryheid en 'n hoë graad van sosiale en ekonomiese beplanning, asook die verskuiwing in regsbenadering weg vanaf inmenging en ten gunste van erkenning van die oppergesag van die wetgewer, het regters met die tradisionele Amerikaanse idee dat regte as kontrole vir die demokratiese proses moes dien, gekonfronteer. 'n Konstitusionele filosofie om die probleem te akkommodeer, het mettertyd ontwikkel.¹⁷⁷ Die eerste wortels van die

¹⁷⁰ *West Coast Hotel v Parrish*: 404, 406.

¹⁷¹ *West Coast Hotel v Parrish*: 412-413.

¹⁷² *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp* 301 US 1 (1937).

¹⁷³ Artikel I(8)(3) van die Grondwet.

¹⁷⁴ *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corp*: 29-30.

¹⁷⁵ *Wickard v Fillburn* 317 US 111 (1942).

¹⁷⁶ *Wickard v Fillburn*: 128.

¹⁷⁷ Hill 2003-2004: 554-555.

filosofie word in 'n voetnoot in *United States v Carolene Products Co*¹⁷⁸ gevind. Stone R maak in die uitspraak die stelling dat die bestaan van feite wat die oordeel van die wetgewer ondersteun, aangeneem moet word, aangesien regulerende wetgewing wat normale handelstransaksies affekteer nie ongrondwetlik verklaar kan word nie, tensy die karakter van die wetgewing van so 'n aard is dat die aanname dat dit op een of ander rasonale basis binne die kennis en ondervinding van die wetgewers berus, uitgesluit word. In die voetnoot word die volgende gesê: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution ..."¹⁷⁹

Die vlagskipbeslissing met betrekking tot die Hof se selektiewe nuwe aktivisme was *Brown v Board of Education of Topeka*¹⁸⁰ wat deur kritici as 'n hergeboorte van *Lochner* gesien is.¹⁸¹ In hierdie saak het die Hof beslis dat wetgewing wat rassese segregasie in skole vereis of toelaat ongrondwetlik is op grond daarvan dat die segregasie van wit en swart kinders 'n negatiewe effek op laasgenoemde het. Die beslissing is gebaseer op die bepaling van die *Veertiende Amendement* dat geen staat enige persoon sonder "due process of law" van lewe, vryheid of eiendom sal ontnem nie, en geen persoon die gelyke beskerming van die reg sal ontsê nie. Die Hof volg die benadering dat 'n beleid van segregasie normaalweg geïnterpreteer word as bevestiging dat die swart groep minderwaardig is. 'n Gevoel van minderwaardigheid affekteer 'n kind se motivering om te leer, vertraag dus die kind se opvoedkundige en geestelike ontwikkeling, en ontnem die kind sodoende van voordele wat hy of sy binne 'n geïntegreerde stelsel sou geniet.¹⁸²

In *Bolling v Sharpe*¹⁸³ definieer die Hof "liberty" as grondwetlike begrip in 'n soortgelyke feitekonteks. Die saak is ingevolge die vryheidswaarborg in die *Vyfde Amendement*, wat nie 'n gelykheidsbepaling soos die *Veertiende Amendement* bevat nie, beslis. Die Hof bevestig dat "liberty" in die *Vyfde Amendement* nie tot fisiese vryheid beperk is nie, maar die volle omvang van wat 'n individu vry is om te doen,

¹⁷⁸ *United States v Carolene Products Co* 304 US 152 (1938).

¹⁷⁹ *United States v Carolene Products Co*: vn 4. Sien Rossum & Tarr 2003: 90-91; Bernstein 2003-2004: 52.

¹⁸⁰ *Brown v Board of Education of Topeka* 347 US 483 (1954).

¹⁸¹ Choundhry 2004: 11.

¹⁸² *Brown v Board of Education of Topeka*: 494.

¹⁸³ *Bolling v Sharpe* 347 US 497 (1954).

insluit, en dat dit nie beperk kan word nie, behalwe ooreenkomstig 'n behoorlike regeringsdoelwit. Segregasie in openbare opvoeding is nie verbind met sodanige doelwit nie en plaas dus op die betrokke swart kinders 'n las wat 'n arbitrêre ontneming van hulle grondwetlike vryheid daarstel.¹⁸⁴

Ondersteuners van *Brown* wat *Lochner* verwerp het, moes op een of ander wyse 'n onderskeid tussen die regterlike aktivisme in die onderskeie sake tref.¹⁸⁵ Dit het tot 'n kunsmatige onderskeid tussen die areas van ekonomiese en persoonlike vryheid gelei. *Grisworld v Connecticut*¹⁸⁶ is 'n voorbeeld van hierdie onderskeid in regspraak. Die Hof bevestig naamlik dat dit nie as 'n super-wetgewer sal funksioneer om die wysheid, noodsaaklikheid en geskiktheid van wetgewing wat ekonomiese probleme, besigheidsaangeleenthede en sosiale omstandighede raak, te bepaal nie.¹⁸⁷ Geen verduideliking word vir die onderskeid tussen hierdie en ander areas gebied nie.

Die erkenning van privaatheid as grondwetlike beginsel in *Grisworld* in 1965 en die uitbreiding van die toepassingsgebied van hierdie beginsel tot 'n breë definisie van privaatheid as die reg op outonomie binne 'n persoonlike sone, het uitdrukking gegee aan die self-individualiseringsideaal van vryheid en het die individu op hierdie basis verder teen staatsinmenging verskans.¹⁸⁸ Die omvattendste interpretasie van die reg op privaatheid is die van Douglas R in *Roe v Wade*¹⁸⁹ waar die Hof die negatiewe reg van 'n vrou op 'n aborsie in die sin dat die staat nie aborsie mag kriminaliseer nie, erken. Die Hof bevind dat wetgewing wat aborsie kriminaliseer, op die swanger vrou se reg

¹⁸⁴ *Bolling v Sharpe*: 499. Die geldigheid van segregasie in die openbare skole van Columbia was ter sprake.

¹⁸⁵ Choudhry 2004: 11: "The challenge for *Brown*'s defenders, as Owen Fiss put it, was how to remain attached to *Brown* and its robust use of the judicial power to further the ideal of equality, yet be happy that *Lochner* lies dead and buried."

¹⁸⁶ *Grisworld v Connecticut* 381 US 479 (1965).

¹⁸⁷ *Grisworld v Connecticut*: 482.

¹⁸⁸ Die Amerikaanse Grondwet bied nie uitdruklik beskerming aan 'n reg op privaatheid nie. Die uitbreiding in *Grisworld* van die toepassingsveld van die reg is gekritiseer dat dit privaatheid en vryheid verwar het. In Suid-Afrikaanse regspraak word die reg op privaatheid eng geïnterpreteer. Ackermann R beskryf die toepassingsgebied van die reg as "only the inner sanctum of a person, such as his or her family life, sexual preference and home environment, which is shielded from erosion by conflicting rights of the community." Sien *Bernstein and Others v Bester NO and Others*: par 67. Sien ook *NM and Others v Smith and Others (Freedom of Expression Institute as amicus curiae)* 2007 (7) BCLR 751 (CC) paragrawe 130-131. In die konteks van die studie is die substansie van die grondwetlike beskerming wat in *Grisworld* en soortgelyke uitsprake aan persoonlike outonomie gegee is, en nie die vraag of dit binne die toepassingsgebied van die Amerikaanse reg op privaatheid val al dan nie, relevant. Sien Devenish 1999: 140-143 en Cheadle *et al* 2002: par 9.2.1.

¹⁸⁹ *Roe v Wade* 410 US 113 (1973). Sien ook *Doe v Bolton* 410 US 179 (1973).

op privaatheid inbreuk maak, 'n reg wat by die vryheidskonsep in die *Veertiende Amendment* inbegrepe is. Douglas R maak die stelling dat die vryheid wat deur die *Veertiende Amendment* beskerm word, eerstens die outonome beheer oor die ontwikkeling en uitdrukking van 'n mens se intellek, belange, voorkeure en persoonlikheid insluit. Hierdie regte word deur die *Eerste Amendment* beskerm en is absoluut. Tweedens sluit privaatheid vryheid van keuse met betrekking tot die basiese besluite van 'n mens se lewe met betrekking tot die huwelik, egskeiding, voortplanting, kontrasepsie en die opvoeding van 'n mens se kinders in. Hierdie regte is fundamenteel. Inbreuk op hierdie regte sal noukeurig en presies ontwerp moet word en slegs 'n dwingende staatsbelang sal beperking van hierdie regte regverdig. 'n Derde stel vryhede word ingesluit, naamlik die vryheid om te sorg vir 'n mens se gesondheid en persoon, vryheid van liggaamlike beperking of dwang, en die vryheid "to walk, stroll, or loaf". Ook hierdie regte geniet beskerming ooreenkomstig die vermelde streng standaard van hersiening.¹⁹⁰ Sewe jaar later in 1980 bevestig die Hof in *Harris v McRae*¹⁹¹ dat 'n negatiewe reg om vry te wees van inmenging deur die regering in die aborsie-besluit, nie aan 'n vrou 'n grondwetlike reg op die finansiële middele om haarself met die volle omvang van beskermde keuses te bevoordeel, verleen nie.

Roe het wetgewing in al 50 state wat die meeste of alle aborsies verbied het, ongrondwetlik verklaar, en is met verwysing na die verandering wat dit in die Amerikaanse lewenswyse en politiek gebring het, beskryf as die mees kontroversiële en invloedryke van alle Amerikaanse sake in die 20ste eeu.¹⁹²

In werklikheid het *Griswold* en *Roe* se beskerming van die ongespesifiseerde reg op privaatheid soortgelyke regsrae as *Lochner* se beskerming van kontraktevryheid aangespreek.¹⁹³ Na *Roe* het die onderskeid tussen die areas van ekonomiese en persoonlike vryheid egter steeds gedien om die aktiewe handhawing van fundamentele vryheidsregte van *Lochner* te onderskei.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *Doe v Bolton*: 410 US 179 (1973): 211-214.

¹⁹¹ *Harris v McRae* 448 US 297 (1980): 298-299. Sien Hill 2003-2004: 560, Vn 242-243.

¹⁹² Devenish 1999: 140 waar 'n kommentator soos volg aangehaal word: "It almost certainly contributed to ... the defeat of many Democratic senators in 1976 and 1978, the capture of the presidency and the Senate by the Republican Party two years later and the ultimate defeat of the Equal Rights Amendment."

¹⁹³ Bernstein 2003-2004: 56.

¹⁹⁴ Feldman 2006-2007: 47.

In *Planned Parenthood v Casey*¹⁹⁵ beskryf die Hof die verbintenis tussen vryheid, menswaardigheid en self-definisie soos volg: "... At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State."¹⁹⁶

In *Washington v Glucksberg*¹⁹⁷ bevind die Hof dat die regering nie fundamentele vryheidsbelange op enige wyse mag beperk nie, tensy sodanige beperking nougeset ontwerp is om 'n dwingende staatsbelang te dien. Die Hof bevestig dat die vryheid wat deur die "due process"-klousule van die *Veertiende Amendement* beskerm word meer as fisiese vryheid behels, en dat die *Amendement* verhoogde beskerming teen regeringsinmenging met fundamentele regte en vryheidsbelange bied. Die Hof beklemtoon dat ten einde te voorkom dat die vryheid wat deur die "due process"-klousule beskerm word op 'n subtiële wyse tot die politieke voorkeure van lede van die regbank getransformeer word, groot versigtigheid aan die dag gelê moet word wanneer konstitusionele beskerming uitgebrei word om 'n beweerde reg of vryheidsbelang in te sluit, en daardie aangeleentheid sodoende tot 'n groot mate buite die arena van openbare debat en wetgewende aksie geplaas word. Die metode van substantiewe "due process"-analise wat vasgelê is, het 2 primêre fasette, naamlik eerstens die waarneming dat die klousule spesifiek aan daardie fundamentele regte en vryhede wat diep in die nasie se geskiedenis en tradisie gewortel is, beskerming verleen en, tweedens, die vereiste van 'n versigtige omskrywing van die beweerde fundamentele vryheidsbelang. Die Hof bevind dat die beweerde "reg" om hulp by die pleging van selfmoord te verleen nie 'n fundamentele vryheidsbelang is wat deur die "due process"-klousule beskerm word nie.¹⁹⁸

¹⁹⁵ *Planned Parenthood v Casey* 505 US 833 (1992).

¹⁹⁶ *Planned Parenthood v Casey*: 851.

¹⁹⁷ *Washington v Glucksberg* 521 US 712 (1997).

¹⁹⁸ *Washington v Glucksberg*: 719-722.

In 2003, in *Lawrence and Garner v Texas*¹⁹⁹ erken die Hof die reg van alle mense om, onafhanklik van seksuele oriëntasie, vry te wees van staatsinmenging in seksuele uitdrukking.

Oorsigtelik gesien, volgens Hill, was progressiewe pogings in die Amerikaanse reg om die politieke met die sosiale te verbind ten einde 'n breër omvang van negatiewe en positiewe individuele regte te skep, tot 'n beperkte mate suksesvol. Aan die een kant is die negatiewe liberale beginsel dat die *Grondwet* nie privaat-aktiwiteit raak nie, versag. Die gevolg is dat howe individuele regte kan beskerm in gebiede wat voorheen as buite bereik van die *Grondwet* beskou is. Aan die ander kant het die hof progressiewe pogings om sekere sosiale regte te konstitusionaliseer, verwerp.²⁰⁰

Vervolgens word die reaksie wat op die *Lochner*-saak gevolg het en die effek daarvan bespreek.

3.1.4 Verskillende perspektiewe op *Lochner*

Kritici voer verskillende redes aan waarom *Lochner* verwerp moet word.²⁰¹ *Lochner* word eerstens as sinoniem met regterlike aktivisme beskou. Die siening is dat die *Lochner*-regbank onder die dekmantel van regterlike interpretasie persoonlike politieke voorkeure op demokraties verkose wetgewers afgedwing het.²⁰² Volgens Bernstein is hierdie kritiek gebaseer op 'n persepsie dat die regters op die *Lochner*-regbank, beïnvloed deur klassevooroordeel, berekend met 'n "survival of the fittest"-mentaliteit groot korporasies bevoordeel en werkers benadeel het. Nadat kontrakteervryheid op hierdie wyse as konstitusionele reg gevestig is, het, volgens hierdie persepsie, selfs regters wat nie 'n *laissez-faire* politiek-ekonomiese teorie ondersteun het nie, verplig gevoel om op 'n formalistiese wyse die presedent wat geskep is, te volg, en is sosiale omstandighede en die behoefte aan regulerende maatreëls geïgnoreer.²⁰³ Volgens Bernstein is die verband tussen hierdie persepsie en die werklikheid uiters beperk en is die persepsie geskep en aangewakker om die

¹⁹⁹ *Lawrence and Garner v Texas* 539 US 558 (2003).

²⁰⁰ Hill 2003-2004: 558-559.

²⁰¹ Howard 2005: 860.

²⁰² Sullivan & Gunther 2001: 463.

²⁰³ Bernstein 2003-2004: 1-4.

politieke behoeftes van die progressiewe en “new deal”-eras en die idees van aanhangers van die welsynstaatidee te bevorder.

Die fokus van die tweede lyn van kritiek het op die substantiewe *laissez-faire* politiek-ekonomiese teorie wat in *Lochner* aangehang is, betrekking. *Lochner* word naamlik beskou as verteenwoordigend van ’n normatiewe toewyding aan die beginsels van kontrakteervryheid en eiendomsreg en streng beperking van staatsinmenging in markverhoudinge. Volgens hierdie kritici beteken ’n verwerping van *Lochner* dat geveg word vir die vermoë van state om die ongelykhede en uitbuiting wat uit ’n ongereguleerde marksituasie voortvloei, aan te spreek.

Laastens word *Lochner* met die konstitusionele krisis wat dit tot gevolg gehad het, geassosieer.²⁰⁴

Meer onlangs is *Lochner* meer positief geëvalueer. Volgens Sandefur was die betrokke wetgewing in *Lochner* juis gegenerer deur groot bakkerymaatskappye wat primêr masjinerie gebruik het vir produksie. Die wetgewing het dus die vermoë van kleiner bakkerye, wat van menslike arbeid afhanklik was om effektief te kompeteer, beperk. Die Hof het egter die werklike substansie van die maatreël oorweeg en tot die gevolgtrekking gekom dat dit inmeng met die kontrakteervryheid van die werkgewer en werknemer, en nie verband hou met die veiligheid en gesondheid van werknemers soos aangevoer is nie. *Lochner* het nie, soos allerweë beweerd word, ’n nuwe *laissez-faire* ekonomiese teorie gekonstitusioneeliseer nie, maar het ’n regsteorie wat oor eeue gevestig is, voortgesit.²⁰⁵

Bernstein onderskei sy siening van die benadering wat in *Lochner* gevolg is van die siening van skrywers wat aanvoer dat die uitsprake in die *Lochner*-era gemotiveer is deur vyandigheid teenoor sogenaamde klaswetgewing. Hy wys daarop dat klaswetgewing wetgewing was wat blatant diskriminerende klassifikasies bevat het en

²⁰⁴ Choundhry 2004: 7, 11-13; Sullivan & Gunther 2001: 463-466.

²⁰⁵ Sandefur 2003: 238. Relevante regspraak word omvattend gelys in aanhangsels A, B, C en D van die artikel, onderskeidelik op: 264-265, 266-269, 270-271 en 272-277. Aanhangel B lys federale en staatsake voor *Lochner* wat die beginsel onderskryf het dat “the law will not allow rights of property to be invaded under the guise of a police regulation for the preservation of health ..., and when it appears that (public health) is not the real object and purpose of the regulation, courts will interfere to protect the rights of the citizen.”

wat *prima facie* arbitrêr was, of deur 'n redelike persoon as arbitrêr beskou sou word. Beslissings met betrekking tot klaswetgewing is ingevolge die gelykheidsklousule van die *Veertiende Amendement* gemaak. Die *Lochner*-beslissings is egter ingevolge die "due process"-klousule gemaak.²⁰⁶ Op die stadium toe *Lochner* beslis is, was kontrakteervryheid reeds deur die howe as grondwetlike reg erken.²⁰⁷ In *Algeyer v Louisiana*, wat in *Lochner* aangehaal is, is byvoorbeeld bevind dat beskerming teen arbitrêre inbreuk op vryheid ingevolge die *Veertiende Amendement* die volgende insluit: "... the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or vocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned." Die bestaan van fundamentele regtens-afdwingbare regte is deur die *Lochner*-regbank aanvaar. Selfs Holmes R het in sy minderheidsuitspraak erken dat wetgewing ongrondwetlik sal wees indien "a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law". Die omstrede vraag ter oorweging was hoe sterk hierdie regte teen die state afdwing moes word, en meer spesifiek of daar 'n vermoede ten gunste van die grondwetlikheid van die wetgewing was.²⁰⁸ Die antwoord van die Hof blyk uit die volgende dictum van Peckham R: "The purpose of a statute must be determined from the natural and legal effect of the language employed, and whether it is or is not repugnant to the Constitution of the United States must be determined from the natural effect of such statutes when put into operation, and not from their proclaimed purpose."

Die Hof in *Planned Parenthood v Casey* verduidelik dat die rede waarom *Lochner* in die dertigerjare verwerp is, nie was dat *Lochner* gefouteer het deur 'n ongespesifiseerde fundamentele reg te beskerm nie, maar dat die depressie die besef gebring het dat die aanname dat 'n relatief ongereguleerde mark die vermoë het om

²⁰⁶ Bernstein 2003-2004: 13-18, 21.

²⁰⁷ Bernstein 2003-2004: 42-43, met verwysing onder andere na *Lawton v Steele*, 152 US 133, 137 (1894); *Allgeyer v Louisiana* 165 US 578(1897): 589; *Hopkins v United States* 171 US 578 (1898): 603; *United States v Joint Traffic Association* 171 US 505 (1898): 572; *Patterson v Bark Eudora* 190 US 169 (1903): 173-79; *N Sec Co v United States* 193 US 197 (1904): 351.

²⁰⁸ Bernstein 2003-2004: 38.

minimumvlakke van menslike welsyn te bevredig, feitelik verkeerd was.²⁰⁹ *Lochner* het dus in die lig hiervan gefouteer deur kontrakteervryheid sonder meer te beskou as 'n fundamentele reg wat beskerming moes geniet. Vanuit dieselfde perspektief voer Ackermann en Fiss aan dat die Hof, met dieselfde uitkoms, in plaas van op kontrakteervryheid, op burgerlike vryhede wat noodsaaklik was vir 'n behoorlik-funksionerende demokrasie, moes fokus.²¹⁰

Die feit dat die klassiek-liberale grondslag van die *Lochner*-regspraak mettertyd verwerp is en later slegs met betrekking tot nie-ekonomiese vryhede herleef het, kan aan ekonomiese werklikhede toegeskryf word. Bernstein maak die volgende stelling in hierdie verband: "The classical liberal foundations of Lochnerian jurisprudence, however, could not survive the strains of the Great Depression. With almost no support among the intellectual class, with the unemployed and underemployed clamoring for government intervention, and with statism ascendant across the globe in the forms of fascism, communism, and social democracy - each of which had its share of admirers in the United States - the Court's commitment to established constitutional limitations on government seemed outlandishly reactionary to much of the public."²¹¹

Bernstein wys daarop dat 'n klein groep akademici redeneer dat sowel *Lochner* as *Griswold* korrek beslis is en dat dit 'n fout was om die logika van *Lochner* nie in die ekonomiese sfeer toe te pas nie. Sodoende is belangrike ekonomiese regte kwesbaar gelaat vir oormatige inbreuk deur die staat.

3.1.5 Belang vir die Suid-Afrikaanse Reg en vir die studie

Daar moet in ag geneem word dat, anders as die *Amerikaanse Grondwet*, die *Suid-Afrikaanse Grondwet* die verhouding tussen grondwetlike regte en die besluitnemingsbevoegdheid van die staat pertinent reël. Ingevolge die *Suid-Afrikaanse Grondwet* is die *Handves van Regte* die hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in die land en bevestig die demokratiese

²⁰⁹ Bernstein 2003-2004: 56.

²¹⁰ Bernstein 2003-2004: 57.

²¹¹ Bernstein 2003-2004: 50.

waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Dit is op die totale reg van toepassing en bind die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane, asook uitdruklik, waar toepaslik, natuurlike- en regs persone. Die staat moet die regte in die *Handves van Regte* eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik en dié regte is onderhewig aan die beperkings in artikel 36 of elders in die *Handves* vervat. Sou die demokratiese regering wetgewing daarstel wat inbreuk op individuele grondwetlike regte, insluitende sosio-ekonomiese regte, maak, sal ingevolge artikel 36 beoordeel word of die wetgewing die toets van grondwetlikheid slaag al dan nie.²¹²

Soos later in hierdie hoofstuk aangetoon sal word, onderskryf die *Suid-Afrikaanse Grondwet* liberaal-demokratiese grondwetlike beginsels. Uit hierdie perspektief is die Amerikaanse debat met betrekking tot balans tussen die outonomie van die vry individu en die demokratiese doelwit van die staat om die openbare belang te bevorder, relevant. Anders as die *Amerikaanse Grondwet* verskans die *Suid-Afrikaanse Grondwet* egter ook positiewe sosio-ekonomiese regte. Die implikasie is dat die grondwetlike idee van vryheid nie klassiek-liberalisties is nie en dat teorieë van vryheid wat positiewe regte akkommodeer, van toepassing is. Hierdie onderskeid is van ewe groot belang wanneer die vryheidsidee in die *Suid-Afrikaanse Grondwet* met verwysing na die Amerikaanse liberalisme geëvalueer word.

Daar is aangetoon dat volgens die Amerikaanse grondwetlike siening demokrasie die manifestasie van die vryheid van keuse is. Met hierdie uitgangspunt is die volgende waarneming van Tribe insiggewend deurdat dit 'n genuanseerde fokus op die begrip openbare belang plaas. Volgens hom is 'n spesifieke element van die *Lochner*-uitspraak deurlopend gehandhaaf, naamlik dat wetgewers in hulle regulerende hoedanigheid altyd openbare doelwitte moet bevorder, en dat hierdie vereiste die bevordering van 'n wisselende somtotaal van privaatbelange deur middel van die politieke proses oorheers. Hierdie benadering is in teenstelling met die idee dat daar geen ander openbare belang as die vermelde somtotaal van privaatbelange bestaan nie. Volgens Tribe is selfs wanneer die howe wetgewing gehandhaaf het, die eersgenoemde beginsel beklemtoon deur aan te toon dat die wetgewing 'n uitoefening

²¹² Currie & De Waal 2005: par 3.1-3.3(b), par 7.1(a); Cheadle *et al* 2002: par 3.1-3.4, hoofstuk 30; Devenish 1999: hoofstuk 3 par 6, hoofstuk 28.

van oordeel was en nie 'n arbitrêre vertoon van mag nie. As voorbeeld noem hy die juridiese motivering vir wetgewing wat aan werknemers toestemming verleen het om vir die koste van hulle werkgevers hulle diens op stembag te verlaat om te gaan stem, naamlik dat dit stemreg beveilig het.²¹³

Dit is duidelik dat van die wetgewer vereis kan word om te motiveer dat regulering inderdaad die openbare belang dien. 'n Deurlopende tema in die kritiek op *Lochner* is dat die klassiek-liberalistiese klem wat op kontraktevryheid as normatiewe waarde geplaas is, en die verdoeming van die legitimitieit van die betrokke regeringsdoelwit deurdat die Hof nie die heersende ekonomiese omstandighede en politieke werklikhede by 'n substantiewe beoordeling van die rasionaliteit of redelikheid van die regeringsdoelwit in ag geneem het nie, die demokratiese beginsel bedreig het. Die effek van hierdie bedreiging was in die ekonomiese omstandighede van die tyd polities verreikend. *Lochner* kan teen hierdie agtergrond as 'n waarskuwing beskou word dat ook binne 'n liberalistiese grondwetlike bedeling respek vir die staat se demokratiese opdrag om rasonale regeringsdoelwitte in die openbare belang te bevorder, betoon moet word.²¹⁴

Uit 'n ander perspektief, met inagneming van die faktore wat gelei het tot die omvattende negatiewe reaksie teen *Lochner* wat hierbo bespreek is, asook met inagneming van die feit dat die Suid-Afrikaanse reg geen kunsmatige onderskeid met betrekking tot ekonomiese regte maak nie,²¹⁵ is die volgende prinsipiële stellings in *Lochner* en in ander sake wat met kontraktevryheid gehandel het, egter wel spesifiek relevant en insiggewend.

Die uitsprake in *Lochner* sowel as in *Adkins*, *Meyer*, *West Coast Hotel* en *Coppage* gee erkenning aan kontraktevryheid as inbegrepe by die grondwetlike reg op persoonlike vryheid. In daardie sake waar suksesvol geargumenteer is dat die wetgewing op die beskerming van partye wat as gevolg van 'n minderwaardige onderhandelingsposisie aan uitbuiting blootgestel is, gerig is, is die inbreuk van die wetgewing op die kontraktevryheid van individue wat daaraan onderwerp is, op

²¹³ Tribe 1999:1365.

²¹⁴ Woolman *et al* 2008: 40-17.

²¹⁵ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96 hieronder.

daardie basis bekragtig. In *Lochner* waar bevind is dat die betrokke werknemers binne die marksituasie waarin hulle gefunksioneer het, bevoeg was om ooreenkomstig hulle eie onafhanklike oordeel op te tree en hulle regte te handhaaf, is bevind dat die inbreuk op hulle vryheid om te kontrakteer onredelik, onnodig en arbitrêr was en derhalwe in konflik met die *Grondwet*. Dieselfde standpunt is in die minderheidsuitspraak in *West Coast Hotel* ingeneem. Anders as in die meerderheidsuitspraak, was Sutherland R se uitgangspunt dat vroue as potensiële kontrakspartye nie meer beskerming as mans nodig het nie, en dat wetgewing wat minimumlone vir vroue daarstel derhalwe arbitrêr, diskriminerend en onkonstitusioneel is.

Die interpretasie in sake soos *Roe v Wade* en *Washington v Glucksberg* dat grondwetlike vryheid verhoogde beskerming teen inmenging met fundamentele regte bied, asook die ontwikkeling van 'n streng hersieningsmaatstaf wat vereis dat 'n beperking van fundamentele regte nougeset ontwerp moet wees om 'n dwingende staatsbelang te dien, is ook relevant. Daar sal naamlik aangetoon word dat die beperking wat die ter sake maatreëls plaas op die vryheid van werknemers om langer ure te werk, onder andere hulle menswaardigheid en gelykheid aantast. Ingevolge die vermelde beginsels sou die streng maatstaf dus van toepassing wees, en sou die relevante vrae wees of die ter sake maatreëls dwingend noodsaaklik is, en noukeurig ontwerp is, om persone wat aan uitbuiting blootgestel is, in die openbare belang te beskerm.

In die konteks van die studie sal uit die voorafgaande bespreking staving gevind kan word vir 'n stelling dat inbreuk op die vryheid van werknemers en werkgewers om kontrakte te sluit, ongrondwetlik sal wees, indien die inbreuk nie vereis word ingevolge die staat se plig om, met inagneming van die relevante werklikhede, 'n vry demokratiese bestel in stand te hou nie.

3.2 Die Duitse Reg

3.2.1 Inleidende agtergrond

Die *Grundgesetz*²¹⁶ van Duitsland is in 1948 deur oorwegend akademici van die nuwe Wes-Duitse “Länder” geformuleer. In reaksie op die effek van die Nazi-regime en die oorlog, en geïnspireer onder andere deur die filosofie van Kant dat ’n mens nooit as ’n objek van manipulasie behandel mag word nie, maar altyd as ’n doel op sigself,²¹⁷ is die doelwit van die *Grundwet* om die regsorde aan ’n objektiewe onafhanklike waardesisteem waarbinne die mens en die regering moet funksioneer, te anker. Die idee is om demokratiese regering te beveilig deur die demokratiese proses tot die waardes en beginsels wat in die *Grundwet* uitdrukking vind, te verbind, en deur uitgebreide mag om oor die demokratiese proses te waak aan die Konstitusionele Hof toe te ken.²¹⁸ Die kern hiervan is die verpligting wat die *Grundwet* op die staat plaas om die onverhandelbare waardigheid van die mens te respekteer en te beskerm.²¹⁹ Alle staatsaktiwiteit wat ’n negatiewe effek op individuele regte het, is op hierdie basis aan konstitusionele hersiening onderworpe. Die beskerming strek egter verder. Die *Grundwet* gee uitdruklik in artikel 20(4) aan alle Duitsers die reg om, indien geen ander remedie beskikbaar is nie, enige persoon wat poog om die grondwetlike orde aan te tas, te weerstaan.²²⁰

Artikel 1 van die *Duitse Grundwet* bepaal dat menswaardigheid onaantasbaar is en dat dit die plig van alle staatsgesag is om dit te respekteer en te beskerm.²²¹ Artikel 2(1) bepaal dat elkeen die reg het op die vrye ontwikkeling van sy persoonlikheid vir soverre hy nie die regte van ander aantass of die grondwetlike orde of openbare sedes oortree nie. Artikel 2(2) bepaal dat elkeen die reg op lewe en op die onaantasbaarheid van sy persoon het, dat die vryheid van die individu onaantasbaar is en dat hierdie regte slegs ooreenkomstig wetgewing beperk mag word. Volgens die interpretasie van die Federale Konstitusionele Hof (“Bundesverfassungsgericht”) wat hierna bespreek sal word, waarborg artikel 2 nie alleen regte ten opsigte van spesifieke vryhede nie, maar ook ’n algemene reg tot vryheid.²²²

²¹⁶ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, uitgevaardig deur die Parlementêre Raad op 23 Mei 1949, soos gewysig deur die Unifikasieverdrag van 31 Augustus 1990 en die Federale Statuut van 23 September 1990, Wet BGBl 11949 artikel 1.

²¹⁷ McAllister 2003-2004: 496-497. Sien ook Burchill 2006: 64.

²¹⁸ Van Wyk *et al* 1994: 69, 70, 120, 121. Sien ook Currie 1994: 9-10.

²¹⁹ Eberle 2007: 1-16; Flanz 2008: Bundel VII par I.3, II.1.

²²⁰ Flanz 2008: Bundel VII “Introductory notes” par III.1.

²²¹ Devenish 1999: 80-82.

²²² *Elfessaak* (1957) BVerfGE 6, 32: 2, par 2 (a); Kommers 1997: 315-319.

3.2.2 Die “Rechtsstaat”

Artikel 20(3) bevestig dat die demokratiese staat aan die onafhanklike morele struktuur wat die *Grondwet* daarstel, onderwerp is. Artikel 79(3) bepaal onomwonde dat 'n wysiging van die grondwetlike beginsels in artikels 1 tot 20 ontoelaatbaar is.²²³ Hierdie artikels vestig die sogenaamde “Rechtsstaat” wat volgens Eberle omskryf kan word as 'n strukturele komponent van die Duitse idee van vryheid wat die staat verbind tot sekere fundamentele beginsels wat staatsmag beperk, en individue emansipeer om hulle lewens te bestuur. Binne hierdie staat moet burgers teen onnodige beperkings van hulle vryheid deur staatsoptrede beskerm word.²²⁴ Volgens Grote het die “Rechtsstaat-beginsel” van die *Duitse Grondwet* 'n transformasie van grondwetlike beskerming as 'n formele konsep wat op organisatoriese en prosedurele beskermingsmaatreëls gefokus het, tot 'n konsep gebaseer op 'n substantiewe beginsel van geregtigheid teweeggebring. Fundamentele regte word gewaarborg as 'n objektiewe waarde-orde wat deur middel van die regspleging elke sektor van die regs- en politieke bedeling infiltreer. Die proporsionaliteitsbeginsel dien om staatsinmenging met regte en vryhede te beperk tot die noodsaaklike minimum ten einde 'n legitieme doelwit te bereik. Die Konstitusionele Hof het die proporsionaliteitsbeginsel uitdruklik met die regstaatbeginsel verbind, maar het terselfdertyd beklemtoon dat dit afgelei is van die essensie van die basiese regte as sulks wat, as 'n uitdrukking van die algemene vryheid van die burger teen die staat, slegs beperk mag word in soverre dit onvermydelik is ter beskerming van die openbare belang. Volgens Currie is artikel 2(1) in samehang met die proporsionaliteitsbeginsel “the ultimate guarantor of substantive due process in Germany.”²²⁵

3.2.3 Menswaardigheid en vryheid

²²³ Artikel 20 lees soos volg: “(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social Federal state. (2) All state authority emanates from the people. It is exercised by the people by means of elections and voting and by separate legislative, executive and judicial organs. (3) Legislation is subject to the constitutional order; the executive and the judiciary are bound by the law. (4) All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, should no other remedy be possible.” Sien Eberle 2007: 23.

²²⁴ Eberle 2007: 5, 6, 54-60; Sien ook Currie 1994: 18-20.

²²⁵ Flanz 2008: Bundel VII par II.5; Currie 1994: 321.

Die bepaling in artikel 1 dat menswaardigheid onaantasbaar is, is die mees fundamentele beginsel van die *Duitse Grondwet*.²²⁶

Die waarde wat die Duitse reg op die menswaardigheid van elke mens plaas, blyk uit die uitspraak in die *Lugsekerheidsaak*.²²⁷ Die Hof verklaar dat art 14(3) van die *Luftverkehrsrechtsgesetz, 2005* wat die weermag sou toelaat om passassiersvliegtuie wat deur terroriste as moordwapens aangewend word, af te skiet, ongrondwetlik is, onder andere op grond van die menswaardigheidsbeginsel: "(K)illing a small number of innocent people to save a large number," sê die Hof, "cannot be legalized since it treats dignity as if it was a measurable and limited quantity." Die Hof redeneer dat Artikel 2.2 van die *Grondwet* die reg op lewe as 'n vryheidsreg waarborg, onderhewig aan wetgewing ingevolge dieselfde artikel. Sodanige wetgewing moet op sigself egter konstitusioneel wees en mag ingevolge artikel 1 nie op die menswaardigheid van mense inbreuk maak nie. Ingevolge artikel 1 is die menswaardigheid van elke individu onaantasbaar en is dit die plig van die staat om hierdie menswaardigheid te beskerm en te respekteer. Wanneer die dood van 'n individu in ag geneem word as onvermydelike skade ter bereiking van ander doelwitte, word die individu in 'n voorwerp omskep en van sy onaantasbare grondwetlike reg op menswaardigheid ontnem.²²⁸

Die Duitse Konstitusionele Hof lees byna sonder uitsondering die menswaardigheidsklousule saam met die klousules wat algemene vryheidsbelange beskerm. In verskeie sake is 'n onaantasbare privaatsfeer binne die persoonlikheidsreg geïdentifiseer. Telkens was hierdie beslissings op die menswaardigheidsbeginsel gegrond.²²⁹

Kommers beskryf die impak van menswaardigheid as grondliggende grondwetlike waarde soos volg: "Dignity ... is defined by its subjective and objective sides. Subjectively it secures the individual rights of personal liberty that the state may not

²²⁶ Flanz 2008: Bundel VII par II.1.

²²⁷ *Lugsekerheidsaak* (2006) 115 BverfGE 118, BVerfG, 1 BvR 357/05 van 15.2.2006: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705en.html>

²²⁸ *Lugsekerheidsaak*: par 83, 117-120; Müller & Richter 2008: 189-193; Lepsius 2006: 767-776.

²²⁹ McAllister 2003-2004: 491. Sien ook Van Wyk *et al* 1994: 245-247; Kommers 1997: 298, 305-313.

invade; objectively it sets the boundary to liberties flowing from the rights of personal autonomy, and the state is obliged to see that this line is not overstepped.”²³⁰

Die interaksie tussen die beginsel van menswaardigheid en die reg van die individu op vrye ontwikkeling van die persoonlikheid blyk duidelik uit die uitspraak van die Duitse Federale Grondwethof met betrekking tot die vraag of lewenslange gevangenisstraf grondwetlik is.²³¹

Die Hof maak die stelling dat die staat se verpligting om die waardigheid van alle mense te respekteer en te beskerm, op die konsep van die mens as 'n geestelik-morele wese wat die potensiaal het om homself in vryheid te handhaaf en van binne te ontwikkel, gefundeer is.²³² Die Hof verduidelik dat hierdie vryheid nie onbeperk is nie en dat die individu in sekere feitelike situasies beperkings op sy vryheid wat die regering nodig vind ten einde die samelewing in stand te hou, moet toelaat. Die outonomie van die individu moet egter beskerm word en elke individu moet binne die samelewing as 'n lid met gelyke regte en eiewaarde erken word. Die waardigheid van die mens, sê die Hof, lê juis daarin dat hy erkenning ontvang as 'n persoon wat verantwoordelikheid vir homself dra.²³³

In die *Elfes*-saak is die benadering gevolg dat die begrip vrye persoonlikheidsontwikkeling algemene handelingsvryheid en die reg tot selfbeskikking impliseer. Die Hof interpreteer artikel 2(1) in die lig van artikel 1 en kom tot die gevolgtrekking dat artikel 2(1) 'n afsonderlike individuele grondwetlike reg wat 'n persoon se algemene reg tot vryheid waarborg, daarstel. Die individu kan op artikel 2(1) steun wanneer die openbare gesag op sy of haar vryheid inbreuk maak, en ander fundamentele regte nie spesifieke beskerming teen sodanige inbreuk verleen nie. Bo alles, sê die Hof, mag wette nie 'n persoon se waardigheid, wat die hoogste waarde van die *Grondwet* verteenwoordig, aantas nie, en ook nie 'n persoon se

²³⁰ Kommers 1997: 359. Sien ook Cheadle *et al* 2002: par 5.2.

²³¹ *Lewenslange Gevangenisstraf*-saak (1977) BVerfGE 45,187; Kommers 1997: 306-313.

²³² *Lewenslange Gevangenisstraf*-saak: II (1).

²³³ Die Hof kom, in die konteks van die saak, ook met verwysing na die beginsel van sosiale geregtigheid, tot die gevolgtrekking dat dit strydig sou wees met die beginsel van menswaardigheid om 'n individu van sy vryheid te stroop sonder om 'n moontlikheid te laat dat hy weer sy vryheid kan herwin. Die Hof verklaar dat artikel 14(3) van die *Luftsicherheitsgesetz* 2005 wat die weermag sou toelaat om vliegtuie wat deur terroriste as moordwapens aangewend word, af te skiet, ongrondwetlik is op grond van die menswaardigheidsbeginsel. Sien ook die *Lugsekerheid*-saak BVerfGE 115, 118; Naske & Nolte 2007: 466.

geestelike, politieke of ekonomiese vryheid op 'n wyse wat die essensie van menswees uitwis, beperk nie.²³⁴

In 1989 moes die Konstitusionele Hof 'n beslissing maak met betrekking tot die vraag of die betrokke applikant 'n grondwetlike reg gehad het om met sy perd op sekere bospaadjies waar perdry verbode was, te ry.²³⁵ Die Hof handhaaf in beginsel die breë interpretasie van die omvang van die reg, maar beslis dat die aktiwiteit perdry, alhoewel dit binne die trefwydte van artikel 2(1) val, nie deel van die kern-area van beheer van 'n mens se privaatlewe uitmaak nie en derhalwe nie in beginsel immuun teen statutêre beperkings is nie. Met verwysing na die beperkende gedeelte van die betrokke artikel, pas die Hof die proporsionaliteitsbeginsel²³⁶ toe. Die Hof kom tot die gevolgtrekking dat die betrokke beperkings wel grondwetlik is.²³⁷

In 'n minderheidsuitspraak neem Grimm R die standpunt in dat die aktiwiteit om in die bos te ry geen grondwetlike beskerming geniet nie. Artikel 2(1) beskerm wel 'n breë aanwendingsveld en dien ter beskerming van die vrye ontwikkeling van die persoonlikheid in veranderende omstandighede waar die spesifieke vryheidsregte gapings laat, maar bied nie 'n volledige basiese beskerming aan die individu om te doen of nie te doen wat hy wil of nie wil nie. Individuele gedrag kan slegs op die beskerming van die artikel aanspraak maak, indien die gedrag vergelykbaar relevant vir die ontwikkeling van die persoonlikheid is as gedrag wat deur spesifieke grondwetlike regte beskerm word. Wanneer hierdie relevansie ontbreek, ontbreek ook die rede vir spesiale beskerming van basiese regte en geld die gewone reëls en remedies van die algemene reg.

In die sogenaamde Cannabis-saak²³⁸ bevestig die Hof dat artikel 2(1) van die *Grondwet* elke vorm van menslike aktiwiteit, sonder oorweging van die belangrikheid van die aktiwiteit vir die mens se ontwikkeling, beskerm. Slegs die kern van die reg om die verloop van 'n mens se lewe te bepaal, geniet egter absolute beskerming, ook teen inmenging op grond van die openbare belang. Handeldryf met dwelms, en

²³⁴ Eberle 1997: 983, 984, 989, 1005.

²³⁵ *Perdri in die Woud*-saak (1989) BVerfGE 80,137; Kommers 1997: 319.

²³⁶ Sien hoofstuk 7 par 2: 228-229 hieronder.

²³⁷ Sien ook die *Valkenierlisensie*-saak (1980) 55 BVerfGE: 165; Kommers 1997: 315.

²³⁸ Cannabis-saak (1994) BVerfGE 90, 145.

spesifiek die vryheid om onder die invloed van dwelms te wees, kan, juis as gevolg van die groot aantal gevolge wat dwelmgebruik en -handel vir die samelewing inhou, egter nie as deel van daardie kern beskou word nie. Buite die kern van die algemene reg tot vryheid, maak beperkings binne die raamwerk wat die tweede deel van artikel 1(a) stel, naamlik beperkings ooreenkomstig die konstitusionele orde deur middel van regsreëls wat in vorm en substansie met die *Grondwet* versoenbaar is, nie inbreuk op die reg op vryheid wat in artikel 2(1) gewaarborg is nie.²³⁹

Van wesenlike belang in die konteks van die studie is die beskouing van die Duitse Federale Arbeidshof dat selfvervulling van die persoonlikheid deur te werk 'n essensiële element van die reg op vryheid van persoonlikheidsontwikkeling is. Op hierdie basis is 'n reg om te werk en nie slegs vergoeding te ontvang nie, deur die Hof erken, en is bevind dat werknemers wat onregmatig ontslaan is op herindiensstelling geregtig is, tensy aangetoon kan word dat verdere vrugtevolle samewerking binne die diensverhouding nie verwag kan word nie.²⁴⁰ Die beginsels wat in die regspraak waarna verwys is, uiteengesit is, sal dus direk relevant wees wanneer beperkings op werk ter sprake is.

3.2.4 Die “Sozialstaat”

Van wesenlike regsvergelykende belang in die konteks van die studie, is die feit dat Artikel 20(1)²⁴¹ van die *Duitse Grondwet* bepaal dat die staat ook 'n “Sozialstaat” is. Dit beteken dat die staat maatreëls in plek moet stel wat 'n minimumvlak van materiële bestaan waarborg, sodat mense menswaardig kan lewe. Dit geld 'n breë spektrum van die menslike bestaan, byvoorbeeld opvoeding, sekuriteit en sosiale geregtigheid. Die staat is verplig om proaktief sosiale omstandighede te skep waarbinne die mens binne 'n gemeenskap kan floreer. Die implikasie is dat die mens gedefinieer word nie as 'n soewereine individu nie, maar as 'n persoon gebonde tot 'n gemeenskap.²⁴²

²³⁹ *Cannabis*-saak: 171-173.

²⁴⁰ Weiss 2004-2005: 189-190.

²⁴¹ Lees met artikel 28 wat die beginsel ook op die federale state van toepassing maak.

²⁴² Eberle 2007: 60-62. Sien ook Currie 1994: 20-24.

Die sosiaalstaatbeginsel gee op konstitusionele vlak erkenning aan die aktiewe rol wat die staat in die gemeenskap moet speel om te verseker dat sosio-ekonomiese belange beskerm word. Die oogmerke van die beginsel moet binne die juridiese raamwerk van die regstaatbeginsel verwesenlik word. Die beginsel word as staatsdoelstelling of wetgewingsopdrag beskryf en verplig die wetgewer tot optrede sonder om individuele subjektiewe regte te waarborg.²⁴³ Die sosiaalstaatbeginsel is derhalwe deur die Duitse Konstitusionele Hof aangewend, nie as basis op sigself vir die ongeldigverklaring van wetgewing nie, maar as belangrike invloed op interpretasie, byvoorbeeld met betrekking tot die voorsiening van regshulp, die handhawing van pryskontrolleregulasies teenoor die argument dat die regulasies strydig was met die beginsel van kontrakteervryheid, en die beperkte toepassing van lewenslange gevangenisstraf.²⁴⁴ In die *Lewenslange Gevangenisstraf*-saak volg die Hof die benadering dat die eis om die herintegrasie van misdadigers in die samelewing grondwetlik in ooreenstemming is met die selfbegrip van 'n gemeenskap met menswaardigheid as kern, wat verbind is tot die beginsel van sosiale geregtigheid.²⁴⁵

Die staat as regstaat en as sosiale staat word derhalwe deur die *Grondwet* verbind nie alleen tot erkenning van die idee van menswaardigheid as grondslag van grondwetlike handeling nie, maar ook tot verantwoordelikheid ten opsigte van die skep van 'n omgewing wat die objektiewe waardesisteem van die *Grondwet* implementeer en waarbinne elke individu die maksimum vrye persoonlikheidsontwikkeling kan verwesenlik, en elke ander grondwetlike beginsel moet met hierdie idee as uitgangspunt benader word. "The German idea entails a freedom with, not from, government. Accordingly, the state is obligated to act on behalf of the human person to secure freedom and fulfill requirements of human dignity."²⁴⁶ Terwyl die regstaatbeginsel die individu teen die staat beskerm, verplig die sosiaalstaatbeginsel die staat om 'n regverdige sosiale orde daar te stel.

3.2.5 Grondwetlike benadering tot dienskontrakte

²⁴³ De Wet: 7-8.

²⁴⁴ Eberle 2007: 63; Flanz 2008: Bundel VII par II.4. Sien ook Currie 1994: 318-319.

²⁴⁵ *Lewenslange Gevangenisstraf*-saak: II(2)c(aa).

²⁴⁶ Eberle 2007: 84.

Die Duitse ekonomiese sisteem kan as 'n sosiale markeconomie beskryf word. Dit is gebaseer op die idee dat die vrye mark met die sosiale verantwoordelikheid van die staat versoenbaar is. Nóg 'n spesifieke ekonomiese siening, nóg spesifieke maatreëls ter bereiking van sosiale doelwitte word deur die *Grondwet* voorgeskryf.²⁴⁷

Weiss beklemtoon dat 'n tradisionele siening gegrond op artikel 1 van die *Grondwet* dat die fundamentele regte wat deur die *Grondwet* verskans word bloot as 'n verweer teen die mag van die staat dien en sodoende aan burgers 'n gebied van vryheid waar die staat nie kan inmeng nie, waarborg, gebrekkig is. Die tradisionele siening is wel die vertrekpunt, maar die insig dat fundamentele regte uitdrukking gee aan waardes waarop die totale regsorde gebaseer is, dat ongelyke mag nie net 'n eienskap van die verhouding tussen die staat en burgers is nie, maar ook van privaatverhoudings, byvoorbeeld dié tussen werkgewers en werknemers, en dat fundamentele vryhede en gelykheidsregte sonder 'n sosiale basis nutteloos is, het tot die konsep van indirekte horisontale toepassing van en 'n substantiewe benadering tot die waarborg van fundamentele regte gelei. Dit het verder aanleiding gegee tot 'n institusionele waarborg wat 'n verpligting op die staat plaas om raamwerke te verskaf waarbinne fundamentele regte kan realiseer. Persvryheid waarborg byvoorbeeld nie net die vryheid van uitdrukking en die reg van individue om inligting te bekom nie, maar die bestaan van die pers as instelling.²⁴⁸ Op dieselfde basis sou die stelling gemaak kon word dat vryheid binne diensverhoudings slegs kan bestaan binne 'n raamwerk wat werknemers teen die ongelyke magsposisie van werkgewers beskerm.

Die hantering van ooreenkomste tussen werkgewers en werknemers wat beperkings op werknemers plaas, weerspieël die balans wat die howe tref tussen die handhawing van klassieke persoonlike vryhede en die waardesisteem wat in die *Grondwet* uitdrukking vind. Daar is reeds vermeld dat die benadering van die Duitse Federale Arbeidshof dat 'n werknemer 'n reg het om te werk en nie bloot 'n salaris te ontvang nie, op die beginsels in artikels 1 en 2 van die *Grondwet* gebaseer is. Daarbenewens word die beginsel dat partye, onderhewig aan statutêre beperkings, ooreenkomstig hulle vrye wil ooreenkomste kan aangaan, in die Duitse reg, ook in die arbeidsreg,

²⁴⁷ Kommers 1997: 241-243.

²⁴⁸ Weiss 2004-2005: 181-184. Sien Currie 1994: 314-316.

erken. Artikel 242 van die “Bürgerliches Gesetzbuch”²⁴⁹ wat bepaal dat ’n kontraktuele skuldenaar ’n verpligting het om ooreenkomstig die vereistes van goeie trou te presteer, word deur die howe gebruik as ’n deur waarby fundamentele regte ingelaat kan word as die bepalende kriteria vir die monitering van kontraktuele inhoud. Die volgende twee situasies is voorbeelde hiervan.

Dit is algemene praktyk dat werkgewers, wanneer hulle vir die opleiding van ’n werknemer betaal, met die werknemer ooreenkom dat, indien die werknemer die diens voor ’n sekere datum verlaat, die werknemer die koste van die opleiding aan die werkgewer moet terugbetaal. Die Arbeidshof laat sodanige kousules in beginsel toe, maar het op grond daarvan dat die vryheid van werknemers tot vrye beroepskeuse en -beoefening deur sodanige klousule beperk word, sekere aanpasbare beperkings op klousules van hierdie aard geplaas. Die aard van hierdie beperkings maak dit vir howe moontlik om dit by individuele omstandighede aan te pas.

Wat handelsbeperkingsklousules aanbetref, het die howe sekere algemene voorwaardes neergelê, onder andere dat ’n beperking nie langer as twee jaar na beëindiging van die diens mag geld nie, dat vir die tydperk van nie-kompetering die werkgewer jaarliks aan die werknemer die helfte van die jaarlikse salaris wat hy voor diensbeëindiging ontvang het, moet betaal, dat die werkgewer ’n geregverdigde besigheidsbelang in die nie-kompetering moet hê en dat die werknemer nie onredelik benadeel moet word nie.²⁵⁰

3.2.6 Belang vir die Suid-Afrikaanse reg en vir die studie

Dit sal later in hierdie hoofstuk blyk dat die Duitse beskouing van menswaardigheid as onderliggend aan, maar ook onder bepaalde omstandighede as beperkend tot, individuele vryheid, ook deur die Suid-Afrikaanse howe gevolg word. Die verpligting op die staat as sosiaalstaat om ’n minimumvlak van materiële bestaan te waarborg sodat mense menswaardig kan lewe, bied ’n verdere analogie met die benadering van die Suid-Afrikaanse howe met betrekking tot die bepalings in die *Suid-Afrikaanse*

²⁴⁹ Die gekodifiseerde privaatrek wat in 1900 in die Duitse Ryk van krag gemaak is ten einde konflik tussen die verskillende kodes en gebruike van die verskillende Duitse gebiede te oorkom.

²⁵⁰ Weiss 2004-2005: 192-194.

Grondwet wat sosio-ekonomiese regte verskans. Die beredenering onderliggend aan hierdie benaderings is dus deurlopend insiggewend.

In die konteks van die studie is dit spesifiek insiggewend dat, terwyl in die laasgenoemde voorbeelde met betrekking tot dienskontrakte aan kontrakteervryheid en die vryheid om 'n beroep te beoefen grondwetlike erkenning as persoonlike vryheidsregte gegee is, die beperking van kontrakteervryheid deur die howe gebaseer is op die uitgangspunt dat werknemers tipies weens hulle negatiewe bedingingsposisie in die uitoefening van fundamentele regte benadeel kan word, en dat die hof derhalwe moet en kan toetree ten einde 'n substantiewe balans tussen botsende fundamentele regte te verseker en 'n omgewing te skep waarbinne werknemers se menswaardigheid en persoonlikheidsregte beskerming sal geniet.

Vanuit hierdie perspektief sal die relevante vrae wees of die werknemers op wie se beskerming die ter sake maatreëls gerig is die bedoelde beskerming inderdaad nodig het ten einde fundamentele regte te beoefen en, indien wel, of die maatreëls die gewenste effek het. Sou dit blyk dat die maatreëls in werklikheid werknemers se menswaardigheid aantas, sal die maatreëls, wat hierdie werknemers betref, strydig wees met die waarborg wat die regstaat bied, en derhalwe ongrondwetlik.

Daar sal aangetoon word dat die substantiewe effek van die ter sake maatreëls in die Suid-Afrikaanse konteks juis is dat fundamentele regte, insluitende die menswaardigheid, van werknemers wat weens die ter sake maatreëls by verskillende werkgewers langer as die vasgestelde maksimumure werk, of nie langer werk nie, aangetas word, en dat die maatreëls wat hierdie werknemers betref teenproduktief is met verwysing na die beskermingsdoelwit daarvan. Op hierdie basis is die antwoord op die relevante vrae negatief.

3.3 Die Kanadese Reg

3.3.1 Inleidende agtergrond

Die *Kanadese Grondwet* het in 1982 die Westminstermodel van parlementêre soewereiniteit vervang en 'n nuwe era in die Kanadese konstitusionele geskiedenis

ingelui. Die *Wet* kodifiseer en verskans fundamentele vryhede en regte in die *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.²⁵¹ Artikel 7 van die *Handves* bepaal dat elkeen die reg het op lewe, vryheid en sekuriteit van die persoon en die reg om nie daarvan ontnem te word nie, behalwe in ooreenstemming met die beginsels van fundamentele geregtigheid. Artikel 7 kom wesenlik ooreen met artikel 12 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* wat later in hierdie hoofstuk bespreek sal word.²⁵²

Anders as die Duitse en Suid-Afrikaanse howe het die Kanadese Hooggeregshof enige rol om te verseker dat privaatonderhandelings tussen individue ooreenkomstig die *Grondwet* geskied, verwerp.²⁵³

Artikel 1 van die *Handves* waarborg die regte en vryhede in die *Handves*, alleenlik onderhewig aan redelike beperkings deur die reg voorgeskryf, wat bewysbaar in 'n vry en demokratiese samelewing geregverdig kan word. By implikasie nooi die *Handves* litigante uit om getuienis met betrekking tot relevante omstandighede ten opsigte van beperkings voor te lê.²⁵⁴

3.3.2 Menswaardigheid

Alhoewel menswaardigheid nie in die *Kanadese Handves van Regte* as grondwetlike beginsel gespesifiseer word nie, erken die regspraak menswaardigheid as 'n grondliggende grondwetlike waarde.²⁵⁵ 'n Nou verband word tussen menswaardigheid en die vryheidsbegrip getref. In *R v Morgentaler*²⁵⁶ waar dit oor 'n vrou se reg om 'n aborsie te hê, gegaan het, bevestig die Hof die siening dat oortuigings met betrekking tot die waardigheid van die mens die *sine qua non* van die politieke tradisie onderliggend aan die *Handves van Regte* is. In die filosofiese tradisie van Kant maak die Hof die stelling dat die konsep van menswaardigheid impliseer dat 'n individu nie onderwerp mag word aan enige vorm van objektivering of depersonifikasie as gevolg

²⁵¹ Department of Justice Canada. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Schedule B, Constitution Act 1982: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/#libertes>>; Flanz 2008: Bundel IV: "Introductory notes" par II.1, III, III.1; 60-69.

²⁵² Hogg 2007: 387-394.

²⁵³ Flanz 2008: Bundel IV: "Introductory notes" par III.2.

²⁵⁴ Van Wyk *et al* 1994: 27.

²⁵⁵ Cheadle *et al* 2002: par 5.2. Ullrich 2003: 21.

²⁵⁶ *R v Morgentaler* (1988) 1 SCR 30.

van 'n handeling van die staat wat betrekking het op die regte en vryhede wat in die *Handves* gewaarborg word nie. Die reg op vryheid in artikel 7 waarborg aan elke individu 'n graad van persoonlike outonomie ten opsigte van belangrike besluite wat sy of haar privaatlewe intiem raak.²⁵⁷

In *R v Oakes*²⁵⁸ word die stelling gemaak dat die vermoede van onskuld in 'n strafsak die fundamentele vryheid en menswaardigheid van 'n beskuldigde beskerm.²⁵⁹ Die Hof beskou respek vir die inherente waarde van die mens as 'n noodsaaklike element van die vry en demokratiese samelewing wat in artikel 1 bedoel word.²⁶⁰

In *Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)*²⁶¹ stel die Hof dit duidelik dat menswaardigheid nog nooit in die regspraak as 'n onafhanklike reg erken is nie, maar uitdrukking in ander grondwetlike regte gevind het. Menswaardigheid is byvoorbeeld aan persoonlike outonomie oor 'n mens se liggaam of inmenging met fundamentele persoonlike keuses gekoppel.²⁶² Die vraag of 'n party se menswaardigheid aangetas is, is ook in talle hofsake waar die gelykheidsbeginsel ter sprake was, as die bepalende vraag beskou. In *Lavoie v Canada*²⁶³ is die doelwit van die gelykheidsbeginsel wat in artikel 15(1) vervat is onder andere beskryf as die voorkoming van die skending van essensiële menswaardigheid en vryheid deur benadeling, stereotipering of politieke of sosiale vooroordeel.²⁶⁴

Volgens Ullrich gee die Kanadese regspraak erkenning aan die heiligheid van die menslike persoon in sy of haar fisiese bestaan, in verhouding met, en afgesonder van, sy of haar sosiale omgewing, en as 'n outonome wese wat belangrike besluite met betrekking tot self-ontwikkeling en vervulling vry van staatsinmenging maak.

²⁵⁷ *R v Morgentaler*: 171; Khan 1993: 339. Sien ook Ullrich 2003: 18-19.

²⁵⁸ *R v Oakes* (1986) 1 SCR 103.

²⁵⁹ *R v Oakes*: par 29.

²⁶⁰ *R v Oakes*: par 64.

²⁶¹ *Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)* (2000) 2 SCR 307.

²⁶² *Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)*: par 77.

²⁶³ *Lavoie v Canada* (2002) 1 SCR 769, 2002 SCC 23.

²⁶⁴ *Lavoie v Canada* (2002) 1 SCR 769, 2002 SCC 23 par 38. Sien ook *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)* 1999 1 SCR 497; *Nova Scotia (Attorney General) v Walsh* (2002) 4 SCR 325, 2002 SCC 83; *Gosselin v Quebec (Attorney General)* (2002) 4 SCR 429, 2002 SCC 84; *Trociuk v British Columbia (Attorney General)* (2003) 1 SCR 835, 2003 SCC 34. Sien egter nou *R v Kapp* 2008 SCC 41 waar die sentrale fokus verskuif na substantiewe gelykheid. Sien hoofstuk 4 par 2.3: 140-141.

Menswaardigheid kry beslag in die uitoefening van regte soos vryheid van keuse, maar, ewe belangrik, in die aanvaarding van die verantwoordelikhede wat natuurlik vloei uit deelname aan die gemeenskapslewe.²⁶⁵ Die mens word beskou as 'n sosiale wese, onafhanklik, maar tog ingebed in die samelewing. Die *Handves* reflekteer hierdie beskouing deur 'n wye reeks aktiwiteite en besluite oop te stel vir regmatige beheer deur die regering, terwyl hierdie beheer terselfdertyd begrens word.²⁶⁶

3.3.3 Vryheid

Volgens Choundhry is die beperking van die vryheidsreg in artikel 7 deur die beginsels van fundamentele geregtigheid berekend in plaas van 'n "due process konsep" gebruik, en het die effek van *Lochner* sowel die opstel van die *Kanadese Grondwet*, spesifiek artikel 7 daarvan, as die interpretasie daarvan beïnvloed.²⁶⁷ Die spesiale gesamentlike grondwetkomitee van die Senaat en die House of Commons, die LaMontagne-MacGuigan Komitee, het in 'n voorlegging die volgende gesê: "We should like to avoid the use of the phrase 'due process of law' entirely ... because of its unfortunate interpretation in the United States under substantive due process. At its worst this gave judges leeway to substitute their socio-economic views for those of legislators." Uiteindelik is 'n voorlegging aanvaar waarin die frase "due process" vervang is met "the principles of fundamental justice". Die bedoeling was om "substantive due process" geheel en al te vermy, en nie net die ekonomiese arm daarvan nie.²⁶⁸

Aanvanklik is die vryheidsbegrip in die lig van die historiese aanloop tot die formulering van die betrokke artikels eng geïnterpreteer. In die saak *In Re BC Motor Vehicle Act*²⁶⁹ het egter 'n verskuiwing plaasgevind. Volgens Choundhry het Lamer R ten einde die mag van die kritiek teen *Lochner* te omseil, saamgestem met die submissies dat die interpretasie van die beginsels van fundamentele geregtigheid nie tot beregting van die meriete van openbare beleid of die wysheid van wetgewing mag

²⁶⁵ Ullrich 2003: 19-20. Sien *R v Salituru* (1991) 3 SCR 654: 676.

²⁶⁶ Ullrich 2003: 20. Sien *R v Morgentaler*: 164.

²⁶⁷ Choundhry 2004: 3. Sien ook Hogg 2007: 374-375.

²⁶⁸ Choundhry 2004: 21-23.

²⁶⁹ *Re BC Motor Vehicle Act* (1985) 2 SCR 486: par 26-34. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(C) of the criminal code (Man.)* 1990 CanLII 105 (SCC) is artikel 7 egter weer eng geïnterpreteer met betrekking tot die vraag of prostitute die reg het om hulle professie te beoefen.

lei nie. Hy gaan egter 'n kompromis aan deur die beginsels van fundamentele geregtigheid eng te definieer as “the basic tenets of our legal system”. Die beginsels van fundamentele geregtigheid, volgens Lamer R, geniet erkenning as noodsaaklike elemente van 'n regsisteem wat op 'n oortuiging van die menswaardigheid en waarde van elke mens gebaseer is en die “rule of law” respekteer.²⁷⁰

Die kwalifisering van die regte wat in artikel 7 gewaarborg word, sê Lamer R, kan nie so uitgelê word dat die algemene fundamentele regte wat in artikel 7 vervat is meer beperk sal wees as spesifieke regte wat uit hierdie fundamentele regte voortvloei nie,²⁷¹ byvoorbeeld die reg om nie arbitrêr gevange gehou te word nie en die reg op beskerming teen onredelike deursoeking. Artikels ter beskerming van hierdie regte spreek spesifieke aantastings van die reg op lewe, vryheid en sekuriteit aan en dien ter illustrasie of as voorbeelde van wat as strydig met die beginsels van fundamentele geregtigheid beskou word. Hierdie vryhede sou by die artikel inbegrepe kon wees.²⁷²

Sommige Kanadese howe het die mening uitgespreek dat die omvattende filosofiese terme van artikel 7 dit moeilik maak om 'n realistiese reg te identifiseer. Aan die ander kant is waardering vir die omvattendheid van die artikel uitgespreek. Finch J maak in *R v Robson*²⁷³ die stelling dat “liberty” so 'n grootse konsep is dat dit onmoontlik mag wees om die betekenis daarvan in woorde vas te vang. Die wydste interpretasie is dat dit die onbeperkte mag om te doen wat 'n mens wil, beteken. 'n Samelewing beheer deur die “rule of law” erken egter dat die vryheid van die individu onderhewig is aan beperkings. Dit sou nie moontlik of wenslik wees om 'n volledige lys van beperkings wat met die idee van vryheid as regsbegrip vereenselwig kan word, saam te stel nie.²⁷⁴

In *Robson* was die vraag of wetgewing wat bepaal het dat verkeersbeamptes die bestuurderslisensies van bestuurders summier kon opskort indien hulle vermoed het dat die bestuurders onder die invloed van drank was, grondwetlik was. In die meerderheidsuitspraak verwys die Hof met goedkeuring na die Amerikaanse saak

²⁷⁰ Choundhry 2004: 28-31. Sien ook *R. v Malmo-Levine*; *R v Caine* (2003) 3 SCR 571, 2003 SCC 74.

²⁷¹ Artikels 8-14.

²⁷² Artikel 12 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* is op 'n soortgelyke wyse geformuleer.

²⁷³ *R v Robson* 56 BCLR 194 (1984).

²⁷⁴ *R v Robson*: 28; Sien Khan 1993: 337.

*Meyer v Nebraska*²⁷⁵ waar bevind is dat vryheid ook die reg insluit van die individu om kontrakte te sluit, om aan die algemene aktiwiteite van die lewe deel te neem, om nuttige kennis te bekom, te trou, 'n huis te bekom, kinders groot te maak, ooreenkomstig die gewete God te aanbid en in die algemeen om daardie voorregte te geniet wat lank reeds deur die gemene reg as noodsaaklik vir die ordelike strewende na geluk deur vry mense erken word. Nemetz R in sy aanvullende uitspraak vergelyk artikel 7 met die *Vyfde* en *Veertiende Amendement* van die *Amerikaanse Grondwet* en verwys met goedkeuring na die volgende *dictum* in die Amerikaanse uitspraak *Bolling v Sharpe*²⁷⁶ wat ook hierbo in die bespreking van die vryheidskonsep in die Amerikaanse reg aangehaal is: “‘Liberty’ under law extends to the full range of conduct which the individual is free to pursue and it cannot be restrained except for a proper governmental objective.” Hy pas die stelling toe deur te bevind dat vryheid ingevolge die *Kanadese Handves* nie 'n absolute reg om te bestuur skep nie. Ouderdom, onbevoegdheid en ander obstruksies mag die toeken van lisensies beperk. Wanneer 'n lisensie egter toegeken is, word die algemene vryheid van 'n persoon om sy of haar vernuf en vermoë aan te wend, in hierdie geval die bestuursvernuf en -vermoë van die betrokke bestuurder, daaraan gekoppel. Hierdie vryheid stel 'n grondwetlike reg daar en kan slegs ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid ontnem word.²⁷⁷

Die vryheid wat in artikel 7 beskerm word, is in verskeie relatief onlangse uitsprake uitdruklik breër as vryheid van fisiese inperking geïnterpreteer. In *R v Morgentaler, Smoling and Scott*²⁷⁸ haal Wilson R 'n definisie van vryheid as “a condition of self-respect and of that contentment which resides in the ability to pursue one’s own conception of a full and rewarding life ...” met goedkeuring aan.²⁷⁹

In *B (R) v Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*²⁸⁰ gee die Hof erkenning aan die individu se reg op ruimte vir persoonlike outonomie om sy of haar eie lewe te leef en besluite te neem wat van fundamentele persoonlike belang is. 'n Verdeelde

²⁷⁵ *Meyer v Nebraska* 262 US 390 (1923). Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 51-52 hierbo.

²⁷⁶ *Bolling v Sharpe* 347 US 497 (1954). Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 55-56.

²⁷⁷ *R v Robson*: 28.

²⁷⁸ *R v Morgentaler, Smoling and Scott* 1 SCR 30 (1988).

²⁷⁹ *R v Morgentaler, Smoling and Scott*: 164, met verwysing na die definisie van MacCormick N. Sien Khan 1993: 338-340; Choundhry 2004: 41.

²⁸⁰ *B (R) v Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995) 1 SCR 315.

regbank bevind dat die reg van ouers om met betrekking tot fundamentele aangeleenthede soos die mediese versorging van kinders besluite vir hulle kind te neem, deur artikel 7 omvat word. Wetgewing wat aan die gemeenregtelike mag van die staat om in te meng wanneer kinders se reg tot lewe en gesondheid bedreig word, uitdrukking gee, is egter in ooreenstemming met die beginsels van fundamentele geregtigheid en op daardie basis kan 'n beperking van die vermelde reg onder sekere omstandighede geregverdig word.²⁸¹

In *Godbout v Longueuil (City)*²⁸² moes die Hof beslis of 'n bepaling dat alle nuwe permanente werknemers van die munisipaliteit van Longueuil vir hulle volle diensteryn binne die grense van die stad moes woon, en dat hulle ontslaan kon word indien hulle die voorwaarde sou oortree, grondwetlik was. Die meerderheid van die regters beslis die saak ingevolge die reg op privaatheid wat in artikel 5 van die *Quebec Handves* gewaarborg word. La Forest R maak egter ook 'n beslissing ingevolge artikel 7 van die *Handves van Regte* wat in die *Grondwet* verskans is. Hy maak die stelling dat die omvang van die vryheidsreg van artikel 7 breër strek as vryheid van fisiese inperking, en ook 'n beperkte area van persoonlike outonomie waarin individue inherent private keuses vry van staatsinmenging mag maak, insluit. Dit omvat slegs aangeleenthede wat op grond van die aard daarvan as fundamenteel of inherent persoonlik gekarakteriseer kan word deurdat basiese keuses wat die kern van die beleving van individuele menswaardigheid en onafhanklikheid raak, daardeur geïmpliseer word. Die keuse waar om te woon is 'n tipiese privaatbesluit wat die hart van persoonlike of individuele selfbeskikking raak. Die staat behoort nie toegelaat te word om met hierdie privaat besluitnemingsproses in te meng nie, tensy daar dwingende redes vir sodanige inmenging aangetoon kan word.

Met betrekking tot die vraag of die beperking ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid was al dan nie, volg La Forest R die benadering dat die grondwetlike reg van die individu opgeweeg moet word teen die belang van die staat soos blyk uit die doelwitte van die beperking. Die beginsel dat individuele regte in sekere omstandighede aan substansiële en dwingende kollektiewe belange

²⁸¹ *B (R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*: 317-319.

²⁸² *Godbout v Longueuil (City)* (1997) 3 SCR 844.

ondergeskik gestel mag word, is op sigself 'n basiese beginsel van die regsisteem en is geheel en al met artikel 7 versoenbaar.²⁸³

Aangesien, volgens *La Forest R*, die geïmpliseerde staatsbelang grootliks van die feitelik sal afhang, handel hy kontekstueel met elk van die drie regeringsdoelwitte. Hy aanvaar nie dat die eerste doelwit, naamlik om werknemers meer vertrouwd met die behoeftes van die stad en die gemeenskap te maak, voldoende dwingend is om die inbreuk op die vryheid van die werknemers te regverdig nie. Daarbenewens, selfs al sou dit dwingend wees, is daar geen waarborg dat die feit dat die werknemers binne die stadsgrense woon wel die gewenste effek sal hê nie. Hy meen verder dat die doelwit om munisipale dienste op 'n hoë standaard te lewer, op 'n minder drastiese wyse bereik kan word. Met betrekking tot die tweede doelwit, naamlik die ekonomiese en belastingvoordeel wat dit vir die munisipaliteit sal meebring indien die werknemer binne die grense woon, bevind hy dat dit nie 'n voldoende rede bied om die grondwetlike waarborg van vryheid te beperk nie. Die derde motivering, naamlik dat sekere funksies van werknemers vereis dat hulle binne die munisipale grense woon, byvoorbeeld nooddienste, is oor-insluitend en bied derhalwe ook nie voldoende gronde vir inmenging met die vryheid van die werknemers nie.²⁸⁴ Op grond daarvan dat die opweeg van die reg en die staatsbelang al die relevante oorwegings ingevolge artikel 1 gedek het, vind hy dit nie nodig om artikel 1 toe te pas nie.²⁸⁵

In *Chaoulli v Quebec (Attorney General)*²⁸⁶ was die geskil of die verbod op versekering vir privaat mediese behandeling individueel ontnem van hulle lewe, vryheid of sekuriteit van die persoon wat ingevolge artikel 7 beskerm word. Die Hof bevind dat 'n verbod op gesondheidsversekering wat gewone Kanadese toegang tot gesondheidsorg sou gee, in omstandighede waar die regering nie daarin slaag om redelike gesondheidsorg te voorsien nie, inmeng met die lewe en sekuriteit van die

²⁸³ *Godbout v Longueuil (City)*: par 76-77. Sien ook *R. v Beare* 1988 CanLII 126 (SCC) 404; *Rodriguez v British Columbia (Attorney General)* 1993 CanLII 75 (SCC) 519; *Thomson Newspapers Ltd v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* 1990 CanLII 135 (SCC): 579 en 583.

²⁸⁴ *Godbout v Longueuil*: par 76-87.

²⁸⁵ *Godbout v Longueuil*: par 91. Sien hoofstuk 7 par 3: 223-226 hieronder waar artikel 1 bespreek word.

²⁸⁶ *Chaoulli v Quebec (Attorney General)* (2005) 1 SCR 791; 2005 SCC 35.

persoon soos bedoel in artikel 7.²⁸⁷ Verder is hierdie inmenging, op grond daarvan dat dit arbitrêr is, nie ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid nie. 'n Wet is arbitrêr wanneer dit nie met die doelwit onderliggend aan daardie wet in verhouding staan nie, of daarmee onversoenbaar is. Nie net moet daar 'n teoretiese verband tussen die beperking en die regeringsdoelwit wees nie, maar moet die feite oorweeg word ten einde vas te stel of daar 'n werklike verband op die feite gebaseer is.²⁸⁸

In *R v Clay*²⁸⁹ moes die Hof oor die grondwetlikheid van die kriminalisering van die besit van dagga beslis. Die Hof beklemtoon die uitgangspunt dat die taak van die Hof nie is om oor die wysheid van die wetgewing te beslis nie, maar oor die grondwetlikheid daarvan. Die stelling word gemaak dat die artikel 7 vryheidsreg die kern raak van wat dit beteken om 'n outonome mens te wees wat met waardigheid en onafhanklikheid geseën is in aangeleenthede wat as fundamenteel of inherent persoonlik gekarakteriseer kan word. Die beslissing is dat die gebruik van marijuana vir ontspanning nie so 'n aangeleentheid is nie. Die Hof oorweeg verder die vraag of die wetgewing nie te omvattend is tot so 'n mate dat dit inbreuk op die individu se reg op fundamentele geregtigheid maak nie. Op grond van die relevante getuienis is die bevinding dat die wetgewing nie ernstig disproporsioneel is tot die staatsbelang in voorkoming van die skade wat die gebruik van marijuana vir gebruikers daarvan en ander tot gevolg het nie. Die feit dat die breër effek van die gebruik van marijuana 'n openbare gevaar daarstel, voorsien 'n redelike basis vir die omvattendheid van die verbod op die gebruik daarvan.²⁹⁰

Die vraag of en in watter mate ekonomiese vryheid deur die vryheidsbeginsel omvat word, het in 'n groot aantal sake in die Hooggeregshof sowel as in die laer howe ter sprake gekom.

Die eerste twee beslissings van die Hooggeregshof in hierdie verband het 'n duidelike boodskap dat vryheid van kontrak buite die toepassingsveld van artikel 7 val,

²⁸⁷ *Chaoulli v Quebec (Attorney General)* (2005): par 124. In teenstelling met *Authorson v Canada (Attorney General)* (2003) 2 SCR 40; 2003 SCC 39: par 62.

²⁸⁸ *Chaoulli v Quebec (Attorney General)*: par 130-131.

²⁸⁹ *R v Clay* (2003) 3 SCR 735; 2003 SCC 75.

²⁹⁰ *R v Clay*: par 21. Sien ook *R v Malmo-Levine*; *R v Caine*.

uitgestuur. In *R v Edwards Books*²⁹¹ was die konstitusionaliteit van wetgewing dat besighede op Sondae gesluit moet wees, ter sprake. Die saak is op die basis van die beginsel van godsdienstvryheid beslis. Daar is geargumenteer dat die vryheidsbelang soos bedoel in artikel 7 ekonomiese vryheid insluit. Hierdie argument is verwerp. Drie jaar later, in *Irwin Troy v Quebec*²⁹² het die Hof 'n argument op die basis van ekonomiese vryheid, dat die betrokke wetgewing wat 'n beperking op advertering gerig op kinders geplaas het, ongrondwetlik was, eweneens verwerp. Die Hof vergelyk die bewoording van artikel 7 met die bewoording van die *Vyfde* en *Veertiende Amendemente* van die *Amerikaanse Grondwet* en kom tot die gevolgtrekking dat ekonomiese regte nie binne die toepassingsveld van artikel 7 val nie. In *Siemens v Manitoba (Attorney General)*²⁹³ stel die Hof die beginsel soos volg: "The right to life, liberty and security of the person encompasses fundamental life choices, not pure economic interests."²⁹⁴

In Ontario, in die saak van *R v Quesnel*²⁹⁵ is aangevoer dat artikel 7 'n onafhanklike reg om te werk beskerm. Die Hof bevind dat reeds gesaghebbend beslis is dat artikel 7 nie op indiensneming betrekking het nie. Die konsep van lewe, vryheid en sekuriteit van die persoon, sê die Hof, hou met 'n mens se fisiese en psigologiese integriteit en 'n mens se kontrole hieroor verband, eerder as met 'n reg om te werk wanneer 'n mens ookal wil.²⁹⁶

Grondwetlike eise met betrekking tot ekonomiese vryheid word weens die eng toepassing van artikel 7 met verwysing na ekonomiese vryheid, meestal in ander terme omskryf, byvoorbeeld as 'n eis gebaseer op vryheid van beweging.²⁹⁷ In 'n aantal uitsprake in state van Kanada is egter van die kunsmatige onderskeid tussen ekonomiese en ander regte wegbeweeg. Hierdie uitsprake is direk van toepassing op

²⁹¹ *R v Edwards Books & Art Ltd* (1986) 2 SCR 713.

²⁹² *Irwin Troy v Quebec* (1989) 1 SCR 927. Sien Choundhry 2004: 31-32.

²⁹³ *Siemens v Manitoba (Attorney General)* 2003 SCC 3 (CanLII).

²⁹⁴ *Siemens v Manitoba (Attorney General)*: par 45.

²⁹⁵ *R v Quesnel* (1985) 53 OR (2nd) 338.

²⁹⁶ *R v Quesnel*: 346. Sien ook *In re Bassett and Government of Canada* (1987) 35 DLR (4th) 537: 567.

²⁹⁷ Choundhry 2004: 34-39.

die probleem van beperking van werkure. *Mia v Medical Services Commission of British Columbia*²⁹⁸ is 'n toepaslike voorbeeld.

Ingevolge wetgewing met betrekking tot mediese dienste in British Columbia kon mediese praktisyns die staat aanspreeklik hou vir betaling van staatsversekerde mediese dienste deur hulle gelewer. In 1983 het die Mediese Dienste Kommissie 'n skema daargestel ingevolge waarvan dokters oor 'n praktyknommer moes beskik ten einde te kwalifiseer om die vermelde betaling van die staat te eis. Die doel was om die totale koste van gesondheidsdienste te beheer en die behoorlike voorsiening van dokters oor die hele provinsie te verseker. Praktyknommers is aan praktiserende dokters in die staat toegeken, maar "newcomers" moes daarvoor aansoek doen. Die applikant in die saak was 'n mediese praktisyn wat in die staat Alberta gepraktiseer het. Sy is 'n pos in 'n kliniek in British Columbia aangebied en wou die pos aanvaar en na British Columbia verhuis. Die Mediese Dienste Kommissie van British Columbia het egter geweier om 'n eisnommer aan haar uit te reik. Die implikasie was dat sy die dienste óf gratis sou moes lewer, óf betaling van haar pasiënte sou moes verhaal. Die Hof, met verwysing na artikel 7, erken dat ekonomiese vryheid normaalweg nie by die grondwetlike vryheidsbegrip ingesluit is nie, maar bevind dat sekere regte, insluitend die reg om te werk of 'n professie te beoefen, so fundamenteel is dat hierdie regte beskerm moet word, selfs al bevat hulle 'n ekonomiese komponent. Vryheid moet minstens daardie vryheid van normale handeling insluit wat eeue lank deur Kanadese geniet is. Die reg van vrye beweging vir werksdoeleindes is so 'n reg. Die geskiedenis van Kanada wys dat beperkings op beweging vir doeleindes van werk, behalwe gevangesetting, die ernstigste ontneming van vryheid tot gevolg gehad het. Met verwysing na *Robson* sê die Hof dat as die reg om 'n motorvoertuig te bestuur 'n "liberty" is, dan is die reg om 'n professie te beoefen, en die reg om dit op enige plek in 'n provinsie te beoefen, ook 'n "liberty."²⁹⁹

Mia is nie op appél geneem nie. In *Wilson v Medical Services Commission*³⁰⁰ is wel geappelleer teen bevindings met betrekking tot die vermelde wetgewing soos gewysig

²⁹⁸ *Mia v Medical Services Commission of British Columbia* 1985 CanLII 148 (BCSC).

²⁹⁹ *Mia v Medical Services Commission of British Columbia* 1985 CanLII 148 (BCSC): 49-51. Sien Mullan 2003: 236-240.

³⁰⁰ *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia*: (1988) 30 BCLR (2d) 1; 1988 CanLII 177 (BCCA).

in twee soortgelyke sake waarin die Hof gedeeltelik met die beredenering in *Mia* verskil het en teen die betrokke dokters bevind het. Die British Columbia Appélhof moes onder andere oorweeg of die reg op beweging ingevolge artikel 6³⁰¹ van die *Handves* beskerming verleen aan die reg van 'n persoon om binne 'n provinsie van plek tot plek te beweeg, of die reg tot vryheid in artikel 7 breed genoeg is om beskerming te verleen aan die reg van 'n gekwalifiseerde en gelisensieerde mediese dokter om sonder beperkings met betrekking tot plek, tyd of doel in British Columbia te praktiseer, en of die betrokke maatreëls diskriminasie ingevolge die *Handves* daarstel.³⁰²

Met betrekking tot die omvang van die vryheidsbegrip in artikel 7 gebruik die Hof die volgende *dictum* in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta)*³⁰³ om aan te toon waarom vanweë die inherente karakter en die fundamentele belangrikheid van werk, grondwetlike beskerming daaraan gegee moet word, ongeag die ekonomiese komponent daarvan. Die *dictum* is in die konteks van die studie nie slegs belangrik met betrekking tot die onderskeid tussen ekonomiese en ander regte nie, maar veral met betrekking tot die evaluering van werk as bron van menswaardigheid en een van die mees fundamentele aspekte van 'n persoon se lewe, en word derhalwe volledig aangehaal:

“Work is one of the most fundamental aspects in a person’s life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person’s employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person’s dignity and self-respect. In exploring the personal meaning of employment, Professor D.M. Beatty...has described it as follows...: ‘As a vehicle which admits a person to the status of a contributing, productive member of society, employment is seen as providing recognition of the individual’s being engaged in something worthwhile. It gives the

³⁰¹ Artikel 6(2) bepaal soos volg: “Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right a) to move to and take up residence in any province; and b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.”

³⁰² *Wilson v Medical Services Commission*: 18.

³⁰³ *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta)* 1987 CanLII 88 (SCC).

individual a sense of significance. By realizing our capabilities and contributing in ways society determines to be useful, employment comes to represent the means by which most members of our community can lay claim to an equal right of respect and of concern from others. It is this institution through which most of us secure much of our self-respect and self-esteem.”³⁰⁴

Die Hof, met verwysing na sake waarin bevind is dat daar nie ’n gemeenregtelike reg om te werk bestaan nie, onderskei tussen regulering van besigheid en die ontneming van ’n individu van die geleentheid om die beroep van sy of haar keuse vrylik te beoefen.³⁰⁵ Met betrekking tot die vraag of die saak ingevolge artikel 6(2) wat “the right (a) to move to and take up residence in any province; and (b) to pursue the gaining of a livelihood in any province” waarborg, en die gepaardgaande vraag of die artikel tot beweging van provinsie tot provinsie beperk is, of ook op beweging binne ’n provinsie van toepassing is, beslis die Hof dat, ongeag die antwoord op hierdie vrae, in die lig van die *Grondwet* as geheel, die fundamentele belangrikheid van beweging die lewe, vryheid en sekuriteit van ’n persoon op so ’n wyse affekteer dat dit die vryheid van die persoon raak. Ingevolge artikel 7 sal die beperking van hierdie vryheid ongrondwetlik wees, tensy dit ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid of ingevolge artikel 1 van die *Handves* is.³⁰⁶

Die Kanadese Hooggeregshof gee erkenning aan kontraktevryheid as ’n beginsel van die gemenerereg. Verder word die aanmoediging van die vrye beoefening van handel as in die openbare belang beskou.

In die onlangse saak *Shafroon v KRG Insurance Brokers (Western) Inc*³⁰⁷ bevestig die Hof die regsposisie met betrekking tot kontraktuele handelsbeperkings, naamlik dat dit strydig is met die openbare belang, maar dat die vryheid om te kontrakteer vereis dat redelike beperkings aanvaar word. Die onus is op die party wat die beperking wil

³⁰⁴ *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta)* 1987 CanLII 88 (SCC) par 90-92; (1987) 3 WWR 577: 618 met verwysing na ’n artikel van Beatty DM “Labour is not a Commodity” in Reiter en Swan (red), 1980, *Studies in Contract Law*: 324. Die uitspraak het gehandel oor die vryheid van assosiasie wat in artikel 2(d) van die *Handves* gewaarborg is.

³⁰⁵ Hierdie onderskeid word in meer besonderhede bespreek in die konteks van hoofstuk 5 wat handel oor die grondwetlike vryheid van bedryf, beroep en profesie.

³⁰⁶ *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia*: 31-33.

³⁰⁷ *Shafroon v KRG Insurance Brokers (Western) Inc* 2009 SCC 6.

afdwing om die redelikheid daarvan te bewys. Die Hof bevind dat beperkings in dienskontrakte aan 'n strenger hersiening onderwerp moet word, aangesien daar dikwels 'n magswanbalans tussen werkgewers en werknemers is.³⁰⁸

3.3.4 Belang vir die Suid-Afrikaanse Reg en vir die studie

Die verband wat die Kanadese reg tref tussen die grondwetlike waarde van menswaardigheid en die siening van die mens as outonome wese, maar terselfdertyd verbind tot 'n samelewing, met die verantwoordelikhede wat hierdie verbintenis meebring, en die verdere verband tussen menswaardigheid en die mate waartoe die staat persoonlike vryheid ter wille van fundamentele geregtigheid mag en moet beperk, is insiggewend in die konteks van Suid-Afrika as liberaal-demokratiese staat wat menswaardigheid as fundamentele grondwetlike waarde erken. Die breë interpretasie en toepassing van die vryheidsbegrip in artikel 7 wat uit hierdie beskouing volg, is spesifiek insiggewend met betrekking tot die interpretasie van artikel 12 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet*.³⁰⁹

Teen die agtergrond van die gevestigde benadering met betrekking tot ekonomiese regulering is Kanadese regspraak wat beperkings op werk as meer as ekonomiese maatreëls beskou, besonder insiggewend. Suid-Afrikaanse regspraak wat hierna bespreek sal word, ondersteun 'n siening dat werk meer is as net 'n ekonomiese aktiwiteit en direk met die waardigheid van die mens verband hou.³¹⁰ Soos in Kanada het die Suid-Afrikaanse geskiedenis bewys dat inmenging met mense se reg om te werk waar hulle verkies om te werk, verreikende beperkings op hulle vryheid en menswaardigheid kan plaas.

Op die basis van Kanadese beslissings met betrekking tot die vryheidsbeginsel in die algemeen, met inagneming van die feit dat in die Suid-Afrikaanse reg nie in beginsel 'n onderskeid tussen die beskerming van ekonomiese en ander regte gemaak word nie,³¹¹ en verder spesifiek op die basis van die vermelde Kanadese beslissings met

³⁰⁸ *Shafroon v KRG Insurance Brokers (Western) Inc*: par 16-23.

³⁰⁹ Sien hoofstuk 3 par 4.2.1: 105-111 hieronder.

³¹⁰ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.2: 98-100 hieronder.

³¹¹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96 hieronder.

betrekking tot keuses waar om te woon en te werk, kan die keuse watter werk 'n mens wil doen en by watter werkgever 'n mens wil werk, as 'n tipiese privaatbesluit wat die hart van persoonlike of individuele selfbeskikking raak, beskou word. Dit sal beteken dat die vryheid om onbelemmerd 'n mens se werk te verrig deur die grondwetlike vryheidskonsep omvat word en op daardie basis grondwetlike beskerming geniet. Daar sal aangetoon word dat die ter sake maatreëls in die Suid-Afrikaanse konteks hierdie fundamentele reg aantas. Ten einde grondwetlik te wees, sal die maatreëls dus die grondwetlike regverdigingstoets moet slaag.

In die konteks van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* sal hierdie reg, vir soverre dit beroepsgeleentheid beskerm, ook beskerming geniet ingevolge artikel 22 wat die vryheid van bedryf, beroep en professie verskans en wat in hoofstuk 5 van die studie bespreek word.

4. Die Suid-Afrikaanse Reg

Artikel 1 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* bepaal soos volg: “Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine, demokratiese staat, gegrond op die volgende waardes: (a) Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede. (b) Nie-rassigheid en nie-seksisme. (c) Die oppergesag van die grondwet en die heerskappy van die reg. (d) Algemene stemreg vir volwassenes, 'n nasionale gemeenskaplike kieserslys, gereelde verkiesings en 'n veelparty-stelsel van demokratiese regering, om verantwoordingspligtigheid, 'n responsiewe ingesteldheid, en openheid te verseker.”

Artikel 7(1) van die *Handves van Regte* verskans menswaardigheid, gelykheid en vryheid as inherente en normatiewe waardes van die demokrasie.³¹²

Volgens Cheadle bied die *Grondwet* 'n uitdaging aan die hof om die regte in die *Handves van Regte* te interpreteer in die lig van die funderende waardes

³¹² Artikel 7 bepaal soos volg: “(1) Hierdie *Handves van Regte* is 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid. (2) Die Staat moet die regte in die *Handves van Regte* eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik. (3) Die regte in die *Handves van Regte* is onderworpe aan die beperkings in artikel 36 of elders in die *Handves* vervat of genoem.”

menswaardigheid, vryheid, gelykheid en demokrasie. Die *Grondwet* beliggaam 'n objektiewe waardesisteem en het ten doel om die individu te beskerm en sy ontwikkeling te bevorder binne die konteks van 'n gemeenskap wat 'n sosiaal-demokratiese staat konstitueer.³¹³

Die beredenering onderliggend aan die fokus van die Amerikaanse reg op die balans tussen die demokrasie en die outonomie van die individu, die Duitse handhawing van menswaardigheid as normatiewe beginsel wat ook die sosiaalstaat onderskryf, asook die interaksie in die Kanadese reg tussen die vryheid van die individu, verantwoordelikheid teenoor die gemeenskap en die beperking van vryheid ooreenkomstig die beginsel van fundamentele geregtigheid, is derhalwe relevant en insiggewend wanneer die grondwetlike beginsels menswaardigheid en vryheid vervolgens bespreek sal word.

4.1 Menswaardigheid

Die bevestiging van inherente menswaardigheid as 'n funderende waarde in die Suid-Afrikaanse grondwetlike orde plaas die Suid-Afrikaanse regsorde in pas met grondwetlike ontwikkeling na die Tweede Wêreldoorlog, asook met die beroep van die *Handves van die Verenigde Nasies* waarna in paragraaf 2.1 van hierdie hoofstuk verwys is.³¹⁴ Vervolgens sal op menswaardigheid in die konteks van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* gefokus word.

4.1.1 Algemene interpretasie van menswaardigheid

Davis beklemtoon dat die insluiting van elke fundamentele beginsel, ook demokrasie, die toepaslike inhoud van elke ander fundamentele beginsel, insluitende menswaardigheid, in die konteks van die *Grondwet* bepaal. Soos die ander fundamentele beginsels, speel die beginsel van menswaardigheid 'n rol in die balanseerproses wat nodig is ten einde verskillende regte en waardes in harmonie te bring.³¹⁵ Hierdie rol van menswaardigheid as funderende waarde sal blyk wanneer die

³¹³ Davis "Rights" in Cheadle *et al* 2002: par 2.1.3-2.1.4 en 5.2.

³¹⁴ Chaskalson 2000: 197.

³¹⁵ Cheadle *et al.* 2007: par 5.1; Woolman *et al* 2008: 36-4.

begrippe vryheid en gelykheid onderskeidelik later in hierdie hoofstuk en in hoofstuk 3 bespreek word.

Soos die *Duitse Grondwet*, beskou die *Suid-Afrikaanse Grondwet* menswaardigheid egter ook as 'n selfstandige grondwetlike beginsel.³¹⁶ Artikel 10 het die uitgangspunt dat waardigheid inherent aan elke mens is, en bepaal dat elkeen die reg het dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.³¹⁷ Beperkings op hierdie reg sal besonder moeilik geregverdig kan word.³¹⁸ Die artikel plaas uitdruklik 'n positiewe verpligting op die staat en op elke individu om die beginsel van menswaardigheid te handhaaf.³¹⁹

Devenish beskou menswaardigheid as sentraal tot die filosofie van grondwetlikheid waarop die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike bedeling gebaseer is. Die beskerming van menswaardigheid is die normatiewe uitgangspunt van die grondwetlike sisteem van beperkte regering.³²⁰

In *S v Makwanyane and Another*³²¹ maak Chaskalson R die stelling dat die regte op lewe en op waardigheid die belangrikste van alle menseregte is, en die bron van alle ander persoonlike regte in Hoofstuk 2 van die *Grondwet*.³²² In dieselfde saak beskryf O'Regan R die reg op menswaardigheid soos volg: "Recognising a right to dignity is an acknowledgment of the intrinsic worth of human beings: human beings are entitled to be treated with respect and concern."³²³

Internasionale dokumente wat na die intrinsieke menswaardigheid van die mens verwys, definieer nie die konsep nie. Dit blyk uit die beskrywing daarvan deur Schachter dat die konsep inderdaad genuanseerd en kompleks is. Volgens hom vereis respek vir die intrinsieke waarde van 'n persoon dat die onafhanklike persoonlike identiteit van elke persoon erken word. Dit gee egter ook erkenning daaraan dat die individu deel van groter kollektiewe groeperings is. Dit vereis 'n erkenning dat elke

³¹⁶ Sien Cameron AR in *Brisley v Drotzky* 2002 (4) SA 1 (SCA); par 88 tot 95. Sien ook Cheadle *et al* 2002: par 5.2.

³¹⁷ Devenish 1999: 76-78.

³¹⁸ Durban: Butterworths (uitg) 1996. *Bill of Rights Compendium* 1A58.1(c) en 1A58.3.

³¹⁹ Durban: Butterworths (uitg) 1996. *Bill of Rights Compendium* 1A58.2.

³²⁰ Devenish 1999: 81-82.

³²¹ *S v Makwanyane and Another* 1995(3) SA 391 CC.

³²² *S v Makwanyane and Another*: par 144.

³²³ *S v Makwanyane and Another*: par 328.

persoon op sy eie oortuigings, houdings, idees en gevoelens geregtig is. Dit impliseer ook respek vir die verantwoordelikheid van individue. Die idee dat mense in die algemeen vir hulle eie optrede verantwoordelik is, is 'n erkenning van hulle onafhanklike identiteit en hulle vermoë om keuses te maak. Menswaardigheid hou ook met die materiële behoeftes van mense verband. Aangesien 'n persoon in hagleike omstandighede, ontnem van voldoende bestaansmiddele, of wat die geleentheid om te werk ontsê word, 'n ernstige aanslag op sy sin van menswaardigheid en intrinsieke waarde beleef, is daar 'n direkte verband tussen menswaardigheid en die ideaal van 'n regverdige verdeling van inkomste. Ekonomiese en sosiale reëlins kan dus nie uitgesluit word wanneer die eise van menswaardigheid oorweeg word nie. Ten minste word die erkenning van 'n minimum konsep van geregtigheid wat bevrediging van die essensiële behoeftes van elke mens bevredig, vereis.³²⁴

Volgens Tesón behels Kant se beskouing van vryheid as respek vir individuele outonomie binne die geldende reg nie slegs die negatiewe verpligting om mense toe te laat om hulle eie geluk ooreenkomstig hulle persoonlike idee van individuele uitnemendheid na te streef nie. Alhoewel Kant gekant was teen wat hy as paternalistiese regering beskryf het, laat sy klem op die intrinsieke waarde van elke mens ruimte vir wat vandag as positiewe sosio-ekonomiese regte beskryf word. Die fokus is respek vir individuele outonomie, soos uitdrukking vind in die filosofie dat elke mens as 'n doelwit op sigself bestaan. Kant maak hierdie filosofie spesifiek van toepassing op die mens in al sy handeling, of dit op homself of op ander gerig is. Die versekering van sosio-ekonomiese regte word as noodsaaklik beskou vir individue om te floreer, en die feit dat die miskennings van burgerlike en politieke regte ten einde sosio-ekonomiese gelykheid te bevorder, in tirannie kan ontaard, word erken. Ooreenkomstig die standarde deur Kant gestel, sal die ideale kombinasie van regte bestaan wanneer die maksimum moontlike individuele outonomie toegee aan die eis van die sosiale kontrak.³²⁵

Teen hierdie agtergrond sal vervolgens op verskillende konseptuele nuanses van menswaardigheid gefokus word, met die oog daarop om die ter sake maatreëls in die lig daarvan te evalueer.

³²⁴ Schachter 1983: 850-851.

³²⁵ Burchill R: 62-66. Sien ook Woolman *et al* 2008: 36-7 – 36-19.

In *Prince v President, Cape Law Society*³²⁶ beskou die Hof vryheid as 'n wesenlike bestanddeel van menswaardigheid. Die benadering is dat menswaardigheid as grondwetlike waarde respek vir persoonlike outonomie en keuse vereis en derhalwe staatsinmenging met persoonlike vryheid beperk en die toetrede van die staat ten einde reserwes te herverdeel, ontmoedig.³²⁷

Ackermann R in *Ferreira v Levin*³²⁸ beskryf die verband tussen vryheid en menswaardigheid soos volg: "Human dignity cannot be fully valued or respected unless individuals are able to develop their humanity, their 'humanness', to the full extent of its potential. Each human being is uniquely talented. Part of the dignity of every human being is the fact and awareness of this uniqueness. An individual's human dignity cannot be fully respected or valued unless the individual is permitted to develop his or her unique talents optimally. Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfilment are not possible. Without freedom, human dignity is little more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny them their dignity ..."³²⁹

4.1.2 Menswaardigheid en werk

Soos die Kanadese regspraak waarna verwys is,³³⁰ bring Suid-Afrikaanse regspraak werk en individuele menswaardigheid in direkte verband. Die aanvanklike siening van 'n diensverhouding as 'n handelsooreenkoms ingevolge waarvan 'n werknemer sy arbeid aan 'n werkgewer verhandel vir gebruik deur daardie werkgewer tot sy of haar voordeel, het, soos die Duitse benadering waarna verwys is,³³¹ plek gemaak vir 'n siening dat 'n werknemer ook ander belange by sy of haar werk mag hê, byvoorbeeld om ondervinding op te doen, om 'n reputasie op te bou of om plesier daaruit te put.³³²

³²⁶ *Prince v President, Cape Law Society* 2002 (2) SA 794 (CC).

³²⁷ *Prince v President, Cape Law Society*: par 49.

³²⁸ *Ferreira v Levin* (1995) ZACC 13.

³²⁹ *Ferreira v Levin*: par 49. Sien Davis *et al* 1997: 76-78; Woolman *et al* 2008: (40-5)-(40-17), (40-34)-(40-41).

³³⁰ Sien hoofstuk 3 par 3.3.2: 76-78 hierbo.

³³¹ Sien hoofstuk 3 par 3.2.3: 71 hierbo.

³³² Brassey 1982: par 26.

In *North Safety Products v Nicolay and Others*³³³ maak Davis R in sy kommentaar op die benadering wat in onlangse uitsprake gevolg is, onder andere in *Brisley* wat hierna bespreek sal word, die volgende opmerking: "... What, one may ask, is more subversive of a person's dignity, than preventing such a person from working?"³³⁴

Met verwysing na die genoemde stellings van Chaskalson R en O'Regan R in *Makwanyane* gee Nugent AR in *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Another*³³⁵ erkenning aan die vryheid om produktiewe werk te beoefen as 'n belangrike komponent van die grondwetlike beginsel van waardigheid. Hy sê die volgende: "The freedom to engage in productive work – even where that is not required in order to survive – is indeed an important component of human dignity ... for mankind is pre-eminently a social species with an instinct for meaningful association. Self-esteem and the sense of self-worth – the fulfilment of what it is to be human – is most often bound up with being accepted as socially useful."³³⁶

In *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another*³³⁷ maak Ngcobo R die stelling dat 'n mens se werk deel is van 'n mens se identiteit en 'n mens se menswaardigheid bepaal. Dit is 'n verhouding wat die individu oor 'n leeftyd van toewyding vorm en voltooi, dit is die fondament van 'n mens se bestaan.³³⁸

In die hoofstukke oor billike arbeidspraktyke en vryheid van bedryf, beroep en profesie³³⁹ word aangetoon dat partye tot 'n diensooreenkoms tot die handhawing van 'n vertrouensverhouding verbind is. Die diensverhouding as vertrouensverhouding veronderstel wedersydse respek en skep 'n milieu waarbinne 'n werknemer tot sy of haar volle potensiaal kan ontwikkel. Ontwikkeling is per definisie 'n voortdurende proses. Onderbreking van die kontinuïteit van werknemers se diens deur te bepaal dat hulle na afloop van 'n vasgestelde tydperk slegs binne 'n ander diensverhouding mag werk, het derhalwe die potensiaal om hulle ontwikkeling aan bande te lê en sodoende hulle menswaardigheid aan te tas.

³³³ *North Safety Products v Nicolay* (2007) 3 All SA 647(C); 2007 JOL 17571 (C).

³³⁴ *North Safety Products v Nicolay*: 651.

³³⁵ *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Another* (2003) ZASCA 142.

³³⁶ *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Another*: par 27.

³³⁷ *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another* (2005) ZACC 3.

³³⁸ *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another*: par 59.

³³⁹ Hoofstukke 5:188 en 6: 209 hieronder.

4.1.3 Toepassing met verwysing na die ter sake maatreëls

'n Werknemer wat langer ure vir dieselfde werkgewer wil werk, is in alle waarskynlikheid juis 'n persoon wat werkgenot by sy of haar werksplek ervaar, of wat hom- of haarself wil onderskei, of sy of haar talente wil ontwikkel, of 'n finansiële behoefte moet of wil aanspreek. 'n Werkgewer wat bereid is om 'n werknemer langer ure teen oortydbetaling in diens te neem, stel daardie werknemer se bydrae waarskynlik op prys, wat op sigself waarskynlik daardie werknemer se sin van eiewaarde versterk. In alle waarskynlikheid geniet die werknemer groter werksbevrediging as wat die geval by 'n ander aanvullende werk sal wees. In die praktyk sal die werknemer by die tweede werkplek waarskynlik 'n veel laer status en kleiner inkomste hê, sonder die oortydbetaling waarop hy of sy by sy of haar primêre werkgewer geregtig sou wees. Hieraan sal die werknemer, weens die aard van die werk en weens die klein aantal werkure wat hy of sy by daardie werk deurbring, waarskynlik min kan verander.³⁴⁰

Wat die inkomstegrens aanbetref, is daar eenvoudig geen objektiewe basis op grond waarvan aangevoer kan word dat 'n professionele persoon wat minder as die vasgestelde bedrag verdien beskerming teen uitbuiting benodig, terwyl 'n masjien-Operateur wat meer verdien dit nie benodig nie. Dit volg dat binne die groepering van werknemers wat die geïdentifiseerde beroepe beoefen, die vasgestelde inkomstebedrag nie aanduidend is van wie beskerming teen uitbuiting nodig het en wie dit nie nodig het nie.³⁴¹ Op dieselfde basis kan gesê word dat die uitsluiting op grond van beroepsvlak ooreenkomstig die eng definisie van 'n "seniorbestuurswerknemer" 'n noemenswaardige groep persone op werkvlakke wat hulle eweneens teen uitbuiting verskans, nie dek nie. Die feit dat gekwalifiseerde werknemers en werknemers in bestuursposisies in die posisie is om hulleself teen uitbuiting te verskans, is die gevolg van prestasie en word met vermoë en sukses geassosieer. Gevolglik is die kategorisering van hierdie werknemers, weens die

³⁴⁰ Ingevolge artikels 6(1)(c), 19(1), 28(1) en 36 van die *Wet* is werknemers wat minder as 24 uur per maand vir 'n werkgewer werk uitgesluit van hoofstukke 2, 3, 4 en 5 van die *Wet*. Die hoofstukke reël onderskeidelik werktyd, verlof, besonderhede van diens en besoldiging en diensbeëindiging.

³⁴¹ Sien hoofstuk 2 par 2.1: 7-9 hierbo.

onakkuraatheid van die inkomstegrens en beroepsvlak as maatstawwe, as werknemers wat wel beskerming teen uitbuiting nodig het, arbitrêr, paternalisties en beledigend en tas dit die menswaardigheid van die betrokke werknemers aan. Die beginsel dat menswaardigheid die verantwoordelikheid van individue om hulle lewens te reël, respekteer, is hier ter sprake.

Die posisie van werknemers wat weens finansiële nood langer ure wil werk, sal in die bespreking wat volg meer breedvoerig aangespreek word.

4.1.4 Die sosio-ekonomiese konteks van menswaardigheid

4.1.4.1 Die grondwetlike verskansing van sosio-ekonomiese regte

Gedurende die sertifiseringsproses wat die implementering van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* voorafgegaan het, is geargumenteer dat sosio-ekonomiese regte nie aan geregtelike hersiening onderwerp moet wees nie en derhalwe nie verskans moes word nie, aangesien dit gevolge vir die begroting sou hê en inbreuk op die wetgewende terrein sou maak. Die Konstitusionele Hof het hierdie argument verwerp. Die Hof se benadering was dat die feit dat sosio-ekonomiese regte sekere implikasies het, nie meebring dat die hof nie ten opsigte van daardie regte sy normale taak om regte teen onregmatige beperking te beskerm, moet vervul nie.³⁴² In latere uitsprake het die Hof die verwerping van 'n rigiede konsep van skeiding van magte en die bereikbaarheid van sosio-ekonomiese regte bevestig.³⁴³

Artikels 26(1) en (2) en 27(1)(a), (b) en (c) van die *Grondwet* verskans onderskeidelik 'n reg op toegang tot geskikte behuising, en 'n reg op toegang tot gesondheidsorg, voldoende voedsel en water en maatskaplike sekerheid, met inbegrip van gepaste maatskaplike bystand indien persone nie in staat is om hulself en hul afhanklikes te onderhou nie. Artikels 26(2) en 27(2) bepaal dat die staat redelike wetgewende en

³⁴² *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC): par 76-78.

³⁴³ Pieterse 2004: 22-24. Volgens Daintith reflekteer na-1966 grondwette oor die algemeen die indruk dat die grondwet beskou moet word as 'n organiese eenheid wat nie die vermoëns en belange van individue en selfs groepe in geïsoleerde kompartemente, polities, ekonomies, sosiaal, kultureel, ensovoorts, behandel nie, omdat al hierdie aspekte geïntegreerd tot die ontwikkeling en uitlewing van die menslike persoonlikheid bydra. Sien Daintith 2004: 56-72.

ander maatreëls moet tref om binne sy beskikbare middele hierdie regte in toenemende mate te verwesenlik.³⁴⁴ Artikel 28(1)(b) bepaal dat elke kind die reg het op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word, en artikel 28(1)(c) verskans die reg van elke kind op basiese voeding, skooling, basiese gesondheidsorgdienste en maatskaplike dienste. Artikel 28 beperk nie, soos die ander twee artikels, die regering se verpligting tot redelike maatreëls binne beskikbare middele nie.

Die feit dat die *Handves van Regte* nie slegs tradisionele siviele en politieke regte nie, maar ook 'n reeks sosiale, ekonomiese en kulturele regte verskans, onderskryf die idee van sosiale transformasie gebaseer op die skepping van 'n menseregte-staat.³⁴⁵ Op hierdie basis word erkenning gegee aan 'n reg tot positiewe staatsoptrede ten einde menswaardige lewensomstandighede vir alle mense te verseker.³⁴⁶ Die uitgangspunt is dat respek vir persoonlike outonomie en keuse die skepping van sosiale omstandighede waarsonder persoonlike vryheid nie kan realiseer nie, vereis. Die noodwendige implikasie is dat die staat geregverdig kan wees om die vryheid van sekere lede van die samelewing te beperk ten einde basiese menslike vermoë aan elke lid van die samelewing te verseker.³⁴⁷ Davis merk op dat Ackermann R se liberalistiese konsep van vryheid in *Ferreira* argumenteerbaar verwerp kan word op die basis dat dit met *Lochner* ooreenkom, deurdat dit versuim om in ag te neem dat vryheid nie die enigste fundamentele waarde is nie, maar binne 'n raamwerk wat gelykheid, menswaardigheid en demokrasie insluit, geïnterpreteer moet word. Wanneer die regering beleid formuleer, is nie net die reg van individue om menswaardig te lewe ter sprake nie, maar ook die algemene belang van die publiek met betrekking tot die aanwending van hulpbronne. Geïndividualiseerde geregtigheid

³⁴⁴ Volgens Yacoob R in *Grootboom*, met verwysing na die kommentaar van die Komitee vir Ekonomiese Sosiale en Kulturele Regte van die Verenigde Nasies op die Internasionale Verdrag oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte, reflekteer die frase dat maatreëls op die toenemende verwesenliking van sosio-ekonomiese regte gerig moet wees die realiteite van die ware wêreld en die probleme wat enige land ervaar om die volle realisering van sosio-ekonomiese regte te verseker. Aan die ander kant moet dit gelees word in die lig van die positiewe verpligting wat dit op die staat plaas om die verwesenliking van sosio-ekonomiese regte so spoedig en effektief as moontlik te bewerkstellig. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169 (CC): par 45; Woolman *et al* 2004: 33-41; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) 2002 (10) BCLR 1033: par 32-39.

³⁴⁵ Siebert 2000:131.

³⁴⁶ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 23, 83.

³⁴⁷ Liebenberg 2005: 9-10.

mag moontlik voor die openbare belang moet swig. Hierdie balans is van wesenlike belang in die konteks van hierdie studie.³⁴⁸

Pieterse neem waar dat Suid-Afrika se toetrede tot 'n grondwetlike menseregtebedeling met sy integrasie in die globale ekonomie saamgeval het. Die tendens is dat lande waar 'n basiese minimum lewenstandaard gehandhaaf word, wegbeweeg van die idee van 'n welsynstaat. Die neo-liberalistiese benadering wat deur hierdie lande gevolg word, vereis dat die staat uit sy pro-aktiewe rol terugtree ten gunste van individualisme, die vrye mark en 'n meer robuuste model van globale kapitalisme. Die handhawing van 'n vergelykbare basiese minimum lewenstandaard is egter buite die bereik van 'n oorweldigende meerderheid van Suid-Afrikaners. Dit verklaar waarom, terwyl die *Suid-Afrikaanse Grondwet* al die regte, vryhede en strukture wat met 'n liberaal-demokratiese grondwetlike bedeling geassosieer word, verskans, die *Handves van Regte* ewe sterk op sosiale transformasie fokus.³⁴⁹

Die vraag ontstaan of maatreëls gerig op werkverskaffing en beskerming teen uitbuiting grondwetlike beskerming geniet ingevolge elkeen se reg op menswaardigheid en die verpligting op die staat om die regte in die *Handves van Regte* nie alleen te eerbiedig en te beskerm nie, maar ook te bevorder en te verwesenlik. Die gepaardgaande vraag is of die ter sake maatreëls as redelike maatreëls ten einde aan die regering se verpligtinge ingevolge artikels 26, 27 en 28 te voldoen, beskou kan word.

4.1.4.2 Die verband tussen werk en menswaardigheid in die sosio-ekonomiese konteks

In *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development*³⁵⁰ maak Mokgoro R die stelling dat 'n samelewing waar menswaardigheid, vryheid en gelykheid fundamenteel is daarna sal strewe dat basiese lewensnoodsaaklikhede vir almal toeganklik is. Om as 'n

³⁴⁸ Davis "Freedom and Security of the Person" in Cheadle *et al*: par 7.1.1. Sien ook hoofstuk 4 par 3: 141-145 waar menswaardigheid in die konteks van die gelykheidsbeginsel bespreek word.

³⁴⁹ Pieterse 2003: 8-9.

³⁵⁰ *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development* 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC).

gemeenskap gelyke verantwoordelikheid vir die probleme en gevolge van armoede te aanvaar, verteenwoordig die mate waartoe meer welgestelde lede van die gemeenskap 'n verband sien tussen die basiese welstand van die armes en hulle persoonlike welstand, asook die welstand van die gemeenskap as geheel.³⁵¹

In *Grootboom* plaas Yacoob R artikel 26 in die konteks van die aanhef van die *Grondwet* wat die mense van Suid-Afrika tot die verwesenliking van sosiale geregtigheid en die bevordering van die lewenskwaliteit van elke mens verbind. Die dwingendheid van die gemeenskapsbelang om sosio-ekonomiese regte aan almal te verseker, word soos volg geformuleer: "... There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter. Affording socio-economic rights to all people therefore enables them to enjoy the other rights enshrined in Chapter 2."³⁵²

In *Watchenuka* belig die Hof die verband tussen menswaardigheid en werkloosheid ook met hierdie perspektief. Terwyl geldige en regverdigbare gronde bestaan om 'n reg van asielsoekers om te werk van die beskerming van artikel 10 van die *Grondwet* uit te sluit, is ander oorwegings ter sprake wanneer dit blyk dat om te werk die enigste redelike wyse is waarop 'n persoon onderhou kan word. Nie alleen 'n beperking op selfervulling is dan ter sprake nie, maar 'n beperking op daardie persoon se vermoë om sonder positiewe vernedering en aftakeling te lewe. Die Hof neem in hierdie verband spesifiek in ag dat vlugtelingne geen staatsondersteuning ontvang nie.³⁵³

Dit is 'n gegewe dat werk die mees primêre, selfervullende en gerespekteerde wyse is waarop mense die middele om in hulle en hulle kinders se basiese lewensbehoefte te voorsien, kan bekom. Hoe meer mense in hulle eie behoeftes voorsien, hoe meer sal die regering in staat wees om aan die positiewe strewe in artikels 26 en 27 en aan die absolute verpligting in artikel 28 te voldoen. Yacoob R in *Grootboom* verwys dan ook

³⁵¹ *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development*: par 74 en 52; Woolman "Dignity" in Woolman *et al* 2008: 36-68.

³⁵² *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 1-3, 23. Sien ook *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others*: par 40-45; Bilchitz 2006: 147-149.

³⁵³ *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Others*: par 32. Sien ook *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* (1997) ZACC 16; 1997 (12) BCLR 1655.

na die uitermate werkloosheid en heersende armoede as die samestellende elemente van die ernstige behuisingsprobleem.³⁵⁴ Dit volg dat maatreëls gerig op werkverskaffing, verbind met toegepaste programme en beleide wat spesifiek ontwerp is om die onderskeie sosio-ekonomiese behoeftes in die vermelde artikels aan te spreek, inderdaad beskou kan word as maatreëls gerig op die toenemende verwesenliking van sosio-ekonomiese regte.

Dit val buite die konteks van die studie om die totale staatsoptrede ten einde aan die verpligtinge ingevolge die vermelde artikels te voldoen, te bespreek. In *Grootboom* is bevind dat op nasionale vlak verantwoordelikheid aanvaar moet word vir die daarstelling van voldoende wetgewing, beleide, programme en strategieë om die staat se verpligtinge ingevolge artikel 26 te bereik. Erkenning is gegee aan die verskillende rolle van verskillende sfere van die regering om in konsultasie met mekaar 'n omvattende behuisingsprogram daar te stel.³⁵⁵ In die konteks van die studie sal as teoretiese uitgangspunt geneem word dat die ter sake maatreëls wel deel uitmaak van 'n totale aksie om die staat se sosio-ekonomiese verantwoordelikhede ingevolge die *Grondwet* na te kom. Op hierdie basis sal vervolgens bespreek word of die maatreëls aan die redeliksvereiste wat die artikels stel, voldoen.

4.1.4.3 Die redeliksvereiste

Redelikheid, volgens *Grootboom*, moet in die konteks van die *Grondwet* as geheel verstaan word. Die sosio-ekonomiese regte in die *Grondwet* is verskans omdat ons as samelewing gebaseer op menswaardigheid, vryheid en gelykheid, mense waardig ag en wil verseker dat aan hulle basiese menslike behoeftes voldoen word.³⁵⁶ Ten einde redelik te wees, moet maatreëls ingevolge die vermelde artikels van die *Grondwet* die omvang van die ontkenning van die reg wat die maatreëls ten doel het om te realiseer, in ag neem. Maatreëls moet in staat wees om die verwesenliking van die reg te fasiliteer. Diegene wie se behoeftes die dringendste is, mag nie uitgesluit word nie. Dit mag dus onvoldoende wees om aan te toon dat maatreëls statisties die realisering

³⁵⁴ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 59.

³⁵⁵ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 40.

³⁵⁶ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 23-25.

van die regte sal bevorder. Verder vereis die *Grondwet* dat alle mense met sorg hanteer en in ag geneem sal word.³⁵⁷

In *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*³⁵⁸ bevind die Hof dat die beleid om die voorsiening van die middel Nevirapine tot sekere hospitale te beperk, onredelik is, omdat dit onbuigsaam is en die behoeftes van 'n besonder kwesbare groep nie in ag neem nie.

In *Khosa* moes die Hof beslis of die uitsluiting van persone met permanente verblyfreg in Suid-Afrika, maar wat nie Suid-Afrikaanse burgerskap het nie, van sekere ouderdoms- en kindertoelaes, grondwetlik was. Die Hof beklemtoon dat by die bepaling van redelikheid in ag geneem moet word of die metode wat die wetgewer verkies ten einde die staat se verpligting ingevolge artikel 27 na te kom, ander fundamentele regte op 'n onredelike wyse affekteer. In die konteks van die saak bevind die Hof dat die doelwit van die uitsluiting, naamlik om die koste van sosiale welsyn te beperk, 'n legitieme regeringsdoelwit is, maar dat dit onredelik is, aangesien dit nie ooreenkomstig die *Grondwet* en die waardes van die *Grondwet* is nie. Die Hof bevestig dat die redelikheidsstandaard hoër is as 'n rasionaliteitsstandaard.³⁵⁹

4.1.4.4 Toepassing op die ter sake maatreëls

In die konteks van die studie is die implikasie van die uitsprake eerstens dat substantief beoordeel moet word of die maatreëls die doelwit van werkverskaffing en bevordering van die ekonomie inderdaad bevorder. In samehang hiermee moet dan beoordeel word of en in watter mate die maatreëls inbreuk maak op fundamentele regte van mense, of selfs mense met betrekking tot voldoening aan hulle basiese behoeftes uitsluit, benadeel of nie in ag neem nie.

³⁵⁷ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 39-44.

³⁵⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) 2002 (10) BCLR 1033: par 70 en 80.

³⁵⁹ *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development*: par 45, 64 en 67; *Bel Porto School Governing Body and Others v Premier of the Western Cape Province and Another* 2002 (3) SA 265; 2002 (9) BCLR 891: par 46; *Woolman et al* 2004: 33-39.

'n Substantiewe ontleding van die maatreëls ooreenkomstig die genoemde riglyne behels dat die volgende faktore in ag geneem moet word.

Die negatiewe impak van "moonlighting" op die effektiwiteit van die ter sake maatreëls om aan meer mense werksgeleenthede te verskaf, is reeds vermeld.³⁶⁰ In 'n ontleding met betrekking tot die beoefening van twee beroepe in Kanada en die Verenigde State van Amerika, is swak ekonomiese omstandighede as die hoofdryfveer waarom mense twee beroepe beoefen, aangedui. Die ontleding beskou dit as kommerwekkend dat sekere sosiale sekuriteitswetgewing, byvoorbeeld werkloosheidsversekeringwetgewing in die Verenigde State en sekere gesondheidsvoordele in Kanada, ongunstig is met betrekking tot 'n tweede beroep.³⁶¹

Daar is 'n nypende tekort aan en 'n toenemende aanvraag vir opgeleide vakmanskap in die Suid-Afrikaanse arbeidsmark. Veral in semi-professionele en professionele beroepe is opleiding en vaardigheid 'n voorvereiste en word werktyd nie noodwendig aan die afhandeling van gedefinieerde take bestee nie, maar ook aan die inisiëring, beplanning en ontwikkeling van inisiatiewe. Van alle Suid-Afrikaners bo die ouderdom van 20 jaar het in 2007 18.6% matriek en slegs 9.1% naskoolse opleiding gehad.³⁶² Dit is dus onwaarskynlik dat as gevolg van die feit dat 'n opgeleide werknemer 'n aantal minder ure oortyd per week werk, daardie hoeveelheid werkure in die arbeidsmark beskikbaar sal word vir 'n werklose persoon.³⁶³ Die groter waarskynlikheid is dat die beperking van onderneming die effek sal hê dat werksgeleenthede vir onopgeleides sal verminder.³⁶⁴ Daniëls beklemtoon dat opleidingsprogramme vir werknemers en vir werkloses 'n openbare belang in die klassieke sin is, wat beteken dat dit onwaarskynlik is dat die mark dit sal voorsien en dat die staat dus die inisiatief moet neem om dit daar te stel. Dit is dus noodsaaklik dat instellings soos SETAS³⁶⁵ algemene sowel as spesifieke markgerigte

³⁶⁰ Sien hoofstuk 2 par 2.2: 11 hierbo.

³⁶¹ Kimmel & Powell 1999: 226-227. Sover vasgestel kon word is daar nie 'n soortgelyke studie in Suid-Afrika gedoen nie.

³⁶² Statistics South Africa. Statistical Release P0301. Community Survey 2007: 32: <<http://www.statssa.gov.za/publications/P0301/P0301.pdf>. >

³⁶³ Sien ook hoofstuk 4 par 4.3.3.2: 163-164 hieronder.

³⁶⁴ Pauw *et al* 2008: 45-57.

³⁶⁵ Sektor Onderwys- en Opleidingsowerhede ingevolge die *Wet op Ontwikkeling van Vaardighede* 79 van 1998.

ontwikkelingsprogramme sal aanbied ten einde die arbeidsmark betekenisvol te beïnvloed.³⁶⁶

Verder moet in ag geneem word dat die ekonomiese vraag of die beperking van werkure inderdaad ekonomiese ontwikkeling, en spesifiek werkloosheid, positief aanspreek, in die algemeen omstrede is. Hughes en Perlman bespreek die kompleksiteit van hierdie vraag onder andere met verwysing na die kapitaalvoordeel vir besighede om, in plaas daarvan om meer werkers aan te stel, van oortydwerk gebruik te maak, die negatiewe effek met betrekking tot kompetisie met ander lande waar soortgelyke maatreëls nie geld nie, die kompensasie vir minder werkure met groter produktiwiteit, die aanpasbaarheid van oortyd-ure ten opsigte van wisselende besigheidseise en die voordeel van oortyd vir individuele werknemers.³⁶⁷

Die feit dat die Minister sy weg oopgesien het om in die geval van die klein besigheidsektor by wyse van 'n ministeriële vasstelling voorsiening te maak dat werknemers wat vir besighede met minder as tien werknemers werk, oor die lang termyn vyftien uur oortyd per week mag werk,³⁶⁸ is aanduidend daarvan dat die ter sake maatreëls nie in alle arbeidsituasies *per se* aangewese is met verwysing na die doelstellings van die maatreëls nie. Dit is ironies en insiggewend dat die Minister ter motivering van die wysiging die stelling maak dat die vasstelling ten doel het om 'n ondersteunende omgewing vir klein besighede te skep ten einde werkskepping deur hierdie sektor te fasiliteer.³⁶⁹

Daar moet verder in ag geneem word dat in die Suid-Afrikaanse konteks werknemers wat langer as 55 uur per week werk of wil werk, dit dikwels doen of sou wou doen juis om in hulle eie basiese behoeftes en dié van ander na wie hulle omsien, te voorsien. Die effek van HIV en Vigs speel 'n noemenswaardige rol. Teen die einde van 2007 het ongeveer 5.7 miljoen uit 'n totale bevolking van ongeveer 48 miljoen mense in Suid-Afrika met HIV gelewe en het ongeveer 1 000 mense per dag weens

³⁶⁶ Daniëls 2007: par 7.

³⁶⁷ Hughes & Perlman 1984: 235-236.

³⁶⁸ Sien hoofstuk 2 par 2.3.3: 15, vn 28 hierbo.

³⁶⁹ South African Government Information. Mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op 17 Oktober 2000 by die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van werkure tot 40. <<http://www.info.gov.za/speeches/1999/991104318p1002.htm>.>

VIGS gesterf.³⁷⁰ Na beraming was 71% van mense wat gedurende 2006 weens VIGS gesterf het tussen 15 en 49 jaar oud en was daar in 2006 'n totaal van 1 542 000 moederlose kinders in die land, waarvan 1 019 000 hulle moeders weens VIGS verloor het.³⁷¹ Huishoudings waar 'n inkomste-verdiener VIGS het en uiteindelik sterf, het oor 'n lang tydperk hoër uitgawes en 'n laer inkomste en oorblywende inkomste-verdieners moet meer afhanklikes versorg.³⁷² Maatreëls wat 'n klip in die pad van hierdie werknemers se pogings tot menswaardige oorlewingsrol, kan nouliks as redelike maatreëls ingevolge artikels 26 en 27 beskou word.

Oorsigtelik kan die stelling gemaak word dat die vasstelling van maksimum werkure by dieselfde werkgewer nie effektief voorkom dat werknemers wat onder finansiële druk verkeer by verskillende werkgewers in totaal langer ure werk nie, en dat dit onwaarskynlik is dat die daarstel van 'n limiet op werkure inderdaad meer werkseleenthede vir mense wat nie in hulle basiese lewensbehoefte kan voorsien nie, skep. Daar is aangetoon dat werknemers wat weens die ter sake maatreëls by verskillende werkgewers werk, of die geleentheid om langer ure te werk, ontsê word, se menswaardigheid aangetas word. Daar sal aangetoon word dat die maatreëls ook op ander fundamentele regte, onder andere die reg op gelykheid, inbreuk maak. Die maatreëls is verder teenproduktief met betrekking tot 'n groep persone wat strew om op 'n menswaardige wyse in hulle eie basiese lewensbehoefte en in dié van hulle geliefdes te voorsien. Teen hierdie agtergrond word die gevolgtrekking gemaak dat die maatreëls nie die redelikheidstoets ingevolge artikels 26 en 27 van die *Grondwet* slaag nie.

4.1.5 Gevolgtrekking

Die inbreuk van die ter sake maatreëls op die menswaardigheid van diegene wat daardeur genoodsaak word om by verskillende werkgewers langer ure te werk, of nie

³⁷⁰ AVERT. AIDS & HIV information: <<http://www.avert.org/aidssouthafrica.htm>> Sien ook Statistics South Africa. Mid-year Population Estimates 2007: 3:

<<http://www.statssa.gov.za/publications/P0302/P03022007.pdf>>

³⁷¹ Centre for Actuarial Research, South African Medical Research Council and Actuarial Society of South Africa. Dorrington, Johnson, Bradshaw and Daniel. The Demographic Impact of HIV/AIDS in South Africa. National and Provincial Indicators for 2006: 11:

<<http://www.mrc.ac.za/bod/DemographicImpactHIVIndicators.pdf>>

³⁷² Bachmann & Booysen 2003: 14.

langer ure te werk nie, sal, ten einde grondwetlik te wees, die artikel 36 toets moet slaag. By die regverdiging van 'n inbreuk op menswaardigheid sal artikel 36 streng toegepas word.³⁷³ In die lig van die gevolgtrekking met betrekking tot die redelikeheidsvraag in die konteks van sosiale transformasie sal die redelikeheidsvraag in die konteks van artikel 36 nouliks tot 'n ander gevolgtrekking lei.³⁷⁴

Vervolgens word die grondwetlike beginsel van vryheid in die Suid-Afrikaanse konteks, met inagneming van die nou verband tussen vryheid en menswaardigheid, bespreek.

4.2 Vryheid

4.2.1 Die reg op vryheid van die persoon

Soos menswaardigheid moet die vryheid wat grondwetlike beskerming geniet, geïnterpreteer en beoefen word met inagneming van die regmatige belange van ander lede van die samelewing en die teenstrydige eise van ander grondwetlike waardes. Grondwetlike vryheid slaan ag op die menswaardigheid en gelykheid van ander en op die daaglikse eise van demokratiese regering in na-apartheid Suid-Afrika.³⁷⁵ O'Regan R, met verwysing na die feit dat mense binne 'n samelewing lewe en van mekaar afhanklik is, stel die beginsel soos volg: "The conception of freedom underlying the *Constitution* must embrace that interdependence without denying the value of individual autonomy. It must recognise the important role that the state, and others, will play in seeking to enhance individual autonomy and dignity and the enjoyment of rights and freedoms."³⁷⁶

In *Ferreira* is verskillende standpunte met betrekking tot die trefwydte van die begrip vryheid in artikel 11 van die *Oorgangsgrondwet*³⁷⁷ wat in artikel 12 van die *Grondwet* vervat is, deur die onderskeie regters ingeneem. Artikel 12(1) van die *Grondwet*

³⁷³ *Bill of Rights Compendium* 1 A 58.3.

³⁷⁴ *Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development*: par 83-84. Sien hoofstuk 7: 222 hieronder.

³⁷⁵ Chaskalson 2000: 119-121; Currie & De Waal 2005: 292-293.

³⁷⁶ *Bernstein v Bester NO* (1996) 4 BCLR (CC) par 150.

³⁷⁷ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993.

bepaal dat elkeen die reg het op lewe en vryheid van die persoon, waarby die reg om nie arbitrêr of sonder gegronde rede vryheid ontnem te word nie, inbegrepe is. Die artikel toon 'n duidelike ooreenkoms met artikel 7 van die *Kanadese Grondwet*.

Die saak het oor die grondwetlikheid van artikel 417(2)(b) van die *Maatskappywet*³⁷⁸ gehandel, met verwysing na die vereiste dat tydens 'n ondersoek ingevolge die artikel van 'n persoon vereis mag word om potensieel inkriminerende vrae te beantwoord, en die bepaling dat die antwoorde wat verskaf word, later as getuienis teen die persoon gebruik mag word.³⁷⁹

Ackermann R neem die standpunt in dat artikel 11 van die *Oorgangsgrondwet* die reg op vryheid van die individu, vir soverre dit nie deur spesifieke bepalings beskerm word nie, verskans ten einde die demokratiese waardes van vryheid en menswaardigheid te bevorder. Die "oop samelewing" impliseer volgens hom dat individue vry sal wees om, individueel en in assosiasie met ander, hulle persoonlike ontwikkeling en vervulling en hulle eie konsep van die "goeie lewe" na te strewen.³⁸⁰ Waar spesifieke beskerming nie deur Hoofstuk 3 van die *Grondwet* verleen word nie, beskerm artikel 11 die reg van individue teen die plaas van struikelblokke deur die staat in die weg van hulle moontlike keuses en aktiwiteite. 'n Individu se reg op vryheid moet so wyd as moontlik gedefinieer word in harmonie met dieselfde omvang van vryheid vir ander.³⁸¹

Ten einde aan te toon dat 'n grondwet effektief kan opereer waar die wydste moontlike inhoud aan 'n vryheidsreg gegee word, wys Ackermann R daarop dat artikel 2 van die *Duitse Grondwet* so wyd deur die Duitse Konstitusionele Hof geïnterpreteer is dat die Hof tans geregtig is om enige wetgewende norm aan konstitusionele hersiening te onderwerp. Die vryheid om te handel word gewaarborg tot dermate dat 'n handeling nie die konstitusionele orde aantast nie. Alle wetgewing moet formeel en substantief met die *Grondwet* konformeer. Die substantiewe inhoud van alle wetgewing moet 'n proporsionaliteitstoets slaag, ook met betrekking tot die vereiste dat die regte van

³⁷⁸ *Maatskappywet* 61 van 1973.

³⁷⁹ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 20.

³⁸⁰ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 50-52.

³⁸¹ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 49.

ander of die konstitusionele orde of moraliteit, nie aangetas sal word nie. Hy merk op dat die Duitse Hof geneig is om 'n strenger standaard van hersiening toe te pas wanneer daar een of ander analogie tussen die beperking wat op die nie-gespesifiseerde vryheid geplaas is en die beperking van 'n gespesifiseerde reg of vryheid bestaan. Hierdie tendens is vergelykbaar met die "heightened scrutiny"-standaard wat in Amerika ingevolge die *Veertiende Amendement* toegepas word.³⁸²

Die uitspraak beklemtoon dat die grondwetlike rol van staatsinmenging in die ekonomiese en politieke sfeer nie ontken word nie. Erkenning van hierdie rol impliseer egter nie dat 'n beperkte definisie aan die reg op vryheid in artikel 11(1) gegee moet word nie. Die vereiste van die Duitse Konstitusionele Hof dat alle statutêre maatreëls wat *prima facie* inbreuk op die reg op vryheid maak, die proporsionaliteitstoets moet slaag, is die ekwivalent van 'n vereiste dat, vir soverre staatsinmenging noodsaaklik is om die paradoks van onbeperkte vryheid aan te spreek, alle *prima facie* beperkings van die residuele vryheidsregte in artikel 11(1) die regverdigingstoets ingevolge artikel 33(1) moet slaag.³⁸³

Met verwysing na die hewige kritiek wat op *Lochner* gevolg het, spreek Ackermann R die mening uit dat spesifieke bepalinge in die *Grondwet* verseker dat gepaste arbeids- en ander sosiale wetgewing nie as gevolg van 'n wanbegrip van wat vryheid vereis, ongeldig verklaar sal word nie. Statutêre beperkings op kontrakteervryheid kan verder ook ingevolge artikel 33(1) geregverdig word, indien hierdie beperkings regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op vryheid en gelykheid.³⁸⁴

Met verwysing na relevante Kanadese regspraak³⁸⁵ wys Ackermann R daarop dat artikel 11 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet*, soos artikel 7 van die *Kanadese Handves van Regte*, die reg op vryheid en sekerheid van die persoon waarborg, maar, anders as in die *Kanadese Handves*, nie gekwalifiseer word deur die beginsel van fundamentele geregtigheid wat deel van artikel 7 uitmaak nie.

³⁸² *Ferreira v Levin NO and Others*: par 49, par 83-87.

³⁸³ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 69. Artikels 33 en 11 van die *Oorgangsgrondwet* is onderskeidelik vervat in artikels 36 en 12 van die *Grondwet*.

³⁸⁴ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 65-66.

³⁸⁵ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 73.

Ackermann R kom tot die gevolgtrekking dat die betrokke artikel van die *Maatskappywet* teenstrydig is met die reg op vryheid soos beskerm deur artikel 11(1) van die *Grondwet* en verklaar die artikel ongeldig tot die mate van die teenstrydigheid.³⁸⁶

Ook Chaskalson P in sy uitspraak in *Ferreira* beperk die aanwending van artikel 11 nie tot die beskerming van fisiese integriteit nie. Hy meen egter dat situasies waar 'n breër aanwending van artikel 11 toepaslik sal wees, uitsonderlik sal wees. Ten einde die beskerming van artikel 11 te geniet, sal 'n vryheid wat nie voldoende deur ander bepalings gedek word nie, van 'n fundamentele aard moet wees.³⁸⁷

Sachs R kom, soos Ackermann R, tot die gevolgtrekking dat die konstitusionele vryheidsbegrip wel ter sprake is en dat die betrokke maatreël ongrondwetlik is, maar meen, soos Chaskalson R, dat Ackermann R se konsep van die beskerming wat die *Grondwet* met betrekking tot die breë vryheidsbegrip bied, te wyd is. Ten einde binne die omvang van die vryheidskonsep in Artikel 11 te val, sal die bestaan van 'n ware en substantiewe ingryp op vryheid in teenstelling met 'n normale regulerende handeling eers bevestig moet word. Eers dan ontstaan die nodigheid om die beperking te regverdig en sal die standaard by die toepassing van artikel 33(1) werklik streng kan wees. Op hierdie basis argumenteer hy dat die aantasting van 'n lankgevestigde reg om nie tot self-inkriminering verplig te word nie in enige konteks 'n vraag met betrekking tot die aantasting van 'n fundamentele vryheid sal opper.³⁸⁸

Sachs R beskou menslike interafhanklikheid as 'n element, nie 'n beperking nie, van menslike vryheid. Vryheid en gelykheid verkeer terselfdertyd in spanning en is ondersteunend tot mekaar. Die strewe na gelykheid mag nie gebruik word as

³⁸⁶ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 156.

³⁸⁷ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 158-186. Chaskalson R bevestig Ackermann R se bevinding in die saak, maar op die basis dat artikel 25(3) van die *Grondwet* van toepassing is. Kriegler R bevind dat nóg artikel 11(1) nóg artikel 25(3) toepassing vind in die saak. Sy siening is dat daar nóg 'n uitdruklike nóg 'n geïmpliseerde algemene verbod teen self-inkriminasie in die *Grondwet* te vinde is en dat die *Grondwet* eers toepassing sou kon vind wanneer ondervraging ingevolge artikel 417 die billikheid van 'n verhoor sou bedreig. Mokgoro R ondersteun Chaskalson R se bevinding. Haar interpretasie van artikel 11 is egter veel nouer as dié van Ackermann R asook Chaskalson R. Sy meen dat artikel 11(1) spesifiek verband hou met fisiese integriteit en nie met 'n breë, allesomvattende vryheid nie. O'Regan R bevind dat artikel 25 van toepassing is en vind dit, in die lig daarvan, nie nodig om die vraag of artikel 11 van toepassing is, te oorweeg nie.

³⁸⁸ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 245 en 258.

regverdiging vir die onderdrukking van vryheid nie, net soos die nodigheid om vryheid te beskerm nie gelykheid mag ontken nie.³⁸⁹

Dit is belangrik om te beklemtoon dat beide Ackermann R en Sachs R die interaksie tussen 'n breë vryheidsreg en ander fundamentele regte sterk beklemtoon. Ackermann, ter motivering van sy breë interpretasie van die vryheidskonsep in artikel 11 en met verwysing na beperkings op die vryheid van mense in die onlangse Suid-Afrikaanse verledede, byvoorbeeld die vryheid met betrekking tot waar om te woon, die besit van eiendom, waar om te werk, watter werk om te doen, watter opvoeding om te geniet, wie om mee te trou en waar om begrawe te word, bring die beperking van vryheid direk in verband met die aantasting van menswaardigheid op die basis dat die beperking van vryheid mense van die reg om hulle eie identiteit te ontwikkel en ten volle mens te wees, ontnem. Vryheid en menswaardigheid, aldus Ackermann R, is onlosmaaklik verbind. Om mense hulle vryheid te ontsê, is om hulle hulle waardigheid te ontsê. Op dieselfde wyse is vryheid ook onderliggend aan ander regte wat spesifiek verskans is.³⁹⁰ Hierdie standpunt toon 'n duidelike analogie met die benadering van Lamer R in die Kanadese saak *Re BC Motor Vehicle Act* met betrekking tot die verhouding tussen die vryheidsreg in artikel 7 en gespesifiseerde vryhede.³⁹¹

Haysom merk op dat dit moeilik is om Ackermann R se negatiewe konsep van vryheid met 'n grondwetlike teks wat vryheid en gelykheid as sentrale waardes beskou en die konsep van *ubuntu* bevorder, te versoen. Hy verkies die benadering van O'Regan in *Bernstein*.³⁹²

In *Bernstein* is beweer dat die proses van dagvaarding en ondersoek van persone met betrekking tot die sake van 'n maatskappy in die proses van likwidasie strydig is onder andere met artikel 11(1) van die *Oorgangswet*.³⁹³

³⁸⁹ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 253. Sien Devenish 1999: 36-37 met betrekking tot die interaksie tussen die begrippe vryheid en gelykheid in die konteks van die *Grondwet*.

³⁹⁰ *Ferreira v Levin NO and Others*: par 49-51.

³⁹¹ Sien hoofstuk 3 par 3.3.3: 78-79 hierbo.

³⁹² Davis *et al* 1997: 77-78.

³⁹³ Sien artikels 417 en 418 van die *Maatskappywet*.

O'Regan R, met verwysing na die onderskeie standpunte in *Ferreira*, spreek haar in hierdie saak uit met betrekking tot die mate waarin individuele vryheid, of vryhede wat nie pertinent in die *Grondwet* verskans word nie, grondwetlike beskerming geniet. Sy bevind dat hoewel artikel 11 meestal op fisiese vryheid betrekking sal hê, die toepassingsveld daarvan wyer is. Die artikel beskerm 'n arena van vryheid aanvullend tot die beskerming wat klousules wat spesifieke vryhede, byvoorbeeld vryheid van uitdrukking (artikel 15), van vergadering (artikel 16), van assosiasie (artikel 17) en van godsdiens (artikel 14) bied. Sy stem saam met Ackermann R en Sachs R dat artikel 11(1) in die konteks van die fundamentele beginsel van menswaardigheid wat in artikel 10 van die *Grondwet* uitdrukking vind, verstaan moet word. Die *Grondwet* verteenwoordig 'n onomwonde verwerping van 'n verlede waarin mense hulle waardigheid deur outoritêre en rassistiese regering ontsê is. Die erkenning van die waardigheid van die mens is derhalwe 'n kernwaarde van die *Grondwet*. Teen hierdie agtergrond spreek sy haar ten gunste van 'n doelmatige benadering tot artikel 11(1) uit. So 'n benadering erken dat die artikel nie daarop gerig is om alle kriminele regsbeperkings of staatsregulering onder verdenking te plaas as synde ongrondwetlik nie. Die noodsaaklikheid van effektiewe regering wat die bereiking van outonomie en gelykheid kan fasiliteer, word binne die konstitusionele raamwerk geïmpliseer. Slegs wanneer aangetoon kan word dat vryheid beperk is op 'n wyse wat vyandig is met betrekking tot die waardes van die *Grondwet*, sal 'n saak uitgemaak kan word dat artikel 11(1) verbreek is.³⁹⁴

In *De Lange v Smuts*³⁹⁵ moes die Konstitusionele Hof 'n beslissing maak met betrekking tot die grondwetlikheid van artikel 66(3) van die *Insolvensiewet* ingevolge waarvan gevangenisstraf van 'n persoon wat gedagvaar is om voor 'n vergadering van krediteure te verskyn en wat weier of versuim om 'n dokument wat aangevra is, aan te bied of om regmatige vrae te beantwoord, deur die voorsittende beampte gevangenisstraf opgelê kan word. Ackermann R bevestig O'Regan R se ontleding van die aard van die vryheidsreg in *Bernstein*. In sy meerderheidsuitspraak beklemtoon hy dat artikel 12(1) vereis dat daar nie arbitrêr of sonder "just cause" op 'n persoon se vryheid inbreuk gemaak mag word nie. Die konsep "just cause" moet gegrond wees

³⁹⁴ *Bernstein and Others v Bester NO and Others*: par 139-151.

³⁹⁵ *De Lange v Smuts NO and Others* (CCT26/97) 1998 (3) SA 785; 1998 (7) BCLR 779.

op en in ooreenstemming wees met die waardes wat in artikel 1 van die *Grondwet* uitgedruk word, en moet van die bepalings van die *Grondwet* as 'n geheel afgelei wees.³⁹⁶ Ses lede van die regbank het met hierdie toets saamgestem.

Die “just cause”-konsep kan met die konsep van “fundamental justice” wat deur die Kanadese howe toegepas word, vergelyk word.³⁹⁷ Die uitgangspunt is dat ontneming van vryheid geregverdig sal wees vir soverre dit ooreenkomstig die fundamentele beginsels van die reg geskied. Die identifisering van hierdie basiese kode is geensins voor die hand liggend nie en bied ruimte vir aanpassing om die omstandighede van 'n saak te pas. Voorbeelde van wat as basiese beginsels van die regstelsel gedefinieer is, is die beginsel dat strafoplegging aanspreeklikheid van die beskuldigde vereis, dat gevangenisstraf 'n dwingende openbare doel moet dien, dat strafbepalings nie so vaag sal wees dat hulle nie 'n duidelike standaard stel nie en die konstitusionele proporsionaliteitsbeginsel.³⁹⁸

Pieterse beskou die regspraak met betrekking tot die grondwetlike vryheidskonsep as van besondere belang ten einde aan te toon hoedat die interpretasie van fundamentele regte die produk van 'n versigtige balans tussen verskillende grondwetlike benaderings is. Hy spreek die hoop uit dat toekomstige ontwikkeling wat meer substantiewe inhoud aan die vryheidsreg sal gee, sal verseker dat dit dinamies sal funksioneer as onderliggende waarde van ons oop en demokratiese samelewing.³⁹⁹

4.2.2 Toepassing met betrekking tot die vryheid om langer by dieselfde werkgewer te werk

Die verband tussen menswaardigheid en die geleentheid tot volle benutting van werksgeleenthede ten einde werksbevrediging, finansiële sekuriteit, ontwikkeling van persoonlikheid en talente en eiewaarde te bevorder, is aangetoon. Daar is aangetoon dat in die Suid-Afrikaanse konteks besondere waarde aan die beskerming van hierdie aspek van menswaardigheid geheg word. Daar is verder aangetoon dat die ter sake

³⁹⁶ *De Lange v Smuts NO and Others*: par 17,18, 22 en 30; Currie & De Waal 2005: 292, 293 en 297.

³⁹⁷ Currie & De Waal 2005: 296.

³⁹⁸ Currie & De Waal 2005: 297.

³⁹⁹ Pieterse 2001: 87.

maatreëls op die menswaardigheid van diegene wat langer ure werk of sou wou werk inbreuk maak. In die volgende hoofstuk sal aangetoon word dat die beperking van hierdie geleentheid die gelykheidsbeginsel aantast. Die implikasie is dat die ter sake maatreëls inderdaad *prima facie* vyandig is met betrekking tot die grondwetlike waardes van waardigheid en gelykheid, en derhalwe 'n fundamentele beperking van grondwetlike vryheid daarstel. Dit volg dat die beperking, ten einde grondwetlik te wees, die toets, wat 'n proporsionaliteitstoets insluit, ingevolge artikel 36 moet slaag.⁴⁰⁰

In samehang met die direkte beperking van die vryheid om langer ure by dieselfde werkgewer te werk, is die effek van die ter sake maatreëls dat die vryheid van werknemers en werkgewers om kontrakte ooreenkomstig hulle vrye wil te sluit, beperk word. Die beperking van die kontrakteervryheid van werknemers op wie die ter sake maatreëls van toepassing is, word vervolgens binne dieselfde beginselraamwerk bespreek.

4.2.3 Die vryheid om te kontrakteer

4.2.3.1 Afstanddoening

'n Onderneming om 'n reg nie uit te oefen nie of om daarvan afstand te doen, is dikwels 'n beding in 'n onderhandelde ooreenkoms. Alhoewel die doel van die ter sake maatreëls primêr is om effek te gee aan werknemers se reg op billike arbeidspraktyke deur hulle teen uitbuiting met betrekking tot werkure te beskerm, beklee die maatreëls egter nie uitdruklik werknemers met 'n reg om nie langer ure te werk nie, maar plaas dit 'n verbod op werkgewers.⁴⁰¹ Die implikasie is dat geen moontlikheid gelaat word dat werknemers 'n keuse kan uitoefen om by wyse van afstanddoening nie van die bedoelde beskerming gebruik te maak nie, selfs al sou dit in gegewe omstandighede uit die oogpunt van die werknemer, en selfs objektief gesproke, tot die werknemer se voordeel wees om dit te doen. Regsbeginsels met betrekking tot afstanddoening van regte is dus relevant met betrekking tot die vraag of die grondwetlike regte van

⁴⁰⁰ Sien Cheadle 2007: par 7.1.1. Sien ook hoofstuk 7: 222-241.

⁴⁰¹ Sien hoofstuk 2 par 2.2: 9-10, par 2.3-2.3.1: 11-12 hierbo.

werknemers op kontrakteervryheid en op billike arbeidspraktyke deur die ter sake maatreëls beperk word.

In *Mc Donald v Enslin*⁴⁰² bevestig die Hof die algemene reël dat enige persoon 'n bindende kontrak kan sluit om afstand te doen van voordele wat deur die reg aan hom toegeken is vir sy persoonlike belang. Wanneer die openbare belang egter die nakoming van die betrokke wetgewing vereis, kan nie van die voordele afstand gedoen word nie.

In *S v Shaba and Another*⁴⁰³ word 'n onderskeid getref tussen die privaatregtelike regsfiguur van afstanddoening van regte en die keuse om regte nie uit te oefen nie. Die volgende stelling word gemaak: "Die bepalings van Hoofstuk 3 van die *Grondwet* skep onvervreembare regte. Niemand kan daarvan afstand doen nie. Op die beste kan 'n persoon kies om hom nie op die bepalings van die *Grondwet* te beroep nie en om nie die regte uit te oefen nie. Hy kan egter op enige stadium van plan verander en die regte weer uitoefen, sonder dat hy met 'n pleit van afstanddoening ontmoet kan word. Die reg op regsverteenvoording of die reg op stilswye is sprekende voorbeelde hiervan. Die regsfiguur van afstanddoening van regte pas doodeenvoudig nie by hierdie omstandighede in nie."⁴⁰⁴

In *SA Eagle Insurance Co Ltd v Bavuma*⁴⁰⁵ verwys die Hof in hierdie verband na die volgende stelling van Innes WHR:⁴⁰⁶ "The maxim of the Civil Law that every man is able to renounce a right conferred by law for his own benefit, was fully recognised by the law of Holland. But it was subject to certain exceptions, of which one was that no one could renounce a right contrary to law, or a right introduced not only for his own benefit but in the interests of the public as well."⁴⁰⁷

⁴⁰² *Mc Donald v Enslin* 1960 (2) SA 314 (O) 317 A-B.

⁴⁰³ *S v Shaba and Another* 1998 (2) BCLR 220 (T).

⁴⁰⁴ *S v Shaba and Another* 1998 (2) BCLR 220 (T): 222 en 223.

⁴⁰⁵ *SA Eagle Insurance Co Ltd v Bavuma* 1985 (3) SA 42 (A).

⁴⁰⁶ *Ritch and Bhyat v Union Government* 1912 AD 719 H: 734.

⁴⁰⁷ *SA Eagle Insurance Co Ltd v Bavuma*: par 10.

Ackermann R in sy uitspraak in *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*⁴⁰⁸ met verwysing na die hantering van die beginsel van afstanddoening in die Duitse reg, merk op dat die beperking van 'n mens se eie regte by ooreenkoms op sigself 'n uitoefening van die reg op vryheid is.

Volgens Currie en De Waal kan van baie van die vryheidsregte afstand gedoen word, solank dit ingevolge 'n ten volle ingeligte toestemming is wat duidelik wys dat die applikant bewus was van die presiese aard en omvang van die regte waarvan afstand gedoen word. Daarenteen laat die aard van die reg op menswaardigheid en die reg op lewe, die reg om nie teen gediskrimineer te word nie en die reg tot 'n billike verhoor nie toe dat van hierdie regte afstand gedoen word nie. Die onderskeid lê daarin dat laasgenoemde regte nie negatief beoefen kan word nie. Vryheid van spraak kan byvoorbeeld uitgeoefen word deur te swyg, terwyl die reg op waardigheid nie uitgeoefen kan word deur uitgebuit te word nie.⁴⁰⁹ Cheadle ondersteun hierdie siening en wys daarop dat dit ondersteuning vind in *Makwanyane* waar Chaskalson P die volgende sê: "The rights to life and dignity are the most important of all human rights, and the source of all other personal rights in Chapter 3. By committing ourselves to a society founded on the recognition of human rights we are required to value these two rights above all others." Die geldigheid van afstanddoening hou derhalwe verband met die aard van die reg waarvan afstand gedoen word. Die openbare belang mag dikteer dat daar nie van 'n reg afstand gedoen kan word nie.⁴¹⁰

In die Kanadese saak *R v Turpin*⁴¹¹ moes die Hof beslis of artikel 11(1) van die *Kanadese Handves* wat aan beskuldigdes in sekere strafsake die reg op die voordeel van verhoor deur 'n jurie gee, die reg om afstand van hierdie voordeel te doen, impliseer. Die Hof verwys na die volgende aanhaling uit 'n uitspraak van Gibbs HR in die Hooggeregshof van Australië: "... it has been a principle of statutory interpretation ever since the time of Sir Edward Coke ... that any person can waive a statutory provision introduced entirely for his or her own benefit ... If, on the other

⁴⁰⁸ *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (5) BCLR 658 (CC): 707.

⁴⁰⁹ Currie & De Waal 2005: par 3.3 (iii). Sien *Mohamed and Another v President of the RSA and Others* 2001 (7) BCLR 685 (CC): par 63 en vn 5.

⁴¹⁰ *S v Makwanyane and Another*: 144; Cheadle "Application" in Cheadle *et al* 2002: par 3.7. Sien ook *Mohamed and Another v President of the RSA and Others*: par 62-64.

⁴¹¹ *R v Turpin* (1989) SCJ No 47; (1989) 1 SCR 1296; 1989 CanLII 98 (SCC).

hand, the provision is enacted for the benefit of the public, a private individual cannot waive it ... The same principle applies to the interpretation of constitutional enactments, and perhaps with even greater force. A constitutional guarantee restricts the power of the legislature, and may last indefinitely, and a guarantee given for the benefit of a class of individuals, such as accused persons, might, in an unforeseen set of circumstances, cause the members of that class hardship rather than benefit if it prevented an accused person, whom it was intended to protect, from exercising some other right; in those circumstances, what was contrived for the protection of the accused would be turned into fetters ..."⁴¹² Die Hof in *Turpin* kom tot die gevolgtrekking dat 'n individu vir wie se beskerming 'n individuele reg, soos die reg op die voordeel van 'n verhoor deur 'n jurie, ontwerp is, van daardie reg afstand moet kan doen. Die Hof gee wel erkenning aan uitsprake dat afstanddoening van statutêre bepalinge met 'n substantiewe openbare belang nie toegelaat kan word nie, maar kwalifiseer hierdie siening soos volg: "I believe, however, that in the case of individual constitutional rights the priorities are different and that an accused cannot be compelled to take advantage of rights intended for his or her benefit even if such rights may have a public interest aspect. I conclude, therefore, that an accused is entitled to waive the benefit of the section 11(f) right if it is in his or her interests to do so." Die Hof bevind dan verder dat voorkoming van afstanddoening deur 'n individu van sy of haar reg op verhoor deur 'n jurie, beteken dat die belange van die gemeenskap bo die belange van die individu gestel word. Hierdie posisie word normaalweg ingevolge die *Handves* bereik deur die toepassing van artikel 1 en nie deur die beperking van die reg nie.⁴¹³

Teen hierdie agtergrond is dit relevant om in ag te neem dat die verbod wat die ter sake maatreëls op werkgewers plaas die effek het dat individuele regte vir werknemers, naamlik om nie langer ure te werk nie, daargestel word ten einde hulle grondwetlike regte, te wete die reg op billike arbeidspraktyke en die reg op menswaardigheid, te beskerm. Vir soverre die effek egter is dat die grondwetlike regte van individue juis aangetas word, behoort daardie individue die keuse te hê om die regte nie uit te oefen nie, of daarvan afstand te doen. Andersins sal die aantasting

⁴¹² *R v Turpin*: par 20.

⁴¹³ *R v Turpin*: par 21-22, 28.

ingevolge artikel 36 in die openbare belang geregverdig moet word. In die lig van die konstruksie van die ter sake maatreëls is die toepaslike en relevante vraag in die konteks van die studie of werknemers die vryheid behoort te hê om by ooreenkoms langer ure by dieselfde werkgewer te werk. Sodanige vryheid sou prakties geakkommodeer kon word deur die verbod op werkgewers nie van toepassing te maak wanneer werknemers sodanige keuse uitoefen nie.⁴¹⁴

4.2.3.2 Die grondwetlike reg op vryheid om te kontrakteer

Die vraag of daar 'n grondwetlike reg op kontrakteervryheid bestaan, het veral ter sprake gekom in sake waar kontraktuele bepalinge inbreuk gemaak het, of na bewering inbreuk gemaak het, op konstitusionele regte, byvoorbeeld die reg op toegang tot geskikte behuising,⁴¹⁵ die reg op mediese behandeling⁴¹⁶ en die reg op vrye keuse van beroep, bedryf of professie.⁴¹⁷

In *Brisley* is geargumenteer dat die beginsel dat 'n beding in 'n skriftelike kontrak wat bepaal dat alle wysigings van die kontrak aan sekere formaliteite moet voldoen, bindend is, die sogenaamde Shifrenbeginsel,⁴¹⁸ nie afgedwing behoort te word nie, omdat dit in die omstandighede onredelik, onbillik en in stryd met die beginsels van *bona fides* sou wees. Die Hof stem saam dat goeie trou 'n grondbeginsel is wat in die algemeen aan die kontraktereg onderliggend is, en wat in die besondere reëls en beginsels daarvan uiting vind. Die Hof verwys egter ook na die siening van Rabie HR in *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis*⁴¹⁹ dat dit in die openbare belang is dat persone hulle aan ooreenkomste wat hulle aangegaan het, moet hou.⁴²⁰

Cameron AR in sy uitspraak in *Brisley* maak die stelling dat die openbare belang tans in ons grondwet en in die fundamentele waardes wat deur die *Grondwet* bewaar word, gewortel is.⁴²¹ Die grondwetlike waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid

⁴¹⁴ Sien hoofstuk 7 par 10: 238-241 hieronder.

⁴¹⁵ *Brisley v Drotsky*.

⁴¹⁶ *Afrox Healthcare Beperk v Strydom* (2002) ZASCA 73.

⁴¹⁷ *Reddy v Siemens Telecommunications (Pty) Ltd* (2006) ZASCA 135; (2006) SCA 164 (RSA).

⁴¹⁸ Sien *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere* 1964 (4) SA 760 (A).

⁴¹⁹ *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* (2006) ZASCA 135.

⁴²⁰ *Brisley v Drotsky*: par 27-31.

⁴²¹ *Brisley v Drotsky*: Cameron AR par 4.

vereis dat die howe die taak om kontrakte ter syde te stel of nie af te dwing nie, met sensitiewe selfbeheer sal benader. Een van die redes hiervoor is dat kontraktuele outonomie deel is van vryheid en ook die grondwetlike waarde van menswaardigheid onderskryf.⁴²²

In *Afrox Health Care Beperk v Strydom* waar dit oor die afdwingbaarheid van 'n kontraktuele beding wat 'n hospitaal teen aanspreeklikheid vir die nalatigheid van sy verpleegpersoneel vrywaar, gegaan het,⁴²³ verwys Brand AR tydens sy bespreking van die respondent se steun op die openbare belang as grond vir sy standpunt dat die betrokke klousule nie afdwingbaar is nie, met goedkeuring na onder andere die volgende opmerking van Smalberger AR in *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes*: "In grappling with this often difficult problem it must be borne in mind that public policy generally favours the utmost freedom of contract, and requires that commercial transactions should not be unduly trammelled by restrictions on that freedom."⁴²⁴ Die Hof, met verwysing na die grondwetlike waardes van waardigheid, gelykheid en vryheid, erken kontrakteervryheid pertinent as 'n konstitusionele waarde.⁴²⁵

Lubbe, met verwysing na *Afrox* en *Brisley*, neem die standpunt in dat die *Grondwet* vereis dat kontrakteervryheid nie slegs erken sal word nie, maar dat die kontraktereg 'n raamwerk waarbinne die vermoë om te kontrakteer selfrespek en waardigheid sal bevorder, daar sal stel. Die implikasie is dat, alhoewel die waardes gelykheid, vryheid en menswaardigheid op 'n sekere vlak dogmatiese reëls vereis wat effek gee aan 'n individu se vrywillige besluit om 'n kontrak te sluit, sulke reëls op sigself inbreuk kan maak op die reg op waardigheid, naamlik waardigheid as kontrole wat keuse mag beperk eerder as bevorder.⁴²⁶

⁴²² *Brisley v Drotzky*: Cameron AR par 6-7. Cameron AR maak die volgende stelling: "Shorn of its obscene excesses, contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity. The *Constitution* requires that its values be employed to achieve a careful balance between the unacceptable excesses of contractual 'freedom' and securing a framework within which the ability to contract enhances rather than diminishes our self-respect and dignity." Sien die kritiese bespreking van Bhana en Pieterse: 874. Sien ook hoofstuk 3 par 4.1.1: 90-93 hierbo.

⁴²³ *Afrox Health Care Beperk v Strydom*: par 8.

⁴²⁴ *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A): 9(B-F).

⁴²⁵ *Afrox Health Care Beperk v Strydom*: par 22-23.

⁴²⁶ Lubbe 2004: 420-421. Sien ook McGee: 335-338. Die artikel handel oor die omstrede praktyk om dwerge te gooi (dwarf-tossing). Die dwerge neem vrywillig aan die aktiwiteit deel. Dit is vir hulle ekonomies baie voordelig en hulle beskou dit as hulle werk. Hulle is relatief veilig. Hulle is volwasse persone met die vermoë en, volgens die skrywer, die reg om ooreenkomste aan te gaan wat nie ander se regte aantast nie. Die skrywer onderskei in hierdie verband tussen regte en belange. Het die gemeenskap

Die *Afrox*-feitestel illustreer bogenoemde stelling. Algemene erkenning van kontraktevryheid impliseer in beginsel erkenning van die menswaardigheid van diegene wat die ooreenkoms aangegaan het. Aan die ander kant kan 'n saak vir die beperking van kontraktevryheid in die spesifieke situasie uitgemaak word, juis op grond daarvan dat toepassing van die beginsel van algehele kontraktevryheid die waardigheid van diegene wat die mediese dienste van die hospitaal gebruik, aantast.

Die analogie met die maatreëls wat werkure beperk, is duidelik. Die beperking van die kontraktevryheid van werkgewers en werknemers is onder andere daarop gerig om werknemers teen uitbuiting te beskerm, dit wil sê om hulle menswaardigheid te handhaaf. In die proses word werknemers se menswaardigheid en vryheid, soos aangetoon, aangetas.⁴²⁷

Bhana en Pieterse wys op 'n belangrike onderskeid tussen die benaderings van Cameron AR in *Brisley* en Brandt AR in *Afrox*, naamlik dat Brandt AR verder gaan as Cameron AR deur te bevind dat kontraktevryheid nie alleen deel van die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid vorm nie, maar op sigself 'n onafhanklike grondwetlike waarde daarstel. Volgens die skrywers is hierdie bevinding nie alleen foutief nie, maar is dit 'n kommerwekkende aanduiding van 'n ideologiese waardeoordeel wat uit pas is met die grondwetlike teks, konteks en etos.⁴²⁸ Gegewe die tekstuele afwesigheid van 'n reg tot kontraktevryheid, die afwatering van die reg op vry ekonomiese aktiwiteit,⁴²⁹ die bepaling van artikel 39(3) van die *Grondwet*,⁴³⁰ die meerderheid van die Hof se verwerping van Ackermann R se begrip van vryheid in die *Ferreira*-saak en die inhoud wat deur die Hof aan die waardes van gelykheid en

'n reg daarop dat dwerge nie 'n praktyk beoefen wat deur sekere ander lede van die gemeenskap afgekeur word nie? Kom dit nie daarop neer dat lede van die gemeenskap die staat gebruik om hulle voorkeure op individue af te dwing ten koste van daardie individue se regte nie? "Mankind" sê die skrywer, het nie regte nie. Dit is slegs 'n term. Dieselfde geld vir "public policy". Individuele mense bestaan en het regte. Slegs hierdie regte, in teenstelling met belange, kan, wanneer hulle in konflik is, opgeweeg word.

⁴²⁷ Vergelyk met die onderskeie benaderings in die meerderheids- en minderheids-uitsprake in *West Coast Hotel v Parrish*. Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 53-54 hierbo.

⁴²⁸ Bhana & Pieterse 2006: 865-895.

⁴²⁹ Bhana & Pieterse 2006: 877-879.

⁴³⁰ Artikel 39(3) lees soos volg: "Die *Handves van Regte* ontken nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemene reg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die *Handves* bestaanbaar is."

menswaardigheid gegee is, is Brandt AR se verheffing van kontrakteervryheid tot status van grondwetlike waarde volgens die skrywers ongegrond.⁴³¹

In *Reddy* het die Appèlhof 'n beslissing wat 'n kontraktuele handelsbeperking afgedwing het, gehandhaaf. Die handelsbeperking het bepaal dat die appellant vir 'n tydperk van twaalf maande na sy bedanking uit die diens van die respondent nie by 'n werkgever wat dieselfde of soortgelyke besigheid as die appellant bedryf, diens kon aanvaar nie. Soos Cameron AR in *Brisley*, beskou die Hof kontraktuele outonomie as inbegrepe by die konstitusionele reg op waardigheid. Vanuit die perspektief dat 'n individu aan die ekonomie deelneem deur kontrakte te sluit, word kontraktuele outonomie verder as 'n integrale aspek van die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie, die reg op eiendom, asook die fundamentele regte met betrekking tot arbeidsverhoudings, vryheid van assosiasie en kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe beskou.⁴³²

In *Barkhuizen v Napier*⁴³³ word die opsommende stelling gemaak dat die regte benadering tot die konstitusionele uitdaging van kontraktuele bepalings is om vas te stel of die betrokke bepaling strydig is met die openbare belang soos deur die grondwetlike waardes weergegee. Hierdie benadering laat ruimte vir die toepassing van die leerstelling *pacta sunt servanda*, maar laat terselfdertyd howe toe om kontraktuele bepalings wat in konflik met grondwetlike waardes is, nie af te dwing nie, selfs al het die partye daartoe toegestem.⁴³⁴

Dit blyk dus dat ons howe erkenning en beskerming bied aan kontrakteervryheid as integrale deel van die waardes van menswaardigheid en vryheid, met verwysing na vryheid as breër onderliggende demokratiese waarde, asook met verwysing na gespesifiseerde vryhede. Indien kontrakteervryheid in 'n gegewe situasie inbreuk sou maak op grondwetlike waardes, insluitend die waardes van vryheid en menswaardigheid waarvan dit 'n integrale deel is, sal dit teenoor daardie waardes opgeweeg en met daardie waardes versoen of gebalanseer moet word. Slegs tot die

⁴³¹ Bhana & Pieterse 2006: 880-881.

⁴³² *Reddy v Siemens Telecommunications (Pty) Ltd*: par 15. Sien Cheadle *et al* 2007: par 17.5.1.

⁴³³ *Barkhuizen v Napier* (CCT72/05) (2007) ZACC 5.

⁴³⁴ *Barkhuizen v Napier*: par 30. Sien ook *Advtech Resourcing (Pty) Ltd t/a Communicate Personnel Group v Kuhn and Another* 2008 (2) SA 375 (C).

mate dat ander grondwetlike waardes in die relevante omstandighede meer dwingend is, sal kontrakteervryheid grondwetlike beskerming verbeur.

Dit volg dat individue wat meer as die maksimum vasgestelde ure by hulle werkgewers wil werk en deur die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* aan bande gelê word wat hulle kontrakteervryheid aanbetref, hulle inderdaad in beginsel op grondwetlike beskerming kan beroep. Die implikasie is dat die ter sake maatreëls ook op hierdie basis aan die artikel 36-toets onderwerp sal moet word.

Dit is belangrik om nie uit die oog te verloor dat die bepalings van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* wat maksimum werkure vasstel, nie op sigself grondwetlike bepalings is nie, maar bloot maatreëls is wat ten doel het om onder andere die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke te implementeer. Die mate waarin die maatreëls die doelwitte daarvan bereik, sal dus relevant wees met betrekking tot die vraag of die openbare belang die beperking van die vryheid om te kontrakteer vereis. Hierdie aspek is reeds in hierdie hoofstuk in die bespreking van menswaardigheid behandel, en sal verder bespreek word in die hoofstukke oor gelykheid en billike arbeidspraktyke. Dit sal uiteindelik in die konteks van artikel 36 finaal beredeneer word.⁴³⁵

⁴³⁵ Sien hoofstuk 4 par 4.3.4.3: 182-187, hoofstuk 6: par 2: 212-213 en hoofstuk 7 par 9: 234-238 hieronder.

HOOFSTUK 4

GELYKHEID

1. Inleiding

Ingevolge die ter sake maatreëls word bepaalde kategorieë werknemers by implikasie belet om meer as vyf-en-vyftig uur per week by dieselfde werkgewer te werk, en ander nie. Die maatreëls differensieer tussen kategorieë werknemers ingevolge beroepsvlakke (senior bestuurswerknemers teenoor nie-senior bestuurswerknemers), (b) beroepskategorieë (verkoopspersoneel teenoor nie-verkoopspersoneel); (c) voltydse en deeltydse status (werknemers wat meer en werknemers wat minder as 24 uur per week by dieselfde werkgewer in diens is), en (d) inkomstevlak (werknemers wat meer en werknemers wat minder as die vasgestelde bedrag verdien).⁴³⁶ Daar is aangetoon dat weens die onder-uitsluiting van mense wat die beskerming van die maatreëls nie nodig het nie, die maatreëls ook van toepassing is op 'n aantal mense wat die bedoelde beskerming nie nodig het nie.⁴³⁷

Daar sal aangetoon word dat benewens die kategorieë met betrekking tot uitsluiting van die wetgewing die effek van die toepassing van die maatreëls is dat verdere relevante kategorieë daargestel word.⁴³⁸ Statistiek wat hierdie onderskeide verifieer, sal aangehaal word wanneer die indirek diskriminerende effek van die maatreëls bespreek word. Hierdie effek sal geïdentifiseer word met verwysing na die verskil in omstandighede van werknemers ooreenkomstig hulle ras, geslag en sosio-ekonomiese status. Die relevante omstandighede sluit sistemiese agterstande van die verlede wat tot gevolg het dat sekere kategorieë werknemers onder druk verkeer om langer ure by dieselfde werkgewer te werk ten einde hierdie agterstande uit te wis, in.

Soos reeds vermeld, kan werknemers weens die ter sake maatreëls hulle enigste of beste geleentheid om langer te werk en sodoende sekere behoeftes aan te spreek, verbeur. Die menswaardigheid van alle werknemers, maar veral van diegene op 'n lae

⁴³⁶ Sien hoofstuk 2 par 2.1-2.2: 7-11 hierbo.

⁴³⁷ Sien hoofstuk 2 par 2.1: 7-9 hierbo.

⁴³⁸ Sien hoofstuk 4 par 4.3.3.3 hieronder: 172-175.

sosio-ekonomiese vlak, kan sodoende aangetas word. Daarbenewens word mense wat langer as vyf-en-vyftig uur per week werk, benadeel deurdat hulle die geleentheid om vir hulle volle werkperiode hulle primêre beroep te beoefen, ontnem word. Hulle primêre beroep bied waarskynlik groter geleentheid tot prestasie, werksbevreëdiging en beroepsvordering. Hulle verbeur ook die reg op oortydbetaling en, afhangende van die aantal werkure wat hulle by die tweede beroep bestee, kan hulle ook alle beskerming wat Hoofstuk II van die *Wet* bied, met betrekking tot die tweede beroep verbeur.⁴³⁹

Die negatiewe effek van die maatreëls raak hoofsaaklik drie groepe, naamlik mense op 'n lae inkomstevlak wat weens finansiële redes noodgedwonge langer ure werk of sou wou werk, mense met die vermoë om te vorder, maar wat weens gebrekkige opleiding nie deur kwalifikasies ondersteun word nie en wat, deur meer ure te werk, opleiding wil finansier en hulle as toegewyde en bekwame werknemers wil onderskei, en mense wat bloot hulle werk geniet en groter beroeps- en lewensbevreëdiging, asook finansiële voordeel, uit langer werkure in hulle primêre diensverhouding sou put. Daar sal aangetoon word dat die eerste twee groepe proporsioneel oorweldigend uit swartmense teenoor witmense en vroue teenoor mans bestaan, juis as gevolg van ongelykhede van die verlede.

Teen hierdie agtergrond sal 'n gevolgtrekking gemaak word met betrekking tot die vraag of die ter sake maatreëls ingevolge artikel 9 van die *Grondwet* wat gelykheid verskans, onbillike diskriminasie daarstel, al dan nie.

2. Die benadering tot gelykheid in Amerika, Duitsland en Kanada

2.1 Amerika

Die Amerikaanse gelykheidsbeginsel is in die *Veertiende Amendement*, wat op die state van toepassing is, vervat. Die relevante klousule van artikel 1 van die *Veertiende Amendement* lees soos volg: "... No state shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." Die aanvanklike beskouing was dat die

⁴³⁹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.3: 95 hierbo.

gelykheidsklousule slegs op die voorkoming van rassediskriminasie gerig was.⁴⁴⁰ Voor die Burgeroorlog het weerstand teen klaswetgewing egter reeds diep wortels in die Amerikaanse denkwyse gehad. Klaswetgewing het spoedig 'n fokuspunt van interpretasie van die *Veertiende Amendement* geword. In *Barbier v Connolly*⁴⁴¹ het die Hooggeregshof egter onomwonde enige voorneme om die gelykheidsbeginsel van die *Veertiende Amendement* streng met betrekking tot klaswetgewing toe te pas, gestuit. Die Hof het die standpunt ingeneem dat die hof nie die motiewe van wetgewers ten opsigte van wetgewing wat op gesigwaarde neutraal is en algemene toepassing het, mag bevraagteken nie.⁴⁴² Volgens Bernstein het die Hooggeregshof wel na die Burgeroorlog relatief eng beperkings op klaswetgewing geplaas, maar in die algemeen wette wat slegs op sekere industrieë van toepassing was, insluitende blatante spesiale belangewetgewing, gehandhaaf. Baie staatshofe het egter 'n meer aggressiewe benadering gevolg en ongelyke regulering omvergewerp.⁴⁴³ Die druk op die hof om die gelykheidsbeginsel ooreenkomstig die bewoording van die *Veertiende Amendement* breër toe te pas, het toegeneem. Die hof is gekonfronteer met die vraag of gelyke beskerming deur die reg beteken dat alle wetteregtelike kategorisering en klassifisering ongrondwetlik is en alle mense in alle omstandighede dus eenders behandel moet word. Aangesien bykans alle wetgewing regs-kategorieë geskep het, was dit duidelik dat regmatige en onregmatige klassifisering ingevolge die gelykheidsbeginsel onderskei moes word. In die proses is verskillende standaarde van hersiening ontwikkel.⁴⁴⁴ Aspekte van hierdie ontwikkeling word vervolgens kortliks bespreek. Die vertrekpunt is weer eens die *Lochner*-tydperk.

Aan die begin van die *Lochner*-era het die hof 'n relatief klein aantal klassifikasies ingevolge wetgewing wat ooglopend diskriminerend voorgekom en nie op enige geldige regverdiging kon aanspraak maak nie, uitdruklik op grond daarvan dat dit klaswetgewing daargestel het, omvergegooi.⁴⁴⁵ Aan die ander kant is wetgewing wat baie oortuigend as klaswetgewing beskou kon word, gehandhaaf.⁴⁴⁶ *Holden v*

⁴⁴⁰ Ducat CR 2004: 1124 met verwysing na die *Slaughterhouse Cases*, *Strauder v West Virginia* 100 US (10 Otto) 303, 25 L Ed 664 (1879) en *Plessy v Ferguson*.

⁴⁴¹ *Barbier v Connolly* 113 US 27 (1884).

⁴⁴² Bernstein 2003-2004: 15, 18.

⁴⁴³ Bernstein 2003-2004: 14. 19 vn 96.

⁴⁴⁴ Rossum & Tarr 2003: 465-467; Ducat CR 2004: 1251, 1335-1338, 928.

⁴⁴⁵ Bernstein 2003-2004: 21. Sien vn 104 waar na toepaslike sake verwys word.

⁴⁴⁶ Bernstein 2003-2004: 21. Sien vn 105 waar na die toepaslike sake verwys word.

*Hardy*⁴⁴⁷ dien as 'n voorbeeld. Die argument was dat bepalinge wat maksimumwerkure net vir ondergrondse mynwerkers vasgestel het, nie gelyk of eenvormig was nie, en derhalwe klaswetgewing daargestel het. Volgens Brown R was die relevante vraag of die wetgewing 'n uitoefening van 'n redelike diskresie deur die wetgewer was, of 'n blote verskoning vir die onderdrukking van 'n spesifieke klas. Die bevinding was dat die wetgewing inderdaad redelik was.⁴⁴⁸

Bernstein wys daarop dat miskien die belangrikste getuieis van die *Lochner*-era se onwilligheid om op klaswetgewing-argumente as basis vir die omverwerping van ongeldige regulering te steun, die *Lochner*-uitspraak self is. Die feit is dat die argumente van die applikante in die *Lochner*-saak primêr gefokus het op 'n bewering dat die beperking van die werkure van bakkers klaswetgewing daargestel het. Eerstens was die wetgewing slegs op bakkers van toepassing en tweedens het dit gevestigde Duits-Amerikaanse bakkers ten koste van meer onlangse immigrante bevoordeel. Ten spyte hiervan het *Lochner* die bakkerswet ingevolge die "due process"-vereiste van die *Veertiende Amendement* ongeldig verklaar op grond daarvan dat dit kontraktevryheid aangetas het sonder 'n geldige regverdigingsbasis ingevolge die "police power".

Na *Lochner* het die Hof voortgegaan om beperkings op klaswetgewing eng te interpreteer.⁴⁴⁹ Wanneer regulerende wetgewing wel ongeldig verklaar is, was dit oorwegend gedoen op die basis dat kontraktevryheid ingevolge die "due process"-klousule aangetas was en nie ingevolge die gelykheidsbeginsel nie. Sake waar fundamentele regte nie ter sprake was nie, is egter steeds op grond van die gelykheidsbeginsel verhoor, meestal sonder toepassing van die algemene "due process"-beginsel. Die bepalende vraag was of die wetgewing arbitrêr was al dan nie.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ *Holden v Hardy* 169 US 366 (1898). Sien ook Bernstein 2003-2004: vn 116 en 119 waar verwys word na verdere sake waar 'n eng begrip van klaswetgewing toegepas is.

⁴⁴⁸ Bernstein 2003-2004: 22-23.

⁴⁴⁹ Bernstein verwys in hierdie verband na *Quong Wing v Kirkendall* 223 US 59 (1912): 60 en *Bunting v Oregon* 243 US 426 (1917). Bernstein 2003-2004: 27 vn 137-139.

⁴⁵⁰ Bernstein 2003-2004: 21-31.

Aan die ander kant het die interpretasie van die gelykheidsklousule in rasgebaseerde sake soos *Brown*⁴⁵¹ die Amerikaanse howe in staat gestel om individuele regte teen inmenging te beskerm op terreine wat vroeër as buite die trefwydte van die *Grondwet* beskou is.⁴⁵² Die Hof in *Brown* verwerp die benadering wat vroeër gevolg is dat gedwonge rasseseiding van skole op die basis van 'n "separate but equal"-beleid die gelykheidsbeginsel handhaaf.⁴⁵³ Die Hof oorweeg die substantiewe effek van die skeiding en kom tot die volgende gevolgtrekking: "Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group ..."⁴⁵⁴ Gedurende dieselfde tyd as *Brown* het die Hof in *Bolling v Sharpe*⁴⁵⁵ ingevolge die "due process"-klousule van die *Vyfde Amendement* wat nie 'n gelykheidsbepaling bevat nie, die gelykheidsbeginsel in die rassekonteks ook met betrekking tot nasionale wetgewing toegepas.⁴⁵⁶ Die Hof motiveer die streng hersieningsmaatstaf van toepassing op rasseklassifikasie op die basis dat die Hof reeds in 1896 bevestig het dat die *Grondwet* rassediskriminasie verbied, en dat klassifikasies wat op ras alleen gebaseer is, strydig is met die tradisie en derhalwe grondwetlik verdag is.⁴⁵⁷

Die posisie was dus dat met betrekking tot sogenaamde "suspect classifications" wat op fundamentele regte inbreuk maak, 'n streng hersieningstandaard gegeld het wat vereis het dat die staat kon aantoon dat die wetgewing 'n dwingende maatskaplike belang dien. Pogings om sekere sosiale en ekonomiese belange ingevolge die gelykheidsbeginsel te konstitusionaliseer, is egter verwerp. Met betrekking tot sosio-ekonomiese wetgewing het 'n standaard van minimum rasionaliteit gegeld. In die praktyk kom dit neer op 'n vermoede ten gunste van grondwetlikheid en weerhouding van inmenging deur die howe. Die beslissing in *Dandridge v Williams*⁴⁵⁸ illustreer die

⁴⁵¹ Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 55 hierbo.

⁴⁵² *Brown v Board of Education of Topeka*: 493; *Burton v Wilmington Parking Authority et al* 365 US 715 (1961): 726; *Marsh v Alabama* 326 US 501 (1946): 509. Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 56-57 en par 3.1.3: 59, vn 200 hierbo waar na Hill se waarneming in hierdie verband verwys word.

⁴⁵³ Sien ook *Sweatt v Painter* 339 US 629.

⁴⁵⁴ *Brown v Board of Education of Topeka*: 494, met verwysing na die uitspraak van die distrikshof van Kansas in die saak.

⁴⁵⁵ *Bolling v Sharpe* 347 US 497(1954).

⁴⁵⁶ Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 55-56 hierbo.

⁴⁵⁷ *Bolling v Sharpe*: 499. Sien ook vn 4 in *US v Carolene Products* 304 US 144 (1938): 152; Van Wyk *et al* 1994: 202-203.

⁴⁵⁸ *Dandridge v Williams*: 397 US 471(1970).

onderskeid met betrekking tot toelaatbare grade van oor- of onder-insluiting. Stewart R bevind dat wanneer kriteria van differensiasie onder verdenking is dat dit 'n fundamentele reg, byvoorbeeld vryheid van spraak, affekteer, 'n bevinding van "overreaching" van belang is en selfs wesenlik kan wees. Wanneer 'n regulasie in die sosiale en ekonomiese veld ter sprake is en geen fundamentele regte beperk word nie, het dié konsep egter geen plek nie.⁴⁵⁹ 'n Derde standaard, die "intermediate standard of review", het ontwikkel. Dit geld vir sogenaamde "semi-suspect classifications". Die toepassingsveld daarvan is vaag en omstrede. Dit is onder andere toegepas met betrekking tot diskriminasie teen vroue. Die standaard vereis 'n rasonale verband met 'n belangrike regeringsdoelwit.⁴⁶⁰

Die volgende sake bied verdere voorbeelde van die toepassing van die onderskeie standaarde van "minimal scrutiny" en "strict scrutiny" in die Amerikaanse reg.⁴⁶¹

In *New York City Transit Authority v Beazer*⁴⁶² bevind die Hof dat, ongeag hoe onwys dit vir die "New York City Transit Authority" mag wees om te weier om gebruikers van 'n sekere middel vir die behandeling van heroïenverslawing in diens te neem bloot omdat hulle die middel gebruik, dit 'n beleidsbesluit is en die *Grondwet* die Hof nie magtig om met die besluit in te meng nie. White J in 'n minderheidsuitspraak bevind daarenteen dat die betrokke maatreël breër is as wat nodig is om daardie middelgebruikers wat nie geskik is om te werk nie uit te sluit, en derhalwe arbitrêr en gevolglik onkonstitusioneel is.⁴⁶³

In *Village of Willowbrook v Grace Olech*⁴⁶⁴ handhaaf die Amerikaanse Hooggeregshof die applikant se eis dat die vereiste wat aan haar gestel is dat haar eiendom met 'n 33 voet verbinding aan die munisipale watervoorsieningsstelsel verbind moes wees, terwyl van ander eienaars slegs 15 voet verbindings verwag is, irrasioneel en arbitrêr is en derhalwe op haar reg op gelyke beskerming inbreuk maak. Die Hof maak die volgende stelling: "Our cases have recognized successful equal

⁴⁵⁹ *Dandridge v Williams*: 484.

⁴⁶⁰ Rossum & Tarr 2003: 465-469; Stephens & Scheb 2003: 722-724; Ducat 2004: 1336-1337; Davis *et al* 1997: 55-56; Kommers *et al* 2004: 651-652; Ides & May 2007: 216-223; Winkler 2006: 793.

⁴⁶¹ Sien Tribe 1999: 502.

⁴⁶² *New York City Transit Authority v Beazer* 440 US 568 (1979).

⁴⁶³ *New York City Transit Authority v Beazer*: 594, 611.

⁴⁶⁴ *Village of Willowbrook v Grace Olech* 528 US 562 (2000).

protection claims brought by a 'class of one,' where the plaintiff alleges that she has been intentionally treated differently from others similarly situated and that there is no rational basis for the difference in treatment ... In so doing, we have explained that '[t]he purpose of the equal protection clause of the *Fourteenth Amendment* is to secure every person within the State's jurisdiction against intentional and arbitrary discrimination, whether occasioned by express terms of a statute or by its improper execution through duly constituted agents.'⁴⁶⁵

In *Reed v Reed*⁴⁶⁶ is die rasionaliteitstoets soos volg deur die Amerikaanse Hooggeregshof geformuleer: "A classification must be reasonable, not arbitrary, and must rest upon some ground of difference having a fair and substantial relation to the object of the legislation, so that all persons similarly circumstanced shall be treated alike."⁴⁶⁷

’n Beperkte aantal regte, onder andere stemreg⁴⁶⁸ en die reg om tussen state te beweeg, is tot dusver as fundamentele regte geïdentifiseer. In *Shapiro v Thomson*⁴⁶⁹ was wetgewing wat bepaal het dat nuwe inwoners van die betrokke state eers na ’n jaar vir sekere welsynstoelaes kon kwalifiseer, ter sprake. Die Hof bevind dat die wagperiode beteken dat persone wat andersins op voordele geregtig sou wees, die voordele geweier word, omdat hulle onlangs na die betrokke jurisdiksie verhuis het. Die beweging tussen state is egter ’n konstitusionele reg en enige klassifikasie wat dien om die uitoefening van daardie reg te "straf," sal, tensy aangetoon kan word dat dit noodsaaklik is ter bevordering van ’n dwingende staatsbelang, ongrondwetlik wees.⁴⁷⁰ Die effek van die vereiste wagperiode is dat twee klasse behoeftige inwonende families geskep word, wat slegs deur die tydperk van verblyf van mekaar onderskei word. Op hierdie basis alleen word slegs aan die eerste klas welsynsondersteuning toegestaan, terwyl die basiese bestaansvermoë van al die betrokke gesinne van hierdie toelaes afhanklik mag wees. Die belange wat deur die staat aangevoer is as belange

⁴⁶⁵ *Village of Willowbrook v Grace Olech*: 564, met verwysing na *Sioux City Bridge Co. v Dakota County* 260 US 441 (1923) en *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v Commission of Webster Cty* 488 US 336 (1989). Sien Ides & May 2007: 203.

⁴⁶⁶ *Reed v Reed* 404 US 71(1971).

⁴⁶⁷ *Reed v Reed*: 76 met verwysing na *Royster Guano Co v Virginia* 253 US 412 (1920): 415. Sien ook *Trociuk v British Columbia (Attorney General)*: par 34.

⁴⁶⁸ *Bush et al v Gore et al* 531 US 98 (2000): 104.

⁴⁶⁹ *Shapiro v Thomson* 394 US 618 (1969).

⁴⁷⁰ *Shapiro v Thomson*: 627, 638.

wat deur die wetgewing bevorder word, is deur die Hof as konstitusioneel ontoelaatbare of nie-dwingende regeringsbelange beskou.

Die Amerikaanse hof het die standpunt wat in *Shapiro* ingeneem is, nie uitgebrei nie. Die benadering is gevolg dat 'n reg 'n fundamentele reg is slegs wanneer dit uitdruklik of by implikasie deur die Grondwet gewaarborg word.⁴⁷¹ In *Dandridge*,⁴⁷² *Lindsay v Normet*⁴⁷³ en *San Antonio Independent School District v Rodriguez*⁴⁷⁴ het aansprake dat onderskeidelik 'n reg op welsyn, beskaafde behuising, en opvoeding fundamentele regte is, nie geslaag nie. Die rasionaliteitstoets is op die betrokke wetgewing toegepas. In *Plyler v Doe*⁴⁷⁵ bevestig Brennan R dat opvoeding nie 'n fundamentele reg is nie. Hy pas dan 'n medium-standaard van hersiening toe.⁴⁷⁶ In *Nordlinger v Hahn*⁴⁷⁷ bevind die Hof dat die vasstelling van 'n skaal van eiendomsbelasting wat tot gevolg het dat nuwe eienaars meer eiendomsbelasting as ouer eienaars betaal, nie die applikant se reg om tussen state te beweeg, aantas nie. Die Hof gaan dan voort om die rasionaliteitsbeginsel toe te pas.⁴⁷⁸

In *Washington v Davis*⁴⁷⁹ maak die Hof dit duidelik dat die opset om te diskrimineer 'n element is van rassediskriminasie. 'n Hof wat met 'n differensiasie wat 'n rasseminderheid benadeel, gekonfronteer word, moet eerstens vasstel of die differensiasie 'n uitdruklike rasseklassifikasie daarstel, en slegs dan die "strict scrutiny"-standaard toepas. Die grondwetlikheid van 'n toets wat vir toelating tot 'n polisie-opleidingsprogram aangewend is, was ter sprake. Vier keer meer swart as wit applikante het die toets nie geslaag nie. Die Hof bevestig dat sonder enige bewys dat die toets aangewend was met die doel om rasverwante disproporsionele uitslae te bewerkstellig, die verskil in die slaagsyfer nie voldoende was om 'n *prima facie*-saak van diskriminasie daar te stel nie.⁴⁸⁰ Die Hof beperk die benadering in *Griggs v Duke-*

⁴⁷¹ *Dandridge v Williams*: 484; *Lindsay v Normet* 405 US 56 (1972): 74.

⁴⁷² *Dandridge v Williams*: 483-487.

⁴⁷³ *Lindsay v Normet*: 73-74.

⁴⁷⁴ *San Antonio Independent School District v Rodriguez* 411 US 1 (1973): 18-44.

⁴⁷⁵ *Plyler v Doe* 457 US 202 (1982).

⁴⁷⁶ *Plyler v Doe*: 223-224.

⁴⁷⁷ *Nordlinger v Hahn* 505 US 1 (1992).

⁴⁷⁸ *Nordlinger v Hahn*: 13-17.

⁴⁷⁹ *Washington v Davis* 426 US 229 (1979).

⁴⁸⁰ *Washington v Davis*: 239-245; Sien ook *Personnel Administrator v Feeney* 442 US 256 (1979): 272; *McLaughlin v Florida* 379 US 184 (1964): 192-194; Van Wyk *et al* 1994: 199-200; Rossum & Tarr 2003: 415-416; Ducat CR 2004: 1160-1161.

*Power*⁴⁸¹ waar die beginsel van indirekte diskriminasie in arbeidsaangeleenthede met betrekking tot die interpretasie van Titel VII van die *Civil Rights Act* van 1964 vasgelê is, tot aangeleenthede ingevolge Titel VII.⁴⁸²

Die bevinding van die Amerikaanse Hooggeregshof in *Griggs v Duke Power Co* word dikwels as die eerste onomwonde erkenning van die konsep van indirekte diskriminasie in arbeidsverband beskou en die benadering van die Hof word dus vervolgens weens die relevansie daarvan vir die studie, ten spyte van die beperking in *Washington v Davis*, kortliks bespreek.⁴⁸³ Die aksie is gebring ingevolge *Title VII* van die *Civil Rights Act* van 1964. Die bepaling in Artikel 703(a) dat dit 'n onbillike arbeidspraktyk vir 'n werkgewer is om werknemers te beperk, segregeer of klassifiseer met die gevolg dat hulle van werksgeleenthede ontnem word of hulle status negatief geaffekteer word op grond van ras, kleur, godsdiens, geslag of nasionale herkoms, was ter sprake, asook die magtiging in Artikel 703(h) van die gebruik van enige professioneel ontwikkelde vermoëstoets, onderhewig daaraan dat dit nie ontwerp is, bedoel word of aangewend word om te diskrimineer nie. Die maatskappy het as voorwaarde vir indiensneming in of oorplasing na sekere poste gestel dat 'n kandidaat óf hoërskoolopleiding moes hê, óf 'n algemeen gestandaardiseerde intelligensietoets moes slaag. Die vereistes het tot gevolg gehad dat swart kandidate op 'n groter skaal as wit kandidate gediskwalifiseer is. Die Hof bevind dat die *Wet* nie net ooglopende diskriminasie verbied nie, maar ook praktyke wat nie-diskriminerend is in vorm, maar 'n diskriminerende effek het, tensy bewys kan word dat daardie praktyke deur besigheidsoorwegings genoodsaak is. Die Hof voer die ongelykheid terug na die feit dat swartmense in gesegregeerde skole minderwaardige opleiding teenoor witmense ontvang het, en derhalwe nie die nodige artikulasievaardighede aangeleer het om hulle in die betrokke toetse uit te druk nie.⁴⁸⁴ Dit is die bedoeling van die wetgewer, sê die Hof, dat kunsmatige, arbitrêre en onnodige struikelblokke vir werksgeleenthede verwyder moet word wanneer daardie struikelblokke diskriminasie op grond van ras of ander ontoelaatbare klassifikasies tot gevolg het. Die maatskappy kon nie aantoon

⁴⁸¹ *Griggs v Duke Power Co* 401 US 424 (1971); *Connecticut v Teal* 457 US 440 (1982).

⁴⁸² Die *Civil Rights Act* van 1964 was ingrypende wetgewing wat segregasie in Amerikaanse skole, asook diskriminasie in openbare fasiliteite, in die regering en in die arbeidsveld verbied het.

⁴⁸³ Sien Pretorius *et al* 2001: par 4.2.1: 4-5-4-8.

⁴⁸⁴ Sien *Gaston County v United States* 395 US 285 (1969).

dat enige van die twee vereistes 'n betroubare maatstaf van toekomstige diensverrigting was nie en die betrokke praktyk is dus deur die Hof verbied.⁴⁸⁵

Wetgewing wat aan die streng standaard van hersiening onderwerp is, het meestal nie die toets geslaag nie. In *Grutter v Bollinger*⁴⁸⁶ beklemtoon O'Connor R egter dat "strict scrutiny" nie beteken dat alle rasseklassifikasies deur die regering daargestel noodwendig ongeldig is nie. Die toets is wel streng en sodanige klassifikasies sal slegs geldig wees indien die rasgebaseerde aksie noodsaaklik is vir die bevordering van 'n dwingende staatsbelang. Die Hof stel die beginsel dat selfs in die beperkte omstandighede waar dit toelaatbaar is om 'n rasse-onderskeid te tref ten einde 'n dwingende staatsbelang te bevorder, die regering steeds beperk is met betrekking tot die wyse waarop die doelwit bereik word. Die metode wat gekies word, moet spesifiek en noukeurig ontwerp wees om die doelwit te bereik. Die doel van hierdie vereiste is om te verseker dat daar geen ruimte mag wees dat die motief vir die klassifikasie 'n onregmatige rasse-vooroordeel of -stereotipe is nie.⁴⁸⁷

Vervolgens word die Amerikaanse benadering regsvergelijkend beskou.

In *Van Heerden* wys die Hof daarop dat die Suid-Afrikaanse geskiedenis, sosiale konteks en die ontwerp van die *Grondwet*, en derhalwe die gelykheidsregspraak, substantief van die Amerikaanse benadering verskil en dat daar versigtig gewaak moet word teen die invoer van Amerikaanse konsepte van "strict scrutiny" en "suspect categories of state action" wat op ons opbloeiende gelykheidsregspraak mag inwerk.⁴⁸⁸ In die konteks van die studie is dit relevant om van hierdie waarskuwing kennis te neem en daarop ag te slaan. Wanneer 'n analogie met die Amerikaanse

⁴⁸⁵ Pretorius *et al* 2001: par 4-5. Sien ook *Connecticut v Teal en Smith et al v City of Jackson, Mississippi, et al* 544 US 228.

⁴⁸⁶ *Grutter v Bollinger et al* 539 US 306 (2003). Die Hof moes beslis of die gebruik van ras as faktor by die toelating van studente tot die Michigan Regskool grondwetlik was. Die aansoek is deur 'n wit persoon wat nie toelating gekry het nie, gebring.

⁴⁸⁷ *Grutter v Bollinger et al*: 326-333; Winkler 2006: 793. Winkler se studie dui persentasies aan van verskillende tipes sake wat die toepassing van die "strict scrutiny"-standaard oorleef het.

⁴⁸⁸ *Minister of Finance and Another v Van Heerden* 2004 ZACC 3: par 29. Sien ook die opmerking van Kriegler R in *President of RSA v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (CC) par 75: "The Constitution does not establish levels of scrutiny in the manner of the American Constitution." Sien egter ook Devenish 199: 54-55: "It is obvious that the emerging South African approach mirrors to some extent the deferential 'minimal scrutiny' test adopted by the United States Supreme Court in examining socio-economic legislation."

“strict scrutiny”-standaard in die Suid-Afrikaanse reg getref word, moet deurgaans in gedagte gehou word dat, anders as in die Amerikaanse reg, opset nie in die Suid-Afrikaanse reg ’n vereiste vir diskriminasie is nie. Daarbenewens is fundamentele regte op ’n duidelike en veel breër basis in die *Suid-Afrikaanse Grondwet* gestipuleer en word die toetse waaraan beperkings van hierdie regte moet voldoen, in artikels 9(5) en 36 uiteengesit.⁴⁸⁹ Hierdie fundamentele regte sluit sosio-ekonomiese regte in.⁴⁹⁰ Daar moet verder in ag geneem word dat die Amerikaanse siening met betrekking tot sosiaal-ekonomiese aangeleenthede, naamlik dat die Hof ’n groter afstand ten opsigte van die demokratiese reg en verantwoordelikheid van die staat om hierdie aangeleenthede te reguleer, moet behou, pertinent deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof verwerp is.⁴⁹¹

Die Amerikaanse gelykheidsbenadering kan as formeel en individualisties beskryf word. Kritiek op hierdie benadering is insiggewend. In Stone *et al* word *Washington* en soortgelyke Amerikaanse uitsprake gekritiseer. Die basis vir die kritiek is dat wette wat ’n disproportionele rasse-impak het, swartmense benadeel as gevolg van hulle benadeelde posisie in die Amerikaanse gemeenskap. Deur nie te vereis dat die regering hierdie posisie in ag neem deur wetgewing so te ontwerp dat onnodige of onnadenkende verswaring van die situasie vermy sal word nie, word die Amerikaanse samelewing se verantwoordelikheid vir die sosiale posisie van swartmense effektief geïgnoreer.⁴⁹²

Verder beteken die regsposisie met betrekking tot maatskaplike welsyn, naamlik dat, alhoewel die staat welsynvoordele op ’n gelykheidsbasis moet toeken indien ’n welsynprogram gevolg word, daar nie ’n fundamentele reg op welsyn bestaan nie,⁴⁹³ dat in die gelykheidskonteks die idee van “equality before the law” die idee van

⁴⁸⁹ *Christian Education South Africa v Minister of Education* (2000) ZACC 11; 2000 (4) SA 757; 2000 (10) BCLR 1051: par 31.

⁴⁹⁰ Artikels 26-29 van die *Grondwet*.

⁴⁹¹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96 hierbo.

⁴⁹² Stone *et al* 1999: 549-550.

⁴⁹³ Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 57 hierbo. In *Dandridge v Williams*: 485 bevestig die Hof die volgende stelling: “In the area of economics and social welfare, a State does not violate the Equal Protection Clause merely because the classifications made by its laws are imperfect. If the classification has some ‘reasonable basis’, it does not offend the Constitution simply because the classification ‘is not made with mathematical nicety or because in practice it results in some inequality’.” Sien ook *Memorial Hospital v Maricopa County* 415 US 250 (1974); *King v Smith* 392 US 309 (1968).

“equality in the law” oorheers. Eersgenoemde idee vereis ’n fundamentele toewyding aan die “rule of law”, wat behels dat die reg universele standaarde sal aanwend met betrekking tot elke lid van die samelewing. Laasgenoemde idee, daarenteen, ondersteun gedifferensieerde behandeling van verskillende lede van die samelewing ten einde substantiewe gelykheid te handhaaf of teweeg te bring.⁴⁹⁴

Alhoewel die Suid-Afrikaanse reg nie in beginsel ’n hiërargie van regte erken nie, is in *Makwanyane* wel ’n besonder streng standaard toegepas, gemotiveer deur die aard van die regte wat ter sprake was, naamlik die reg op lewe en die reg op menswaardigheid. Chaskalson P beskou die reg op lewe en die reg op menswaardigheid as die belangrikste van alle regte en die bron van alle ander persoonlike regte in die *Handves van Regte*. Ons verbintenis tot ’n samelewing gefundeer op die erkenning van menseregte, vereis van ons om ’n groter waarde aan hierdie regte as aan alle ander regte toe te ken. Tydens oorweging van argumente binne die konteks van die gelykheidsbeginsel, neem Chaskalson P in ag dat arm beskuldigdes afhanklik is van *pro deo* regshulp en dikwels deur onervare regspraktisyns verteenwoordig word, terwyl meer welgestelde beskuldigdes ervare verteenwoordigers kan bekostig. Hy kom tot die gevolgtrekking dat armoede, ras en die noodlot ’n rol speel in die uitkoms van sake waarin die doodstraf opgelê kan word. Hy gee toe dat in geen regsisteem perfekte gelykheid ten opsigte van beskuldigdes met betrekking tot die uitkoms en hantering van strafsake moontlik is nie. Hierdie verskille moet normaalweg aanvaar word. Hy onderskei dan egter die doodstraf op grond daarvan dat dit oor lewe en dood gaan, en kom tot die gevolgtrekking dat dieselfde verskille nie met betrekking tot die doodstraf aanvaarbaar is nie.⁴⁹⁵

Dit is duidelik dat die Amerikaanse konstruksie van standaarde van hersiening slegs beperkte positiewe toepassing in die Suid-Afrikaanse grondwetlike konteks vind. In die konteks van die studie is dit tog relevant dat ingevolge die Amerikaanse benadering die feit dat die studie aantoon dat die differensiasie wat die ter sake maatreëls teweegbring ook inbreuk op ander fundamentele regte meebring, van

⁴⁹⁴ Van Wyk *et al*: 200; Woolman *et al* 35-5 – 35-7. Sien ook Sullivan & Gunther 2001: 611-616 waar ’n oorsig van die toepassing van rasionaliteithersiening vanaf die laat veertigerjare tot sedert 1980 gegee word.

⁴⁹⁵ *S v Makwanyane and Another*: par 44 en 84.

wesenlike belang sou wees. In die lig van *Makwanyane* is dit dan verder relevant dat menswaardigheid een van die regte is waarop inbreuk gemaak word.

Die vereiste van toenemende noukeurigheid in klassifikasie is ook relevant. Volgens Fiss bevorder hierdie vereiste die ideaal dat mense as individue behandel word met erkenning van elkeen se unieke posisie in tyd en ruimte, elkeen se unieke kombinasie van talent, vermoë en karakter en elkeen se besondere manier van doen. Die individu teken wel beswaar aan as lid van 'n groep, maar sy regshulp is nie van die belange of begeertes van ander lede van die groep afhanklik nie.⁴⁹⁶ Hierdie ideaal pas in by die substantiewe benadering tot gelykheid wat deur die Suid-Afrikaanse howe gevolg word. Wat die ter sake maatreëls betref, beteken dit dat die vermeldde klassifikasies ingevolge die maatreëls noukeurig met verwysing na die doelwitte van die maatreëls vasgestel moet word, sodat oor- of onder-insluiting van individue op wie die doelwitte nie van toepassing is nie, nie sal plaasvind nie. Breër gesien beteken dit dat maatreëls wat maksimum werkure reguleer die omstandighede van diegene wat daaraan onderwerp word, in ag sal neem. Dit sal later in die hoofstuk blyk dat in die Suid-Afrikaanse konteks hierdie benadering wesenlik is ten einde te voorkom dat maatreëls 'n kontra-produktiewe effek het met betrekking tot die beskerming en bevoordeling waarop dit gerig is.

2.2 Duitsland

Artikel 3 van die *Duitse Grondwet* bepaal soos volg: "(1) All persons shall be equal before the law. (2) Men and women shall have equal rights. The state shall promote the actual implementation of equal rights for women and men and take steps to eliminate disadvantages that now exist. (3) No person shall be favored or disfavored because of sex, parentage, race, language, homeland and origin, faith, or religious or political opinions. No person shall be disfavored because of disability."

In kontras met die Amerikaanse gelykheidsklousule in die *Veertiende Amendement*, is artikel 3 van die *Duitse Grondwet* konkreter met betrekking tot die betekenis van

⁴⁹⁶ McCrudden 2004. Essay by Fiss: Groups and the Equal Protection Clause: 61-64, 77. Sien *City of Cleburne v Cleburne Living Center* 473 US 432 (1985).

gelykheid. 'n Substansiële aantal eienskappe word as gelykheidsnorme gespesifiseer. Nadat aanvanklik 'n veel enger benadering gevolg is, het die Duitse Konstitusionele Hof in 1992 in die *Nagdiens*-saak⁴⁹⁷ die substantiewe model van gelykheid streng toegepas en die benadering gevestig dat in alle aangeleenthede waar wetgewing verskillende groepe mense verskillend affekteer en 'n oortuigende regverdiging vir die wetgewing nie klaarblyklik is nie, insluitende sosio-ekonomiese aangeleenthede, deeglike ondersoek na die motivering vir en effek van die wetgewing ingestel moet word. 'n Uiteraard streng standaard van hersiening is van toepassing wanneer karaktereienskappe wat 'n persoon se identiteit affekteer, ter sprake is. Die standaard van hersiening wissel na gelang van die aard en omvang van die aantasting van fundamentele regte wat ter sprake is. Indien die maatreël noemenswaardige ongelyke behandeling tot gevolg het of 'n ander fundamentele reg as gelykheid aantas, sal dit slegs op grond van oortuigende redes gehandhaaf word. Die standaard is hoër as die rasionele basis-standaard. Volgens Eberle kan hierdie “heightened scrutiny” met die “intermediate scrutiny” wat in Amerikaanse geslaggebaseerde diskriminasiesake toegepas word, vergelyk word. Indien geen dramatiese aantasting van gelykheid plaasvind en geen ander reg ter sprake is nie, sal die hof die maatreël handhaaf indien daar 'n goeie verduideliking is vir die verskil in effek.⁴⁹⁸

Die volgende sake illustreer die standaard van hersiening wat op sosio-ekonomiese aangeleenthede toegepas is.

In die *Nagdiens*-saak bevind die Hof dat wetgewing wat die aanstelling van vroulike blouboordjiewerkers om gedurende die nag te werk, verbied, ongrondwetlik is. Hierdie bevinding word gemaak na 'n indringende ontleding van die omstandighede van vroue en die benadeling wat die wetgewing in hierdie omstandighede vir vroue inhou.

⁴⁹⁷ *Nagdiens*-saak (1992) 85 BVerfGE 191.

<<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/vnoctur.htm>>

⁴⁹⁸ Currie 1994: 322-328; Eberle 2008: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=1057>> Sien Currie 1994: 322-328 waar die ontwikkeling van die regsbenadering met betrekking tot die gelykheidsbeginsel bespreek word.

In die *Aftreevoordele*-saak⁴⁹⁹ bevind die Hof dat die formule vir die toekenning van aftreevoordele aan staatsamptenare en werknemers wat vroeër vir die staat, maar daarna in die privaatsektor gewerk het, ongrondwetlik is op grond daarvan dat dit meer voordelig is vir eersgenoemde. Alhoewel dit 'n sosio-ekonomiese regulasie was, het die Hof die maatreël intensief ondersoek met die fokus op die ongelyke behandeling van twee eenders geposisioneerde groepe en die vryheid van beroepskeuse wat in artikel 12 van die *Grondwet* verskans is.⁵⁰⁰

'n Ander saak waar "heightened scrutiny" toegepas is, is die *Geskeide Paar Universiteitondersteuning*-saak.⁵⁰¹ Duitse burgers wat nie oor voldoende fondse beskik om self die koste van universiteitsopleiding te dra nie, is geregtig op staatsondersteuning in dié verband. Die Hof bevind dat die weiering van staatshulp aan die applikant, 'n geskeide persoon, as gevolg van die inagneming van beide voormalige eggenote se inkomste, ongrondwetlik is op grond daarvan dat dit op die applikant se reg op gelykheid ingevolge artikel 3 inbreuk maak. Die maatreël diskrimineer sonder voldoende regverdiging teen 'n groep mense, naamlik geskeide pare.⁵⁰²

In die *Werknemer Ontslag*-saak⁵⁰³ het die Hof nog 'n sosio-ekonomiese maatreël ongrondwetlik verklaar, naamlik dat blouboordjiewerkers twee weke en witboordjiewerkers ses weke, met 'n toename ooreenkomstig die werknemer se dienstermyn, kennis van ontslag ontvang. Die Hof bevind dat die ongelyke behandeling van die onderskeie groepe slegs deur redes wat voldoende gewig dra geregverdig kan word. Daar moet 'n proporsionele balans tussen die ongelykheid in behandeling en die gronde van regverdiging bestaan. Hierdie balans moet oorweeg word met inagneming van enige effek wat die ongelykheid op ander beskermde basiese vryhede mag hê.⁵⁰⁴ Volgens Eberle is die indruk deur hierdie en ander uitsprake geskep dat die Konstitusionele Hof relatief streng is wanneer klassifikasies met betrekking tot die verdeling van welsynvoordele hersien word.

⁴⁹⁹ *Aftreevoordele*-saak (1998) 98 BVerfGE 365 soos na verwys in Eberle EJ 2008: vn 20.

⁵⁰⁰ Sien hoofstuk 5 par 5: 198-203 hieronder.

⁵⁰¹ *Geskeide Paar Universiteitondersteuning*-saak (1995) 91 BVerfGE 389 soos na verwys in Eberle 2008: vn 21.

⁵⁰² *Geskeide Paar Universiteitondersteuning*-saak: 402-03.

⁵⁰³ *Werknemer Ontslag*-saak BVerfGE 82 (1990) 126 soos na verwys in Eberle 2008: vn 23.

⁵⁰⁴ *Werknemer Ontslag*-saak: 146.

Die Duitse benadering bring dus verhoogde standarde van hersiening in verband met die proporsionele effek van differensiërende maatreëls, wat die mate waarop op ander fundamentele regte inbreuk gemaak word, insluit.

Vervolgens word die Duitse benadering tot die gelykheidsbeginsel regsvergelijkend in die konteks van die studie beskou.

Die ooreenkoms tussen artikel 3 van die *Duitse Grondwet* en die gelykheidsbepaling in die *Suid-Afrikaanse Grondwet*, artikel 9, wat hierna bespreek sal word, is duidelik. Soos die Duitse reg, tref die Suid-Afrikaanse reg nie 'n beginselonderskeid met betrekking tot die beskerming van sosio-ekonomiese en ander regte nie.⁵⁰⁵ Die ooreenkoms tussen die Duitse en Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die beskerming van persoonlikheidsregte en menswaardigheid is reeds bespreek. Die studie sal aantoon dat die differensiasie wat die ter sake maatreëls teweegbring in die Suid-Afrikaanse omstandighede die effek het dat sistemiese ongelykheid versterk word en dat op ander fundamentele regte, wat menswaardigheid insluit, inbreuk gemaak word. Ingevolge die Duitse benadering sal dit volg dat die strenger maatstaf van hersiening van toepassing is. Oortuigende redes sal aangevoer moet word ten einde die ongelyke behandeling te regverdig. Uiteindelik sal die relevante vraag wees of daar 'n proporsionele balans tussen die ongelykheid en die gronde van regverdiging bestaan.⁵⁰⁶

2.3 Kanada

Artikel 15 van die *Kanadese Handves van Regte* bepaal soos volg: "(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged

⁵⁰⁵ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96 hierbo.

⁵⁰⁶ *Werknemer Ontslag*-saak: 146.

individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”⁵⁰⁷

In *Andrews v Law Society of British Columbia*⁵⁰⁸ neem Wilson R die standpunt in dat artikel 15 ontwerp is om daardie groepe in die samelewing wat sosiaal, polities en regtens benadeel is, teen die effek van diskriminerende praktyke te beskerm.⁵⁰⁹ McIntyre R wys daarop dat, anders as die *Canadian Bill of Rights*⁵¹⁰ wat slegs na gelykheid voor die reg verwys het, artikel 15(1) van die *Charter* ’n baie breër beskerming bied, naamlik ook gelykheid onder die reg, gelyke beskerming deur die reg en gelyke voordeel van die reg. Hy beklemtoon dat gelykheid ’n vergelykende konsep is, dat elke verskil in behandeling van individue deur die reg nie noodwendig ongelykheid tot gevolg het nie, maar ook dat identiese behandeling dikwels ernstige ongelykheid tot gevolg kan hê.⁵¹¹ Hy verwys in hierdie verband na die bekende woorde van Frankfurter J in *Dennis v United States*:⁵¹² “It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals.” Hy beskryf diskriminasie as: “... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society ...”. Hy vervolg deur te sê dat onderskeide gebaseer op persoonlike karaktertrekke toegeskryf aan ’n individu bloot op die basis van assosiasie met ’n groep, selde die aanklag van diskriminasie sal ontsnap, terwyl onderskeide gebaseer op ’n individu se kwaliteite en bevoegdhede selde as diskriminasie beskou sal word.⁵¹³

Na *Andrews* is die substantiewe benadering tot gelykheid in verdere regspraak ontwikkel.⁵¹⁴

⁵⁰⁷ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: Department of Justice Canada: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> Op 24-04-2009.

⁵⁰⁸ *Andrews v Law Society of British Columbia* 1989 56 DLR (4th) 1; 1989 CanLII 2 (SCC).

⁵⁰⁹ *Andrews v Law Society of British Columbia*: par 10.

⁵¹⁰ *Canadian Bill of Rights*: <<http://www.efc.ca/pages/law/canada/BillofRights.html>>

⁵¹¹ *Andrews v Law Society of British Columbia*: par 25-26, 33-34.

⁵¹² *Dennis v United States* 339 US 162 (1950): 184.

⁵¹³ *Andrews v Law Society of British Columbia*: par 37. Sien ook *R v Turpin* (1989) 1 SCR 1296.

⁵¹⁴ Hogg 2007: 623-624, 629-631; Davis *et al* 1997: 61; *R v Kapp*: par 19, 20, 27-29.

In *R v Turpin*⁵¹⁵ sê Wilson R dat 'n hof slegs deur die groter konteks te ondersoek, kan vasstel of differensiërende behandeling of, daarenteen, identiese behandeling, ongelykheid tot gevolg sal hê of benadeling sal bevorder.⁵¹⁶

In *Eldridge v British Columbia (Attorney General)* bevind die Hof dat wanneer die effek van 'n maatreël is dat 'n persoon die gelyke beskerming of voordeel van die reg ontsê word, teen daardie persoon gediskrimineer word. Die Hof maak dan die volgende stelling wat direk relevant is tot die onderwerp van die studie: "In other words, to promote the objective of the more equal society, section 15(1) acts as a bar to the executive enacting provisions without taking into account their possible impact on already disadvantaged classes of persons."⁵¹⁷

In die dienskonteks is reëls en standarde wat *prima facie* neutraal was en op 'n gelyke basis op alle werknemers van toepassing was, maar 'n diskriminerende effek op 'n verbode grond op een werknemer of 'n groep werknemers gehad het deurdat dit, as gevolg van sekere spesiale karaktertrekke van daardie individu of groep, verpligtinge en beperkings op daardie lede van die werkmag geplaas het wat nie op ander lede geplaas is nie, as indirekte diskriminasie beskou.⁵¹⁸ In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*⁵¹⁹ was die vraag of 'n fiksheidstoets vir brandbestryders indirek teen vroue gediskrimineer het. Die saak is ingevolge die British Columbia Menseregtekode⁵²⁰ beslis. Artikel 13(1) van die Kode verbied diskriminasie met betrekking tot indiensneming, voortgesette diens of enige diensvoorwaarde op sekere gelyste gronde. Artikel 13(4) bepaal dat subartikels 1 en 2 nie van toepassing is met betrekking tot 'n weiering, beperking, spesifikasie of voorkeur gebaseer op 'n "*bona fide occupational requirement*" ("BFOR") nie.

⁵¹⁵ *R v Turpin* (1989) 1 SCR 1296; 1989 CanLII 98 (SCC).

⁵¹⁶ *R v Turpin*: par 3(b): par 45.

⁵¹⁷ *Eldridge v British Columbia (Attorney General)* 1997 CanLII 327 (SCC): par 62 en 64. Hogg 2007: 648-650.

⁵¹⁸ *Sien Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission)* (1990) 2 SCR 489; 1990 CanLII 76 (SCC): par 5, met verwysing na *O'Malley v Simpsons-Sears Ltd* 1985 CanLII 18 (SCC); (1985) 2 SCR 536: 551.

⁵¹⁹ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU* (1999) 3 SCR 3; 1999 CanLII 652 (SCC).

⁵²⁰ British Columbia Human Rights Code RSBC 1996 c 210 artikel 13: <<http://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/rsbc-1996-c-210/latest/rsbc-1996-c-210.html>> Soortgelyke kodes is in ander Kanadese state van toepassing.

Verskillende maatstawwe het in die konteks van hierdie en soortgelyke bepalings met betrekking tot direkte en indirekte diskriminasie in diensverband ontwikkel. In die geval van direkte diskriminasie moes die werkgever bewys dat die betrokke diensstandaard 'n "BFOR" is deur eerstens aan te toon dat die standaard eerlik en in goeie trou vasgestel is en nie ontwerp is om die doelwitte van menseregte wetgewing te ondermyn nie, en tweedens dat die standaard redelik noodsaaklik is vir die veilige en effektiewe uitvoering van die werk en nie 'n onredelike las plaas op diegene op wie dit van toepassing is nie. Indien indirekte diskriminasie *prima facie* aangetoon is, moes die werkgever daarenteen slegs bewys dat daar 'n rasonele verband tussen die werk en die vasgestelde standaard is, en tweedens dat die eiser nie verder geakkommodeer kan word sonder om "undue hardship" vir die werkgever te veroorsaak nie.⁵²¹ Die Hof beklemtoon dat herhaaldelik deur die Kanadese howe bevind is dat onopsetlike indirekte diskriminasie nie 'n mindere inbreuk op menseregte maak as opsetlike direkte diskriminasie nie, en bevind dat 'n nuwe benadering nodig is.⁵²² Die toets wat universeel toegepas behoort te word, behels dat die werkgever eerstens moet aantoon dat daar 'n rasonele verband tussen die doel van die standaard en die uitvoering van die werk is, en daarbenewens dat die werkgever eerlik van oortuiging was dat die standaard nodig was om daardie legitieme werkverwante doel te bereik, en dat die standaard wel redelikerwys noodsaaklik was ten einde die doel te bereik.⁵²³ Wat die rasionaliteitstandaard betref, is die fokus nie op die geldigheid van die spesifieke standaard wat ter sprake is nie, maar op die geldigheid van die meer algemene doelwit.⁵²⁴ In dieselfde konteks bevind die Hof in *Toronto Dominion Bank v Canadian Civil Liberties Association*⁵²⁵ dat die rasonele verband-toets nie vereis dat die respondent moes vasgestel het dat daar nie 'n ander redelike en minder beswarende alternatief tot die omstrede reël was nie.⁵²⁶

⁵²¹ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*: par 20-22.

⁵²² *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*: par 49. Sien ook par 26-41.

⁵²³ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*: par 49. Sien ook par 54.

⁵²⁴ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU*: par 49. Sien ook par 58. Sien Pretorius *et al* 2001: par 4.2.4: 4-13-4-18.

⁵²⁵ *Toronto Dominion Bank v Canadian Civil Liberties Association* (1998) 4 FC 205; 1998 CanLII 8112 (FCA).

⁵²⁶ *Toronto Dominion Bank v Canadian Civil Liberties Association*: 276 en 290. Met betrekking tot die algemene toepassing van die rasionaliteitsbeginsel beklemtoon die Hof in *Chaoulli v Quebec* 2005 (1) 791: par 129-131 dat dit 'n erkende beginsel van fundamentele geregtigheid is dat wette nie arbitrêr mag wees nie, en lê dan die volgende toets neer: "A law is arbitrary where 'it bears no relation to, or is

In *Law v Canada*⁵²⁷ bevind die Hof dat diskriminasie in terme van die effek van die ter sake wet of program op die menswaardigheid van die lede van die groep wat diskriminasie beweër, gedefinieer moet word.⁵²⁸ Vier kontekstuele faktore, naamlik vorige benadeling, die verband tussen die differensiërende behandeling en die eisergroep se werklikheid, of die wet of program 'n regstellende effek het al dan nie, en die aard van die belang wat geaffekteer word, moet in ag geneem word.

Die onlangse Kanadese saak *R v Kapp*⁵²⁹ plaas, met verwysing na *Law*, die fokus van artikel 15(1) en (2) egter volledig op die bevordering van substantiewe gelykheid. Die Hof bevestig dat menswaardigheid 'n essensiële waarde onderliggend aan die gelykheidswaarborg in artikel 15 is, maar gee erkenning aan kritiek dat menswaardigheid 'n abstrakte en subjektiewe idee is wat selfs met die leiding van die vermelde kontekstuele riglyne verwarrend kan wees en selfs 'n bykomende las op eisers kan plaas, in plaas daarvan om as die filosofiese versterking wat dit bedoel was om te wees, te dien. Volgens die Hof bevestig *Law* die interpretasie van artikel 15 as 'n waarborg van substantiewe gelykheid. Die faktore wat *Law* aantoon, skep nie 'n nuwe toets vir diskriminasie nie, maar is 'n manier om op die sentrale belang van artikel 15, naamlik die stryd teen diskriminasie, gedefinieer in terme van voortgesette benadeling en stereotipering, te fokus.⁵³⁰

Die substantiewe benadering tot gelykheid in die Kanadese reg is uit 'n regsvergelijkende oogpunt van direkte belang. Dit sal blyk dat konsepte soos rasionaliteit en indirekte diskriminasie ook in die Suid-Afrikaanse reg aan belangrike aspekte van die gelykheidsbenadering uitdrukking gee. Soortgelyke faktore as in *Law* word ingevolge artikel 9 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet*, wat hierna bespreek sal

inconsistent with, the objective that lies behind [it].’ To determine whether this is the case, it is necessary to consider the state interest and societal concerns that the provision is meant to reflect ... In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant.” Sien ook *Lavoie v Canada* (2002) 1 SCR 769, 2002 SCC 23: par 59.

⁵²⁷ *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)* 1999 CanLII 675 (SCC), (1999) 1 SCR. 497. Sien ook *Andrews v Law Society of British Columbia*: par “Equality”.

⁵²⁸ *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)*: par 51-55. Sien Hogg 2007: 629-631. Sien ook *Lavoie v Canada* (2002) 1 SCR 769; 2002 SCC 23 (CanLII): par 2.

⁵²⁹ *R v Kapp* 2008 SCC 41 (CanLII).

⁵³⁰ *R v Kapp*: par 14-25.

word, oorweeg ten einde te bepaal of wetgewing onbillik diskrimineer al dan nie. 'n Versigtige en genuanseerde beskouing van menswaardigheid is eweneens van wesenlike belang in die toepassing van die gelykheidsbeginsel wat deur die artikel verskans word. In die konteks van die studie is dit duidelik dat maatreëls wat werknemers teen uitbuiting beskerm en vry ure verseker waartydens hulle ander aktiwiteite wat noodsaaklik is vir die ontwikkeling en genieting van hulle totale menswees kan beoefen, gerig is op die handhawing van menswaardigheid. Aan die ander kant sal uit 'n substantiewe ontleding van die omstandighede van sekere werknemers in die Suid-Afrikaanse samelewing blyk dat die beperking van maksimum werkure by dieselfde werkgever inderdaad hulle stryd teen die voortgesette effek van diskriminasie verswaar. In die toepassing van die gelykheidsbeginsel sal die fokus ingevolge die benadering in *R v Kapp* op laasgenoemde effek van die maatreëls wees. Die relevansie van hierdie fokus in die konteks van die Suid-Afrikaanse reg en die studie sal verder blyk uit die bespreking wat hierop volg.

3. Die verhouding tussen gelykheid en menswaardigheid as grondwetlike waarde

Die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof beklemtoon die verhouding tussen gelykheid en die waarde van menswaardigheid. Die volgende uitsprake dien ter illustrasie van hierdie stelling en van verskillende nuanses van die benadering wat deur die Hof gevolg word.

In *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*⁵³¹ stel die Hof die beginsel dat die hart van die verbod op onbillike diskriminasie 'n erkenning is dat die doel van die nuwe grondwetlike en demokratiese orde die daarstelling van 'n samelewing is waar aan alle mense, ongeag hulle lidmaatskap van spesifieke groepe, gelyke waarde toegeken word en gelyke respek betoon word. Die Hof haal in hierdie verband die volgende *dictum* uit die Kanadese saak *Egan v Canada*⁵³² aan: "Equality, as that concept is enshrined as a fundamental right ... means nothing if it does not represent a commitment to recognising each person's equal worth as a human being,

⁵³¹ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (CC).

⁵³² *Egan v Canada* (1995) 2 SCR 513: par 104-105.

regardless of individual differences. Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity.”⁵³³

In *Harksen v Lane NO and Others*⁵³⁴ plaas Goldstone R in sy ontleding van die gelykheidsbeginsel die fokus op die verbod op onbillike diskriminasie as skans teen inbreuke wat menswaardigheid aantas of ’n ewe ernstige effek op mense het. Ook met verwysing na *Egan v Canada*⁵³⁵ wys hy daarop dat menswaardigheid egter ’n ontwykende begrip is wat nie op sigself die gewig kan dra van die gelykheidswaarborg wat onderskeidelik deur artikel 15 van die *Kanadese Grondwet* en artikel 9 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet* gebied word nie.⁵³⁶

Tydens die bespreking van menswaardigheid is verwys na die stelling in *Grootboom* dat die toekenning van sosio-ekonomiese regte aan alle mense hulle in staat stel om die ander regte wat in die *Handves* verskans is, te geniet.⁵³⁷ Mokgoro R in haar uitspraak in *Van Heerden* maak die stelling dat gelykheid nie bereik sal word tensy ekonomiese agterstand weens die geïnstitusioneerde benadeling van sekere groepe in die verlede berekend uitgewis word nie.⁵³⁸ In *Khosa* plaas die Hof die grondwetlike verantwoordelikheid van die staat om in mense se basiese behoeftes te voorsien uitdruklik binne die konteks van die gelykheidsbeginsel.⁵³⁹ Mokgoro R maak die stelling dat besluite met betrekking tot die toekenning van openbare voordele verteenwoordigend is van die mate waartoe arm mense as gelyke lede van die samelewing behandel word.⁵⁴⁰

⁵³³ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*: par 41. Sien Cheadle *et al* 2002: par 4.1.1 en vn 40.

⁵³⁴ *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC)

⁵³⁵ *Egan v Canada* (1995) 29 CRR (2d) 79: 106.

⁵³⁶ *Harksen v Lane NO and Others*: par 51. Sien ook *Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others*; *Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others*; *Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (8) BCLR 837 (CC): par 35; Cheadle *et al* 2002: par 4.4.1.

⁵³⁷ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others*: par 1-3, 23. Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.2-4.1.4.3: 98-101 hierbo.

⁵³⁸ *Minister of Finance & Another v Van Heerden*: par 73. Sien ook *Brink v Kitshoff NO* 1996 (6) BCLR 752 (CC): par 42. Die benadering dat substantiewe gelykheid regstellende geregtigheid verg, is ook in *Bannatyne v Bannatyne* 2003 (2) BCLR 111 (CC) en *Khosa and Others v Minister of Social Development and Another*: par 41-45 gevolg.

⁵³⁹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.2-4.1.4.3: 98-101 hierbo.

⁵⁴⁰ *Khosa and Others v Minister of Social Development and Another*: par 74.

Sommige kommentators kritiseer die klem op menswaardigheid in die gelykheidskonteks as verteenwoordigend van 'n verskuiwing in fokus van 'n remediërende gelykheidsbeginsel wat ten doel het om en opereer ten einde historiese sistemiese benadeling uit te skakel, na 'n minder doelgerigte beginsel wat 'n liberale en geïndividualiseerde konsep van die reg tot gelykheid handhaaf.⁵⁴¹ Cowen, daarenteen, argumenteer dat die gelykheidsbeginsel primêr deur 'n aantasting van menswaardigheid in gedrang gebring word en dat 'n waarde op gelykheid geplaas word ten einde menswaardigheid as grondwetlike waarde te beskerm.⁵⁴² Sy verwys na die kommer wat uitgespreek is dat, terwyl 'n substantiewe gelykheidsanalise noodsaaklik is vir 'n regspleging van transformasie, inbreuk op menswaardigheid in die gelykheidsanalise groter gewig sal dra as substantiewe oorwegings van ongelykheid en benadeling, en gevolglik patrone van ongelykheid in die Suid-Afrikaanse samelewing mag oorskadu.⁵⁴³ Sy identifiseer die uitgangspunt wat tot hierdie kommer aanleiding gegee het, naamlik dat die gelykheidsbeginsel gelykheid erken as 'n waarde wat daargestel is om 'n demokratiese samelewing wat erkenning aan verskille gee, te verseker, wat individuele sowel as groepsdiversiteit bevorder en wat daartoe verbind is dat almal binne die samelewing die geleentheid sal hê tot betekenisvolle deelname as burgers. Dit volg dat die gelykheidsbeginsel dien ter beskerming en bevordering van elke mens om sy of haar volle potensiaal te ontwikkel. Dit beteken dat wetgewing daargestel moet word om elkeen se vermoë om ten volle 'n burger van die nuwe demokrasie te wees, te fasiliteer. Sy doen aan die hand dat hierdie formulering in werklikheid inpas in 'n toekomsgerigte konsep van menswaardigheid wat soos volg in Kanadese regspraak omskryf is: "Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when

⁵⁴¹ Albertyn & Goldblatt 1998: 254. Sien ook Grant 2000: 186; Cheadle *et al* 2002: par 4.4.1; Hogg 2007: 630-631.

⁵⁴² Cowen 2001: 35-36.

⁵⁴³ Cowen 2001: 39-40.

individuals and groups are marginalised, ignored or devalued, and is enhanced when laws recognise the full place of all individuals and groups in Canadian society”⁵⁴⁴

Liebenberg⁵⁴⁵ verwys ook na die kritiek dat menswaardigheid as rigtinggewende waarde die fokus op individuele persoonlikheidskwessies plaas in teenstelling met ’n groepsgebaseerde fokus op sistemiese sosio-ekonomiese onreg in die samelewing, en dat die verband tussen menswaardigheid en die beskerming van vryheid en outonomie die daarstel van positiewe maatreëls ten einde wesentlike benadeling reg te stel, ontmoedig. Sy ontlont die kritiek deur ’n objektiewe perspektief uit ’n samelewingsoogpunt te gee. Sy wys daarop dat menswaardigheid as waarde in die filosofie van Kant wat die inherente waarde van die mens bevestig, gewortel is. Respek vir die inherente menswaardigheid van die mens as deel van ’n samelewing behels dat omstandighede sal bestaan wat mense die geleentheid sal bied om hulle vermoëns te ontwikkel en aan die vorming van die gemeenskap deel te neem.⁵⁴⁶ Die daarstel van hierdie omstandighede mag vereis dat beperkings op persoonlike keuse geplaas word vir soverre hierdie keuse met die staat se siening van die waardigheid van die individu, ’n groep, of die menslike ras in geheel inmeng. Die gevolgtrekking is ’n kollektiewe erkenning dat ons welvaart op die mate waartoe alle lede van die samelewing tot deelname aan en vorming van die gemeenskap in staat gestel word, berus. Uit die konsep van die gelyke waarde van mense volg ’n vereiste dat mense as gelykes behandel sal word, in teenstelling met ’n konsep dat mense gelyk behandel sal word. Behandeling as gelykes vereis ’n erkenning van die fisiese, sosiale, ekonomiese, kulturele en ander verskille tussen groepe in die samelewing. Die strewe na menswaardigheid is ’n strewe na die uitwissing van benadeling as gevolg van lidmaatskap van ’n spesifieke groep.⁵⁴⁷

Volgens Albertyn en Goldblatt gee gelykheid as grondwetlike waarde saam met ander waardes soos menswaardigheid, vryheid en demokrasie, betekenis aan spesifieke

⁵⁴⁴ Cowen 2001: 45; *Law v Canada (Minister of Employment and Immigration)* 1999 1 SCR 497: par 53.

⁵⁴⁵ Liebenberg 2005: 1-31.

⁵⁴⁶ Vergelyk met die idee van progressiewe liberalisme. Sien hoofstuk 3 par 3.1.2: 46 hierbo.

⁵⁴⁷ Liebenberg 2005: 6-12, 14; Woolman *et al* 2008: 35-8 – 35-10; Hogg: 615-618.

substantiewe konstitusionele regte, terwyl gelykheid as grondwetlike reg 'n belangrike meganisme vir die bereiking van gelykheid voorsien.⁵⁴⁸

4. Artikel 9 van die *Grondwet*

Artikel 9 van die *Grondwet* bepaal soos volg: (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg. (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming en ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte. (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.⁵⁴⁹ (5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

In *Harksen* is die relevante vrae ten einde vas te stel wanneer ongelyke behandeling onbillike diskriminasie daarstel, soos volg saamgevat: “(a) Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not then there is a violation of section 8(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination. (b) Does the differentiation amount to unfair

⁵⁴⁸ Albertyn & Goldblatt “Equality” in Woolman *et al* 2008: 35-2 – 35-3.

⁵⁴⁹ Die *Wet op die Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie* Wet 4 van 2000 is afgekondig ten einde gevolg te gee aan Artikel 9(4). Die *Wet* het ten doel om sosiale en ekonomiese ongelykhede uit te wis. Hoofstuk 5 van die *Wet* beklemtoon die Staat se verantwoordelikheid om 'n raamwerk van wetgewing ooreenkomstig die doelstellings van die wet daar te stel. Sien Currie & De Waal 2005: par 9.6. Volgens Kok (2001-2002: 294) bevat die *Wet* byna niks waarvoor die *Grondwet* nie in elk geval voorsiening maak nie. Die *Wet op Billike Werksgeleenthede* Wet 55 van 1998 het ten doel om onbillike diskriminasie in arbeidsverband uit te wis. Van elke werkgever word verwag om stappe te neem om gelyke geleentheid in die werkplek te bevorder deur die uitskakeling van onbillike diskriminasie in enige diensbeleid of praktyk. Artikel 6 van die *Wet* bevat 'n soortgelyke bepaling as artikel 9 van die *Grondwet*.

discrimination? This requires a two stage analysis: (b)(i) Firstly, does the differentiation amount to 'discrimination'? If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner. (b)(ii) If the differentiation amounts to 'discrimination', does it amount to 'unfair discrimination'? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation. If, at the end of this stage of the enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of section 8(2). (c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitations clause (section 33 of the interim *Constitution*).⁵⁵⁰

Vervolgens sal die vraag of die ter sake maatreëls onbillik diskrimineer al dan nie aan die hand van hierdie toets ontleed word.

4.1 Artikel 9(1) van die Grondwet

4.1.1 Die differensiasie

In die inleiding van hierdie hoofstuk is vermeld dat die uitsluiting van sekere werknemers van die toepassing van die maatreëls, terwyl ander daaraan onderworpe is, verskillende kategorieë werknemers daarstel. Ingevolge die *Harksen*-toets plaas reeds hierdie direkte differensiërende effek die maatreëls binne die trefwydte van artikel 9(1) van die *Grondwet*. Die vraag ontstaan dus of die beperking van werkure aan die rasionaliteitskriterium beantwoord.⁵⁵¹

⁵⁵⁰ *Harksen v Lane NO and Others*: par 42-44, 53.

⁵⁵¹ Wanneer indirekte diskriminasie hierna bespreek word, sal aangetoon word dat verdere relevante kategorieë ingevolge die toepassing van die maatreëls daargestel word. Sien hoofstuk 4 par 4.3.3.3: 172-174 hieronder.

4.1.2 Die rasionaliteitstandaard

Die konsep dat elkeen gelyk is voor die reg is uit die *Veertiende Amendement* van die *Amerikaanse Grondwet* geneem. Albertyn merk op dat, indien nie in inhoud nie, met betrekking tot vorm die onderskeie standarde van rasionaliteit in artikel 9(1) en billikheid in artikel 9(3) die Amerikaanse benadering met betrekking tot verskillende standarde van hersiening reflekteer.⁵⁵² Volgens Devenish is die strenger standaard van toepassing wanneer differensiasie 'n effek op menswaardigheid het.⁵⁵³

Die konsep van gelyke beskerming voor die reg is uit artikel 15(1) van die *Kanadese Handves van Regte* geneem.

Soos blyk uit die *Harksen*-toets gee Suid-Afrikaanse regspraak 'n minimum-inhoud aan artikel 9(1), naamlik dat dit beskerming teen arbitrêre en irrasionele behandeling deur die staat bied. Alle klassifikasies deur die staat is aan die rasionaliteitsvereiste onderhewig.⁵⁵⁴ Die rasionaliteitstoets vereis redes vir staatsoptrede, maar ondersoek nie noodwendig beleidskeuses nie. Hierdie interpretasie van artikel 9(1) het in die konteks van 'n konseptuele onderskeid wat tussen "blote differensiasie" en onbillike diskriminasie getref is, ontwikkel.⁵⁵⁵

In *Prinsloo* beskryf die Konstitusionele Hof die vermelde onderskeid as 'n onderskeid tussen blote differensiasie en differensiasie op grond van eienskappe of karaktertrekke van mense wat hulle fundamentele menswaardigheid aantas. Blote differensiasie tussen mense is dikwels noodsaaklik ten einde 'n moderne land effektief te regeer en die belange van alle burgers in die openbare belang te harmonieer. Differensiasie in

⁵⁵² Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.6.4.

⁵⁵³ Devenish 1999: 54-55.

⁵⁵⁴ *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council* 1998 1 BCLR 1 (CC): par 24; *Minister of Finance & Another v Van Heerden*: par 23 en 27; *City Council of Pretoria v Walker* 1998(2) SA 363; 1998 (3) BCLR 257: par 27; sien ook *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another In re: the ex parte application of the President of the Republic of South Africa and Others* 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241 par 90.

⁵⁵⁵ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.6.3. In par 4.6.4-4.6.4.1 word die gewenstheid en moontlikheid van 'n meer substantiewe benadering tot artikel 9(1) bespreek. Sien in hierdie verband ook De Waal 2002: 145-147; Tribe 1999: 502.

hierdie kategorie is grondwetlik wanneer dit die gelykheidsbeginsel in artikel 9(1) handhaaf. Artikel 9(1) vereis van die konstitusionele staat om rasioneel op te tree, om nie op 'n arbitrêre wyse te reguleer nie, en om nie naakte voorkeure wat geen regmatige regeringsdoelwit bevorder, te implementeer nie.⁵⁵⁶ Die relevante vraag is of daar 'n rasionele verband tussen die differensiasie en die regeringsdoelwit wat die differensiasie regverdig, bestaan.

Die Hof bevind dat differensiasie tussen inwoners van 'n brandbestrydingsgebied en inwoners van 'n nie-brandbestrydingsgebied ten opsigte van die bestaan van 'n vermoede van nalatigheid deur die grondeienaar indien 'n brand in die nie-bestrydingsgebied sou uitbreek, terwyl 'n soortgelyke vermoede nie met betrekking tot die bestrydingsgebied bestaan nie, nie diskriminasie daarstel nie. Die Hof beskou die maak van wette ten einde brande te voorkom en te bestry as 'n regmatige regeringsdoelwit en bevind dat die feit dat die vermoede net op die inwoners van die nie-bestrydingsgebied van toepassing is, verduidelik word deur die feit dat ander maatreëls op die bestrydingsgebied van toepassing is, en dat die betrokke maatreël nodig is om ook diegene buite die bestrydingsgebied paraat te maak. Die Hof verwerp die argument dat beter maatreëls dieselfde doelwit kon bereik as irrelevant.

Die toets wat aangewend word ten einde vas te stel of 'n maatreël arbitrêr is al dan nie, is 'n objektiewe toets. 'n Irrasionele maatreël sal nie die toets slaag op grond daarvan dat dit in goeie trou getref is nie. Aan die ander kant, indien 'n maatreël binne die gesag van 'n funksionaris val en objektief beoordeel rasioneel is, kan 'n hof nie daarmee inmeng bloot omdat die hof nie daarmee saamstem nie. Die vereiste geld met betrekking tot die prosedurele sowel as die substantiewe komponente van die uitoefening van staatsgesag.⁵⁵⁷

Dit blyk dat ten einde rasioneel te wees, 'n differensiërende maatreël eerstens 'n legitieme doelwit moet hê, en tweedens daar 'n rasionele verband tussen die doelwit en die middele om die doelwit te bereik, moet wees.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ *Prinsloo v Van der Linde and Another*: par 25. Sien ook *City Council of Pretoria v Walker*: par 27.

⁵⁵⁷ *De Lange v Smuts NO*: par 23; *New National Party v Government of the Republic of South Africa* 1999 (3) SA 191(CC): par 19; Currie & De Waal 2005: par 1.3(b).

⁵⁵⁸ Pretorius *et al* 2001: par 2.5.

4.1.2.1 Die doelwit

Die legitimiteit van 'n regeringsdoelwit, anders as die billikheid en regverdigbaarheid daarvan, is nie gebaseer op die belangrikheid van die doelwit of die relatiewe gewig daarvan in verhouding tot ander oorwegings nie.⁵⁵⁹ Die doel van die rasionaliteitsvereiste is om te verseker dat staatsoptrede verband sal hou met 'n verdedigbare idee van die openbare welsyn, en die konsekwentheid en integriteit van wetgewing sal bevorder.⁵⁶⁰

Volgens Yacoob R in *Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd*⁵⁶¹ behels hersiening ingevolge die rasionaliteitsvereiste 'n ondersoek na “whether the differentiation is arbitrary or irrational, or manifests naked preference”. In *Municipality of the City of Port Elizabeth v Rudman*⁵⁶² verduidelik die Hof dat die rasionaliteitsvereiste slegs vereis dat die “purpose of the differentiation must not be arbitrary or capricious”.

*Van der Merwe v Road Accident Fund and Another*⁵⁶³ is 'n voorbeeld van 'n bevinding van irrasionaliteit met verwysing na die doelwit van die wetgewing. Die Konstitusionele Hof bevind dat die reël van die gemene reg dat een eggenoot in 'n huwelik binne gemeenskap van goed nie 'n deliktuele eis teen die ander eggenoot mag instel nie, uit die patriargale sisteem wat gegeld het toe die man in 'n huwelik binne gemeenskap van goed ingevolge die maritale mag die uitsluitlike administrateur van die gemeenskaplike boedel was, voortspruit. Dit sou futiel wees vir 'n vrou om van die gemeenskaplike boedel te eis. Wat aan haar toegestaan sou word, sou uit die gemeenskaplike boedel kom en weer daarin terugval. Deur wetgewing is egter intussen met die maritale mag weggedoen, die vrou het gelyke mag met die man ten opsigte van die bestuur van die gemeenskaplike boedel verkry en daar is voorsiening gemaak vir aparte eiendom wat nie deel van die gemeenskaplike boedel vorm nie. Teen hierdie agtergrond kom die Hof tot die gevolgtrekking dat geen regmatige

⁵⁵⁹ Pretorius *et al* 2001: par 2.5.1: 2-13 – 2-14.

⁵⁶⁰ *Prinsloo v Van der Linde*: par 25.

⁵⁶¹ *Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd* 1999 2 BCLR 139 (CC): par 16.

⁵⁶² *Municipality of the City of Port Elizabeth v Rudman* 1998 4 BCLR 451 (SE): 461G.

⁵⁶³ *Van der Merwe v Road Accident Fund and Another* 2006 (4) SA 230 (CC).

regeringsdoelwit deur die differensiasie bevorder word nie en dat die spesifieke maatreël derhalwe arbitrêr en strydig met artikel 9(1) is.⁵⁶⁴

*Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education (North-West Province)*⁵⁶⁵ waar 'n regulasie wat bepaal het dat slegs landsburgers as permanente opvoeders aangestel kon word, ter sprake was, bied 'n voorbeeld van 'n geval waar erkenning gegee is aan die algemene legitemiteit van die betrokke regeringsdoelwit, naamlik om werk aan Suid-Afrikaners te voorsien, maar op grond van ander oorwegings, naamlik die primêre doelwit om kwaliteit-onderrig te verskaf, asook die erns van die beperkings op die regte van die nie-landsburgers, bevind is dat die regulasie onbillik diskriminerend is.⁵⁶⁶

Die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* het die bevordering van ekonomiese groei en sosiale geregtigheid ten doel. Hierdie breë doelwitte is aan doelwitte wat as primêre doelwitte beskryf word, onderhewig, gerig op die daarstel van 'n billike arbeidsomgewing waar werknemers menswaardig behandel word.⁵⁶⁷ Die doelwitte gee uitdrukking aan die regering se grondwetlike verantwoordelikheid om die individu te beskerm en sy ontwikkeling te bevorder binne die konteks van 'n gemeenskap wat 'n sosiaal-demokratiese staat konstitueer.⁵⁶⁸

Die hoë werkloosheidsyfer in Suid-Afrika⁵⁶⁹ in samehang met gebrekkige opleiding en groot inkomstegapings⁵⁷⁰ skep ooglopend 'n situasie wat nie bevorderlik is vir ekonomiese vooruitgang en sosiale geregtigheid nie en waar mense se finansiële nood in arbeidsverband uitgebuit kan word. Menswaardige lewensomstandighede is buite die bereik van talle Suid-Afrikaners. Maatreëls gerig op die beskerming van

⁵⁶⁴ *Van der Merwe v Road Accident Fund and Another* 2006 (4) SA 230 (CC): par 29-35, 48-58. Sien ook *S v Ntuli* 1996 (1) 1207 as voorbeeld van 'n geval waar wetgewing nie die rasionaliteitstoets geslaag het nie.

⁵⁶⁵ *Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education (North-West Province)* 1997 (12) BCLR 1655; 1998 (1) SA 745.

⁵⁶⁶ *Larbi-Odam v Member of the Executive Council for Education (North-West Province)*: par 30-31. Sien Pretorius *et al* 2001: par 2.5.1: 2-14. Ander bevindings van legitieme regeringsdoelwitte kom voor in *Harksen v Lane*: par 58, *Bernstein v Bester*: par 121; *City Council of Pretoria v Walker*: par 27. Sien Pretorius *et al*: par 2.5.1: 2-17 – 2-18.

⁵⁶⁷ Sien hoofstuk 2 par 3.1: 16 hierbo.

⁵⁶⁸ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.2: 98-100 hierbo.

⁵⁶⁹ Sien hoofstuk 2 vn 37: 17 hierbo.

⁵⁷⁰ Sien hoofstuk 4 par 4.3.3.2: 162-163 hieronder.

werknemers en op werkverskaffing is dus noodsaaklik. Dit volg dat die beperking van werkure 'n legitieme regeringsdoelwit nastreef.⁵⁷¹

Ook die vasstelling van kriteria ten einde diegene wat die beperkende maatreëls nie nodig het nie van die werking daarvan uit te sluit, is nie irrasioneel nie. Dit is 'n grondwetlike proporsionaliteitsbeginsel dat 'n beperkende maatreël nie méér beperkend sal wees as wat noodsaaklik is ten einde die doelwit daarvan te laat realiseer nie.⁵⁷² Die tekort aan opgeleide werknemers in Suid-Afrika wat deur hulle kennis en vaardigheid werk moet skep, is 'n realiteit.⁵⁷³ Behalwe dat persone wat 'n hoë inkomste verdien en senior bestuursposisies beklee nie beskerming teen uitbuiting met betrekking to werkure nodig het nie, kan hulle ondernemingskapasiteit ingeperk word deur hulle werkure rigied te bepaal. Dit volg dat vermyding van hierdie effek ook 'n legitieme doelwit is.

4.1.2.2 Die verband

Die volgende uitsprake belig verskillende nuanses met betrekking tot die tweede been van die rasionaliteitstoets.

In *Harksen v Lane* beskou die Hof die betrokke maatreël as rasioneel op die basis dat dit geskik en effektief is om die legitieme doelwit te bereik.⁵⁷⁴ Volgens Pretorius moet “appropriate and effective” wyd verstaan word in die sin van “plausibly serve”.⁵⁷⁵

Dit blyk uit die uitspraak van O'Regan in *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council*⁵⁷⁶ dat 'n maatreël irrasioneel sal wees indien die legitieme doelwit van die maatreël nie verband hou met relevante verskille tussen die groepe wat deur die maatreël onderskei word nie.⁵⁷⁷

⁵⁷¹ Sien hoofstuk 2 par 3.1: 16-17 hierbo.

⁵⁷² Currie & De Waal 2005: par 7.2 (b).

⁵⁷³ Sien hoofstuk 4 par 4.3.3.2: 163 hieronder.

⁵⁷⁴ *Harksen v Lane*: par 57.

⁵⁷⁵ Pretorius *et al*: par 2.5.2: 2-20, vn 84.

⁵⁷⁶ *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council* 1998 1 BCLR 1 (CC).

⁵⁷⁷ *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council*: par 27. Sien Pretorius *et al* 2001: par 2.5.2: 2-19.

In *Jooste v Score Supermarkets Trading*⁵⁷⁸ was die *Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en Siektes*⁵⁷⁹ ter sprake. Die vraag was of die ontneming van 'n gemeenregtelike eis om skadevergoeding van werknemers wat aan diens beseer is, terwyl persone wat nie werknemers is nie wel sodanige reg kan uitoefen, rasideel was met verwysing na die doelwit van die *Wet*. Die Hof merk op dat 'n komplekse, kontroversiële en debatteerbare beleidsaangeleentheid ter sprake is. Dit behels 'n beleidskeuse wat deur die wetgewer, en nie deur 'n hof onder die dekmantel van 'n rasionaliteitsbevinding nie, gemaak moet word. Die Hof bevind dat in die lig daarvan dat die beleidskeuse om aan werknemers sekere voordele te laat toekom wat nie ingevolge die gemenereg beskikbaar is nie, behoortlik en binne die domein van die wetgewer was, en verder in die lig daarvan dat hierdie voordele deur bydraes van werkgewers gefinansier word, die onderskeid tussen werknemers en nie-werknemers logies en rasideel verbind was met die doelwit van die wetgewing, naamlik "a comprehensive regulation of compensation for disablement caused by occupational injuries or diseases sustained or contracted by employees in the course of their employment".⁵⁸⁰

Die Hof beklemtoon, met verwysing na *Prinsloo v Van der Linde*, dat dit tydens 'n ondersoek na die rasionaliteit van wetgewing irrelevant is of die wetgewer sy doelwit op 'n meer effektiewe of noukeuriger wyse kon bereik het.⁵⁸¹ Dit volg dat die feit dat die differensiasie nie die minste beperkende manier is om die regeringsdoelwit te bereik nie, dit nie irrasioneel maak nie. Dieselfde geld vir die oor- of onder-inklusiwiteit van 'n differensiërende maatreël. Hierdie omstandighede mag relevant wees vir die billikheid of regverdigbaarheid van diskriminerende maatreëls, maar as sodanig is die nie van belang vir die vraag of die maatreëls rasideel is nie.⁵⁸²

⁵⁷⁸ *Jooste v Score Supermarkets Trading* 1999 (2) SA 1 CC; 1999 (2) BCLR 139.

⁵⁷⁹ Wet 130 van 1993.

⁵⁸⁰ *Jooste v Score Supermarkets Trading*: par 16.

⁵⁸¹ *Jooste v Score Supermarkets Trading*: par 16. *Prinsloo v Van der Linde*: par 36. Die Arbeidshof het hierdie beginsel toegepas in *IMATU and Another v City of Cape Town* (2005) 10 BLLR 1084 (LC): par 87 in die bevinding dat 'n maatreël wat alle insulien-afhanklike diabetikusse uitsluit van brandweerposte rasideel (in teenstelling tot billik) is. Vergelyk ook die Kanadese saak *Toronto Dominion Bank v Canadian Civil Liberties Association*: 276 en 290. Sien ook *East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council*: par 24. Sien Pretorius *et al*: par 2.5.2: 2-19.

⁵⁸² Pretorius *et al* 2001: par 2.5.2: 2-21.

Volgens Albertyn is die benadering in *Jooste* uitermate eerbiedig teenoor die wetgewer en sal die meeste wette die grondwetlike toets op hierdie basis slaag.⁵⁸³

In *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another In re: the ex parte application of the President of the Republic of South Africa and Others*⁵⁸⁴ pas die Konstitusionele Hof die rasionaliteitsbeginsel as regsvereiste ingevolge die “rule of law” toe. Die Hof bevind dat die afkondiging van die betrokke wetgewing met die doel om die vervaardiging, verkoop en besit van medisyne te kontroleer en te reguleer, terwyl medisyne-skedules wat noodsaaklik was vir die bereiking van die doelwitte van die *Wet* nog nie in plek was nie, irrasioneel is. Die Hof merk op dat die rasionaliteitsvereiste ’n minimum-grensvereiste met betrekking tot die uitoefening van alle staatsgesag is en dat ’n beslissing van irrasionaliteit in hierdie konteks waarskynlik raar sal wees.⁵⁸⁵

Volgens De Waal is daar tekens dat die howe ’n strenger rasionaliteitstandaard toepas wanneer differensiërende maatreëls ’n effek op grondwetlike belange het. Die grondwetlikheid van die maatreëls kan dan egter ook ingevolge artikel 36 of artikel 9(3) oorweeg word⁵⁸⁶ en die Hof het tot dusver in die algemeen eerder daardie roete gevolg.⁵⁸⁷ *S v Ntuli*⁵⁸⁸ dien as voorbeeld. ’n Bepaling dat gevangenes sonder regsverteenvoordinging, anders as gevangenes met regsverteenvoordinging, ’n regtersertifikaat moes bekom ten einde toegelaat te word om te appelleer, was ter sprake. Op die basis van sy eie feitebevindings, was die Hof nie bereid om te aanvaar dat gevangenes sonder regsverteenvoordinging meer geneig sou wees om beuselagtige appéle aan te teken, en appél sou aanteken vir geen ander rede as om op ’n uitstappie hof toe te gaan nie, en kom tot die gevolgtrekking dat die bepaling op die gelykheidsbeginsel inbreuk maak.⁵⁸⁹ Alhoewel die Hof die verbintenis tussen die bepaling en die doelwit daarvan verwerp, word die bevinding van ongrondwetlikheid ingevolge artikel 36 gemaak. In *Prinsloo* bevind die Hof dat dit nog gewens nog

⁵⁸³ Albertyn “Equality” in Cheadle *et al* 2002: par 4.6.1.1.

⁵⁸⁴ *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another In re: the ex parte application of the President of the Republic of South Africa and Others* 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241.

⁵⁸⁵ *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another In re: the ex parte application of the President of the Republic of South Africa and Others*: par 90.

⁵⁸⁶ Sien onderskeidelik hoofstuk 7: 222-245 en par 4.3.4: 175-177 hieronder.

⁵⁸⁷ De Waal 2002: 145-147.

⁵⁸⁸ *S v Ntuli* 1996 (1) SA 1207.

⁵⁸⁹ *S v Ntuli*: par 18-25.

haalbaar mag wees om die verskillende subklousules en omskrywings in artikel 8 van die *Oorgangsgrondwet* in waterdigte kompartemente te plaas.⁵⁹⁰ In *Hoffmann v South African Airways*⁵⁹¹ is 'n soortgelyke benadering gevolg. In die lig van die Hof se siening met betrekking tot die onbillikheid van die diskriminasie, vind die Hof dit nie nodig om tot 'n gevolgtrekking te kom met betrekking tot die rasionaliteit van die praktyk wat ter sake was nie.

Daar is reeds aangetoon dat die ter sake maatreëls wel 'n impak op die vryheid en menswaardigheid van diegene op wie dit van toepassing is, het. 'n Strenger hersieningsmaatstaf met betrekking tot die rasionaliteitsvraag, wat die vraag of die maatreëls inderdaad die doelwitte daarvan bewerkstellig, sou derhalwe teoreties gesproke aangewese kon wees. Aangesien vervolgens aangetoon sal word dat die maatreëls indirek diskriminerend is ingevolge die bepalings van artikel 9(3), gaan die teoretiese debat in hierdie verband egter nie in hierdie studie verder gevoer word nie en word in die toepassing van artikel 9(1) met die minimumvereiste van rasionaliteit volstaan.

Teoreties gesproke kan beskerming teen uitbuiting deurdat van werknemers in 'n swak bedingingsposisie verwag word om onredelike lang ure te werk klaarblyklik deur die vasstelling van maksimumwerkure bewerkstellig word. Die vraag of werkloosheid en die gepaardgaande negatiewe ekonomiese en sosiale gevolge daarvan verlig kan word deur beskikbare werkure tussen meer werknemers te verdeel, is, daarenteen, kompleks. Hierdie kompleksiteit blyk uit 'n groenskrif van die Department van Arbeid wat die *Wet* voorafgegaan het. Die groenskrif gee erkenning aan die komplekse verhouding tussen verminderde werkure en werkverskaffing, asook aan die sosiale meriete van 'n vermindering van werkure. Die stelling word gemaak dat die wyse waarop enige verandering in werkure teweeggebring word, met werkverskaffing versoenbaar moet wees, en omstandighede wat tot werkverliese mag lei, moet vermy. Daarbenewens moet sodanige vermindering op 'n vermindering van die werklike werktyd van werknemers gerig wees, en moet dit die potensiaal vir verhoogde produktiwiteit bevorder en die beperkings van spesifieke sektore met betrekking tot

⁵⁹⁰ *Prinsloo v Van der Linde*; par 22.

⁵⁹¹ *Hoffmann v South African Airways* 2000 (11) BCLR 1235; par 26.

vermindering van werkure, die moontlikheid van verhoogde koste, asook die behoefte van werknemers om vir verminderde werkure vergoed te word, in ag neem.⁵⁹² Soos in *Jooste* verg dit 'n beleidskeuse wat nie deur 'n hof onder die dekmantel van 'n rasionaliteitsbevinding hersien kan word nie.

Wat die uitsluitings betref, kan ook 'n rasonele verband tussen 'n persoon se bestuurstatus en vlak van inkomste en die behoefte aan die beskerming wat die *Wet* ten doel het om te bied, getref word. Dieselfde geld met betrekking tot die uitsluiting van opgeleide werknemers wat deur hulle kennis en vaardigheid werk moet skep.

Die uitsluiting van verkoops personeel wat na die persele van klante reis en hulle eie werkure reël, hou klaarblyklik verband met die feit dat weens die aard van die werk 'n rigiede vasstelling van werkure nie haalbaar is nie.⁵⁹³

Die nie-toepaslikheid op werknemers wat minder as 24 uur per maand werk van maatreëls wat maksimumwerkure van 45 en 55 ure per week vasstel, spreek vanself.

4.1.3 Gevolgtrekking

Die gevolgtrekking is dat ingevolge die minimumvereiste van rasionaliteit die vermelde artikels wat werkure beperk die rasionaliteitstoets slaag. Volgens *Harksen* moet vervolgens vasgestel word of die differensiasie nogtans onbillike diskriminasie daarstel.⁵⁹⁴

Vervolgens word volledigheidshalwe die billikheid al dan nie van die ter sake maatreëls ingevolge artikel 9(2) oorweeg.

⁵⁹² South African Government Information. Minimum Standards Directorate Policy Proposals for a New Employment Standards Statute Green Paper 13-02-1996: 30-31:

<<http://www.info.gov.za/greenpapers/1996/labour.htm>>; Du Toit *et al* 2006: 509-510.

⁵⁹³ Die praktiese eise van die werk vorm waarskynlik ook die basis vir die vasstelling van langer werkure vir sekuriteitsbeamptes. Die Ministeriële Vasstelling vir die Klein Besigheid Sektor is deur die Minister gemotiveer op die basis dat die vasstelling ten doel het om 'n ondersteunende omgewing vir klein besighede te skep ten einde werkskepping deur hierdie sektor te fasiliteer. Sien South African Government Information. Mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op 17 Oktober 2000 by die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van werkure tot 40. <<http://www.info.gov.za/speeches/1999/991104318p1002.htm>>

⁵⁹⁴ *Harksen v Lane NO and Others*: par 50, 60.

4.2 Artikel 9(2) van die Grondwet

In *Van Heerden* verduidelik die Konstitusionele Hof dat ingevolge artikel 9(2) wetgewende en ander maatreëls wat aan die vereistes van die artikel voldoen, nie vermoed word onbillik te wees nie. Regstellende maatreëls is nie 'n afwyking nie, maar 'n substantiewe aspek van die beskerming van gelykheid deur die bepaling van artikel 9 in geheel. Artikel 9 het ten doel om die bereiking van gelykheid te bevorder. Ten einde hierdie doel te bereik, is differensiasie gerig op die beskerming of bevordering van persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, geoorloof.⁵⁹⁵

Die Hof stel drie kriteria vas ten einde aan artikel 9(2) te voldoen. Maatreëls moet eerstens gerig wees op persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel was. Tweedens moet dit ontwerp wees om persone of kategorieë persone wat voorheen deur onbillike diskriminasie benadeel was, te beskerm, en derdens moet dit die bereiking van gelykheid bevorder.⁵⁹⁶

Die ter sake maatreëls is op alle werknemers, met die vermelde uitsonderings, van toepassing. Sou die voordele wat die maatreëls beoog, realiseer, sal al hierdie persone, ongeag of hulle voorheen benadeel was al dan nie, gelykwaardig daarin deel. Alhoewel geargumenteer kan word dat ekonomiese welvaart en maatskaplike geregtigheid gelykheid sal bevorder in die sin dat dit 'n menswaardige lewe vir alle mense sal verseker, is daar dus nie 'n basis om te beweer dat die ter sake maatreëls gerig is op of ontwerp is spesifiek om persone of kategorieë persone wat voorheen benadeel was, te beskerm nie. Dit is ironies dat aangetoon sal word dat die effek van die ter sake maatreëls is dat juis teen 'n groep voorheen benadeelde lede van diegene op wie dit van toepassing is, gediskrimineer word.

Dit volg dat artikel 9(2) nie toepassing vind met betrekking tot die ter sake maatreëls nie.

⁵⁹⁵ Vergelyk *R v Kapp*: par 16 vir die Kanadese posisie.

⁵⁹⁶ *Minister of Finance & Another v Van Heerden*: par 37.

Die diskriminerende effek van die maatreëls sal vervolgens, ooreenkomstig die *Harksen*-toets, ingevolge Artikel 9(3) ontleed word.

4.3 Artikel 9(3) van die Grondwet

4.3.1 Diskriminasie

Ingevolge die *Harksen*-toets is diskriminasie enige ongelyke behandeling gebaseer op 'n grond gelys in artikel 9(3), of op eienskappe of karaktertrekke van persone wat die potensiaal het om hulle fundamentele menswaardigheid aan te tas of wat hulle op vergelykbare wyse ernstig benadeel.⁵⁹⁷ Die gelyste gronde het in gemeen dat hulle in die verlede aangewend is om mense se inherente menswaardigheid aan te tas.⁵⁹⁸ Wanneer differensiasie op nie-gelyste kriteria die konstruksie van patrone van benadeling soos maar te duidelik in ons geskiedenis voorgekom het, tot gevolg het, sal daardie kriteria op dieselfde basis diskriminasie op 'n analoë grond daarstel.⁵⁹⁹

Ten einde 'n *prima facie* diskriminasie-aksie te fundeer, moet daar dus aangetoon word dat die groepe werknemers wat aan die beperkings onderhewig is, onder een van bogenoemde diskriminasiegronde tuisgebring kan word.⁶⁰⁰

Die verband tussen die differensiasie en die verbode grond kan direk of indirek wees. Direkte diskriminasie kom voor wanneer die verband direk en eksplisiet is. Indirekte diskriminasie kom voor wanneer 'n maatreël wat neutraal voorkom 'n meer nadelige effek het op persone of kategorieë van persone wat ingevolge een van die verbode gronde geïdentifiseer is, as op ander persone.⁶⁰¹

Daar sal teen hierdie agtergrond vervolgens eerstens ondersoek word of die ongelyke behandeling direk op 'n gelyste of analoë verbode grond gebaseer is. Sou dit blyk dat

⁵⁹⁷ Sien ook *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* 1997 (12) BCLR 1655 (CC): par 19.

⁵⁹⁸ *Harksen v Lane NO and Others*: par 46 en 49.

⁵⁹⁹ *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another*: par 16.

⁶⁰⁰ *Harksen v Lane*; Currie & De Waal 2005: 245, 248-249.

⁶⁰¹ Currie & De Waal 2005: par 9.4 (f); Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.2.1; Davis, Cheadle & Haysom 1997: 57-58.

die ongelyke behandeling nie direk op een van genoemde gronde gebaseer is nie, maar wel indirek 'n meer nadelige effek het op persone of kategorieë van persone wat ingevolge een van die verbode gronde van diskriminasie beskerming geniet, stel sodanige differensiasie indirekte diskriminasie ingevolge artikel 9(3) daar.

4.3.2 Direkte diskriminasie op 'n gelyste of analoë grond

Die beperking van werkure is *prima facie* gerig op die beskerming van die menswaardigheid van werknemers. Die enigste uitdruklike kategorisering in die relevante artikels word deur die uitsonderings daargestel. Hierdie kategoriserings verwys nie na enige van die gelyste gronde in artikel 9(3) nie. Die Konstitusionele Hof het gelyste gronde gekarakteriseer as gronde wat in die verlede gebruik was om te onderdruk en te marginaliseer, en soos volg beskryf: "In some cases they relate to immutable biological attributes or characteristics, in some to the associational life of humans, in some to the intellectual, expressive and religious dimensions of humanity and in some cases to a combination of one or more of these features."⁶⁰²

In *Larbi-Odam* bevestig Mokgoro R dat 'n analoë grond dieselfde karakter moet weerspieël.⁶⁰³ Die vraag of analoë gronde die potensiaal het om menswaardigheid aan te tas, is 'n objektiewe vraag.⁶⁰⁴ Geen duidelike grense word egter getrek nie en die Hof in *Larbi-Odam* het wel 'n substantiewe analise van die effek van die differensiasie in die gegewe omstandighede in ag geneem ten einde te bepaal of die grond van die differensiasie 'n analoë grond ingevolge artikel 9(3) was al dan nie.⁶⁰⁵ Die Hof verwys

⁶⁰² *Harksen v Lane NO and Others*: par 50.

⁶⁰³ *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another*: par 16. Sien ook *Harksen v Lane NO and Others*: par 60. In *Volks NO v Robinson and Others* 2005 (5) BCLR 446 (CC): par 100 verwys Sachs R in hierdie verband met goedkeuring na die Kanadese saak *Miron v Trude* (1995) 2 SCR 418 waar op die volgende basis bevind is dat huwelikstatus 'n analoë diskriminasiegrond vir doeleindes van artikel 15(1) is: "First, discrimination on that basis touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms. Second, marital status possesses characteristics often associated with recognized grounds of discrimination under s. 15(1). Persons involved in an unmarried relationship constitute a historically disadvantaged group, even though the disadvantage has greatly diminished in recent years. A third characteristic sometimes associated with analogous grounds, namely distinctions founded on personal, immutable characteristics, is also present, albeit in attenuated form."

⁶⁰⁴ *Harksen v Lane NO and Others*: par 47 en 60.

⁶⁰⁵ *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another*: par 19-22.

onder andere na die kwesbaarheid en onmag van die betrokke applikante in die bepaalde omstandighede.

Albertyn, op die basis dat kwesbaarheid kan voortspruit uit sosiale en ekonomiese benadeling, byvoorbeeld onderskeidings gemaak op grond van werkstatus, armoede of geografiese plasing, onderskryf die moontlikheid dat die howe sosio-ekonomiese status as 'n analoë grond sal beskou. Sy voeg by dat daar alternatiewelik ruimte bestaan vir die ontwikkeling van die idee dat 'n klassifikasie wat sistemiese sosiale en/of ekonomiese benadeling veroorsaak of in stand hou 'n "comparable effect" het met betrekking tot die aantasting van menswaardigheid.⁶⁰⁶ Deur hierdie benadering te volg, sou, in die lig van die feit dat aangetoon sal word dat die differensiasie op grond van inkomste en beroepsvlakke inderdaad die effek, en gevolglik die potensiaal, het dat die menswaardigheid van werknemers aangetas word, geargumenteer kon word dat inkomste- en beroepstatus direkte analoë gronde daarstel. In die lig van die algemene aanwending van inkomstevlak en beroepstatus as neutrale standarde wat nie persoonlike eienskappe of karaktertrekke betrek nie, sal die meer objektiewe benadering egter wees dat die effek van die differensiasie op hierdie gronde indirekte diskriminasie op grond van sosio-ekonomiese status daarstel.⁶⁰⁷

4.3.3 Indirekte diskriminasie op 'n gelyste of analoë grond

4.3.3.1 Substantiewe gelykheid

'n Substantiewe siening van die gelykheidsbeginsel impliseer dat erkenning gegee word aan onderliggende patrone van groepsgebaseerde benadeling wat die skyn dat alle individue eenders is, weerspreek. Die implikasie is dat eenderse behandeling in sekere omstandighede sosiale benadeling kan versterk.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.2.2 (h).

⁶⁰⁷ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* merk op dat in die Suid-Afrikaanse konteks waar die hoofoorweging die effek of impak van die omstrede wet is, die onderskeid waarskynlik van min regsbelang is. Cheadle *et al* 2002: par 4.8.2.1.

⁶⁰⁸ Pretorius *et al*: par 2.1: 2-5. Verskillende modelle van gelykheid word algemeen onderskei. Die formele model vereis soortgelyke behandeling vir persone in dieselfde posisie. Die rasonele verband model vereis eweneens dat hierdie persone eenders behandel word, maar gaan verder deur wetgewing waarvan die gronde nie rasoneel verbind is met die doelwit daarvan nie, as arbitrêr te beskou. Die normatiewe model gaan nog verder deur benewens die voorgenoemde ook te poog om verbode gronde van diskriminasie te identifiseer. Die substantiewe model doen dieselfde, maar is die enigste model wat

'n Sterk substantiewe benadering tot gelykheid, wat 'n kontekstuele analise vereis ten einde die ware ervaring van verskillende groepe te identifiseer, is in *Minister of Finance and Another v Van Heerden* gevolg. Die Hof maak die opmerking dat met goeie rede die bereiking van gelykheid ons grondwetlike denke oorheers. Toe ons grondwet wortel geskiet het, was ons samelewing diep verdeeld, ongelyk en gevoelloos vir menslike waarde. Baie van hierdie sosiale en ekonomiese ongelykhede sal nog lank voortduur. In effek is die verbintenis van die *Aanhef van die Grondwet* om die gelyke waarde van elkeen te herstel en beskerm, om die verdelings van die verlede te heel en om 'n sorgsame en sosiaal regverdige samelewing daar te stel. Die *Grondwet* verbind ons samelewing daartoe om die lewenskwaliteit van alle burgers te verbeter en om die potensiaal van elke persoon te bevry.⁶⁰⁹

Die Hof gee pertinente erkenning aan vorme van sosiale differensiasie en benadeling, bo en behalwe die spesifieke gronde van diskriminasie wat in die *Grondwet* uitgesonder word, wat ontmasker behoort te word ten einde nuwe patrone van benadeling te voorkom. By oorweging van billikheid, sê die Hof, is 'n situasie-sensitiewe benadering noodsaaklik as gevolg van die verskuivende patrone van kwetsende diskriminasie en stereotipe response in ons ontwikkelende demokrasie.⁶¹⁰

Die implikasie van die toepassing van die substantiewe model van gelykheid in die Suid-Afrikaanse reg is dat by beoordeling van elke gelykheidsaksie die howe die situasie van die applikante in die samelewing, hulle geskiedenis en kwesbaarheid, die geskiedenis, aard en doelwit van die diskriminerende praktyk of maatreël en of dit in die konteks van die werklikheid bydra tot of wegneem van groepsbenadeling, moet ontleed.⁶¹¹ Sou dit blyk dat die effek van differensiasie wat neutraal voorkom,

ongelykheid identifiseer wanneer die staat persone wat in ongelyke posisies verkeer eenders behandel. Sien Yap Po-Jen 2005: 63.

⁶⁰⁹ *Minister of Finance and Another v Van Heerden*: par 23. Sien ook *President of RSA v Hugo*: par 41; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice*: par 62; *City Council of Pretoria v Walker*: par 62.

⁶¹⁰ *Minister of Finance and Another v Van Heerden*: par 27.

⁶¹¹ *Minister of Finance & Another v Van Heerden*: par 27.

diskriminerend is, stel sodanige diskriminasie indirekte diskriminasie ingevolge artikel 9(3) daar.⁶¹²

Ten einde 'n *prima facie* diskriminasie-aksie te fundeer, moet 'n verband tussen die differensiasie en die beweerde grond van diskriminasie aangetoon word. In die meeste jurisdiksies waar die ongelyke effek- of indirekte diskriminasieteorie aanvaar is, moet die applikant in 'n diskriminasieszaak eerstens die praktyk wat die beweerde diskriminasie tot gevolg het, identifiseer, en tweedens statistiese bewys van die beweerde effek lewer. Statistiek is dikwels die enigste beskikbare bewysmateriaal om aan te toon dat 'n neutrale praktyk 'n diskriminerende effek het.⁶¹³

In Amerika word die benadering tot die daarstel van 'n *prima facie*-saak van indirekte diskriminasie deur die aanbod van statistiese getuienis oorheers. 'n *Prima facie*-saak word uitgemaak wanneer 'n eiser 'n regtens noemenswaardige statistiese onderverteenwoordiging van of nadelige effek op die klas waaraan hy of sy behoort, aantoon.⁶¹⁴

In die eerste indirekte diskriminasieszaak wat deur die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof beslis is, *City Council of Pretoria v Walker*,⁶¹⁵ het die Hof 'n veel minder rigiede benadering gevolg en in die afwesigheid van statistiese getuienis op sosiale feite wat as algemene kennis aanvaar is, gesteun as grondslag vir 'n bevinding van indirekte diskriminasie. Hierdie feite sluit in dat historiese sogenaamde swart en wit woongebiede steeds onderskeidelik deur oorweldigend swartmense en oorweldigend witmense bewoon word en dat ongelykhede inherent aan ons samelewing bygedra het daartoe dat die infrastruktuur in die swart gebiede swakker is as in die wit gebiede.⁶¹⁶ Dit beteken egter nie dat statistiek nie 'n belangrike rol in Suid-Afrikaanse litigasie speel nie. Behalwe as getuienis om aan te toon dat daar 'n verband tussen 'n differensiërende praktyk of maatreël en die benadeling van 'n klas of groep bestaan,

⁶¹² Currie & De Waal 2005: par 9.4 (f); Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.2.1; Davis *et al* 1997: 57-58.

⁶¹³ Dupper 2000: 749-750.

⁶¹⁴ Dupper 2000: 762.

⁶¹⁵ *City Council of Pretoria v Walker* 1998 (2) SA 363.

⁶¹⁶ *City Council of Pretoria v Walker*: par 4, 32-33. Sien ook *Leonard Dingler Employee Representative Council and Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd and Others* (1997) 11 BLLR 1438 (LC) en *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay* (2007) ZACC 21 wat in par 3.3.2 *infra* bespreek word.

veral in meer genuanseerde situasies, speel dit ook 'n bepalende rol wanneer die omvang van die benadelende effek wat nodig is om 'n *prima facie*-saak van indirekte diskriminasie te fundeer, vasgestel word. Die eiser se bewyslas in hierdie verband sal gekwyt wees wanneer aangetoon is dat die benadelende effek substansieel is tot so 'n mate dat dit onwaarskynlik is dat die ongelykheid toevallig is.⁶¹⁷

Die keuse van die relevante groepe wat vergelyk word, kan 'n noemenswaardige effek op die statistiese analise hê. Binne die werkomgewing kan die aantal mans en vrouens wat in poste aangestel word byvoorbeeld met die plaaslike of nasionale bevolking, of met die aantal gekwalifiseerde mans en vrouens in die plaaslike of nasionale bevolking vergelyk word.⁶¹⁸

Dit volg dat dit relevant is om reeds ter aanvang van die bespreking van indirekte diskriminasie ingevolge artikel 9(3) van die *Grondwet* bestaande ongelykhede tussen groepe of persone op wie die ter sake maatreëls van toepassing is, te ondersoek. Die swart en wit bevolkingsgroepe, asook mans en vroue in die algemeen, binne verskillende gedefinieerde groeperings, met verwysing na opleiding, inkomste en beroepstatus word as vergelykingsbasis geneem, en die statistiese gegewens sal dien ter staving van relevante afleidings en waarnemings wat later in die studie gemaak sal word.

4.3.3.2 Statistiese gegewens met betrekking tot die arbeidsituasie in Suid-Afrika met verwysing na die swart en wit bevolkingsgroepe, mans en vroue, opleiding, inkomste en beroepstatus

Die ongelykheid in inkomste tussen swart- en witmense blyk uit die volgende statistiek, gebaseer op die 2005/2006 data van Statistiek Suid-Afrika.⁶¹⁹

⁶¹⁷ Dupper 2000: 768-770.

⁶¹⁸ Dupper 2000: 776.

⁶¹⁹ Statistics South-Africa: *Main Findings of Income and Expenditure Survey 2005/2006*: <<http://www.statssa.gov.za/ies/findings.asp>>

Die swart bevolkingsgroep vorm 79.4% van die bevolking en ontvang 41.2% van die inkomste van werk en maatskaplike toelaes. Die wit bevolking vorm 9.2% van die bevolking en ontvang 45.3% van die inkomste.

Die gemiddelde jaarlikse inkomste per huishouding van swart⁶²⁰ en witmense vir die inkomstejaar 2005/2006 was onderskeidelik bedrae van R37 711.00 en R280 870.00. Met betrekking tot besteding⁶²¹ val 7.9% swart teenoor 83% wit huishoudings in die boonste een vyfde bestedingsbreuk vanaf R68 528.00 per jaar en hoër. In die tweede bestedingsbreuk, vanaf R30 165.00 tot R68 527.00, val 19.7% swart en 13.6% wit huishoudings, in die breuk R18 575.00 tot R30 164.00 val 23.4% swart en 2.3% wit huishoudings, in die breuk R11 352.00 tot R18 574.00 val 24.3% swart en 0.7% wit huishoudings en in die breuk minder as R11 352.00 val 24.8% swart en 0.3% wit huishoudings.

In Hoofstuk 2 is verwys na die statistiek in die *Labour Force Survey*⁶²² van September 2007 wat aantoon dat poste persentasiegewys soos volg tussen werknemers verdeel is: bestuurders 6.7%; professionele persone 6.4%; tegnici: 9.5%; klerke: 9.1%; verkoops- en dienspersoneel 12.1%; opgeleide persone in posisies in die landbou 2.6%; vakmanne 13.8%; masjien-operateurs 9.5%; elementêre posisies 22% en huiswerkers: 8%.⁶²³

Senior bestuurders en professionele persone benodig een of meer universiteitsgrade, wat drie of meer naskoolse studiejare behels. Tegnici benodig 'n kwalifikasie nie-gelykstaande aan 'n universiteitsgraad, wat naskoolse opleiding van 1 tot 4 jaar behels. Klerke, dienswerkers, vakmanne, opgeleide plaaswerkers en masjien-operateurs benodig 5 jaar sekondêre opleiding en moontlik ook indiensopleiding. Werkers met primêre skoolopleiding kan in elementêre posisies werk⁶²⁴

⁶²⁰ Die Suid-Afrikaanse statistiekdiens onderskei "Africans" as "Black Africans, Coloureds and Indians". Die statistiese gegewens wat hier met betrekking tot swartmense aangehaal word, verwys na "Black Africans" en sluit dus die Kleurling en Indiër bevolkingsgroepe uit.

⁶²¹ Besteding verwys na die volgende aspekte: Voedsel, alkohol, tabak, klere, behuising, water, energie, meubels, huisonderhoud, gesondheid, vervoer, kommunikasie, ontspanning, opvoeding, restaurante en hotelle, diverse goedere en dienste en ongeklassifiseerde uitgawes.

⁶²² Statistics South Africa. Labour Force Survey: ix:

<<http://www.statssa.gov.za/publications/statsdownload.asp?PPN=P0210&SCH=4133>>

⁶²³ Sien hoofstuk 2 par 2.1: 9 hierbo.

⁶²⁴ Statistics South Africa. Labour Accounts for South Africa 2005: 37:

In 2007 het 12.8% swartmense van twintig jaar en ouer en 0.6% witmense in dieselfde ouderdomsgroep geen skoolopleiding gehad nie. Onvoltooide laerskoolopleiding was die hoogste kwalifikasie van 18.8% swartmense en 1.0% witmense, voltooide laerskoolopleiding die hoogste kwalifikasie van 6.5% swartmense en 0.8% witmense en sekondêre opleiding minder as matriek die hoogste kwalifikasie van 40.9% swartmense en 31.6% witmense. Matriek was die hoogste kwalifikasie van 15.4% swartmense en van 35% witmense, terwyl 5.6% swartmense en 31% witmense 'n hoër kwalifikasie behaal het.⁶²⁵ Die matriekuitslae vir 2007 toon dat 39.4% van swart teenoor 1.6% van wit kandidate gedruip het.⁶²⁶

Alhoewel sedert 1995 beperkte vordering gemaak is met betrekking tot die verteenwoordiging van swartmense en vroue in senior posisies,⁶²⁷ was onderverteenvoordiging in hierdie posisies een van die belangrikste redes vir die afkondiging van die *Wet op Gelyke Indiensneming*.⁶²⁸ Ten spyte van regeringsinisiatiewe, onder andere die daarstelling van Sektor Onderwys- en Opleidingsowerhede (SETAS) ingevolge die *Wet op Ontwikkeling van Vaardighede*, word die ongelykheid van opvoedingsgeleentheid steeds deur die gebrekkige teenwoordigheid van swartmense en vroue in bestuursposisies weerspieël.⁶²⁹

Indiensneming vir 2008-2009⁶³⁰ toon dat ten spyte daarvan dat swart⁶³¹ mans 39% en swart vroue 34.7% van die ekonomies aktiewe bevolking⁶³² uitmaak, hulle tans onderskeidelik slegs 9.8% en 3.8% van topbestuursposte beklee, teenoor wit mans en

<<http://www.statssa.gov.za/publications/D0403/D0403.pdf>>

⁶²⁵ Statistics South Africa. Community Survey 2007: 33 tabel 4.4:

<<http://www.statssa.gov.za/publications/P0301/P0301.pdf>>

⁶²⁶ Geskrewe antwoord van die Minister van Onderwys in die Nasionale Vergadering: Internal Question Paper 04-2008, NW 679E, gepubliseer 25-02-2008.

⁶²⁷ Statistics South Africa. South Africa in Transition. Selected Findings from the October Household Survey of 1999 and changes that have occurred between 1995 and 1999: 56-58, 70: <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2001/survey.pdf>> Sien ook Du Toit *et al* 2006: 577 vn 49.

⁶²⁸ *Wet op Gelyke Indiensneming* 55 van 1998

⁶²⁹ Sien beleidsaanbevelings Daniëls 2007: par 7; *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay* (2007) ZACC 21: par 123.

⁶³⁰ Kommissie vir Gelyke Indiensneming Jaarverslag 2008-2009: Tabelle 1:4 en 3:6: Department of Labour: <<http://www.labour.gov.za/documents/annual-reports/Commission%20for%20Employment%20Equity%20Report/2007-2008/commission-for-employment-equity-report-2007-2008>>

⁶³¹ Die statistiek wat aangehaal word, sluit die Kleurling en Indiër bevolkingsgroepe uit.

⁶³² Tabel 1 van die verslag verwys na die sensus-opname 2008 van Statistiek Suid-Afrika. Ekonomies aktiewe persone verwys na persone tussen 15 en 64 jaar wat in diens is of werk soek.

wit vroue wat onderskeidelik 6.8% en 5.3% van die ekonomies aktiewe bevolking uitmaak en onderskeidelik 61.1% en 11.7% van hierdie poste beklee. Swart mans beklee 11.9% van senior bestuursposte en swart vroue 5.4%. Daarteenoor beklee wit mans 47.4% van hierdie poste en wit vroue 17.8%. Swart mans beklee 16.5% van professionele en middelbestuursposte, swart vroue 11.5%, wit mans 33.2% en wit vroue 18.4%. Van geskoolde tegniese en laerbestuursposte beklee swart mans 30.9%, swart vroue 18.9%, wit mans 18.5% en wit vroue 12.5%. Van semi-geskoolde beroepe beklee swart mans 46.3%, swart vroue 23%, wit mans 4% en wit vroue 3.8%. Van ongeskoolde beroepe beklee swart mans 56%, swart vroue 27.3%, wit mans 0.8% en wit vroue 0.4%.⁶³³ Die verslag beskou die feit dat swartmense byna 50% van geskoolde tegniese poste beklee, maar slegs 28% van die poste op die volgende vlak teenoor die meer as 50% wat deur witmense beklee word, as aanduidend daarvan dat witmense disproportioneel bevoordeel is met betrekking tot die geleentheid om te vorder.

Die volgende statistiese gegewens het betrekking op vroue in die algemeen.⁶³⁴

Vroue maak 46% van die ekonomies aktiewe bevolking uit. Van topbestuursposte beklee vroue 18.2% en mans 81.9%, van senior bestuursposte beklee vroue 28.4% en mans 71.9%, van senior professionele en middelbestuursposte beklee vroue 38.2% en mans 61.7%, van geskoolde tegniese en laerbestuursposte beklee vroue 39.4% en mans 60.4%, van semi-geskoolde beroepe beklee vroue 37.5% en mans 62.4% en van ongeskoolde beroepe beklee vroue 33.4% en mans 66.6%. Dieselfde tendens wat in die verslag met betrekking tot die bevorderingsgeleentheid van swartmense in die hoër posvlakke waargeneem is, geld ook ten opsigte van vroue.

Die verband tussen inkomste- en beroepsvlakke en sosio-ekonomiese status spreek vanself en blyk ook uit die statistiek.

⁶³³ Sien ook Du Toit *et al* 2006: 54.

⁶³⁴ Die statistiek wat aangehaal word, verwys na vroue van alle bevolkingsgroepe teenoor mans van alle bevolkingsgroepe. Die klein afwyking wat soms met betrekking tot die 100% totaal van mans en vroue op elke onderskeie posvlak voorkom, is te wyte aan die feit dat afgeronde persentasietotale wat op verskillende bevolkingsgroepe betrekking het, bymekaargetel is.

Vervolgens sal in die lig van hierdie substantiewe feite oorweeg word of die maatreëls indirek diskrimineer op een of meer van die gronde in artikel 9(3).

4.3.3.3 Die indirek diskriminerende effek van die maatreëls

Die beginsels wat van toepassing is wanneer oorweeg word of 'n oënskynlik neutrale maatreël indirekte diskriminasie daarstel, blyk uit die volgende regspraak.

In *City Council of Pretoria v Walker* was die vraag of die vasstelling van 'n vaste tarief vir water en elektrisiteit vir inwoners van sekere woongebiede, terwyl inwoners van ander gebiede 'n verbruiksgebaseerde tarief moes betaal, asook selektiewe regsaksie op dieselfde basis, diskriminerend was. Langa R kom tot die gevolgtrekking dat, in die lig van die apartheidsgeskiedenis, die aanwending van 'n geografiese standaard, alhoewel dit neutraal mag voorkom, in die omstandighede diskriminasie op grond van ras daarstel, deurdadig dit substantief tussen swart en wit bewoners onderskei.⁶³⁵ Benadeling sal eers ter sprake wees met betrekking tot die vraag of die diskriminasie billik is al dan nie.⁶³⁶ Sachs R, in die minderheidsuitspraak, dui aan dat hy in die laasgenoemde opsig verskil. Nadat hy dit pertinent duidelik gestel het dat hy nie argumenteer dat daar opset hoef te wees om te diskrimineer nie, maak hy die stelling dat 'n maatreël, ten einde *prima facie* diskriminerend te wees, minstens identifiseerbare laste of struikelblokke moet oplê, of moet dreig om patrone van benadeling te versterk of op 'n konkrete wyse die waardigheid of gelyke belang van die geaffekteerde persone moet bedreig.⁶³⁷

In *Pillay* moes die Konstitusionele Hof beslis of 'n skoolkode ingevolge waarvan die dra van 'n neusknoopie verbode sou wees, die grondwetlike reg van 'n leerder wat behoort het aan 'n kulturele, religieuse en etniese groepering wat religieuse en kulturele waarde aan die dra van die knopie heg, aangetas het. Die gelykheidsbeginsel soos vervat in artikel 6 van die *Wet op die Bevordering van Billikheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie* was ter sprake. Die Hof, met die uitgangspunt dat

⁶³⁵ *City Council of Pretoria v Walker*: par 32-33. Sien Cheadle *et al* 2002: par 4.8.2.1.

⁶³⁶ *City Council of Pretoria v Walker*: par 32 en 35. Sien ook toepassing in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* 1999 (1) SA 6; 1998 (1) BCLR 1517: par 63-64.

⁶³⁷ *City Council of Pretoria v Walker*: par 113; Pretorius *et al* 2006: par 4.3.4: 4-44.

individue geregtig is op gelyke beskerming van hulle vryheid en menswaardigheid, wat respek vir die unieke stel doelwitte wat 'n individu nastreef, insluit, kom tot die gevolgtrekking dat inderdaad teen die leerder gediskrimineer is op grond van haar godsdiens en kultuur.⁶³⁸

O'Regan R spreek haar soos volg uit met betrekking tot die noodsaaklikheid daarvan dat diversiteit geakkommodeer sal word op 'n wyse wat alle leerders sal laat voel dat hulle gelykwaardig is: "When democracy dawned in 1994, the picture was bleak. By and large South African children of different colours were educated separately in institutions which bore the scars of the appalling policy of apartheid. Excellence in the matriculation examination at the end of twelve years of formal schooling reflected this unequal past. A tremendous challenge faced the new government. Things have improved somewhat but the pattern of disadvantage engraved onto our education system by apartheid has not been erased. In 2003 there were 440 396 candidates for matriculation, of whom 77.4% were Black, 7.2% were Coloured, 3.8% were Indian and 10.5% were White. Only 73% of these candidates passed and a tiny 19% obtained a university entrance pass. While more than 50% of all white candidates who wrote obtained a university entrance pass, only just over 10% of Black candidates who wrote did so. There is much to be done to achieve educational equality of opportunity."⁶³⁹

Die Hof moes die vraag beantwoord of ingevolge die *Wet* die bestaan van 'n vergelykende groep 'n voorvereiste vir 'n bevinding van diskriminasie is. Die argument was dat die aangeleentheid nie as 'n gelykheidseis geïdentifiseer kon word nie, aangesien daar nie 'n dominante groep wat beter as die klaagster behandel is, aangetoon was nie.⁶⁴⁰ Sonder om 'n algemene bevinding in hierdie verband te maak, bevind die Hof dat daar wel 'n basis van vergelyking ("comparator") bestaan, naamlik daardie leerlinge wie se ernstige geloofs- en kulturele oortuigings nie deur die skoolkode gekompromitteer is nie, teenoor daardie leerlinge wie se geloofsoortuigings of geloofspraktyke wel gekompromitteer is. As gevolg van historiese bevoorrordeling

⁶³⁸ MEC for Education: *Kwazulu-Natal and Others v Pillay*: par 61-68.

⁶³⁹ MEC for Education: *Kwazulu-Natal and Others v Pillay* (2007) ZACC 21. Sien Woolman *et al* 2008: 35-84 – 35-85.

⁶⁴⁰ MEC for Education: *Kwazulu-Natal and Others v Pillay*: par 25.

met betrekking tot die aanvaarbaarheid van vorme van versiering, word 'n las op die laasgenoemde groepering geplaas.⁶⁴¹ Die Hof kom, sonder dat *de facto* benadeling van ander lede van die geaffekteerde groep aangetoon is, tot die gevolgtrekking dat inderdaad teen die applikant gediskrimineer is.

O'Regan R in dieselfde saak, met verwysing daarna dat vroeër van tyd tot tyd aan leerders kwytskelding van die skoolkode verleen is ten einde hulle toe te laat om hulle geloofs- en kulturele oortuigings uit te leef, tref die vergelykende onderskeid tussen leerders aan wie kwytskelding op hierdie basis verleen is en leerders aan wie soortgelyke kwytskelding nie verleen is nie.⁶⁴²

Volgens Hogg is die aangewese vergelykingsgroep 'n groep wat met die uitsondering van 'n persoonlike eienskap wat in artikel 15 van die *Kanadese Handves van Regte* vermeld word, of wat analoog is tot die daardie eienskappe, alle eienskappe met die primêre groep deel.⁶⁴³

Dit is insiggewend dat die vergelykingsgroep waarna Langa HR in *Pillay* verwys nie alle leerders in die skool omvat nie, maar spesifiek daardie leerders wat sterk geloofs- en kulturele oortuigings het. Dit is verder insiggewend dat die feit dat die klagster die enigste lid was van die godsdienstige en kulturele groepering waaraan sy behoort het, wat direk deur die betrokke kode beïnvloed is, nie die uiteindelijke beslissing van die hof beïnvloed het nie. Ook was geen inligting met betrekking tot die hoeveelheid ander leerders wat deel was van die groep leerders met ernstige geloof- of kulturele oortuigings, oorweeg nie. Die feit dat die situasie van die individuele klagster manifesterend was van 'n historiese benadering wat diskriminasie op grond van geloofs- en kulturele oortuigings daargestel het, is as voldoende beskou ten einde die gelykheidsbeginsel van toepassing te maak.

⁶⁴¹ *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*: par 44.

⁶⁴² *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay*: par 30, 64-65.

⁶⁴³ Hogg 2007: 633-636.

Goldstone R in *President of the Republic of South Africa v Hugo*⁶⁴⁴ formuleer baie duidelik as uitgangspunt van wetgewing om diskriminasie te voorkom, die doelwit om 'n samelewing daar te stel waar alle mense gelyke menswaardigheid en respek sal geniet. Die perspektief is die van die benadeelde individu en die relevante vraag is of die individu benadeel is op grond daarvan dat hy of sy aan 'n sekere groep behoort, selfs al sou die spesifieke benadeling in die spesifieke omstandighede nie noodwendig ander lede of 'n sekere aantal ander lede van daardie groep benadeel nie.⁶⁴⁵

In *S v Jordan and Others*⁶⁴⁶ bevind Ncobo R dat die bepaling van die *Wet op Seksuele Misdrywe* wat die beoefening van seks vir vergoeding tot 'n strafbare misdryf verklaar, nie indirek diskriminerend is op grond daarvan dat dit op sekswerkers of prostitute, wat gewoonlik vroulik is, van toepassing is, maar nie op hulle kliënte, wat gewoonlik manlik is, nie.⁶⁴⁷ O'Regan R en Sachs R, met verwysing na die feit dat prostitute oorwegend vroulik is en met verwysing na die *Walker*-saak, kom tot 'n ander gevolgtrekking, naamlik dat die maatreël inderdaad diskriminerend is op grond van geslag, nie net op grond van die oorwig van getalle nie, maar ook met verwysing daarna dat die effek van die maatreël 'n patroon van seksuele stereotipering wat op sigself strydig met die *Grondwet* is, versterk.⁶⁴⁸

Vervolgens word kortliks na die benadering tot diskriminasie in diensverband verwys.

⁶⁴⁴ *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*: par 41: "At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups ... Each case, therefore, will require a careful and thorough understanding of the impact of the discriminatory action upon the particular people concerned to determine whether its overall impact is one which furthers the constitutional goal of equality or not. A classification which is unfair in one context may not necessarily be unfair in a different context."

⁶⁴⁵ Sien Pretorius *et al* 2001: 4-7 met verwysing na *Connecticut v Teal* 457 US 440: 455-456; *Craig v Alabama State University* 804 F2d 682 (11th Cir 1986): 686; *Los Angeles Department of Water and Power v Manhart* 435 US 702 (1978) en die Kanadese saak *Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission)* (1990) 2 SCR 489; 1990 CanLII 76 (SCC).

⁶⁴⁶ *S v Jordan and Others* (2002) ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117.

⁶⁴⁷ *S v Jordan and Others*: par 8-15. Die Hof bevind dat die bepaling geslag-neutraal is en nie indirekte diskriminasie daarstel nie. Die basis vir die bevinding is dat die bepaling op alle prostitute van toepassing is, ongeag hulle geslag, dat daar 'n kwalitatiewe verskil tussen die prostituut wat die besigheid van prostitusie bedryf en derhalwe waarskynlik by herhaling die oortreding begaan, en die kliënt wat die dienste van die prostituut slegs by geleentheid gebruik, is, dat 'n onderskeid tussen die handelaar en die kliënt algemeen in wetgewing voorkom, en dat daar strafmaatreëls op die handelaar gerig is in ooreenstemming met die regmatige doelwit van die bepaling, naamlik om kommersiële seks te verban.

⁶⁴⁸ *S v Jordan and Others*: par 60-61.

Die doelwit van die *Wet op Billike Werkseleenthede*⁶⁴⁹ is om uitvoering te gee aan artikel 9 van die *Grondwet* deur in diensverband gelyke geleentheid en billike behandeling deur die uitskakeling van diskriminasie, ook by wyse van regstellende aksie, te bevorder.⁶⁵⁰ Dit kan aanvaar word dat regeringsmaatreëls gerig op billike arbeidspraktyke hierdie doelwit sal onderskryf. Die ter sake maatreëls reël 'n wesenlike aspek van die diensverhouding tussen werkgewer en werknemers, naamlik werkure. Die inkleding en toepassing van die *Wet* is dus relevant in die konteks van die studie.

Artikel 5 van die *Wet* plaas 'n positiewe verpligting op alle werkgewers om deur die uitskakeling van onbillike diskriminasie in diensverband gelyke geleentheid in die werkplek te bevorder. Ingevolge artikel 6(1) mag geen persoon direk of indirek onbillik diskrimineer in enige dienspraktyk of -beleid nie op een of meer van 'n uitgebreide nie-geslote lys van gronde. Ook aan die begrip dienspraktyk of -beleid word 'n wye betekenis gegee.⁶⁵¹ Artikel 6(2) bepaal dat diskriminasie nie onbillik sal wees indien dit ingevolge regstellende aksie-maatreëls ooreenkomstig die doelwitte van die *Wet*,⁶⁵² of ooreenkomstig die inherente vereistes van 'n bepaalde pos geskied nie.⁶⁵³ Du Toit *et al*, met verwysing na die vermelde konvensie van die IAO, kom tot die gevolgtrekking dat die Suid-Afrikaanse konsep van diskriminasie in diensverband verwys na "any distinction, exclusion or preference ...which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity in treatment in employment or occupation." Indirekte diskriminasie sal voorkom wanneer die aanwending van 'n oënskynlik neutrale kriterium wat 'n disproporsionele impak het op 'n groep werknemers wat ingevolge 'n gelyste of ongelyste verbode grond van diskriminasie gedefinieer kan word, nie ingevolge objektiewe diensverwante kriteria geregtvaardig kan word nie.⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ *Wet op Billike Werkseleenthede* 55 van 1998.

⁶⁵⁰ Aanhef en artikel 2 van die *Wet op Billike Werkseleenthede* 55 van 1998. Sien Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 83-832. Du Toit *et al* 2006: 572-573. Die *Wet* moet geïnterpreteer word in ooreenstemming met IAO Konvensie 111: ILOLEX C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C111>> Sien Du Toit *et al* 2006: 579-580.

⁶⁵¹ *Wet op Billike Werkseleenthede* 55 van 1998 artikel 1.

⁶⁵² Sien hoofstuk III van die *Wet op Billike Werkseleenthede* 55 van 1998.

⁶⁵³ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 839-846; Pretorius *et al* 2001: par 5.4.

⁶⁵⁴ Du Toit *et al* 2006: 579-580, 583-584.

Die proses om vas te stel of 'n dienspraktyk of -beleid 'n disproporsioneel benadelende effek het en derhalwe indirekte diskriminasie daarstel, behels drie analitiese stappe, naamlik die identifisering van die regte vergelykingsgroep, die vasstelling of die praktyk die onderskeie groepe disproporsioneel affekteer, en, derdens, of die disproporsionele effek substansieel is.⁶⁵⁵

In *Leonard Dingler Employee Representative Council and Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd and Others*⁶⁵⁶ bevind die Suid-Afrikaanse Arbeidshof dat indirekte rassediskriminasie voorkom wanneer kriteria, voorwaardes of beleid toegepas word wat neutraal voorkom, maar wat 'n disproporsionele aantal van 'n sekere rassegroep benadeel in omstandighede waar hierdie kriteria, voorwaardes of beleid nie regverdigbaar is nie. Op hierdie basis bevind die Hof dat die beperking van lidmaatskap van 'n sekere pensioenfonds tot werknemers wat maandeliks betaal word 'n ongelyke impak op die swart werknemers van die betrokke maatskappy het. Al die ongeveer 220 weekliks betaalde werknemers en slegs 8 van die ongeveer 50 maandeliks betaalde werknemers was swart, derhalwe was die aantal swart werknemers wat vir lidmaatskap van die fonds gekwalifiseer het disproporsioneel laag.⁶⁵⁷

In *Ntai and Others v South African Breweries Limited*⁶⁵⁸ bevind die Hof dat in sekere omstandighede die praktyk om senioriteit of ondervinding aan te wend as faktor by die vasstelling van vergoeding, die effek van diskriminasie van die verlede teen swart werknemers sou kon laat voortduur en sodoende swartmense disproporsioneel sou kon affekteer teenoor witmense wat dieselfde werk doen. Die werkgewer sal onder hierdie omstandighede kan aanvoer dat die aanwending van die faktor op ander gronde as ras geregverdig is. Dit is egter te betwyfel of 'n bloot kommersiële rede die fundamentele waarde van substantiewe gelykheid sal troef, en 'n toets wat meer neig na noodsaaklikheid sal waarskynlik aangeneem moet word. Die Hof beklemtoon dat die betrokke werknemers die bewyslas dra om indirekte diskriminasie te bewys.

⁶⁵⁵ Pretorius *et al* 2001: par 4.3.3: 4-27-4-28.

⁶⁵⁶ *Leonard Dingler Employee Representative Council and Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd and Others* (1997) 11 BLLR 1438 (LC).

⁶⁵⁷ *Leonard Dingler Employee Representative Council and Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd and Others*: 1446.

⁶⁵⁸ *Ntai and Others v South African Breweries Limited* (2001) 2 BLLR 186 (LC).

Getuienis, normaalweg van 'n statistiese aard, is nodig om die disproporsionele effek aan te toon. Sodanige effek mag egter meer ooglopend wees in 'n land met 'n verlede geteister deur diskriminerende praktyke en maatreëls, en dit mag die beweerde slagoffers van indirekte diskriminasie ondersteun in die stel van 'n *prima facie* saak.⁶⁵⁹

Vervolgens word die vermelde beginsels op die ter sake maatreëls toegepas.

Die nadelige effek van die differensiasie ingevolge die ter sake maatreëls ten opsigte van persone wat langer as die vasgestelde maksimum ure werk, of sou wou werk, is in die inleiding van hierdie hoofstuk vermeld.⁶⁶⁰

Met betrekking tot maksimum werkure by dieselfde werkgewer kan, benewens die kategorieë van werknemers op wie die ter sake maatreëls van toepassing is en werknemers op wie dit nie van toepassing is nie, met betrekking tot die effek van die maatreëls, onderskei word tussen diegene wat nie onder finansiële druk verkeer om langer ure te werk nie en diegene wat weens agterstande ten opsigte van kwalifikasies en finansiële nood noodgedwonge langer ure werk. Daar kan onderskei word tussen ondernemers wat as tweede beroep 'n privaatonderneming kan bedryf en potensiële ondernemers wat nie oor die fondse beskik om sodanige onderneming te finansier nie. Daar kan ook onderskei word tussen mense wat beroepe beklee wat hulle beroepspotensiaal bevredig en mense wat weens die vermelde agterstande beroepe beklee wat nie hulle vermoë bevredig nie. Op dieselfde basis kan onderskei word tussen mense in bestuursposisies en mense met die potensiaal om bestuurders te wees, maar wat nie bestuursposisies beklee nie. In die onderskeie eersgenoemde groeperings is die lede proporsioneel gesproke oorweldigend wit en manlik, en in die onderskeie laasgenoemde groeperings oorweldigend swart en vroulik.⁶⁶¹

Met as uitgangspunt, gegrond op die statistiek wat aangehaal is, dat swartmense en vroue weens finansiële agterstand en gebrekkige kwalifikasies druk ervaar om langer

⁶⁵⁹ *Ntai and Others v South African Breweries Limited*: par 80-82. Sien ook *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)* (1999) 2 BLLR 115 (LC).

⁶⁶⁰ Sien hoofstuk 4 par 1: 121-122 hierbo.

⁶⁶¹ Met uitsondering van die spesifieke maatreëls met betrekking tot verkoops personeel en deelydse en voltydse werkers waar sodanige gevolgtrekking nie op die statistiek wat aangehaal is, gebaseer kan word nie.

ure te werk en minder as die inkomstegrens verdien, kan die stelling gemaak word dat die vergelykingsbasisse wat geïdentifiseer is met die rasse- en geslagsverband van die groeperings verband hou en dat swartmense en vroue proporsioneel swaarder as witmense en mans deur die nadelige effek van die maatreëls getref word.

Met betrekking tot uitsluiting van die ter sake maatreëls het dit geblyk dat die onderskeid op grond van die vasgestelde inkomstegrens onder-uitsluitend is met betrekking tot die doelwit van die onderskeid, naamlik om diegene wat nie die bedoelde beskerming van die beperking van werkure by dieselfde werkgewer nodig het nie, van die beperking uit te sluit.⁶⁶² Dieselfde kan gesê word van die eng definisie van bestuurswerknemer wanneer beroepsvlak as uitsluitingsmaatstaf gebruik word. In die bespreking van menswaardigheid is die gevolgtrekking gemaak dat die aanwending van die inkomste- en beroepstatusgrens die menswaardigheid van diegene wat die bedoelde beskerming in werklikheid nie nodig het nie, aantast.⁶⁶³ In die gelykheidskonteks blyk op grond van die statistiek wat aangehaal is dat juis swart en vroulike individue wat ten spyte van die vermelde agterstande deur middel van harde werk en sterk persoonlikheidseienskappe die leer klim en reeds posisies beklee waarin hulle teen uitbuiting verskans is, deur die onder-uitsluiting geaffekteer en gefrustreer word. Die onder-uitsluiting word versterk deur die feit dat swart persone en vroue met potensiaal juis as gevolg van onder andere die bepalinge van die *Wet op Gelyke Indiensneming*⁶⁶⁴ en swart bemagtigingsaksies, wat ten doel het om die onbillike effek van diskriminasie aan te spreek, in aanvraag is en derhalwe groter bedingingsmag het.

Daar kan dus verder onderskei word tussen werknemers aan wie kwytskelding van die maatreëls verleen is en werknemers aan wie sodanige kwytskelding nie verleen is nie, en, in die lig van die effek van die onderskeid, tussen werknemers wat nie deur nie-uitsluiting gefrustreer word nie en werknemers wat wel daardeur gefrustreer word. Weereens is die laasgenoemde groeperings oorweldigend swart en disproporsioneel vroulik.

⁶⁶² Sien hoofstuk 2 par 2.1: 7-9 hierbo.

⁶⁶³ Sien hoofstuk 3 par 4.1.3: 95-96 hierbo.

⁶⁶⁴ Dit is 'n doelwit van die *Wet* om 'n diverse werkmag wat verteenwoordigend is van die bevolkingsamestelling op alle diensvlakke te bevorder.

Die argument is dat die verskil tussen swart- en witmense en mans en vroue met betrekking tot finansiële vermoë en beroepstatus, 'n scenario wat rasse- en geslagsdiskriminasie weerspieël, manifesteer in die vermelde groeperings, en dat die substantiewe effek van die maatreëls is dat die potensiaal van diegene wat hulle in die laasgenoemde groeperings bevind, om agterstande as gevolg van diskriminasie van die verlede uit te wis, in die wiewe gery word. 'n Individuele swart of vroulike persoon wat weens die ter sake maatreëls genoodsaak is om by verskillende werkgewers te werk of om nie langer ure te werk nie, en wat binne een van die laasgenoemde groeperings val, kan aanvoer dat hy of sy hom of haar in hierdie groep bevind omdat hy of sy swart of 'n vrou is, en dat die maatreëls derhalwe, ingevolge die vermelde effek daarvan met betrekking tot die vermelde groep, indirek teen hom of haar diskrimineer op grond van ras of geslag.

In die lig van die verband tussen inkomste- en beroepsvlakke en sosio-ekonomiese status ontstaan die vraag of die maatreëls ook indirek diskrimineer op hierdie grond. 'n Oënskynlik neutrale differensiërende maatreël diskrimineer op 'n analoë grond wanneer die impak van die maatreël is dat die menswaardigheid van mense in substansie geraak word.⁶⁶⁵ Die verband tussen lae vlakke van sosio-ekonomiese status,⁶⁶⁶ werk,⁶⁶⁷ en die aantasting van menswaardigheid,⁶⁶⁸ is reeds aangetoon. Die feit is dat die vermelde klassifikasies sistemiese sosiale en/of ekonomiese benadeling in stand hou. 'n Stelling deur die Minister van Arbeid in 'n toespraak by die 21^{ste} Jaarlikse Arbeidsregkonferensie in Junie 2008 in Sandton, dat werkers toenemend nie hulle vervoerkoste om te kan werk, kan bekostig nie, en nog minder daarin slaag om hulle families te onderhou, illustreer die punt. Die Minister verwys na navorsing wat aangetoon het dat 50% van studente wat vir hoër opvoedingsprogramme ingeskryf

⁶⁶⁵ Pretorius *et al* 2001: par 4.3.3. Sien ook *Larbi-Odam and Others v MEC for Education (North-West Province) and Another*: par 16; Currie & De Waal 2005: par 9.4(e). In *Hoffman v South African Airways* bevind die Konstitusionele Hof dat die betrokke lugdiens se beleid om nie MIV-positiewe vlugassistentie aan te stel nie, diskrimineer op 'n analoë grond. Om MIV-positiewe mense hulle werk te ontsê op grond van hulle MIV-status sonder inagneming van hulle vermoë om hulle werksverpligtinge uit te voer, kom neer op stigmatisering en maak inbreuk op hulle waardigheid. Die Hof maak die verdere punt dat die feit dat sommige mense met MIV nie gesond genoeg is om as vlugassistentie te werk nie, nie 'n algemene beleid om nie MIV-positiewe persone in die posisie aan te stel, regverdig nie. Woolman *et al* 2008: 35-48 – 35-51; Sien ook Hogg 2007: 624, 629-631.

⁶⁶⁶ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96-98 hierbo.

⁶⁶⁷ Sien hoofstuk 3 par 4.1.2: 93-96 hierbo.

⁶⁶⁸ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.2: 98-100 hierbo.

het, hulle studies as gevolg van armoede en gebrek aan fondse gestaak het, wat die regering R4,5 biljoen aan verlies van toelaes gekos het. Van die studente wat uitgesak het, is 70% uitermate arm met 'n maandelikse huishoudelike inkomste van tussen R400 en R1600, en die meeste is swart.⁶⁶⁹

Daar is reeds verwys na *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Others*⁶⁷⁰ waar Nugent AR die vryheid om produktiewe werk te verrig, selfs waar dit nie noodsaaklik is vir oorlewing nie, as 'n belangrike komponent van menswaardigheid beskou. Daar is aangetoon dat die ter sake maatreëls die menswaardigheid van werknemers wat weens die onnoukeurigheid van die onderskeie maatstawwe aan die ter sake maatreëls onderwerp word, terwyl hulle die bedoelde beskerming nie benodig nie, aantas.⁶⁷¹ Hierdie werknemers kan dus ook aanvoer dat die maatreëls teen hulle diskrimineer op 'n analoë grond. Ook individue in beroepsomstandighede wat dieselfde meriete het om langer werkure te regverdig as verkoops personeel in die bepaalde omstandighede, of as werknemers in ander beroepskategorieë wat ingevolge sektorale en ministeriële vasstellings langer ure mag werk, kan op hierdie basis aanvoer dat teen hulle gediskrimineer word.

Die gevolgtrekking is dus onafwendbaar dat die vasstelling van maksimum werkure swartmense, vroue en mense met laer sosio-ekonomiese status disproporsioneel affekteer met betrekking tot hulle benadeelde posisie weens diskriminasie van die verlede. Met betrekking tot die uitsluitings word 'n disproporsioneel groter persentasie van swart persone as wit persone, vroue as mans en mense in finansiële nood as welgestelde mense wat langer ure by dieselfde werkgewer wil werk, deur die *Wet* hiervan weerhou.

Vervolgens sal ingevolge die *Harksen*-toets oorweeg word of die diskriminasie onbillik is al dan nie.

4.3.4 Onbillike diskriminasie

⁶⁶⁹ South African Government Information:
<<http://www.info.gov.za/speeches/2008/08070117151001.htm>>

⁶⁷⁰ Sien hoofstuk 3 par 4.1.2: 94 hierbo.

⁶⁷¹ *Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Others*: par 27. Sien hoofstuk 3 par 4.1.3: 95-96 hierbo.

Diskriminasie op een van die gelyste gronde in artikel 9(3) word vermoed onbillik te wees. Hierdie vermoede word gebaseer op die feit dat in die verlede hierdie gronde misbruik is ten einde mense te kategoriseer, te marginaliseer en dikwels te onderdruk. Ten einde die vermoede te weerlê, sal aangetoon moet word dat die diskriminerende handeling die doelwit van die nuwe konstitusionele orde dien. Hierdie doelwit is die daarstelling van 'n gemeenskap waar alle mense gelyke respek en waardigheid geniet, ongeag hulle lidmaatskap van 'n spesifieke groep. In die geval van diskriminasie op 'n analoë grond moet onbillikheid bewys word deur aan te toon dat die diskriminerende handeling nie die vermelde doelwit dien nie.⁶⁷²

Goldstone R in *Harksen* bevind dat 'n objektiewe oorweging van die volgende faktore in samehang met mekaar 'n aanduiding sal gee of die impak van diskriminasie onbillik is al dan nie:⁶⁷³

(a) Die posisie van diegene wat geraak word in die samelewing, of hulle voorheen die slagoffers van patrone van benadeling was en of die diskriminasie ter sake op 'n gespesifiseerde grond is of nie. (b) Die aard van die bepaling of mag en die doelwit waarop dit gerig is. Indien die diskriminasie nie in die eerste instansie daarop gerig is om die betrokke persone te benadeel nie, maar om 'n belangrike en prysenswaardige sosiale doelwit te bevorder, byvoorbeeld gelykheid van almal, of diegene wat geraak word, met inagneming van hierdie doelwit, inderdaad deur die betrokke diskriminasie benadeel word. (c) Met inagneming van bogenoemde en enige ander relevante faktore, die mate waartoe die diskriminasie die regte en belange van die betrokke persone geaffekteer het, en of dit gelei het tot 'n aantasting van hulle fundamentele menswaardigheid of 'n ander ingryp van vergelykbare erns. Albertyn beklemtoon dat

⁶⁷² Currie & De Waal 2005: 245, 248-249; *Harksen v Lane*: par 49.

⁶⁷³ Die *Wet op Billike Werkseleenthede* spesifiseer nie 'n standaard wat gestel moet word wanneer die billikheid van diskriminasie binne diensverband oorweeg word nie. Dieselfde beginsels is dus van toepassing. In die algemeen wanneer die billikheids- en regverdigbaarheidsstoetse in hierdie veld toegepas is, het die beperking van gelykheidsregte, soos elders, 'n hoë graad van regverdiging vereis. Slegs relatief belangrike kompeterende belange, en slegs in omstandighede waar die diskriminerende maatreëls minstens redelik noodsaaklik was om daardie belange te beskerm, het opgeweeg. In *East Rand Proprietary Mines Ltd v UPUSA* (1997) 1 BLLR 10 (LAC): 27-28 is 'n besonder streng standaard gestel. Cameron R maak die volgende stelling: "... Where a dismissal is motivated by operational reasons which arise from ethnic or racial hostility, the court will in my view countenance the dismissal only where it is satisfied that management not only acted reasonably, but that it had no alternative to the dismissal." Sien Pretorius *et al* 2006: par 5.3: 5-7-5-9.

onbillikheid uiteindelik bepaal word deur die effek van die diskriminasie op die applikant. Dit beteken dat die ondersoek primêr op die posisie van die applikant fokus, eerder as op die regverdiging of verweer van die respondent. Die benadering is egter omvattend en genuanseerd en alle faktore moet relatief tot impak oorweeg word. Die drie vermelde faktore is nie 'n geslote lys nie, en die kumulatiewe effek van die faktore moet ondersoek word.⁶⁷⁴

4.3.4.1 Die posisie van diegene wat geraak word

Diskriminasie is meer waarskynlik onbillik indien dit met historiese, sosiale of ekonomiese agterstande saamval. Dit verskans ongelykheid tussen verskillende groepe in die samelewing en kan tot verdere patrone van groepsdiskriminasie lei.⁶⁷⁵

Die verband tussen die differensiasie wat die ter sake maatreëls daarstel, die fundamentele menswaardigheid van diegene teen wie die maatreëls diskrimineer en vorige patrone van benadeling is reeds aangetoon. Die feit is dat arm mense kwesbaar is. Mense wat weens onoorbrugbare agterstand nie ooreenkomstig hulle potensiaal presteer nie, se menswaardigheid word aangetas. Mense wie se finansiële nood daarmee verband hou dat hulle ander behoeftige lede van die gemeenskap finansiële ondersteun, 'n algemene situasie in Suid-Afrika, se finansiële agterstand verteenwoordig direk die agterstand van die kollektiewe gemeenskap. Mense wat 'n poging aanwend om agterstande uit te wis en sodoende hulle kwesbaarheid te verminder deur finansiële of ander druk, wat 'n behoefte tot selfverwesening en vooruitgang insluit, aan te spreek of te wil aanspreek deur op 'n permanente basis langer as vyf-en-vyftig uur per week te werk, verdien ondersteuning. Hierdie mense kan, ingevolge die gelykheidsbeginsel, aanspraak maak op substantiewe gelyke geleenthede. Die ter sake maatreëls ontse hulle egter die dikwels voordeligste geleentheid om hulle potensiaal te verwesening, naamlik om langer ure by hulle primêre werkgewer te werk.

⁶⁷⁴ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al*: 4.8.3.1 vn 343, 344 en 355 waar verwys word na *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*: par 37, 43; *Harksen v Lane NO and Others*: par 51; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*: par 19.

⁶⁷⁵ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.3.2; *Brink v Kitshoff NO* 1996 (6) BCLR 752 (CC): par 42; *City Council of Pretoria v Walker*: par 46-47. Vir die Kanadese posisie sien Hogg 2007: 648.

Die onakkurate toepassingsveld en die oneffektiwiteit en irrelevansie van die ter sake maatreëls met verwysing na die doelwitte van die maatreëls, is aangetoon. Deur te versuim om die ter sake wetgewing noukeurig te ontwerp ten einde te voorkom dat die situasie van mense met 'n sosiale agterstand op 'n onnodige en ondeurdagte wyse vererger word, ignoreer die staat sy verantwoordelikheid en die verantwoordelikheid van die Suid-Afrikaanse samelewing teenoor individue wat hard werk of wil werk om hulle agterstand uit te wis en hulle eiewaarde positief te ervaar.⁶⁷⁶

Dit blyk dat die posisie van die vermelde werknemers 'n gevolgtrekking van onbillikheid grootliks ondersteun.

Aan die ander kant sal die posisie van mense wat minder as die inkomstegrensbedrag verdien, maar nie voorheen benadeel was nie, poste beklee wat hulle beroepspotensiaal bevredig, en slegs ter wille van groter beroepsbevrediging of finansiële voordeel langer ure wil werk, minder gewig dra in die bepaling van onbillikheid.

4.3.4.2 Die benadeling

Hoe groter die inbreuk is wat diskriminasie op die fundamentele regte van mense maak, hoe groter is die waarskynlikheid dat die diskriminasie onbillik is. Die twee bevindings in *Walker* bied 'n interessante voorbeeld. Die Hof bevind dat die kruis-subsidiëring van swart woongebiede by wyse van die diskriminerende maatreël dat swart bewoners 'n vasgestelde tarief vir dienste betaal, terwyl wit bewoners 'n verbruikstarief betaal, nie die menswaardigheid van die wit inwoners beperk of 'n soortgelyke inbreuk maak nie, en derhalwe billik is. Daarenteen bevind die Hof dat die diskriminerende praktyk dat betaling van wit bewoners se skuld afgedwing word, terwyl swart bewoners nie aan soortgelyke regsaksie onderwerp word nie, onbillik is. Die Hof motiveer die tweede bevinding soos volg: "No members of a racial group should be made to feel that they are not deserving of equal 'concern, respect and

⁶⁷⁶ Vergelyk met die siening in Stone *et al* 1999: 549-550 waarna verwys is in hoofstuk 4 par 2.1: 136.

consideration' and that the law is more likely to be used against them more harshly than others who belong to other racial groups."⁶⁷⁷

Daar is reeds aangetoon dat die ter sake maatreëls die vryheid en menswaardigheid van diegene wat weens die ter sake maatreëls by verskillende werkgewers langer ure werk of nie langer ure werk nie, aantas. Daar is gewys daarop dat, indien die werkure by die tweede werkgewer minder as 24 uur per maand beloop, wat in die omstandighede waarskynlik is, geen van die bepalings van Hoofstuk 2 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* met betrekking tot daardie diensverhouding van toepassing is nie.⁶⁷⁸

In die gelykheidskonteks is die realistiese werklikheid dat diegene wat as gevolg van armoede en swak skoolopleiding mindere prestasies op hulle *curriculum vitae* kan vermeld as ander met dieselfde intellektuele en werkvermoëns wat weens beter omstandighede beter kwalifikasies verwerf het, eenvoudig agter die ander in die ry staan wanneer werknemers "uitgelig" word om hoëprofielposte binne die spesifieke werkskategorie te beklee.

Die voor die hand liggende wyse waarop eersgenoemde persone deur persoonlike insette hulle agterstand kan uitwis, is deur langer ure te werk ten einde die nodige fondse om opleiding of verdere opleiding te ondergaan, te bekom. Wanneer hierdie ekstra ure by dieselfde werkgewer gewerk word, sal die betrokke werknemer die geleentheid hê om hom- of haarself terselfdertyd binne die werkomgewing op grond van vermoë en werksprestasie te onderskei en sodoende opgang te maak. Sou die werknemer die ekstra ure by 'n tweede werkgewer werk, sal hierdie voordeel uiteraard verval.

Die effek van die diskriminasie op grond van die inkomste en werksvlakmaatstawwe is eweneens nadelig. Die onnoukeurigheid van die maatstawwe het tot gevolg dat persone wat die bedoelde beskerming van die beperkende maatreëls nie nodig het nie, daaraan onderwerp word. 'n Patroon ontstaan waarvolgens mense wat onder die

⁶⁷⁷ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.3.2; *City Council of Pretoria v Walker*: par 64-81.

⁶⁷⁸ Sien hoofstuk 3 vn 340: 95 hierbo.

inkomstegrens val en weens sistemiese benadeling nie oor die kwalifikasies beskik om 'n bestuurspos of hoër bestuurspos te beklee nie, toenemend vasgevang word in 'n situasie waar hulle min kan doen om daardie omstandighede wat aanvanklik in hulle pad gestaan het om deel te vorm van die ander groep, te verander en te oorkom. Hulle word gemarginaliseer deurdat hulle uitgeskakel word uit die onderlinge kompetisie tussen diegene wat meer as die inkomstegrensbedrag verdien of hoër posisies beklee.

Weereens sal die benadeling van mense wat nie weens diskriminerende praktyke agterstande met betrekking tot opleiding en beroepsgeleentheid opgebou het nie, wat hulle vermoë en potensiaal in hulle beroepe uitleef, en slegs met die oog op beroeps- en lewensbevrediging en groter finansiële gewin langer ure wil werk, minder gewig dra.

Albertyn maak die stelling dat die hoewe toenemend bevindings van ongrondwetlikheid met die benadelende impak op egte mense se lewens verbind. Hierdie benadering is noodsaaklik ten einde die hof binne 'n breë demokratiese verhouding met die gemeenskap te plaas.⁶⁷⁹

Die volgende realistiese praktiese scenarios illustreer effektief dat albei die betrokke maatreëls substantief benadelend is met betrekking tot die relevante groepe mense wat om dwingende finansiële redes en ten einde agterstande uit te wis, langer ure werk.

Die swart, vroulike of minder gegoede persoon wat minder as die vasgestelde bedrag verdien, was saans iewers skottelgoed of verkoop drank om meer geld te verdien ten einde onbillike agterstande wat sy of haar vooruitgang strem, te kan uitwis. Sy of haar kollega wat dieselfde potensiaal as hy of sy het, maar wat as gevolg van beter geleenthede in die verlede reeds 'n posisie beklee waar hy of sy meer as die inkomstegrensbedrag verdien, werk saans by hulle gemeenskaplike werkgewer in veel beter werksomstandighede vir 'n beter salaris en oortydvergoeding. Terselfdertyd doen die kollega meer ondervinding op, maak 'n goeie indruk en onderskei hom of haar as toegewyde en dinamiese werknemer met die karakter-eienskappe wat van werknemers in bestuursposisies verwag word.

⁶⁷⁹ Albertyn "Equality" in Cheadle *et al* 2002: par 4.8.3.2.

Bogenoemde voorbeeld sal veral toepassing vind in beroepe wat meer professioneel, tegnies of persoonlik van aard is en waar werknemers op 'n meer individualistiese wyse funksioneer, teenoor byvoorbeeld beroepe waar groot groepe mynwerkers, padwerkers of handarbeiders weens praktiese oorwegings meestal streng as homogene groep funksioneer en hanteer word. In hierdie verband moet egter beklemtoon word dat in beginsel die aanspraak op die gelykheidsbeginsel deur individue wat langer by dieselfde werkgewer wil en kan werk, nie daarvan afhanklik is dat ander werknemers dieselfde behoefte moet hê nie.

Die volgende voorbeeld illustreer die negatiewe impak van die maatreëls ten opsigte van elke arm persoon wat in omstandighede verkeer waar hy of sy sonder om sy of haar gesondheid, lewenskwaliteit of menswaardigheid daardeur op die spel te plaas, sy of haar lewensomstandighede deur langer werkure kan verbeter en sodoende meer menswaardig kan lewe. 'n Jong, energieke en dinamiese dame werk as huishoudster. Sy het nie naskoolse opleiding nie, maar doen 'n korrespondensiekursus. Daarvoor het sy geld nodig. Sy stuur ook gereeld geld aan haar ouers wat baie arm is. Sy woon in op die perseel waar sy werk. Haar werkgewer het twee kinders. Wanneer die kinders by die skool is, handel die werknemer haar dagtake maklik af. Wanneer haar werkgewer saans uitgaan, sien sy om na die kinders. Sy hou van kinders en geniet haar werk. Daarby verdien sy oortydbetaling. Wanneer die kinders gaan slaap, werk sy aan haar studies. Dit gebeur gereeld dat sy in totaal meer as vyf-en-vyftig uur per week by haar werkgewer sou kon werk. In plaas daarvan werk sy weens die ter sake maatreëls gereeld Saterdaggaande in 'n kroeg. Haar betaling is veel minder, sy het reiskoste en die werksomstandighede is gevaarlik en onbevredigend.

Die *Harksen*-toets vereis dat hierdie werknemers se kwesbare posisie binne die samelewing, en die feit dat die ter sake maatreëls hierdie posisie versterk, in samehang met die doelwitte van die maatreëls oorweeg moet word.

4.3.4.3 Die bevordering van belangrike en prysenswaardige sosiale doelwitte

Dit is duidelik dat die ter sake maatreëls nie in die eerste instansie daarop gerig was om diegene wat langer ure werk of wil werk te benadeel nie. Daar is aangetoon dat die

doelwitte kontraproduktief reflekteer ten opsigte van 'n groepering mense binne die groep wat geïdentifiseer is as diegene wat beskermende maatreëls benodig. Die vraag is nou of die ter sake maatreëls die daarstelling van 'n gemeenskap waar alle mense, insluitende alle werknemers, gelyke respek en waardigheid geniet, sodanig dien dat die benadeling van sekere werknemers verreken word tot dié mate dat die maatreëls nie as onbillik beskou kan word nie.

Die maatreëls is inderdaad gerig op prysenswaardige sosiale doelwitte, naamlik die bevordering van ekonomiese groei en sosiale geregtigheid. Hierdie doelwitte is aan verdere prysenswaardige sosiale doelwitte wat as primêre doelwitte beskryf word, onderhewig, naamlik die daarstel van 'n billike arbeidsomgewing waar werknemers menswaardig behandel word. Met die uitgangspunt dat werknemers in 'n swakker bedingingsposisie as werkgewers verkeer, is die maatreëls gebiedend geformuleer ten einde werknemers teen uitbuiting te beskerm. Die realisering van hierdie doelwitte sal uiteraard die algemene doelwit van die nuwe konstitusionele orde dien ⁶⁸⁰

Ingevolge die *Harksen*-toets vir billikheid is dit egter relevant om te ondersoek in watter mate die maatreëls nodig is vir die realisering van die doelwitte en of die maatreëls die doelwitte inderdaad bevorder.

Met betrekking tot die realisering van die breë doelwitte van die *Wet* deur die toepassing van die ter sake maatreëls is in die konteks van die redelikheidstoets ingevolge artikels 26, 27 en 28 van die *Grondwet* die stelling gemaak dat die vasstelling van maksimum werkure by dieselfde werkgewer nie effektief voorkom dat werknemers wat onder finansiële druk verkeer by verskillende werkgewers in totaal langer ure werk nie, en dat dit onwaarskynlik is dat die daarstel van 'n limiet op werkure inderdaad meer werksgeleenthede vir mense wat nie in hulle basiese lewensbehoefte kan voorsien nie, skep. ⁶⁸¹

Met betrekking tot die primêre doelwitte van die *Wet* moet die volgende aspekte in ag geneem word. In 'n situasie waar geen arbeidskontrole is nie, waar werkers geen

⁶⁸⁰ Sien hoofstuk 2 par 3.1: 16-17 hierbo.

⁶⁸¹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.4: 101-104.

bedingingsmag het nie en waar dit tot werkgewers se ekonomiese voordeel sou wees om remedielose werkers te dryf om onrealistiese ure te werk, kan 'n beperking van werkure by dieselfde werkgewer moontlik sin maak ten einde werknemers teen uitbuiting deur gewetenlose werkgewers te beskerm. In die Suid-Afrikaanse konteks waar werkgewers 'n relatief hoë vergoeding vir oortyd moet betaal, waar gesondheidswetgewing⁶⁸² in plek is, waar rustydperke deur wetgewing vasgelê is,⁶⁸³ en waar vakbonde en ander kontroleliggame rolspelers is, sal dit nie vir 'n individuele werkgewer ekonomies voordelig of haalbaar wees om uitgeputte werknemers langer ure teen oortydbetaling te laat werk of om gesondheidswetgewing te oortree nie. Verdere beskerming word verleen deur die feit dat ingevolge artikel 10(1) van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* oortydwerk slegs ingevolge 'n ooreenkoms tussen die werkgewer en werknemer vereis mag word, en dat sodanige ooreenkoms, indien dit by die aanvang van die diensooreenkoms of binne drie maande daarna aangegaan is, na een jaar verval. 'n Werknemer wat teen sy sin gedwing sou word om onredelike lang ure te werk, sal ook ingevolge die *Wet op Arbeidsverhoudinge* 'n saak van konstruktiewe ontslag kan uitmaak.⁶⁸⁴

Verdere beskermingsmaatreëls sou ingestel kon word sonder om die vryheid van individuele werknemers om langer ure te beding totaal aan bande te lê. Die maatreëls wat in Engeland en in sekere Kanadese provinsies van toepassing is, is voorbeelde hiervan.⁶⁸⁵

In *Pfeiffer v Deutsches Rotes Kreuz*⁶⁸⁶ stel die Europese Geregshof as beginsel dat, aangesien die doel is om werknemers, wat gewoonlik die swakker party tot die kontrak is, te beskerm, 'n geldige uitkontraktering individueel, uitdruklik en vry gegee moet word. Die Hof verwys na sake waarin aan die hand gedoen is dat die praktyk om uitkontrakterings ("opt-outs") in dienskontrakte in te sluit of saam met die

⁶⁸² Artikel 7 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* vereis dat 'n werkgewer die werktyd van elke werknemer moet reël ooreenkomstig die bepalings van enige wet met betrekking tot beroepsgesondheid en -veiligheid, met inagneming van die gesondheid en veiligheid van werknemers, die bepalings van die *Kode vir Goeie Praktyk oor die Reëling van Werktyd* en die familie-verantwoordelikhede van werknemers.

⁶⁸³ Grogan 2007: 70; Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 341.

⁶⁸⁴ *Wet op Arbeidsverhoudinge* 66 van 1995: artikel 186 (e).

⁶⁸⁵ Sien hoofstuk 2 par 4.3 en 4.4: 31-36.

⁶⁸⁶ *Pfeiffer and ors v Deutsches Rotes Kreuz and ors* (2004) European Court of Justice joined cases C-397/01 - C-403/01, ECJ (2005) ICR 1307; (2005) IRLR 137.

werksaانبod uit te reik, strydig is met die konsep dat toestemming vrywillig verleen is. Met betrekking tot die praktyk in die Verenigde Koninkryk stel die Hof voor dat, wanneer 'n nuwe of voornemende werknemer versoek word om die bedoelde ooreenkoms aan te gaan, dit op skrif duidelik aan die werknemer gestel sal word dat daar geen verpligting op hom is om die ooreenkoms aan te gaan nie.⁶⁸⁷

By wyse van ministeriële bevoegdheid en kollektiewe bedinging, ten spyte van onderskeidelik die *Wet* en vakbonde se verklaarde doelwitte om werkure te verminder,⁶⁸⁸ is legitieme gevolg aan kollektiewe behoeftes om langer ure te werk, gegee. Die MIBCO-ooreenkoms⁶⁸⁹ en vasstellings met betrekking tot plaaswerkers en sekuriteitsbeamptes dien as voorbeelde.⁶⁹⁰ Sodoende is erkenning gegee aan die feit dat langer werkure nie noodwendig die doelwitte van die *Wet* teëwerk nie, en dit selfs kan bevorder. Individuele werknemers binne sekere werksituasies en -omstandighede kan sekerlik minstens dieselfde meriete hê om, sonder om die doelstellings van die *Wet* in die wiele te ry, soortgelyke ooreenkomste aan te gaan. Wat meer is, indien in ag geneem word dat die effek van die doelstellings is dat sommige werknemers juis benadeel en selfs uitgebuit kan word,⁶⁹¹ kan die doelstellings selfs in die algemeen bevorder word deur op 'n beheerde wyse aan werknemers die geleentheid te gee om ooreenkomstig hulle beste belang werkure ooreen te kom.

Dit volg dat die effektiwiteit en noodsaaklikheid van die maatreëls ter bevordering van die doelstellings ernstig onder verdenking is.

Die bevinding van die Duitse Konstitusionele Hof in die *Nagdiens*-saak⁶⁹² dat wetgewing wat die aanstelling van vroulike blouboordjiewerkers gedurende die nag verbied, ingevolge artikel 3 van die *Duitse Grondwet* ongrondwetlik is, bied 'n treffende analogie. Die substantiewe model van gelykheid is toegepas. Die Hof wys op die gevaar dat die wetgewing, ten spyte van die doelwit daarvan om vroue te

⁶⁸⁷ *Pfeiffer and ors v Deutsches Rotes Kreuz and ors*: par 82-86.

⁶⁸⁸ Sien Bylae 1 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*. Sien ook Cosatu Campaigns Bulletin 2006: <<http://www.cosatu.org.za/digest/1996/cbaug96.htm>>

⁶⁸⁹ Sien hoofstuk 2 par 2.3.2 vn 25: 14 hierbo.

⁶⁹⁰ Sien hoofstuk 2 par 2.3.4 vn 32-34: 16 hierbo.

⁶⁹¹ Sien hoofstuk 2 par 2.2: 11. Sien ook hoofstuk 3 par 4.1.3 vn 340: 95 hierbo.

⁶⁹² *Nagdiens*-saak (1992) 85 BVerfGE 191.

<<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/vnoctur.htm>>

beskerm, ongelykheid in die hand werk, deurdat dit vroue die gelyke geleentheid om geld te verdien en die vryheid om oor hulle eie werkstyd te beskik, ontnem. Die Hof is van mening dat die institutionalisering van die persepsie dat vroue in die omstandighede meer beskerming nodig het, die opheffing van die sosiale benadeling van vroue juis teëwerk, en dat die negatiewe effek van nagwerk deur direkte en spesifieke algemeengeldende maatreëls aangespreek behoort te word.⁶⁹³

Die Hof bevind verder dat die differensiasie tussen vroulike witboordjie- en blouboordjiewerkers ook nie grondwetlik regverdigbaar is nie. In sekere sektore het dit tot minder opleidings- en werkseleenthede gelei. Sou daar getuienis wees dat witboordjiewerkers minder as blouboordjiewerkers deur nagwerk belas word, sê die Hof, sou daar 'n basis wees vir die ongelyke behandeling van die twee groepe. Daar is egter nie gronde vir sodanige gevolgtrekking nie.⁶⁹⁴

In die Suid-Afrikaanse regspraak is *President of the Republic of South Africa v Hugo* 'n voorbeeld van 'n bevinding waar 'n prysenswaardige sosiale doelwit tot 'n bevinding dat geslagsdiskriminasie billik was, bygedra het. Die saak bied 'n relevante perspektief met betrekking tot die nastreef van doelstellings op 'n wyse wat stereotipering versterk. Die Konstitusionele Hof bevind dat die verlening van amnestie aan vroulike gevangenes wat die moeders van klein kinders is, maar nie aan manlike gevangenes wat vaders van klein kinders is nie, diskriminerend is op grond van geslag. Die verlening van die amnestie was in die eerste instansie daarop gerig om die belange van die kinders wie se moeders in die gevangenis was, te bevorder. Die Hof gee erkenning daaraan dat die doelwit van die grondwetlike en demokratiese bedeling die daarstel van 'n samelewing waar almal, ongeag lidmaatskap van enige groep, gelyk behandel word, is. Die Hof kyk egter ook na die aard van die belange wat deur die

⁶⁹³ *Nagdiens*-saak: par C I 1-3. Par C3 lees soos volg: "The infringement of the discrimination ban of Article 3(3) is not justified by the equal opportunity command of Article 3(2). The prohibition of night work ... does not promote the goals of this provision. It is true that it protects a number of women ... from Nagdiens that is hazardous to their health. But this protection is coupled with significant disadvantages: Women are thereby prejudiced in their search for jobs. They may not accept work that must be done even in part at night. In some sectors this has led to a clear reduction in the training and employment of women. In addition, women labourers are not free to dispose as they choose of their own working time. One result of all this may be that women will continue to be more burdened than men by child rearing and housework in addition to work outside the home, and that the traditional division of labour between the sexes may be further entrenched. To this extent the prohibition of night work impedes the elimination of the social disadvantages suffered by women."

⁶⁹⁴ *Nagdiens*-saak: par C II 1-3.

diskriminasie geaffekteer word en kom tot die gevolgtrekking dat die vaders se menswaardigheid in die omstandighede nie deur die feit dat 'n geleentheid wat aan die moeders en nie ook aan hulle gebied is nie, aangetas is nie. Die mans is ook nie hulle vryheid ontnem as gevolg van die diskriminasie nie. Elke saak, sê die Hof, ten einde vas te stel of die grondwetlike doelwit van gelykheid bevorder word al dan nie, moet volgens die spesifieke impak van die diskriminasie op die spesifieke mense wat betrokke is, beoordeel word. Die Hof kom tot die gevolgtrekking dat die impak op die vaders nie onbillik was nie.⁶⁹⁵

Die meerderheidsuitspraak moet onderskei word op die basis dat aangetoon is dat, anders as in die bevinding met betrekking tot die applikante in *Hugo*, die ter sake maatreëls wel diegene wat langer werk of sou wou werk, benadeel, wat inbreuk op hulle menswaardigheid insluit.

Kriegler R se minderheidsuitspraak in *Hugo* is dus relevant. Hy beklemtoon eerstens dat die feit dat diskriminasie sonder opset of in goeie trou plaasvind, nie kan dien om die vermoede van onbillikheid te weerlê nie. Hy vind dit ontstellend dat 'n stereotipe wat juis tot die vestiging van patrone van diskriminasie op grond van geslag, naamlik dat moeders die primêre versorgers van kinders is, aanleiding gegee het, as argument ten einde die vermoede van onbillikheid op grond van geslagsdiskriminasie te weerlê, aangewend word. Hy maak die stelling dat dit uiters onwaarskynlik is dat geslaagde argumente ten gunste van die billikheid van wetgewing wat die bestaan van diskriminerende stereotipering voorveronderstel en die voortbestaan daarvan bevorder, gevoer kan word deur op daardie stereotipering te steun.⁶⁹⁶

Die effek van die ter sake maatreëls versterk inderdaad die stereotipering van swartmense, vroue en mense op laer inkomste- en beroepsvlakke as onbevoeg en afhanklik. Die effek van hierdie stereotipering strek verder as die benadeling van diegene wat direk deur die maatreëls geraak word. In *Hoffmann v South African Airways* maak Ngcobo R die stelling dat ons moet waak daarteen om toe te laat dat stereotipering en vooroordeel onder die dekmantel van besigheidsbelange ingelaat

⁶⁹⁵ *President of the Republic of South Africa v Hugo*: par 41, 42 en 47.

⁶⁹⁶ *President of the Republic of South Africa v Hugo*: par 76-80.

word. Die groter belang van die samelewing vereis die erkenning van die inherente menswaardigheid van elke individu en die uitwissing van alle vorms van diskriminasie. Ons grondwet beskerm diegene wat swak en gemarginaliseer is, die sosiaal uitgeworpenes en die slagoffers van vooroordeel en stereotipering. Slegs wanneer hierdie groepe beskerming geniet, kan ons seker wees dat ons eie regte beskerm is.

Weereens sal die benadeling van mense wat die geleentheid tot opleiding en ontwikkeling gehad het, wat hulle vermoë en potensiaal in hulle beroepe uitleef, en slegs met die oog op beroeps- en lewensbevrediging en groter finansiële gewin langer ure wil werk, minder gewig dra.

4.3.4.4 Gevolgtrekking

Wanneer die posisie van werknemers teen wie op grond van ras, geslag en sosio-ekonomiese status gediskrimineer word, die feite met betrekking tot die belangrikheid van die doelwitte in samehang met die effektiwiteit van die maatreëls ter bevordering van die doelwitte, en die erns van die benadeling, in samehang oorweeg word, is die gevolgtrekking dat die ter sake maatreëls inderdaad op grond van ras, geslag en sosio-ekonomiese status onbillik diskrimineer teen swartmense, vroue en mense op lae beroepsvlakke wat weens die maatreëls by verskillende werkgewers werk of die geleentheid om langer ure te werk, verbeur.

Met betrekking tot mense wat nie voorheen benadeel is nie en wie se menswaardigheid aangetas word bloot deurdat hulle die geleentheid om hulle werksvermoë en -behoefte ten volle te geniet en te benut, ontsê word, is die gevolgtrekking, ook in die lig van die bewyslas met betrekking tot diskriminasie op 'n analoë grond, minder voor die hand liggend. 'n Gevolgtrekking van onbillikheid sou moontlik gebaseer kon word op die oneffektiwiteit van die maatreëls met betrekking tot die realisering van die doelwitte van die beperking.⁶⁹⁷

⁶⁹⁷ Ooreenkomstig De Waal se waarneming dat daar tekens is dat die houe 'n strengere rasionaliteitstandaard toepas wanneer differensiërende maatreëls 'n effek op grondwetlike belange het, sou hierdie aspek ook as 'n rasionaliteitsvraag beskou kon word. Sien hoofstuk 4 par 4.1.2.2: 153 hierbo.

HOOFSTUK 5

VRYHEID VAN BEDRYF, BEROEP EN PROFESSIONE

1. Inleidende agtergrond

Artikel 22 van die *Grondwet* lees soos volg: “Elke burger het die reg om vrylik ’n bedryf, beroep of professie te kies. Die beoefening van ’n bedryf, beroep of professie kan deur die reg gereguleer word.”

Die vraag of ’n reg op ekonomiese aktiwiteit hoegenaamd in die *Grondwet* behou moes word, was omstrede. Die verskil was tussen diegene wat die staat so ’n vry hand as moontlik wou gee om sosio-ekonomiese rekonstruksie te bewerkstellig, en diegene wat die beskerming van individuele vryheid en vryheid van eiendom en ekonomie beklemtoon het.⁶⁹⁸ Die individuele beroepsreg in artikel 22 is ’n noemenswaardig nouer, maar terselfdertyd meer presiese reg as die reg op kommersiële vryheid wat in artikel 26 van die *Oorgangswet* omskryf was.⁶⁹⁹ Volgens Lagrange laat artikel 22 geen ruimte vir ’n interpretasie dat die reg ’n positiewe verpligting op die staat plaas om struikelblokke wat in die weg staan van ’n persoon om aan ekonomiese aktiwiteite deel te neem en om ’n lewensbestaan te maak, uit die weg te ruim nie.⁷⁰⁰ Wanneer die beskerming van ’n reg om te werk of ’n reg op ekonomiese vryheid of beroepsgeleenheid in ander regstelsels bespreek word, sal deurlopend in gedagte gehou word dat die begrensing van die vermelde regte mag verskil van die begrensing van die artikel 22-reg. Laasgenoemde reg fokus spesifiek op beroepskeuse en -beoefening. Vanweë die nou verband tussen die beskerming wat artikel 22 bied en ander individuele en sosio-ekonomiese regte, het die breër benadering tot die reg op ekonomiese vryheid dikwels ook regsvergelijkende waarde met betrekking tot ander grondwetlike regte. In hierdie verband is die beginselbenadering van die Suid-

⁶⁹⁸ Currie & De Waal 2005: par 22.1.

⁶⁹⁹ Currie & De Waal 2005: par 22.3(a). Artikel 26 van die *Oorgangswet* 200 van 1993 het soos volg gelees: “(1) Every person shall have the right freely to engage in economic activity and to pursue a livelihood anywhere in the national territory. (2) Subsection (1) shall not preclude measures designed to promote the protection or the improvement of the quality of life, economic growth, human development, social justice, basic conditions of employment, fair labour practices or equal opportunity for all, provided such measures are justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality.”

⁷⁰⁰ Lagrange “Economic Activity Rights” in Cheadle *et al* 2002: par 17.1.

Afrikaanse Konstitusionele Hof dat die Hof met betrekking tot sosio-ekonomiese regte sy normale taak om regte teen onregmatige beperkings te beskerm, moet vervul, asook die breë konseptuele inhoud van werk relevant.⁷⁰¹

Teen hierdie agtergrond word in hierdie hoofstuk ontleed of die ter sake maatreëls op die reg om vrylik 'n bedryf, beroep of professie te kies en te beoefen, inbreuk maak.

Ten einde aan te toon dat 'n "reg om te werk" internasionaal erken word, word ter aanvang kortliks na internasionale instrumente wat sodanige reg omskryf, verwys, asook, op dieselfde basis as voorheen in die studie, na toepaslike insiggewende Amerikaanse, Duitse en Kanadese regspraak.

2. Internasionale instrumente

Artikel 23(1) van die Universele Deklarasie van Menseregte van die Verenigde Nasies verklaar soos volg: "Everyone has the right to work,⁷⁰² to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment."

Artikel 15(1) van die Handves van Fundamentele Regte van die Europese Unie verklaar soos volg: "Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation."

Artikel 6 (1) van die Handves van Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte bevat die volgende bepaling: "The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right."

Die Europese Sosiale Handves bepaal soos volg in artikel 1 daarvan: "With a view to ensuring the effective exercise of the right to work, the Parties undertake ... to protect

⁷⁰¹ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1 hierbo: 96-98.

⁷⁰² Aangesien artikel 22 nie gerig is op 'n algemene reg op werk nie, word hierdie aspek nie verder ontleed nie.

effectively the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon.”⁷⁰³

In die saak *Nold v Commission* maak die Europese Hof die stelling dat vryheid van beroepskeuse deur die reg beskerm word, onderhewig aan beperkings ooreenkomstig die openbare belang, met die voorbehoud dat die essensie van die reg onaangestas sal bly. Die waarborg van beskerming dek nie die beskerming van blote kommersiële belange en geleenthede waarvan die onseker aard deel is van die kern van ekonomiese aktiwiteit nie.⁷⁰⁴

Voorbeelde van grondwette wat uitdruklike bepalings ter beskerming van beroepsgeleentheid bevat, is Duitsland, België, Denemarke, Spanje, Ciprus, Hongarye, Nederland, Oostenryk en Finland.⁷⁰⁵

3. Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Amerika

Die *Amerikaanse Grondwet* bevat nie ’n bepaling wat uitdruklik beroepsgeleentheid beskerm nie. Sandefur toon aan dat die reg wel grondwetlike beskerming geniet.⁷⁰⁶ Reeds lank voor die afkondiging van die *Veertiende Amendement* in 1868 het Britse en Amerikaanse howe vele fasette van die individu se “right to earn a living” teen ingrype deur die regering beskerm.⁷⁰⁷ Die argument dat die *Veertiende Amendement*⁷⁰⁸ die reg van die individu om ’n loopbaan te volg, beskerm, is die eerste keer in die bekende *Slaughterhouse*-saak⁷⁰⁹ in 1873 in die Hooggeregshof gevoer. Die Hof moes beslis of ’n wet wat aan ’n staatslaghuismaatskappy ’n monopolie binne ’n sekere area vir ’n tydperk van 25 jaar toegeken het, grondwetlik was. Daar is

⁷⁰³ European Parliament. Charter of Fundamental Rights of the European Union: Article 15: <http://www.europarl.europa.eu/compar/libe/elsj/charter/art15/default_en.htm.>

⁷⁰⁴ *Nold v Commission* Saak 4/73, 14/05/1974.

<http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=673J0004.> Sien ook *Hauer v Land Rheinland-Pfalz* Saak 44/79.13/12/1979.

⁷⁰⁵ European Parliament. Charter of Fundamental Rights of the European Union: Article 15: <http://www.europarl.europa.eu/compar/libe/elsj/charter/art15/default_en.htm.>

⁷⁰⁶ Sandefur 2003: 207-277. Die artikel verwys omvattend na toepaslike regspraak sedert 1823.

⁷⁰⁷ Sandefur 2003: 225

⁷⁰⁸ Volgens Sandefur was die doel van die *Veertiende Amendement* om die *Civil Rights Act* van 1866 te konstitusionaliseer. Hierdie wet het primêr die beskerming van ekonomiese regte vir nuwe swart burgers wat voorheen slawe was, ten doel gehad: Sandefur 2003: 227.

⁷⁰⁹ *Butchers Benevolent Association v Crescent City Livestock Landing and Slaughterhouse Company* 83 US 36 (1873) bekend as “*the Slaughterhouse Cases*.”

aangevoer dat die maatreël op die privaatslagters se reg “to pursue a lawful occupation”, ’n reg wat deur die “privileges and immunities”-klousule van die *Veertiende Amendment* beskerm word, inbreuk maak. Die maatreël is verdedig en gehandhaaf op grond daarvan dat die doelwit daarvan was om die publiek se gesondheid te beskerm. Die Hof bevind dat daar nie inbreuk gemaak is op die privaatslagters se “right to labor in their occupation” nie, aangesien hulle wel teen vergoeding die staatskorporasie se slagfasiliteite kon gebruik. In minderheidsuitsprake beskou Regters Field en Bradley ’n grondwetlike reg “to earn one’s livelihood in any lawful calling, and to pursue any lawful trade or avocation” as inbegrepe by die regte op vryheid en eiendom.⁷¹⁰ Volgens Rossum & Tarr het die eng interpretasie wat in *Slaughterhouse* aan die “privileges and immunities”-klousule van die *Veertiende Amendment* gegee is, ’n beslissing wat nooit omvergewerp is nie, daartoe gelei dat in daaropvolgende sake die debat verskuif het na die “due process”- en gelyke beskerming-klousules en die effek daarvan met betrekking tot die beskerming van regte teen skending deur die staat.⁷¹¹

Volgens Sandefur was *Slaughterhouse* ’n voorbeeld van die eeue-oue spanning tussen regmatige besigheidsregulering en die onregmatige beperking van vryheid. Die uitspraak het nie die moontlikheid uitgesluit dat onder sekere omstandighede monopolieë wel ongrondwetlik kon wees nie. Ontevredenheid met regulering onder die dekmantel van openbare gesondheid, byvoorbeeld vereistes om lisensies vir die beoefening van sekere beroepe te bekom, terwyl die ware oogmerk onder andere was om kompetisie uit te skakel en monopolieë te skep, het mettertyd die druk op die howe laat toeneem en gelei tot die era van “economic substantive due process”.⁷¹² Die relevante vrae was of wetgewing inbreuk gemaak het op die reg om te kontrakteer en sodoende die individu se reg om ’n wettige roeping te volg, beperk het, en of daar redelike gronde was waarop sodanige inbreuk gemaak kon word. In *Butchers’ Union Co v Crescent City*⁷¹³ stel Field R die probleem met betrekking tot monopolieë soos volg: “[T]hey destroy the freedom of trade, discourage labor and industry, restrain

⁷¹⁰ Sandefur 2003: 232.

⁷¹¹ Rossum & Tarr 2003: 82. Die Hof verwys ook na Artikel IV(2)(1) van die *Amerikaanse Grondwet* wat soos volg bepaal: “The Citizens of each State shall be entitled to all privileges and immunities of Citizens in the several States.” Sien Rotunda 2003: 466.

⁷¹² *Slaughter-House Cases*: 55; Ely 2006: 934; Rotunda 2003: 469; Rossum & Tarr 2003: 84; Sandefur 2003: 234.

⁷¹³ *Butchers’ Union Co v Crescent City* 111 US 746 (1884): 756, aangehaal in Sandefur 2003: 235.

persons from getting an honest livelihood, and put it in the power of the grantees to enhance the price of commodities. They are void because they interfere with the liberty of the individual to pursue a lawful trade or employment.”

In *Yick Wo v Hopkins*⁷¹⁴ bevind die Hof dat 'n San Francisco-wet wat bepaal het dat wasserye nie in houtstrukture bedryf mag word nie, en deur 'n raad gelisensieer moes word, ongrondwetlik is. Chinese immigrante se wasserye was in die algemeen in houtstrukture bedryf. Die Hof was nie oortuig dat houtstrukture meer gevaarlik was as steenstrukture nie. Die Hof kom tot die gevolgtrekking dat die wet deel was van 'n diskriminerende skema teen Chinese immigrante, en 'n verbloemde poging was om inbreuk te maak op hulle reg “to freely earn a living”. Die Hof vind die toekenning van arbitrêre mag aan die raad onhoudbaar in 'n land waar vryheid bestaan.

In *In re Jacobs*,⁷¹⁵ in wat Forbath beskou as 'n mylpaal in die geskiedenis van “*laissez-faire constitutionalism*”, bevind die New York Hof van Appél⁷¹⁶ dat Jacobs van sy eiendom en sy vryheid ontnem is. Die agtergrond van die saak was dat op die aandrang van die sigaarmakersvakbond, wat dit moeilik gevind het om tuis-sigaarmakers te beheer, die vervaardiging van sigare in sekere residensiële geboue in Brooklyn en New York deur wetgewing verbied is. Die Jacobsgesin het die eerste vloer van 'n woonstelgebou geokkupeer en het in een van die kamers sigare vervaardig. Meneer Jacobs is gearresteer. Die Hof beskou Jacobs nie as 'n geviktimizeerde werknemer nie, maar as 'n aspirerende entrepreneur wat deur 'n irrasionele regulasie aan bande gelê word. Erkenning word gegee aan 'n werknemer se keuse om sy werk te verrig waar, wanneer en hoe hy verkies om dit te doen. Inmenging met hierdie fundamentele vryheidsreg is ongrondwetlik, tensy dit as 'n uitoefening van die “police power” geregverdig kan word. Die Hof vind die aanspraak dat die beperking daargestel is om die openbare gesondheid te beskerm onoortuigend, en kom tot die gevolgtrekking dat die wetgewing ongrondwetlik is op grond daarvan dat dit inmeng, nie alleen met “the profitable and free use of property” nie, maar ook met persoonlike vryheid.⁷¹⁷

⁷¹⁴ *Yick Wo v Hopkins* 118 US 356 (1886) soos aangehaal in Sandefur 2003: 237.

⁷¹⁵ *In re Jacobs* 102 98 NY 98 (1885) soos aangehaal in Forbath 1991: 39.

⁷¹⁶ Forbath 1991: 39-41.

⁷¹⁷ Sullivan & Gunther 2001: 456 vn 3; Ely 2006: 939-941.

Twaalf jaar later, in *Allgeyer v Louisiana*,⁷¹⁸ bevestig die Hooggeregshof dat die vryheidswaarborg van die *Veertiende Amendement* vir elke burger die volgende omvat: "... to be free in the enjoyment of all his faculties, to be free to use them in all lawful ways, to live and work where he will, to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned."⁷¹⁹

Die latere ontwikkeling van die Amerikaanse substantiewe "due process" is in Hoofstuk 3 van die studie bespreek⁷²⁰ en sal vervolgens in samehang met daardie bespreking uit die perspektief van die ontwikkeling van die reg op beroepsvryheid beskou word.

In bogenoemde bespreking is verwys na Sandefur en Bernstein se onderskeie sienings dat *Lochner* nie, soos allerweë beweër word, 'n nuwe *laissez-faire* ekonomiese teorie gekonstitusioneel is, maar 'n regsteorie wat oor eeue gevestig is, voortgesit het deur op grond van die substansie van die betrokke maatreël tot die gevolgtrekking te kom dat dit inmeng met die vryheid van kontraksluiting tussen werkgewer en werknemer. Daar is aangedui dat *Lochner* gevolg is deur 'n aantal sake waar wetgewing wat met die kontraktevryheid van werknemers ingemeng het, ongrondwetlik verklaar is, onder andere *Adkins* waar die Hof wetgewing wat minimumlone vasgestel het en net op vroue van toepassing was, omvergewerp het, nie net op grond van die ongelyke behandeling van vroue nie, maar ook op grond van die inbreuk op die reg om 'n dienskontrak ooreenkomstig 'n mens se vrye wil aan te gaan. *United States v Butler*⁷²¹ waar die Hof die *Agricultural Adjustment Administration Act* ongrondwetlik verklaar het, is 'n verdere voorbeeld.⁷²² Sandefur beskou hierdie sake nie as voorbeelde van regterlike aktivisme nie, maar as voorbeelde van weerstand

⁷¹⁸ *Allgeyer v Louisiana* 165 US 578 (1897).

⁷¹⁹ *Allgeyer v Louisiana*: 590. Sien Ely 2006: 945, 951. Sien hoofstuk 3 par 3.1.4 vn 160: 52.

⁷²⁰ Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 48-59 en par 3.1.4: 59-62 hierbo.

⁷²¹ *United States v Butler* 297 US 1 (1936).

⁷²² Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 52 hierbo; Sandefur 2003: 238-239.

deur die howe teen wetgewende aktivisme wat sekere begunstigde klasse bevoordeel het deur die mededingingsvryheid van ander te beperk.⁷²³

Soos verder aangetoon is, het die howe uiteindelik toegegee aan die druk van die “new deal”-filosofie van totale staatsbeheer oor die ekonomie. In *United States v Carolene Products Co* het die Hof met betrekking tot individuele regte ’n konstitusionele onderskeid tussen “fundamentele” en “ekonomiese” regte getref. Ten opsigte van die regulering van laasgenoemde, aldus die Hof, bestaan ’n sterk vermoede van grondwetlikheid.⁷²⁴ Ekonomiese regulering word dus slegs aan ’n rasonale basis-hersiening onderwerp. Sandefur spreek die mening uit dat hierdie benadering, wat vandag steeds deur die Amerikaanse howe gevolg word, die feit ignoreer dat regulerende magte dikwels uitgeoefen word tot die voordeel van belangegroeppe en ten koste van diegene met minder politieke mag. In die proses het die reg van die individu “to earn an honest living” ernstig gely. Tog het die reg te belangrik geblyk te wees om geïgnoreer te word, soos uit die volgende voorbeelde blyk.⁷²⁵

In *Barsky v Board of Regents*⁷²⁶ het die Hof die terugtrek van ’n dokter se lisensie om te praktiseer nadat hy geweier het om ’n ondersoek na sy beweerde kommunistiese simpatie toe te laat, gehandhaaf. Douglas R skryf soos volg in sy minderheidsuitspraak: “The right to work, I had assumed, was the most precious liberty that man possesses. Man has indeed as much right to work as he has to live, to be free, to own property ... It does many men little good to stay alive and free and propertied, if they cannot work. To work means to eat. It also means to live ... [So] the question here is not what government must give, but rather what it may not take away.”⁷²⁷ Hierdie siening is dekades later deur Marshall R in sy minderheidsuitspraak in *Board of Regents v Roth* gevolg.⁷²⁸

⁷²³ Sandefur 2003: 243.

⁷²⁴ Sien hoofstuk 3 par 3.1.3: 55; Sandefur 2003: 243-244.

⁷²⁵ Sandefur 2003: 263.

⁷²⁶ *Barsky v Board of Regents* 347 US 442, 445 (1954) aangehaal in Sandefur 2003: 255.

⁷²⁷ *Barsky v Board of Regents*: 472-73; Sandefur 2003: 255.

⁷²⁸ *Board of Regents v Roth* 408 US 564 (1972) 283: 572-73 aangehaal in Sandefur 2003: 255. Sien ook Rotunda 2003: 491-492.

Die Hooggeregshof en ander howe verwys steeds na die individu se reg om 'n wettige loopbaan te volg. Baie van die beslissings is gemaak in die konteks van die "Commerce Clause"⁷²⁹ en die "Privileges and Immunities Clause" in artikel IV van die *Grondwet*, op die basis dat die klousules die staat verhoed om onredelike laste op burgers van ander state te lê met betrekking tot hulle toetrede tot beroepe en professies.⁷³⁰ In *United Building & Construction Trades Council of Camden County and Vicinity v Mayor and Council of the City of Camden et al*⁷³¹ maak Rehnquist R met verwysing na laasgenoemde klousule die volgende stelling: "Certainly, the pursuit of a common calling is one of the most fundamental of those privileges protected by the Clause."⁷³² White R maak in *Lowe v SEC*⁷³³ die opmerking dat die howe lank gelede reeds beslis het dat, alhoewel dit ongetwyfeld die reg van elke individu is om 'n wettige beroep, besigheid of profesie van sy keuse te volg, daar nie 'n arbitrêre ontneming van sodanige reg plaasvind wanneer die beoefening daarvan nie toegelaat word nie as gevolg van die nie-nakoming van voorwaardes wat vir die beskerming van die gemeenskap daargestel is nie. In die algemeen is regulasies wat betrekking het op die toelating tot 'n profesie grondwetlik indien daar 'n rasonale verband bestaan met betrekking tot die applikant se bevoegdheid en vermoë om die profesie te beoefen.⁷³⁴ In *Connecticut v Gabbert*⁷³⁵ bevestig die Hooggeregshof dat die *Veertiende Amendement* beskerming verleen aan "some generalized due process right to choose one's field of private employment, but a right which is nevertheless subject to reasonable government regulation".⁷³⁶ Die uitsprake van staatshowe is verwarrend en wissel van 'n erkenning van 'n fundamentele reg op beroepsgeleentheid

⁷²⁹ Artikel I(8)(3) van die *Amerikaanse Grondwet* bepaal soos volg: "(The Congress shall have power) (t)o regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes."

⁷³⁰ *Baldwin et al v Fish and Game Commission of Montana et al* 436 US 371 (1978): 383; *United Building & Construction Trades Council of Camden County and Vicinity v Mayor and Council of the City of Camden et al* 465 US 208 (1984).

⁷³¹ *United Building & Construction Trades Council of Camden County and Vicinity v Mayor and Council of the City of Camden et al*: 219.

⁷³² Sien ook *New Hampshire v Piper* 470 US 274 (1985): 281 waar die reg om die regsprofesie te beoefen as 'n fundamentele reg beskou is.

⁷³³ *Lowe v SEC* 472 US 181 (1985).

⁷³⁴ *Lowe v SEC*: 228.

⁷³⁵ *Connecticut v Gabbert* 526 US 286 (1999): 292.

⁷³⁶ Rehnquist R verwys na *Dent v West Virginia* 129 US 114 (1889) en *Truax v Raich* 239 US 33 (1915): 41.

tot 'n ontkenning dat die reg ooit deur die Hooggeregshof as 'n fundamentele grondwetlike reg beskou is.⁷³⁷

Wanneer die Amerikaanse regsontwikkeling met betrekking tot die reg op beroepsgeleentheid, in die konteks van die studie regsvergelijkend beskou word, is dit insiggewend dat 'n "right to work", ten spyte van die ekonomiese komponent daarvan, ingevolge die regte op vryheid en gelykheid, beskerm is. In hierdie verband word verwys na die pertinente insluiting in *Allgeyer* by die vryheidswaarborg van die *Veertiende Amendement* van die mens se reg om 'n lewensbestaan te maak deur enige wettige roeping te volg, en die uitsprake in *Adkins* met betrekking tot kontraktevryheid, *Nebraska* met betrekking tot die betekenis van vryheid in die *Vyfde Amendement* en *Bolling v Sharpe* dat "liberty" die volle omvang van wat 'n individu vry is om te doen, insluit. Die perspektief op regulerende wetgewing as wetgewende aktivisme wat sekere begunstigde klasse bevoordeel deur die mededingingsvryheid van ander te beperk, is verder insiggewend.⁷³⁸ Die posisie met betrekking tot die ter sake maatreëls is waarskynlik dat die geleentheid wat werknemers wat nie langer ure mag werk nie ontnem word, veral in tegniese, professionele en semi-professionele beroepe, deur werknemers wat meer as die grensbedrag verdien en wat langer ure by dieselfde werkgewer wil en mag werk, benut word.

Van verdere belang vir die studie in die algemeen is die formulering van die idee van werk as roeping en vervulling van die menslike gees. Hierdie formulering is deur geen uitspraak weerspreek nie.

4. Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Kanada

Die *Kanadese Handves van Regte* bevat eweneens nie 'n bepaling wat vryheid van beroepsbeoefening pertinent verskans nie.⁷³⁹ Daar is in die konteks van die bespreking

⁷³⁷ Sandefur 2003: 259-260.

⁷³⁸ Sandefur 2003: 243.

⁷³⁹ Artikel 6(2) van die Handves verskans die reg "to pursue the gaining of a livelihood in any province". Die artikel verskans nie 'n algemene reg op werk of beroepskeuse nie, maar word deur die vrye bewegingselement gekwalifiseer. Sien Hogg 2007: 356, met verwysing na *Law Society of Upper Canada v Skapinker* 1984 (1) SCR 357.

van die vryheidskonsep in artikel 7 verwys na beslissings dat 'n "reg om te werk" nie grondwetlike beskerming geniet ingevolge die vryheidswaarborg in Artikel 7 nie.⁷⁴⁰ Die onderskeid wat deur die Appélhof van British Columbia in *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia* tussen werk as ekonomiese aktiwiteit en as 'n essensiële komponent van 'n mens se sin vir identiteit, eiewaarde en emosionele welsyn gemaak is, wat as grondslag gedien het vir 'n onderskeid tussen regulering van besigheid en die ontneming van 'n individu van die geleentheid om die beroep van sy of haar keuse vrylik te beoefen, is egter in die konteks van die studie, en spesifiek met betrekking tot die bespreking van artikel 22, insiggewend. Die effek van die nie-toekenning van eisonnomsers aan mediese praktisyns was nie dat hulle nie as dokters kon praktiseer nie. Tog kom die Hof tot die gevolgtrekking dat die betrokke dokters van die geleentheid ontnem is om die beroep van hulle keuse vrylik te beoefen. Die Hof is nie oortuig dat die appellante 'n bloot ekonomiese aanspraak maak nie. Die Hof onderskei sake waar aanspraak gemaak is op 'n reg om nie gereguleer te word nie, van *Wilson* waar die bestrede wetgewing veel verder tref as ekonomiese belange of regulering binne 'n professie, naamlik die belangrike persoonlike reg van professionele mense om die geleentheid te hê om 'n praktyk in die gemeenskap van hulle keuse op te bou. Laasgenoemde reg mag slegs ooreenkomstig die beginsels van fundamentele geregtigheid beperk word.⁷⁴¹

Daar is reeds aangetoon dat Suid-Afrikaanse howe ook die benadering volg dat individue 'n fundamentele grondwetlike reg het om deur hulle werk 'n persoonlike roeping vrylik uit te leef. Die *Wilson*-perspektief wat hierdie breë reg onderskei van 'n meer beperkte ekonomiese aanspraak is insiggewend in die konteks van die meer beperkte formulering van artikel 22, vergeleke met artikel 26 van die *Oorgangsgrondwet*.

⁷⁴⁰ Sien hoofstuk 3 par 3.3.3: 83-88 hierbo.

⁷⁴¹ *Wilson v Medical Services Commission of British Columbia*: 30-31; Hogg 2007: 375.

5. Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Duitsland

Artikel 12(1) van die *Duitse Grondwet*⁷⁴² beskerm beroepsvryheid in 'n soortgelyke bepaling as artikel 22 van die *Grondwet* en die toepassing daarvan is regsvergelijkend dus direk relevant. Die reg word direk en streng gehandhaaf en word as 'n element van individuele outonomie en as essensiële basis van ander vryhede beskou.⁷⁴³

Alhoewel die bepaling in Artikel 12(1) dat alle Duitsers die reg het om hulle plek van opleiding te kies, nie in artikel 22 vervat is nie, vind Duitse regspraak in hierdie verband, in die lig van die klaarblyklike verband tussen opleiding en beroepskeuse en -beoefening, ook relevansie in die konteks van die studie. Die Duitse Grondwethof moes in 'n aantal sake beslis oor die grondwetlikheid van 'n numeriese limiet wat geplaas is op die aantal studente wat tot 'n sekere studieveld toegelaat is. Die Hof beslis onder andere dat absolute toelatingsbeperkings slegs toegelaat sal word indien dit absoluut noodsaaklik is en wanneer die beskikbare opleidingskapasiteit totaal uitgeput is. Toelatingskriteria moet objektief wees en aan elke gekwalifiseerde student se keuse oorweging en 'n billike kans verseker.⁷⁴⁴

Volgens die leidende Duitse beslissing wat op artikel 12 van die *Duitse Grondwet* betrekking het, die *Apteke-beslissing*,⁷⁴⁵ waarborg artikel 12 die individu meer as slegs die vryheid om onafhanklik 'n beroep of bedryf te beoefen. Die reg is weliswaar op die beskerming van ekonomies betekenisvolle werk gerig, maar dit verwys na werk as 'n roeping, en in terme van die verhouding waarin werk met die totale menslike persoonlikheid staan. Werk word erken as 'n verhouding wat die individu oor 'n leeftyd van toegewyde aktiwiteit vorm en voltooi. Dit is die fondament van 'n mens se bestaan waardeur daardie persoon terselfdertyd tot die totale sosiale produk bydra.⁷⁴⁶

⁷⁴² Artikel 12(1) van die *Duitse Grondwet* bepaal soos volg: "All Germans shall have the right freely to choose their trade, occupation or profession, their place of work and their place of training. The practice of trades, occupations and professions may be regulated by or pursuant to a law."

⁷⁴³ Currie 1994: 299.

⁷⁴⁴ *Numerus Clausus I*-saak soos aangehaal en bespreek in Kommers 1997: 282. Sien ook Currie 1994: 303-304.

⁷⁴⁵ *Apteke*-saak (1958) 7 BVerfGE 377.

⁷⁴⁶ Currie & De Waal 2005: par 22.3; Kommers 1997: 274; Currie 1994: 300-301.

Wetgewing in die staat Bavaria wat bepaal het dat lisensies vir nuwe apteke slegs uitgereik kon word indien die apteke ekonomies lewensvatbaar sou wees en nie nabygeleë apteke ekonomies sou benadeel nie, was ter sprake. Die Hof bevind dat artikel 12(1) die reg van elke individu om enige aktiwiteit te beoefen wat hy of sy as 'n professie wil onderneem en sodoende die basis van sy of haar lewe wil maak, beskerm. Alhoewel die artikel suggereer dat die wetgewer die beoefening van 'n beroep mag reguleer, maar nie beroepskeuse nie, is die begrippe nie wedersyds uitsluitend nie. Die keuse van 'n beroep manifesteer eers wanneer die beroep beoefen word. Net so gee die volgehoue beoefening en die vrywillige beëindiging van 'n beroep of professie essensieel ook uitdrukking aan die keuse van die beroep of professie. Die Hof onderskei wel tussen maatreëls wat onderskeidelik primêr die reg op vryheid van beroepskeuse en die reg om die beroep of professie te beoefen, reguleer. Dienooreenkomstig verskil die mag wat die artikel aan die wetgewer bied om by wyse van regulerende maatreëls met hierdie regte in te meng. Hoe groter die beperkende effek ten opsigte van beroepskeuse, hoe meer beperk is die mag om te reguleer.

Die onderliggende beginsel is dat die basiese reg die vryheid van die individu beskerm, terwyl die reservering van die mag om te reguleer voldoende beskerming vir gemeenskapsbelange verseker. 'n Onderskeid moet ooreenkomstig die volgende beginsels getref word: Vryheid van beoefening van 'n beroep kan gereguleer word ooreenkomstig rasonale oorwegings van die openbare belang vir soverre sodanige regulering noodsaaklik is om onredelike omstandighede wat op sigself met die *Grondwet* strydig sal wees, te voorkom. Vryheid van beroepskeuse kan slegs beperk word vir soverre beskerming van besonder belangrike gemeenskapsbelange dit positief vereis. Indien sodanige inmenging onvermydelik is, moet die wetgewer altyd die vorm van inmenging wat die basiese reg die minste beperk, kies.⁷⁴⁷

Opsommend word die volgende stelling gemaak: "The power to regulate extends to exercise and choice of a vocation. But it is given for the sake of exercise of a vocation

⁷⁴⁷ *Apteker-saak*: par 6.

<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/table.php?id=134>

Sien Davis, Cheadle & Haysom 1997: 209-210.

and can at the most only interfere with freedom of choice of vocation from this angle.”⁷⁴⁸

Met betrekking tot beroepskeuse of toegang tot 'n beroep tref die Hof ook 'n onderskeid tussen subjektiewe voorwaardes, byvoorbeeld met betrekking tot vereiste kwalifikasies en opleiding, en objektiewe voorwaardes, waar die individu geen beheer oor die vervulling van die voorwaardes het nie, byvoorbeeld die toekenning van 'n beperkte aantal lisensies.⁷⁴⁹ Die proporsionaliteitsbeginsel is van toepassing en verskillende standarde van hersiening geld. Subjektiewe voorwaardes moet redelik en in die openbare belang wees, en nie uit verhouding met die verlangde doelwit, naamlik behoorlike beroepsbeoefening, nie. Besonder streng vereistes is van toepassing met betrekking tot objektiewe voorwaardes. In die algemeen kan maatreëls wat sodanige voorwaardes stel slegs geregverdig word op die basis dat dit absoluut noodsaaklik en onvermydelik is ten einde 'n uitermate belangrike gemeenskapsbelang te beskerm. In alle omstandighede moet die minste moontlike beperkings op die reg geplaas word.⁷⁵⁰

In die *Medeseggenenskap*-saak⁷⁵¹ bevind die Hof met betrekking tot wetgewing wat voorsiening gemaak het vir verteenwoordiging van werknemers op die toesighoudende raad van sekere besighede met 2000 of meer werknemers, dat, vir soverre artikels 12(1) en 2(1)⁷⁵² van die *Grondwet* vryheid van ekonomiese aktiwiteit verseker, nie op die artikels inbreuk gemaak is nie. In die lig van die grootte van die ondernemings waarop die wetgewing van toepassing is, ontbreek die persoonlike element wat die kern vorm van die waarborg wat deur hierdie fundamentele regte gebied word. Met betrekking tot artikel 2(1) bevind die Hof dat nie aangetoon is dat die betrokke wetgewing die ontwikkeling van entrepreneursinisiatief onbehoorlik

⁷⁴⁸ *Apteke*-saak: par IV 1(b). Kommers 1997: 274-276.

⁷⁴⁹ Sien ook die *Tegnikuslisensie*-saak (1992) 86 BVerfGE 28.

⁷⁵⁰ *Apteke*-saak: par IV1(d). Sien ook die *Kleinhandel*-saak (1965) 19 BverfGE 330, die *Meesterambagsman*-saak (1961) 13 BVerfGE 97, die *Langafstand vragmotorlisensie*-saak (1964) 17 BVerfGE 371 en die *Melkverspreider*-saak (1958) 9 BverfGE 39; Kommers 1997: 277-278. Die *Sjokoladeprodukte*-saak (1980) 53 BVerfGE 135 is 'n voorbeeld van 'n bevinding waar die Hof, met erkenning aan die wye bevoegdheid van die wetgewer om ekonomiese beleid te bepaal en te implementeer, bevind dat die doelwitte van die betrokke maatreëls in die openbare belang is en regulering geregverdig, maar dat die regulering op 'n minder drastiese wyse bewerkstellig kon word en derhalwe ongrondwetlik is.

⁷⁵¹ *Medeseggenenskap*-saak (1979) 50 BVerfGE 290.

⁷⁵² Sien hoofstuk 3 par 3.2.1: 65-66.

beperk nie.⁷⁵³ Die relevansie vir die studie is die klem op die persoonlike kern van die reg op beroepsgeleentheid en die nou verband wat met artikel 2(1) getref word.

In die *Winkelure*-saak (“*Ladenschlussgesetz*”-saak)⁷⁵⁴ moes die Hof beslis oor die grondwetlikheid van ’n bepaling in ’n wet wat besigheidsure van winkels bepaal.⁷⁵⁵ ’n Algemene uitsondering het bepaal dat winkels op sekere voorwaardes op vier Sondae in ’n jaar besigheid kon doen. Artikel 4 het ook ’n algemene uitsondering met betrekking tot apteke geskep, naamlik dat apteke elke dag van die week binne basiese besigheidsure (tussen 6h00 en 20h00) besigheid kon doen, op voorwaarde dat gedurende tydperke wanneer ander winkels gesluit moes wees, apteke slegs sekere produkte kon verkoop, en dat ingevolge regulering deur ’n staatsagentskap ’n aantal apteke op ’n roterende basis gedurende gewone besigheidsure gesluit moes bly en verplig was om ’n kennisgewing aan te bring waarop die naam en adres van die naaste apteek wat oop is, aangedui word. Die applikant, ’n apteker, het aangevoer dat onder andere haar reg op beroepsvryheid aangetas is toe sy beboet is toe haar apteek op een van die vier besigheidsondae sake gedoen het, strydig met ’n opdrag ingevolge die vermelde regulering op ’n rotasie-basis dat dit gesluit moes wees.

Die Hof beslis dat beperkings op die reg op beroepsvryheid wat op die openbare belang gebaseer is, onderhewig is aan ’n proporsionaliteitsvereiste. ’n Beperking mag nie meer ingrypend wees as wat deur die openbare belang wat die beperking regverdig, vereis word nie. Die Hof, in ’n detail-analise wat ’n veel strengere hesieningstandaard as die rasionaliteitstandaard impliseer, oorweeg die relevante openbare doelwitte van die *Wet*, naamlik die voorsiening van farmaseutiese middels, die waarborg dat werknemers van apteke die geleentheid sal hê om vrye tyd weg van die werk te geniet, veral oor naweke, en bevordering van billike kompetisie in die mark, asook die argument dat die risiko van foute deur oorwerkte werknemers vermy sou word. Die gevolgtrekking word gemaak dat hierdie belange nie opweeg teen die belangrikheid van die reg op beroepsvryheid wat in die reg om op dieselfde tyd as ander besighede besigheid te doen, manifesteer nie. Die Hof verbind uitdruklik

⁷⁵³ Kommers 1997: 270-271.

⁷⁵⁴ *Winkelure*-saak (2002) BVerfGE 1 BvR 1236/99.

⁷⁵⁵ Vir ’n bespreking van toepaslike regspraak met betrekking tot die *Wet op Winkelure* (“*Ladenschlussgesetz*”), sien Smith 2004: 1031-1036.

besigheidsbelange met die beskerming van beroepsvryheid en beklemtoon die noodsaaklikheid om te dink soos 'n besigheidspersoon in die uitoefening van hierdie keuse sou dink. In 'n spekulatiewe oorweging van die vraag of die addisionele ure gewerk sal word onder omstandighede wat buite die andersins toepaslike werktydregulasies val, kom die Hof tot die gevolgtrekking dat daar geen rede is om aan te neem dat die regulasies nie toegepas sal word nie. Die besigheidsure van apteke is in elk geval veel langer as dié van ander besighede en daar moet in elk geval voorsiening gemaak word vir werktydskedules wat die werktydregulasies akkommodeer. Die langer besigheidsure laat steeds ruimte vir moontlikhede om 'n voldoende standaard van beskerming van werknemers in apteke te handhaaf, wat dit uiteindelik moontlik sal maak om ook die verlangde veiligheidsvlakke met betrekking tot die verskaffing van middels te verseker.⁷⁵⁶

Volgens Smith kom die beslissing van die Duitse Konstitusionele Hof in die *Naweekwinkelure*-saak⁷⁵⁷ wat op die *Winkelure*-saak gevolg het baie naby daaraan om die wetgewing wat winkelure op Saterdag⁷⁵⁸ beperk, ongrondwetlik te verklaar.⁷⁵⁹ 'n Verdeelde Hof bekragtig die uitspraak van die hof *a quo* dat die wetgewing nie ongrondwetlik is nie. Die volle regbank stem saam dat die Saterdag-sluitingsvereiste die openbare belang dien deurdat die doel daarvan beskerming met betrekking tot werkure en billike kompetisie is, dit ontwerp is om hierdie doelwitte te dien, en bevorderlik is vir die bereiking van die doelwitte, aangesien nóg ander wetgewing nóg kollektiewe bedinging nóg die arbeidsmark hierdie doelwitte effektief bereik. Die regters verskil egter met betrekking tot die vraag of die wetgewing, wat beroepsvryheid en gelykheid beperk, noukeurig genoeg ontwerp is. Vier van die ag regters beslis dat die sluitingsvereiste, met die baie uitsonderings daarop, hierdie toets slaag, aangesien dit nog twee legitieme doelwitte dien, naamlik die beskerming van klein besighede en van vroue en families, terwyl dit verbruikersbelange akkommodeer en slegs 'n klein persentasie werknemers en winkels affekteer. Die ander vier regters se beskouing is dat die talle uitsonderings aanduidend is daarvan dat die wetgewer in

⁷⁵⁶ Miller 2002: Par 1-9.

⁷⁵⁷ *Naweekwinkelure*-saak BVerfG, 1 BvR 636/02, 9 June 2004.

⁷⁵⁸ Die Hof beslis eenparig dat die beperkings op winkelure op Sondag en openbare vakansiedae grondwetlik is ingevolge artikel 140 van die *Grondwet* wat pertinent bepaal dat hierdie dae beskerm sal word as rusdae en vir geestelike doeleindes. Sien Smith 2004: 1039-1040.

⁷⁵⁹ Smith 2004: 1031.

werklikheid nie groot waarde aan die beskermingsdoelwit heg nie. Daarbenewens sal 'n kombinasie van markkragte en minder beperkende maatreëls die doelwit voldoende bevredig.⁷⁶⁰

Die onderskeid tussen die Duitse en Suid-Afrikaanse benadering met betrekking tot die toepaslike toets wanneer beroepsregulering hersien word, sal blyk wanneer die Suid-Afrikaanse regsposisie bespreek word.

6. Vryheid van beroepskeuse en -beoefening in Suid-Afrika

Die erkenning en beskerming van die verdienvermoë as regsgoed blyk reeds lank uit Suid-Afrikaanse regspraak met betrekking tot omstandighede waar daar 'n verlies van verdienvermoë of 'n onregmatige aantasting van die reghebbende se beskikking daaroor of genot daarvan was.⁷⁶¹ Reeds in 1922 in *Matthews v Young* gee die Suid-Afrikaanse Appèlhof erkenning aan 'n persoon se reg "to exercise his calling without unlawful interference from others."⁷⁶² Sodanige inmenging sal 'n *iniuria* daarstel waarvoor 'n aksie ingevolge die *lex aquilia* ingestel sou kon word, indien dit tot direkte skade sou lei.⁷⁶³ In *Dippenaar v Shield Insurance Company Ltd* verklaar die Hof soos volg: "... The capacity to earn money is considered to be part of a person's estate and the loss or impairment of that capacity constitutes a loss, if such loss diminishes the estate."⁷⁶⁴ In *Hawker v Life Offices Association of SA* was die feite soos volg: Die applikant, 'n versekeringsagent, is deur sy werkgewer weens wangedrag op 'n swartlys geplaas. As gevolg daarvan sou hy vir 'n periode van 20 jaar van indiensneming in die versekeringsbedryf uitgesluit word. Die applikant vra 'n interdik aan, onder andere op die basis dat die handeling van die werkgewer 'n deliktuele inmenging met sy reg om sy lewe te verdien, daarstel. Die Hof bevestig die bogenoemde stelling in *Matthews v Young*. Die Hof bevind dat die reg met persoonlikheidsfaktore verband hou, maar 'n monetêre komponent het. Die Hof pas die redelijkheidstoets toe ten einde te bepaal of die respondent (die werkgewer) se

⁷⁶⁰ Smith 2004: 1042-1043.

⁷⁶¹ Neethling & Le Roux 1987: 721.

⁷⁶² *Matthews v Young* 1922 AD 492: 507.

⁷⁶³ Neethling & Le Roux 1987: 724.

⁷⁶⁴ *Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd* 1979 (2) SA 904 (A): 917. *General Accident Insurance Co SA Ltd v Nhlumayo* 1987(3) SA 577 (A): 612. Die beginsel is bevestig in *Rudman v RAF* (2002) JOL 10253 (SCA).

optrede onregmatig was. Anders gestel, vra die Hof of regverdiging vir sy optrede, objektief gesien, ontbreek het.⁷⁶⁵

Neethling en Le Roux kom tot die slotsom dat verdienvermoë nóg suiwer persoonlikheidsgoed, nóg suiwer immateriële goed is. Die vermoënsregtelike karakter blyk daaruit dat dit 'n besliste markwaarde kan hê. Daar is egter nie 'n saak of prestasie ter sprake nie. Dat dit immateriële goed is, word deur die feit dat 'n mens met 'n onstoflike skepping of produk van die menslike gees te doen het, gesteun. Die verdienvermoë kan egter nie selfstandig en geskei van sy skepper bestaan nie, en 'n mens het derhalwe nie met 'n selfstandige immateriële regsgoed te make nie. Die skrywers beskou die verdienvermoë as 'n nuwe regsobjek binne die figuur van die privaatregtelike subjektiewe reg.⁷⁶⁶

Met betrekking tot die aard van die werknemer se nie-monetêre regte ingevolge die diensverhouding het gepaardgaande regsontwikkeling plaasgevind. In die jaar 1920 is die volgende in *Faberlan v McKay en Fraser* gesê: “*Prima facie* a man who is employed at a wage is only entitled to his wages. The employer is not obliged to provide him with work and the employee has no complaint if he is given no work to do.”⁷⁶⁷ Sedert uitsprake soos *Faberlan* in 1920 gelewer is, is egter van die siening van 'n diensverhouding as 'n kommersiële reëling ingevolge waarvan die werknemer 'n kommersiële bate is en sy arbeid die kommoditeit waarmee hy handel dryf, wegbeweeg.⁷⁶⁸ In *National Union of Textile Workers v Stag Packings* is bevind dat 'n werknemer wie se diensooreenkoms onregmatig beëindig is, geregtig sou kon wees op spesifieke nakoming van die ooreenkoms.⁷⁶⁹ Die reg om nie onbillik ontslaan te word nie is 'n manifestasie van hierdie regsontwikkeling.⁷⁷⁰ Verder is ingevolge die *Wet op*

⁷⁶⁵ *Hawker v Life Offices Association of SA* 1987 (8) ILJ 231 (K): 234-235.

⁷⁶⁶ Neethling & Le Roux 1987: 726-727.

⁷⁶⁷ *Faberlan v McKay en Fraser* 1920 WLD 23.

⁷⁶⁸ Brassey 1982: 248.

⁷⁶⁹ *National Union of Textile Workers v Stag Packings* 1982(4) SA 151 (T): 158.

⁷⁷⁰ *Sien Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt* (2001) 12 BLLR 1301 (SCA): 1303 (2): “The 1956 Act (after its amendment in 1979) created a statutory remedy for the commission of what was referred to as an “unfair labour practice” which was soon interpreted by the courts to include the unfair dismissal of an employee (*Brassey Employment Law* Vol. 1 A1:47). The effect of that interpretation was to recognise the existence of a right not to be unfairly dismissed and such a right is now expressly provided for in section 185 of the 1995 Act.”

Arbeidsverhoudinge herindiensstelling 'n remedie wanneer bevind word dat 'n werknemer onbillik ontslaan is.⁷⁷¹

In *Matheyse v Acting Provincial Commissioner, Correctional Services and Others* maak die Hof die volgende stelling met betrekking tot sake wat die *Wet op Arbeidsverhoudinge* voorafgegaan het: "In a series of decisions the civil courts have gone further and applied a wider definition to the concept of demotion in the labour relations context, holding that it applies even where employees retain their salaries, attendant benefits, and rank, but have suffered a reduction or demotion in their 'dignity,' 'importance' and 'responsibility' or in their 'power' or 'status.'"⁷⁷²

Reeds voor die uitvaardiging van die *Grondwet* is die volgende benadering in *Sunshine Records (Pty) Ltd v Frohling and Others*⁷⁷³ gevolg: "In determining whether a restriction on the freedom to trade or to practise a profession is enforceable, a court should have regard to two main considerations ... The second consideration is that all persons should, in the interests of society, be permitted as far as possible to engage in commerce or the professions ..."

Sedert die uitvaardiging van die *Grondwet* is die openbare belang geïnterpreteer om effek te gee aan grondwetlike waardes.⁷⁷⁴ Daar is reeds verwys na verskeie uitsprake waar 'n direkte verband tussen werk en menswaardigheid getref is.⁷⁷⁵ In *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health, RSA and Another* bevestig die Hof dat artikel 22 meer as die reg om lewensmiddele te verdien, beskerm. Die Hof beskou die vryheid om 'n professie te kies as fundamenteel tot die aard van 'n demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid. Die Hof verwys in hierdie verband na die geskiedenis van arbitrêre praktyke, byvoorbeeld werkreservering, paswette en die uitsluiting van vroue uit beroepe, wat die agtergrond vir die konstitusionele beskerming wat artikel 22 van die *Grondwet* bied, vorm. Die reg het twee verweefde komponente, naamlik die reg om 'n beroep te kies en die reg om die gekose beroep te

⁷⁷¹ *Wet op Arbeidsverhoudinge* artikel 193.

⁷⁷² *Matheyse v Acting Provincial Commissioner Correctional Services and Others* (2001) ZALC 50: par 27. Sien ook *Taylor v Edgars Retail Trading* (1992) 13 ILJ 1239 (IC): 1242J-1243A.

⁷⁷³ *Sunshine Records (Pty) Ltd v Frohling and Others* 1990 (4) SA 782 (A):794C-E.

⁷⁷⁴ *Barkhuizen v Napier*: par 28-29. Sien hoofstuk 3 par 4.2.3.2: 116-117 hierbo.

⁷⁷⁵ Sien hoofstuk 3 par 4.1.2: 93-94 hierbo.

beoefen.⁷⁷⁶ Die volgende *dictum* wat reeds gedeeltelik aangehaal is, weerspieël die Hof se benadering: “What is at stake is more than one’s right to earn a living, important though that is. Freedom to choose a vocation is intrinsic to the nature of the society based on human dignity as contemplated by the Constitution. One’s work is part of one’s identity and it is constitutive of one’s dignity. Every individual has a right to take up any activity which he or she believes himself or herself prepared to undertake as profession and to make that activity the very basis of his or her life and there is a relationship between work and the human personality as a whole. It is a relationship that shapes and completes the individual over a lifetime of devoted activities; it is the foundation of the person’s existence.”

Die Hof verwys goedkeurend na die Duitse *Apteker*-beslissing, en kom dan, na ’n ontleding van die beginsels wat in die *Grondwet* beliggaam is, tot die onafhanklike gevolgtrekking dat indien regulering nie ’n negatiewe impak op keuse het nie, slegs die rasionaliteitstoets bevredig moet word. Wanneer regulering egter die keuse van ’n profesie raak, moet dit ingevolge artikel 36 getoets word en moet dieselfde standaard gehandhaaf word as wat sou geld indien die regulasie enige van die regte wat in die Handves van Regte verskans is, sou beperk.⁷⁷⁷

Die Hof verwys met goedkeuring na *S v Lawrence*⁷⁷⁸ waar bevind is dat die rasionaliteitstoets ingevolge artikel 26(2) van die *Oorgangsgrondwet* nie vereis dat maatreëls redelik of proporsioneel moet wees nie.⁷⁷⁹ Die Hof onderskei hierdie toets van die redelikheidstoets wat deur die Duitse hof gevolg word en wat, soos geblyk het uit die winkelure-sake waarna hierbo verwys is, ’n proporsionaliteitsanalise insluit.⁷⁷⁹ Die Hof verskil pertinent van die beslissing in *Van Rensburg v South African Post Office Ltd*⁷⁸⁰ vir soverre daardie beslissing redelikheid as die toepaslike standaard beskou wanneer wetgewing wat beroepsbeoefening reguleer, hersien word. Die Hof kom tot die gevolgtrekking dat ’n maatreël wat beroepsbeoefening reguleer aan twee vereistes moet voldoen. Eerstens moet dit rasioneel verbind wees met die

⁷⁷⁶ *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health, RSA & Another*: par 57-63.

⁷⁷⁷ *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health, RSA & Another*: par 93.

⁷⁷⁸ *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* 1997(4) SA 1176(CC); 1997 (10) BCLR 1348 (CC): par 45.

⁷⁷⁹ Sien ook *New National Party of South Africa v Government of the Republic of South Africa and Others*: par 19, 24.

⁷⁸⁰ *Van Rensburg v South African Post Office Ltd* 1998 (10) BCLR 1307 E: par 1322H-1323B.

legitieme doelwit daarvan. Tweedens mag dit nie enige van die fundamentele regte wat in die *Handves van Regte* verskans is, beperk nie, tensy sodanige beperking regverdigbaar is ingevolge artikel 36 van die *Grondwet*.⁷⁸¹

Die Hof bevind dat 'n skema wat vereis dat onder andere mediese praktisyns en tandartse nie medisyne mag verskaf tensy 'n lisensie deur die Direkteur-Generaal van Gesondheid aan hulle uitgereik is nie, en wat vereistes stel met betrekking tot die perseel waar medisyne verskaf word, bloot reguleer in die sin dat dit die behoorlike uitoefening van die reg om 'n professie te beoefen, fasiliteer. Dit raak nie die reg om te praktiseer nie en daar is geen objektiewe aanduiding dat dit 'n persoon se besluit om 'n mediese praktisyn te word, sal beïnvloed nie. Dit slaag die rasionaliteitstoets met betrekking tot artikel 22, maak nie inbreuk op ander grondwetlike regte nie en is derhalwe grondwetlik.⁷⁸²

Volgens Lagrange sluit die keuse van 'n ekonomiese aktiwiteit die effektiewe implementering van die keuse in. Die grens tussen die keuse en die beoefening van 'n ekonomiese aktiwiteit is nie waterdig nie en regulerende beperkings op die beoefening van 'n ekonomiese aktiwiteit kan bes moontlik die uitoefening van 'n keuse van ekonomiese aktiwiteit affekteer.⁷⁸³

Teen hierdie agtergrond sal vervolgens oorweeg word of die ter sake maatreëls die reg van werknemers om 'n beroep te kies, affekteer.

7. Gevolgtrekking

In die algemeen verhoed die vasstelling van maksimum werkure nie 'n persoon "from partaking in trade or commerce"⁷⁸⁴ of om enige beroep te kies en te beoefen nie. Dit het egter reeds uit die studie geblyk dat die feit dat hulle ontnem word van die geleentheid om langer ure te werk vir sekere werknemers ingrypende negatiewe

⁷⁸¹ Sien hoofstuk 7: 222-241 hieronder.

⁷⁸² *Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health, RSA and Another*: par 71-72. Sien ook Cheadle *et al* 2002: par 17.2.

⁷⁸³ Lagrange "Economic Activity Rights" in Cheadle *et al* 2002: par 17.1.

⁷⁸⁴ Sien *Reddy v Siemens Telecommunications (Pty) Ltd*: par 15-16. Vergelyk met die beskrywing van die omvang van die betrokke handelsbeperking in *Advtech Resourcing (Pty) Ltd t/a Communicate Personnel Group v Kuhn and Another*: par 33.

implikasies meebring.⁷⁸⁵ 'n Werknemer sou selfs deur finansiële omstandighede genoodsaak kon word om 'n werk met 'n groter salaris te aanvaar, terwyl hy of sy, deur vrywillig meer as die maksimum oortyd te werk, dieselfde vergoeding by die werk van sy keuse sou kon ontvang. 'n Werknemer kan ook ontnem word van die geleentheid om opleiding te finansier of bevordering te verdien ten einde in die posisie te kom om 'n beroep van sy of haar keuse te beoefen. Op hierdie basis sou geargumenteer kon word dat die ter sake maatreëls beroepskeuse affekteer en derhalwe die artikel 36-toets moet slaag. Die teenargument sal wees dat die persoon se keuse nie sodanig geaffekteer is dat dit nie effektief geïmplementeer kan word nie, selfs al sou dit beteken dat hy of sy die verskil in inkomste op 'n ander wyse moet bekom.

Wanneer die regulering van beroepsbeoefening vervolgens bespreek word, sal dit blyk dat, as gevolg van die inbreuk wat die maatreëls op ander grondwetlike regte maak, die vermelde negatiewe implikasies in elk geval in die artikel 22-hersiening geakkommodeer word.

Dit is duidelik dat die vasstelling van maksimum werkure die beroepsbeoefening van werknemers op wie dit van toepassing is, reguleer. Met betrekking tot die vraag of hierdie regulering grondwetlik is, sal die rasionaliteitstoets van toepassing wees. Daarbenewens sal die vraag wees of ander grondwetlike regte aangetas word.

In hoofstuk 4 van die studie is reeds aangetoon dat die doelwit van die maatreëls legitiem is en dat daar 'n rasonele verband tussen die maatreëls en die doelwit daarvan is.⁷⁸⁶

Wat die tweede vraag betref, toon die studie aan dat die maatreëls inderdaad op ander grondwetlike regte inbreuk maak.⁷⁸⁷ Op hierdie basis maak die maatreëls dus ook inbreuk op die beroepsreg wat deur artikel 22 beskerm word.

⁷⁸⁵ Sien hoofstuk 4 par 4.3.4.2: 178-181 hierbo.

⁷⁸⁶ Sien hoofstuk 4 par 4.1.2.2: 151-155 hierbo.

⁷⁸⁷ Sien hoofstukke 3: 38-120, 4: 121-187 en 6: 209-221.

HOOFSTUK 6

BILLIKE ARBEIDSPRAKTYKE EN KOLLEKTIEWE BEDINGING

1. Inleiding

Tydens die bespreking van die doelwitte van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* is vermeld dat die *Wet* primêr ten doel het om onder andere uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat verleen word deur artikel 23(1) van die *Grondwet* wat bepaal dat elkeen die reg op billike arbeidspraktyke het.⁷⁸⁸ In hierdie hoofstuk sal eerstens bespreek word of die ter sake maatreëls inderdaad aan hierdie reg uitvoering gee al dan nie.

Artikel 23(5) wat die reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem, verskans, sal daarna bespreek word.⁷⁸⁹ Die fokus van hierdie bespreking sal die vraag wees of die onderskeid wat tussen die regsrag van kollektiewe ooreenkomste binne en buite bedingingsrade getref word, en die gepaardgaande begrensing van kollektiewe bedingingsmoontlikhede met betrekking tot diensvoorwaardes, inbreuk maak op artikel 23(5). Aangesien die praktiese funksionering van vakbonde binne die ekonomiese bestel in Amerika, Duitsland, Kanada en Suid-Afrika sodanig verskil dat daar nie in die konteks van die studie toepaslike afleidings daarop gegrond kan word nie, word nie daarop ingegaan nie.⁷⁹⁰ Daar word wel regsvergelijkend na 'n onlangse beslissing in Kanada verwys waar in beginsel ontleed is of vryheid van assosiasie 'n

⁷⁸⁸ Sien Davis, Cheadle & Haysom 1997: 212-217.

⁷⁸⁹ Artikel 23 (5) volg op die artikels wat vryheid van assosiasie verskans. Artikel 23(2)-(5) bepaal soos volg: "(2) Elke werker het die reg om (a) 'n vakbond te stig en daarby aan te sluit; (b) aan die bedrywighede en programme van 'n vakbond deel te neem; en (c) te staak. (3) Elke werkgewer het die reg om (a) 'n werkgewersorganisasie te stig en daarby aan te sluit; en (b) aan die bedrywighede en programme van 'n werkgewersorganisasie deel te neem. (4) Elke vakbond en elke werkgewersorganisasie het die reg om (a) sy eie administrasie, programme en bedrywighede te bepaal; (b) te organiseer; en (c) 'n federasie te stig en daarby aan te sluit. (5) Elke vakbond, werkgewersorganisasie en werkgewer het die reg om aan kollektiewe bedinging mee te doen. Nasionale wetgewing kan verorden word om kollektiewe bedinging te reguleer. In die mate waarin die wetgewing 'n reg in hierdie hoofstuk beperk, moet die beperking aan artikel 36(1) voldoen. (6) Nasionale wetgewing kan erkenning verleen aan vakbondsekerheidsreëlings wat in kollektiewe ooreenkomste vervat is. In die mate waarin die wetgewing 'n reg in hierdie hoofstuk beperk, moet die beperking aan artikel 36(1) voldoen."

⁷⁹⁰ Onlangse ontwikkeling in die strukture van kollektiewe bedinging in Duitsland en Amerika, onder andere die desentralisasie wat in Duitsland plaasvind, word onderskeidelik opgesom in Katz 2004: 116-118 en 195-201.

reg op kollektiewe bedinging insluit, en of beperkings op die omvang van kollektiewe bedinging grondwetlik is.

Daar moet vermeld word dat die Hof in *South African National Defence Union and Another v Minister of Defence and Others*⁷⁹¹ die benadering gevolg het dat artikel 23(1) 'n omvattende reg is wat ook op kollektiewe bedinging van toepassing is.⁷⁹² Volgens Woolman *et al* pas hierdie benadering nie in by die struktuur van artikel 23 wat saamgestel is uit subartikels wat verskillende terreine dek nie. In hierdie hoofstuk sal die nou verband tussen die subartikels aangedui word, maar sal die reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem slegs ingevolge artikel 23(5) bespreek word.

2. Artikel 23(1) van die Grondwet

Die *Suid-Afrikaanse Grondwet* is, met die uitsondering van die grondwet van Malawië wat in hierdie opsig op die *Suid-Afrikaanse Grondwet* gebaseer is, uniek in die konstitusionalisering van 'n reg op billike arbeidspraktyke. Die algemene uitgangspunt van arbeidswetgewing is dat die hoofdoelwit van die arbeidsreg is om die ongelyke bedingingsmag, wat 'n inherente eienskap van die diensverhouding is, te balanseer.⁷⁹³ In vergelykbare arbeidswetgewing word die konsep onbillike arbeidspraktyk hoofsaaklik in hierdie konteks aangewend om na spesifiek geïdentifiseerde nie-toelaatbare werkgewersoptrede te verwys.⁷⁹⁴ Aangesien die reg optrede reguleer, is dit moeilik om te visualiseer hoe die reg as grondwetlike reg op wetgewing toegepas moet word.⁷⁹⁵ Direkte regsvergelyking ten einde die reg grondwetlik te interpreteer, is dus nie moontlik nie. Die Suid-Afrikaanse arbeidsreg

⁷⁹¹ *SANDU and Another v Minister of Defence and Others* 2004 (4) SA 10 (T) 2003.

⁷⁹² *SANDU and Another v Minister of Defence and Others* 2004: 2123. Die Hof bevind dat beperkings in die militêre regulasies op aangeleenthede waarvoor kollektiewe bedinging sou kon plaasvind op die reg op billike arbeidspraktyke sowel as die reg om aan kollektiewe bedinging deel te neem, inbreuk maak.

⁷⁹³ Cooper "Labour Relations" in Woolman *et al* 2008: 53-16 vn 3.

⁷⁹⁴ Cheadle "Labour Relations" in Cheadle *et al* 2002: par 18.4.

⁷⁹⁵ Cheadle "Labour Relations" in Cheadle *et al* 2002: par 18.4. Artikel 23(1) is in die *Oorgangsgrondwet* ingesluit as deel van 'n pakket bepalinge wat daarop gerig was om die ondersteuning van die staatsdiens vir die nuwe grondwetlike bedeling en spesifiek vir die herstrukturering en transformasie van die staatsdiens tot 'n enkele openbare diens wat verteenwoordigend van die breë Suid-Afrikaanse gemeenskap sou wees, te verseker. Die motivering vir die insluiting van die reg was 'n eis deur werknemers in die staatsdiens dat die onbillike arbeidspraktykreg met betrekking tot ontslag wat ingevolge die 1956 *Wet op Arbeidsverhoudinge* ontwikkel het, op hulle van toepassing sal wees. Sien Cooper "Labour Relations" in Woolman *et al* 2008: 53-10.

bied die beste basis vir interpretasie van die reg.⁷⁹⁶ Daar moet egter nie uit die oog verloor word dat spesifieke arbeidswetgewing nie 'n omvattende regulering van die reg op billike arbeidspraktyke verteenwoordig nie.

Ten tye van die inwerkingtreding van die *Grondwet* was die begrip onbillike arbeidspraktyk ingevolge die *Wysigingswet op Arbeidsverhoudinge* van 1991 soos volg gedefinieer: "... enige handeling of versuim ... wat die uitwerking het of kan hê dat (i) enige werknemer of klas werknemers onregverdig daardeur geraak word of kan word of dat sy of haar werkgeleentheid of werksekerheid daardeur benadeel word of in gevaar gestel word of kan word; (ii) die besigheid van enige werkgever of klas werkgevers onregverdig daardeur geraak of ontwrig word of kan word; (iii) arbeidsonrus daardeur geskep of bevorder word of kan word; (iv) die verhouding tussen werkgever en werknemer nadelig daardeur geraak word of kan word." Hierdie definisie, in samehang met die beginsels van die positiewe reg, kan tot 'n groter mate as die eng definisie in Artikel 186 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* as riglyn aangewend word om inhoud aan die grondwetlike konsep billike arbeidspraktyk te gee.⁷⁹⁷

Ngcobo R maak in *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others*⁷⁹⁸ die stelling dat die fokus van artikel 23(1), breedweg gestel, die verhouding tussen die werker en die werkgever is, en die voortsetting van daardie verhouding op voorwaardes wat billik is teenoor albei.⁷⁹⁹ Die Hof wys daarop dat die konsep billike arbeidspraktyk nie in die *Grondwet* gedefinieer is nie, en ook nie vir presiese definiëring vatbaar is nie. Wat billik is al dan nie hang van die omstandighede van elke saak af en vereis 'n waardeoordeel. Aanvanklik moet die wetgewer deur middel van wetgewing inhoud aan die konsep gee, en daarna moet

⁷⁹⁶ Cooper "Labour Relations" in Woolman *et al* 2008: 53-11.

⁷⁹⁷ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 414-415. Artikel 186 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* definieer 'n onbillike arbeidspraktyk as "enige onbillike handeling of versuim wat tussen 'n werkgever en werknemer ontstaan met betrekking tot (a) die onbillike gedrag van die werkgever rakende die bevordering, demosie, proeftydperk ... of opleiding van 'n werknemer of rakende die voorsiening van voordele aan 'n werknemer; (b) Die onbillike skorsing van 'n werknemer of enige ander dissiplinêre optrede behalwe ontslag ten opsigte van 'n werknemer; (c) die versuim of weiering van 'n werkgever om 'n gewese werknemer weer in diens te herstel of weer in diens te neem."

⁷⁹⁸ *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others* (2002) ZACC 27.

⁷⁹⁹ *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others*: par 40. Sien ook Davis *et al*: 214.

dit deur die beslissings van spesiale tribunale soos die Arbeidshof en die Arbeidsappèlhof ontwikkel word.⁸⁰⁰

In die konteks van die studie is die primêre vraag of die ter sake maatreëls inderdaad billike arbeidspraktyke daarstel. Die afdwing van onmenslike werkure is klaarblyklik onbillik, en menslike werkure kan uiteraard deur rigiede regulering verseker word. Die implikasie van die verskansing van die reg op billike arbeidspraktyke is egter dat, indien dit sou blyk dat die maatreëls op sekere werknemers 'n onbillike effek met betrekking tot arbeidspraktyke het,⁸⁰¹ sodanige inbreuk die artikel 36 toets sal moet slaag.

In *NEHAWU v University of Cape Town* beskou die Hof werksekuriteit as 'n kernwaarde ingevolge die *Wet op Arbeidsverhoudinge*, en essensieel met betrekking tot die grondwetlike reg op billike arbeidspraktyke.⁸⁰² Die Hof beklemtoon dat die *Wet op Arbeidsverhoudinge* daargestel is om aan artikel 23(1) van die *Grondwet* effek te gee,⁸⁰³ en verwerp die interpretasie van die Arbeidsappèlhof van Artikel 197 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge*,⁸⁰⁴ naamlik dat die oordrag van die meerderheid van die bates van 'n besigheid, insluitende die werknemers, asook 'n ooreenkoms tussen die ou en nuwe werkgewer dat die werknemers oorgedra sal word, voorvereistes is vir 'n oordrag as lopende saak ingevolge die artikel. Die Hof kom tot die gevolgtrekking dat artikel 197 voorsiening maak vir 'n uitsondering op die kontrakteregtelike beginsel dat 'n dienskontrak nie sonder die toestemming van die werknemer oorgedra kan word nie.⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others*: par 33-34, 40-41.

⁸⁰¹ Die feit dat werknemers nie van die bedoelde beskerming van die ter sake maatreëls afstand kan doen nie, versterk hierdie moontlikheid. Sien hoofstuk 2 par 2.3.1: 12-13.

⁸⁰² *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others*: par 42.

⁸⁰³ Currie & De Waal 2005: par 23.3.

⁸⁰⁴ Artikel 197 reguleer die oordrag van dienskontrakte van die ou na die nuwe werkgewer wanneer 'n besigheid as 'n lopende saak oorgedra word. As regsgevolg, tensy skriftelik anders ooreengekom tussen die werknemer aan die een kant (soos omskryf in artikel 189) en een van die werkgewers of die werkgewers gesamentlik aan die ander kant, word die ou werkgewer outomaties as werkgewer deur die nuwe werkgewer vervang en bly alle regte en verpligtinge wat tussen die ou werkgewer en die werknemer bestaan het van krag asof hulle regte en verpligtinge tussen die nuwe werkgewer en werknemer is. Sien Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 546.

⁸⁰⁵ *National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others*: par 62.

Die regsraad van 'n diensverhouding is reeds in die studie bespreek. Daar is verwys na werk as 'n roeping en 'n manifestasie van die werknemer se persoonlikheid en vermoë, asook na die gepaardgaande regte met betrekking tot die werknemer se vryheid en menswaardigheid. Dit blyk uit sake waarin werknemers beweer het dat hulle konstruktief onbillik ontslaan is deurdat hulle werksomstandighede ondraaglik was, dat ingevolge arbeidswetgewing werkers se regte verder strek as gereguleerde basiese diensvoorwaardes en 'n reg tot vergoeding vir hulle arbeid. Erkenning is gegee aan werkers se reg op 'n vertrouensverhouding⁸⁰⁶ en op billike behandeling.⁸⁰⁷ Dit volg dat werksekuriteit sekuriteit met betrekking tot hierdie aspekte insluit. Dit volg verder dat wetgewing wat werknemers wat langer as 'n vasgestelde aantal ure werk, dwing om hulle diensverhouding dienoooreenkomstig te beperk en binne 'n tweede diensverhouding, met die negatiewe implikasies daaraan verbonde, te funksioneer, as beperkend met betrekking tot die werksekuriteit van daardie werknemers beskou kan word. Ten einde grondwetlik te wees, sal die maatreëls dus ook met verwysing na artikel 23(1) van die *Grondwet* die artikel 36 toets moet slaag.

3. Artikel 23(5) van die *Grondwet*

3.1 Relevansie vir die studie

Kollektiewe bedinging vloei uit werknemers se reg op vryheid van assosiasie en versterk werknemers se posisie met betrekking tot die bedinging van diensvoorwaardes wat aan hulle behoeftes voldoen. Alhoewel die behoefte aan 'n opsie om langer werkure by dieselfde werkgewer ooreen te kom ooglopend nie universeel is nie, sluit dit nie uit dat vakbonde hierdie saak in bepaalde omstandighede waar so 'n behoefte wel algemeen is, kan bevorder nie. Bedingingsraadooreenkomste tot dié effek getuig hiervan.⁸⁰⁸ Dieselfde beginsel geld ten opsigte van individuele vakbondlede wat so 'n behoefte het. Soos tydens die bespreking van die wyse waarop die *Wet* werkure reguleer, aangetoon is, word slegs beperkte spesifiek omskrewe wysigings deur kollektiewe ooreenkoms buite bedingingsrade toegelaat, terwyl bedingingsraadooreenkomste enige van die voorgeskrewe basiese diensvoorwaardes,

⁸⁰⁶ *Pretoria Society for the Care of the Retarded v Loots* (1997) 6 BLLR 721 (LAC): 724.

⁸⁰⁷ *WL Ochse Webb & Pretorius (Pty) Ltd v Vermeulen* (1997) 2 BLLR 124 (LAC): 129.

⁸⁰⁸ Sien hoofstuk 2 par 2.3.2: 13-14 hierbo.

behalwe 'n aantal sogenaamde kernregte, kan wysig of uitsluit.⁸⁰⁹ In die konteks van die studie is die vraag of die ontneming van werknemers wat lede is van vakbonde buite bedingingsrade, van die geleentheid om by wyse van kollektiewe bedinging 'n opsie om langer werkure by dieselfde werkgewer te werk, te beding, inbreuk maak op hierdie werknemers se reg op kollektiewe bedinging ingevolge artikel 23(5) van die *Grondwet*.

3.2 Internasionale reg en regsvergeljkende oorsig

In die aanhef van die grondwet van die IAO word vryheid van assosiasie vermeld as een van die wyses waarop blywende arbeidsvrede bekom kan word.⁸¹⁰ Artikel 2 van die *Collective Bargaining Convention, 1981* maak die begrip kollektiewe bedinging van toepassing op alle onderhandelings tussen een of meer werkgewers of werkgewersorganisasies en een of meer werkersorganisasies, onder andere met betrekking tot die vasstelling van diensvoorwaardes.⁸¹¹

Artikel 9 van die *Duitse Grondwet* verskans die reg op vryheid van assosiasie. Alhoewel 'n reg op kollektiewe bedinging nie pertinent vermeld word nie, gee die artikel erkenning daaraan dat die reg op die verbetering van ekonomiese en diensvoorwaardes gerig is, en vir elke persoon en alle vakbonde en professies gewaarborg is. Ooreenkomste wat die reg beperk of die uitoefening daarvan verhinder, is nietig, en maatreëls gerig op die beperking of verhinderende van die uitoefening van die reg, is onregmatig.⁸¹²

Artikel 2(d) van die *Kanadese Vryheidshandves* bepaal dat vryheid van assosiasie 'n fundamentele grondwetlike reg is. In 'n insiggewende en toepaslike uitspraak in die saak *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v*

⁸⁰⁹ Sien hoofstuk 2 par 2.3.2: 13 hierbo.

⁸¹⁰ ILOLEX. Constitution of the ILO: <<http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>> Sien Gernigon, Otero & Guido 2000: 34.

⁸¹¹ ILOLEX. C154 Collective Bargaining Convention, 1981:

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdsp1.htm>> Sien ook die "Right to Organise and Collective Bargaining Convention" 1949 C098 artikel 4 en die "Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention" 1948 C087: artikel 11.

⁸¹² Artikel 9(1) en 9 (3) van die *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*:

<<http://www.psr.keele.ac.uk/docs/german.htm>>

*British Columbia*⁸¹³ het die Kanadese Hooggeregshof uitdruklik die regsposisie wat 20 jaar lank in Kanada geheers het, naamlik dat vryheid van assosiasie, soos gewaarborg deur artikel 2(d) van die *Kanadese Vryheidshandves*,⁸¹⁴ 'n reg op kollektiewe bedinging uitsluit, omvergewerp. In die proses ontleed die Hof die inhoud en betekenis van die reg op kollektiewe bedinging.

Die grondwetlikheid van sekere bepalings, onder andere artikels 6(2) en 6(4), van die *Health and Social Services Delivery Improvement Act*⁸¹⁵ was ter sprake. Die *Wet* is afgekondig ten einde toenemende eise met betrekking tot die effektiewe lewering van noodsaaklike sosiale dienste die hoof te bied. Voor die afkondiging van die *Wet* het alle kollektiewe ooreenkomste in die gesondheidssektor bepalings bevat wat die reg van die betrokke bestuur om werk uit te kontrakteer, beperk. Artikel 6(2) van die *Wet* het aan werkgewers sekere magte ten opsigte van uitkontraktering toegeken, wat strydig sou wees met hierdie bepalings. Die effek sou wees dat die bepalings in die kollektiewe ooreenkomste ongeldig sou wees. Artikel 6(4) het verder enige bepaling in 'n kollektiewe ooreenkoms wat van 'n werkgewer vereis om met 'n vakbond te onderhandel voordat buite die bedingingseenheid gekontrakteer word, ongeldig verklaar.⁸¹⁶

Die Hof neem die internasionale reg as uitgangspunt en identifiseer die Internasionale Konvensie vir Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte,⁸¹⁷ die Internasionale Konvensie vir Burgerlike en Politieke Regte⁸¹⁸ en die Vryheid van Assosiasie en Beskerming van die Reg om te Organiseer Konvensie⁸¹⁹ as internasionale dokumente wat die reg op kollektiewe bedinging insluit. Volgens die Hof beskerm die reg op kollektiewe bedinging die vermoë van werkers om aan assosiatiewe aktiwiteite deel te

⁸¹³ *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v British Columbia* (2007)2 SCR 391; 2007 SCC 27. Sien Fudge 2008: 25.

⁸¹⁴ Anders as die *Suid-Afrikaanse Grondwet* waarborg die *Kanadese Grondwet* nie spesifiek 'n reg op kollektiewe bedinging nie.

⁸¹⁵ *Health and Social Services Delivery Improvement Act* SBC 2002 c 2.

⁸¹⁶ *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*: par 120-121.

⁸¹⁷ Office of the High Commissioner for Human Rights. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) artikel 8: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm>

⁸¹⁸ Office for the High Commissioner of Human Rights. The International Covenant on Civil and Political Rights artikel 22: <<http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm#part1>>

⁸¹⁹ ILOLEX. C087 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C087>>

neem en om saam te werk ten einde gedeelde doelwitte wat met werkplekaangeleenthede en diensvoorwaardes te doen het, te bevorder. Die erkenning dat werkers die reg het om as deel van hulle vryheid van assosiasie kollektief te beding, bevestig volgens die Hof die waardes van menswaardigheid, persoonlike outonomie, gelykheid en demokrasie.⁸²⁰

Die Hof beklemtoon dat die reg op kollektiewe bedinging 'n proses beskerm en nie 'n sekere substantiewe of ekonomiese uitkoms waarborg nie. Die proses wat beskerm word, is 'n algemene proses en nie 'n spesifieke model of metode nie.⁸²¹ In essensie ontwikkel die Hof 'n tweeledige toets om vas te stel of daar met die reg op kollektiewe bedinging ingemeng is. Eerstens moet die eiser aantoon dat daar staatsinmenging met die kollektiewe bedingingsproses was. Die inmenging hoef nie opsetlik te wees nie. Dit is voldoende as die effek daarvan is dat met die beoefening van kollektiewe bedinging ingemeng word. Tweedens moet die eiser aantoon dat die inmenging substansieel was met verwysing na die belangrikheid van die aangeleentheid waarmee ingemeng is, asook die effek van die inmenging met betrekking tot die bedingingsproses. Indien die eiser al hierdie elemente voldoende aanspreek, verskuif die bewyslas na die staat om aan te toon dat die inbreuk geregverdig was.⁸²²

Die Hof bevind dat die feit dat artikels 6(2) en 6(4) aangeleenthede wat van sentrale belang is met betrekking tot die vryheid van assosiasie, van die onderhandelingsafhaal, 'n substantiewe inmenging met die bedingingsproses daarstel en inderdaad op die vryheid van assosiasie inbreuk maak. Die Hof pas dan die *Oakes*-toets⁸²³ toe ten einde vas te stel of die inbreuk geregverdig is. Die bevinding is dat die doelwit van die wetgewing, naamlik die verbetering van die lewering van gesondheidsdienste, substansieel is en dat die betrokke maatreëls logies en redelik met die doelwit verband hou. Daar is egter nie aangetoon dat vasgestel is of die doelwit deur minder beperkende maatreëls bereik kon word nie. Die artikels slaag dus nie die vereiste dat

⁸²⁰ Fudge 2008: 1: 33-34.

⁸²¹ *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v British Columbia*: par 91.

⁸²² Fudge 2008: 36; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v British Columbia*: par 89-90, 92, 93-94, 109.

⁸²³ Sien hoofstuk 7 par 3: 223-226 hieronder.

die minimum inbreuk gemaak moet word nie. Op hierdie basis bevind die Hof dat die artikels ongrondwetlik is.⁸²⁴

’n Toepassing van die benadering van die Kanadese Hof in die konteks van die studie sal die fokus plaas op die belangrikheid van die regulering van werkure in die Suid-Afrikaanse omstandighede. Terselfdertyd sal die fokus wees op die grondwetlike rol van kollektiewe bedinging en die effek in hierdie verband van die verwydering van die vasstelling van maksimum werkure van die onderhandelingsstafel van vakbonde en werkgewers wat nie lede van bedingingsrade is nie. Laasgenoemde fokus sal insluit dat die *Suid-Afrikaanse Grondwet* billike arbeidspraktyke verskans.

3.3 Die Suid-Afrikaanse reg

Artikel 23(5) van die *Grondwet* bepaal soos volg: “Elke vakbond, werkgewersorganisasie en werkgewer het die reg om aan kollektiewe bedinging mee te doen. Nasionale wetgewing kan verorden word om kollektiewe bedinging te reguleer. In die mate waarin die wetgewing ’n reg in hierdie Hoofstuk beperk, moet die beperking aan artikel 36(1) voldoen.”

Cheadle heg betekenis aan die verskil in formulering tussen artikel 27(3) van die *Oorganggrondwet* en artikel 23(5) van die *Grondwet*. Eersgenoemde verwys na die reg om kollektief te beding, terwyl laasgenoemde na die reg om aan kollektiewe bedinging mee te doen, verwys. Die verskil is tussen ’n positiewe reg en ’n vryheid. ’n Positiewe reg impliseer ’n ooreenstemmende verpligting, terwyl ’n vryheid beteken dat die staat, onderhewig aan artikel 36, nie kollektiewe bedinging mag voorkom nie.⁸²⁵

Artikel 23 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* gee statutêre krag aan alle kollektiewe ooreenkomste tussen geregistreerde vakbonde en werkgewers of werkgewersorganisasies.⁸²⁶ Ingevolge artikel 23(3) van die *Wet* wysig ’n kollektiewe

⁸²⁴ Fudge 2008: 37.

⁸²⁵ Cheadle in Davis *et al* 1997: 234.

⁸²⁶ Artikel 213 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* definieer ’n kollektiewe ooreenkoms as: “... ’n skriftelike ooreenkoms oor bedinge en voorwaardes van diens of enige ander aangeleentheid van onderlinge belang, aangegaan deur een of meer geregistreerde vakbonde, aan die een kant, en, aan die

ooreenkoms dienskontrakte wat vroeër tussen die partye tot die ooreenkoms gesluit is ooreenkomstig die bepalings van die kollektiewe ooreenkoms.⁸²⁷

Die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*, daarenteen, onderskei met betrekking tot die bevoegdheid om basiese diensvoorwaardes te wysig tussen kollektiewe ooreenkomste wat binne en buite bedingingsrade aangegaan is.⁸²⁸ Bedingingsraadooreenkomste kan enige van die voorgeskrewe basiese diensvoorwaardes wysig of uitsluit, behalwe 'n aantal sogenaamde kernregte.⁸²⁹ Kollektiewe ooreenkomste buite bedingingsrade aangegaan, mag, soos reeds aangetoon, sekere gespesifiseerde wysigings teweegbring. Wat werkure aanbetref, word toegelaat dat 'n kollektiewe ooreenkoms bepaal dat werknemers se gewone werkure en oortyd as 'n gemiddelde oor hoogstens vier maande bereken word. Die gemiddelde oortyd oor 'n ooreengekome periode mag nie vyf uur per week oorskry nie. Oortyd mag ook vir 'n maksimumtydperk van twee maande in 'n twaalf maande-periode tot vyftien uur per week verleng word.⁸³⁰

Die verband tussen kollektiewe bedinging en billike arbeidspraktyke is duidelik. Die feit dat billike arbeidspraktyke spesifiek verskans is, versterk uit 'n grondwetlike perspektief die substantiewe belangrikheid van kollektiewe bedinging, spesifiek ook met betrekking tot individuele behoeftes aan billike arbeidspraktyke. Kollektiewe bedinging in 'n milieu waar werknemers die reg het om kollektiewe druk deur middel

ander kant (a) een of meer werkgewers; (b) een of meer geregistreerde werkgewersorganisasies; of (c) een of meer werkgewers en een of meer geregistreerde werkgewersorganisasies.”

⁸²⁷ Artikel 23(1)(a), (b) en (c) van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* bepaal soos volg: “A collective agreement binds-

(a) the parties to the collective agreement;

(b) each party to the collective agreement and the members of every other I party to the collective agreement, in so far as the provisions are applicable between them;

(c) the members of a registered trade union and the employers who are members of a registered employers' organisation that are party to the collective agreement if the collective agreement regulates-

(i) terms and conditions of employment; or

(ii) the conduct of the employers in relation to their employees or the conduct of the employees in relation to their employers;

(d) employees who are not members of the registered trade union or trade unions party to the agreement if-

(i) the employees are identified in the agreement;

(ii) the agreement expressly binds the employees; and

(iii) that trade union or those trade unions have as their members the majority of employees employed by the employer in the workplace.”

⁸²⁸ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* artikels 49(2), 10(6)(a), 12(1), 27(7), 37(2) en 10(6)(a).

⁸²⁹ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* artikel 49(1).

⁸³⁰ Van Jaarsveld & Van Eck 2006: par 369; Du Toit *et al* 2006: par 2.5.

van stakings uit te oefen,⁸³¹ beskerm die individuele werknemer teen uitbuiting vanuit 'n sterker bedingingsposisie deur 'n werkgever, en verseker sodoende billike arbeidspraktyke. In *Bader Bop* maak O'Regan R die stelling dat die verskansing van die reg van werkers om vakbonde te vorm en daarby aan te sluit, die reg om te staak, asook die reg van vakbonde, werkgevers en werkgeversorganisasies op kollektiewe bedinging, illustreer dat die *Grondwet* kollektiewe bedinging tussen werkgevers en werknemers as 'n sleutel tot 'n billike arbeidsomgewing beskou. Sy rig die volgende waarskuwing: "Care must be taken to avoid setting in constitutional concrete, principles governing that bargain which may become obsolete or inappropriate as social and economic conditions change."⁸³²

In totaal behoort ongeveer 3 miljoen werknemers uit 'n totale werkmag van 11.6 miljoen aan vakbonde.⁸³³ In 2007 het 51 bedingingsrade ongeveer 2.3 miljoen werkers bedien. Meer as 60% van hierdie werkers val binne die 5 staatsdiensbedingingsrade, die bedingingsraad van die plaaslike regering en die bedingingsraad wat Telkom bedien.⁸³⁴ Vakbondlede buite bedingingsrade maak dus 'n noemenswaardige persentasie van alle vakbondlede uit, veral met verwysing na die privaatsektor.

Die reg op kollektiewe bedinging van vakbondlede en werkgevers wat nie deur bedingingsrade gedek word nie, word dus deur die begrensing wat die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* op wysigings by kollektiewe ooreenkoms buite die sfeer van bedingingsrade plaas, beperk.⁸³⁵ Wat werkure aanbetref, hou die beperking, soos aangetoon, verband met bedinging wat op die werksekuriteit, menswaardigheid,

⁸³¹ *Wet op Arbeidsverhoudinge* artikels 64-67.

⁸³² *National Union of Metal Workers of South Africa and Others v Bader Bop (Pty) Ltd and Another*: par 13.

⁸³³ Naledi. 2008. The Annual Report on Bargaining 2008:

<http://www.naledi.org.za/pubs/2008/CEC_Report-Annual_Report_on_CB-2008.pdf>

⁸³⁴ Business Report 4-04-2006. SA shares France's labour law challenge. By Membathisi Mdladlana: <<http://www.busrep.co.za/index.php?fSectionId=641&fArticleId=3188906>> Sien ook Godfrey S, Theron & Visser 2007: par 5.1.1. Die volgende statistiek dui die persentasiedekking in 2005 van bedingingsrade in sektore wat meer as 1% van die totale dekking geniet: Vervaardiging: 18.86%; konstruksie: 4.43%; handel: 12.89%; vervoer: 6.94%; finansiële dienste: 3.26%; gemeenskapsdienste: 52.64%. Landbou, mynswese en nutsdienste geniet gesamentlik minder as 1% van die dekking. Sien Development Policy Research Unit UCT. Borhat, Goga & Van der Westhuizen. Analysing Wage Formation in the South African Labour Market: The Role of Bargaining Councils. <http://www.commerce.uct.ac.za/Research_Units/DPRU/Conference2008/Presentations/Bhorat_Bargaining_Councils.pdf>

⁸³⁵ Cheadle 2006: par 22.

vryheid en gelykheid van die betrokke werknemers betrekking het, en is die beperking derhalwe substansieel.

Artikel 23(5) vermeld spesifiek dat in die mate waarin wetgewing 'n reg in die *Handves van Regte* beperk, die beperking aan artikel 36(1) moet voldoen. Volgens Cheadle is die doelwit van die maatreëls die eerste aspek wat in hierdie verband ondersoek moet word.⁸³⁶ Artikel 36 word in die volgende hoofstuk op die ter sake maatreëls toegepas, en die oorweging van die doelstellings van die maatreëls in die konteks van die bespreking in hierdie paragraaf, sal dus uiteindelik by daardie bespreking inpas.

Minimum diensvoorwaardes word primêr vasgestel ten einde te voorkom dat werknemers weens hulle swakker bedingingsposisie as dié van werkgewers uitgebuit word. Kollektiewe bedinging versterk werknemers se bedingingsposisie en is vrywillig.⁸³⁷ Slegs onafhanklike vakbonde mag vir registrasie aansoek doen.⁸³⁸ Vakbonde is tipies tot bedinging om werkure te verminder, verbind, wat die kans dat 'n vakbond tot nadeel van die werknemers tot meer as die maksimum vasgestelde werkure sal ooreenkom, bykans uitskakel. Dit volg dat die doelwit om werkers teen uitbuiting te beskerm nie substansieel gewig dra met betrekking tot die beperking van die reg op bedinging van vakbondlede en werkgewers buite bedingingsrade nie.

Van Niekerk maak die afleiding dat kollektiewe bedinging nie in totaliteit vertrou word as 'n wyse om buigzaamheid teweeg te bring nie. Hy doen aan die hand dat die groter kapasiteit van bedingingsrade om basiese diensvoorwaardes te wysig moontlik as aanmoediging vir werknemers om by sektorale bedingingstrukture aan te sluit, kan

⁸³⁶ Currie & De Waal 2005: par 23.6. Die vryheid van assosiasie van werknemers word op verskeie wyses deur wetgewing beperk. Ingevolge artikel 32 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* kan kollektiewe ooreenkomste in sekere omstandighede uitgebrei word ten einde ook op werknemers wat nie lede van die betrokke vakbond is nie, van toepassing te wees, met die effek dat die kollektiewe en individuele bedingingsmag van die nie-lede beperk word. Sektorale vasstellings ingevolge artikel 51(1) van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* is 'n verdere voorbeeld. Sien Davis *et al* 1997: 224-225. Sien ook Cheadle *et al*: par 18.7.

⁸³⁷ Die Suid-Afrikaanse reg erken nie 'n afdwingbare verpligting om te onderhandel nie. Sien Cheadle "Labour Relations" in Cheadle *et al* 2002: par 18.7; Davis *et al* 1997: 223. Currie & De Waal 2005: par 23.6

⁸³⁸ *Wet op Arbeidsverhoudinge* artikels 95(1) en (2). Artikel 95(2) bepaal soos volg: 'n Vakbond is onafhanklik indien (a) hy nie onder die regstreekse of onregstreekse beheer van enige werkgewer of werkgewersorganisasie is nie; en (b) hy vry is van enige inmenging of beïnvloeding van enige aard wat uitgaan vanaf 'n werkgewer of werkgewersorganisasie."

dien.⁸³⁹ In die lig van die aanvaarde beginsel van vrywillige assosiasie en die onafhanklikheid van vakbonde kan hierdie moontlike voordeel nouliks die beperking van die reg op kollektiewe bedinging, ongeag of dit binne bepaalde strukture geskied al dan nie, regverdig.

Dit is nie onrealisties dat in gunstige werksomstandighede vakbonde en werkgewers wel tot langer werkure sou wou ooreenkom nie. Daar is na voorbeelde van sodanige bedingingingsraadooreenkomste verwys. Verder word statutêre erkenning gegee aan sodanige behoefte oor 'n tydperk van twee maande per jaar.⁸⁴⁰ Dit is eweneens nie onrealisties dat vakbonde, ten einde 'n komponent van hulle lede se wense te bevorder, sou wou ooreenkom tot 'n werkure-bedeling wat aan lede die geleentheid bied om vrywillig langer ure te werk nie. Die uitsluiting deur die ter sake maatreëls van hierdie opsie sal, ten einde grondwetlik te wees, die artikel 36-toets moet slaag.

4. Gevolgtrekking

Die gevolgtrekking is derhalwe dat die ter sake maatreëls op artikel 23(1) sowel as artikel 23(5) inbreuk maak.

⁸³⁹ Van Niekerk 2007: par 3.3(b).

⁸⁴⁰ Sien hoofstuk 2 par 2.3.2: 13-14, par 2.2: 10 hierbo.

HOOFSTUK 7

DIE REGVERDIGBAARHEID VAN DIE BEPERKINGS INGEVOLGE ARTIKEL 36 VAN DIE GRONDWET

1. Inleiding

Daar is aangetoon dat die ter sake maatreëls fundamentele regte van werknemers wat weens die ter sake maatreëls langer ure by verskillende werkgewers werk, of nie langer ure kan werk nie, beperk. In hierdie hoofstuk sal ondersoek word of hierdie beperkings ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* geregverdig kan word. Aangesien artikel 36 op die beperkingsklousule in artikel 1 van die *Kanadese Vryheidshandves*⁸⁴¹ geskoei is,⁸⁴² sal die artikels in samehang bespreek word en sal regsvergelijkend op die toepassing van artikel 1 in die Kanadese regspleging gefokus word. Albei artikels impliseer 'n proporsionaliteitstoets. Daar sal net kortliks verwys word na die toepassing van die proporsionaliteitsbeginsel in die Duitse reg. Daar sal nie verder uitgebrei word op die wyse waarop die Amerikaanse howe konstitusionele regte en sosiale belange balanseer deur die bepaling van die inherente omvang van regte en deur verskillende vlakke van hersiening toe te pas nie.

2. Die proporsionaliteitsbeginsel in die Duitse reg

Tydens die bespreking van die regstaatbeginsel in die *Duitse Grondwet* is melding gemaak daarvan dat die proporsionaliteitsbeginsel dien om staatsinmenging met regte en vryhede tot die noodsaaklike minimum te beperk, ten einde 'n legitieme doelwit te bereik.⁸⁴³

⁸⁴¹ Department of Justice Canada. Canadian Charter of Rights and Freedoms:
<<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>>

⁸⁴² Devenish 1999: 542.

⁸⁴³ Sien hoofstuk 3 par 3.2.2: 67.

Die proporsionaliteitstoets wat in Duitsland toegepas word,⁸⁴⁴ vereis eerstens dat die betrokke maatreël 'n regmatige doelwit moet hê, tweedens dat die maatreël daardie doelwit inderdaad moet bevorder en nodig moet wees in die sin dat daar nie 'n ewe effektiewe maar minder beperkende maatreël beskikbaar is nie, en derdens dat die voordele van die beperking van die reg deur die maatreël groter moet wees as die verlies wat deur die beperking meegebring word. Anders as tot dusver in Kanada, soos uit die bespreking hierna sal blyk, is die derde vereiste die grootste struikelblok vir die regverdiging van beperkings op grondwetlike regte.⁸⁴⁵ Grimm se verklaring vir hierdie onderskeid is dat in die Duitse reg die belangrikheid van die beperkende bepaling op die derde stadium van die toets nog nie 'n rol gespeel het nie, terwyl dit ingevolge die Kanadese benadering aanvanklik reeds oorweeg word en dus reeds 'n rol speel wanneer oorweeg word of die inbreuk so klein as moontlik is. Daarbenewens sluit die tweede vereiste van die Duitse toets in dat 'n minder beperkende maatreël ewe effektief sal wees, wat moeiliker is om aan te toon as dat minder beperkende maatreëls die doelwit kan bereik, soos deur die Kanadese toets vereis word. Deur die derde vereiste aan te wend, vermy die Duitse hof die institusionele dilemma wat andersins vir die hof kan ontstaan met betrekking tot die realiteit van politieke besluitneming in onseker toestande.⁸⁴⁶

3. Artikel 1 van die *Kanadese Vryheidshandves*

Artikel 1 van die *Kanadese Vryheidshandves* waarborg die regte en vryhede in die *Handves* onderhewig aan redelike beperkings voorgeskryf deur die reg, wat bewysbaar in 'n vry en demokratiese samelewing geregverdig kan word.⁸⁴⁷ In die

⁸⁴⁴ Die Duitse proporsionaliteitstoets is reeds voor die totstandkoming van die *Grondwet* deur administratiewe tribunale ontwikkel. Die Konstitusionele Hof het die toets aanvanklik in spesifieke situasies, byvoorbeeld ingevolge artikel 12(1) van die *Grondwet*, aangewend, maar het eers in 1963 bevestig dat die toets van toepassing is met betrekking tot beperkings op alle fundamentele regte. Sien 3 BVerfGE 383 (1954): 399; *Aptekesaak* 7 BVerfGE 377 (1958): IV 5; 13 BVerfGE, 97 (1961): 104, 108. 16 BVerfGE 194 (1963): 201. Nog later het die Hof die toets gefundeer ingevolge die "rule of law" wat in artikel 20 van die *Grondwet* verskans word en is proporsionaliteit as 'n grondwetlike beginsel voortvloeiend uit die essensie van fundamentele regte beskou. Sien 19 BVerfGE 342 (1965): 348; 95 BVerfGE 48 (1996): 58. Sien Currie 1994: 309-310.

⁸⁴⁵ Grimm 2007: I-II; *Perdry in die Woud*-saak (1980) 80 BVerfGE 137: par 3 (a). Sien ook die *Valkenierlisensie*-saak 55 BVerfGE 165: B I; (1990) 81 BVerfGE 156: 188; *Cannabis*-saak (1994) 90 BVerfGE 145; (1994) 91 BVerfGE 207: 222.

⁸⁴⁶ Grimm 2007: 384-389.

⁸⁴⁷ Sien *S v Makwanyane*: par 105-107.

leidende saak, *R v Oakes*,⁸⁴⁸ is beslis dat die party wat die beperking wil regverdig, die bewyslas dra. Die bewysstandaard is 'n oorwig van waarskynlikhede. Die regverdigbaarheid van 'n beperking word ingevolge twee sentrale kriteria bepaal. Eerstens moet die doelwit wat deur die beperkende maatreël gedien word voldoende belangrik wees om 'n grondwetlike reg of vryheid te beperk. Die standaard wat aangewend word, moet hoog wees. Dit is minstens noodsaaklik dat die doelwit verband hou met oorwegings wat dwingend en substansieel in 'n vry en demokratiese samelewing is. Daarna moet 'n proporsionaliteitstoets toegepas word.⁸⁴⁹ Alhoewel die aard van die proporsionaliteitstoets na gelang van omstandighede sal verskil, moet die hof in elke saak 'n balans tref tussen die belange van die gemeenskap en die betrokke individue en groepe. Die toets het 3 komponente. Die betrokke maatreëls moet eerstens noukeurig ontwerp wees om die doelwit wat ter sprake is, te bereik. Die maatreëls mag nie arbitrêr, onbillik of op irrasionele oorwegings gebaseer wees nie, maar moet rasioneel met die doelwit daarvan verbind wees. Tweedens moet die inbreuk op die reg wat ter sprake is so klein as moontlik wees. Verreweg die meeste bevindings waarin beslis is dat beperkings nie geregverdig was nie, was op die basis dat die beperking wat ter sprake was nie die minimum inbreuk op die reg gemaak het nie.⁸⁵⁰ Dertens moet daar 'n proporsionele balans wees tussen die effek van die beperkende maatreëls en die doelwit wat as van voldoende belang geïdentifiseer is.⁸⁵¹

Hogg wys daarop dat, alhoewel die Kanadese hof getrou aan *Oakes* die vierde stap volg, na sy wete hierdie stap nog nooit 'n invloed op 'n beslissing gehad het nie. Die rede hiervoor is dat die eerste stap vereis dat die inbreuk voldoende belangrik moet wees om 'n grondwetlike reg te beperk. Wanneer daarbenewens bevind is dat die beperkende maatreël rasioneel met die doelwit verbind is en dat die ingryping van die beperking so klein as moontlik is, laat dit nouliks ruimte vir 'n negatiewe bevinding ingevolge die derde vereiste. Grote, met verwysing na *Irwin Toy Ltd v Quebec*

⁸⁴⁸ *R v Oakes* (1986) 1 SCR 103. Sien Hogg 2007: par 38.3, 38.8 (b).

⁸⁴⁹ Sien Hogg 2007: par 38.4.

⁸⁵⁰ Sien byvoorbeeld *Edmonton Journal v Alberta (Attorney General)* 1989 (2) SCR 1326, 1989 CanLII 20 (SCC); *R v Edwards Books & Art Ltd* (1986) 2 SCR 713, 1986 CanLII 12 (SCC).

⁸⁵¹ *R v Oakes*: par 69-71. Sien *R v Big M Drug Mart Ltd* (1985) 1 SCR 295, 1985 CanLII 69 (SCC); par 137-143; *R v Edwards Books & Art Ltd*: par 121-151; *Irwin Toy Ltd v Quebec* (1989) 1 SCR 927, 1989 CanLII 87 (SCC): VII D; *RJR MacDonald Inc v Canada (AG)* (1995) 3 SCR 199, 1995 CanLII 64 (SCC): par 78-118; *R v Whyte* 1988 CanLII 47 (SCC), (1988) 2 SCR 3: 20; *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony* 2009 SCC 37 CanLII; *Cheadle et al* 2002: par 30.4.2. Davis Cheadle & Haysom 1997: 310-317.

(Attorney General),⁸⁵² maak in hierdie verband die stelling dat in die toepassing van die proporsionaliteitstoets die noodsaaklikheid daarvan om die demokratiese karakter van die wetgewer in ag te neem, beklemtoon is. Dit is primêr die taak van die wetgewer om te evalueer of 'n beperking van 'n reg in die *Handves* redelik is in 'n vry en demokratiese samelewing. Die wetgewer moet derhalwe 'n "margin of appreciation" toegelaat word met betrekking tot die vorming van regmatige doelwitte en die beoordeling van die potensiële voordele en negatiewe effekte van voorgestelde wetgewende maatreëls op die basis van nie-afdoende sosiaalwetenskaplike getuienis. Solank die wetgewer 'n redelike waardebeoordeling doen met betrekking tot waar die lyn tussen die vryheid van die individu wat deur die *Handves* beskerm word en die algemene welsyn wat deur die demokratiese instelling van regering beveilig word, is dit nie op die terrein van die hoë om daardie bepaling te bevraagteken nie.⁸⁵³

In die onlangse beslissing *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*⁸⁵⁴ is egter, met verwysing na Hogg se vermelde kommentaar, 'n nuwe perspektief gevestig. Die Hof verwys na die belangrike verduideliking in *Oakes* van die funksie van die finale stap van die proporsionaliteitsanalise. Volgens Dickens R in *Oakes* sal sommige beperkings op beskermde regte en vryhede ernstiger wees as ander op grond van die aard van die betrokke vryheid of reg wat beperk word, die omvang van die inbreuk, en die mate waartoe die beperking die fundamentele beginsels van 'n vry en demokratiese samelewing aantast. Selfs al is 'n doelwit voldoende belangrik en die eerste 2 elemente van die proporsionaliteitstoets bevredig, is dit steeds moontlik dat die negatiewe effek op individue of groepe so ernstig is dat die maatreëls nie geregverdig kan word deur die doel daarvan nie.⁸⁵⁵ McLachlin HR sit uiteen dat die fokus van die eerste 2 stappe die verhouding tussen die doel van die wetgewing en die metode wat deur die wetgewer aangewend word, is. Die derde stap bied 'n geleentheid om, in die lig van die praktiese en kontekstuele besonderhede wat tydens die eerste en tweede stappe aan die lig gekom het, te evalueer of die voordele wat uit die beperking spruit

⁸⁵² *Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney General)* (1989) 1 SCR 927.

⁸⁵³ Flanz 2008: Bundel IV: "Introductory notes" par III.3.

⁸⁵⁴ *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony* 2009 SCC 37 CanLII.

⁸⁵⁵ *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*: par 74 met verwysing na *R v Oakes*: 139-140.

proporsioneel in verhouding is met die nadelige effek daarvan, gemeet aan die waardes onderliggend aan die *Handves*.⁸⁵⁶

4. Artikel 36 van die *Suid-Afrikaanse Grondwet*

Artikel 36 stel die volgende kriteria vir die regverdiging van beperkings op die regte in die *Handves van Regte*: “(1) Die regte in die *Handves van Regte* kan slegs kragtens ’n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in ’n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van (a) die aard van die reg, (b) die belangrikheid van die doel van die beperking, (c) die aard en omvang van die beperking, (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan en (e) ’n minder beperkende wyse om die doel te bereik.”⁸⁵⁷

Die party wat op artikel 36 steun, moet ’n basis lê vir regverdiging ingevolge die artikel. Indien feitelike inligting nodig is ten einde ’n bevinding ingevolge die artikel te kan maak, moet dié party die inligting voorsien.⁸⁵⁸

5. Die aard van die reg

Volgens Cheadle is die verwysing in artikel 36 na die aard van die reg ontleen aan artikel 4 van die Internasionale Verdrag oor Ekonomiese en Kulturele Regte en ingevoeg nadat die bepaling in artikel 33 van die *Oorgangsgrondwet* dat geen beperking die essensiële inhoud van ’n reg mag negeer nie, nie in artikel 36 ingesluit is nie. Hy spreek die mening uit dat die oorweging van die aard van die reg wat beperk word, nie deel is van die balanseerproses deur middel van die proporsionaliteitstoets ten einde die omvang van die inbreuk en die doel van die belangrikheid van die beperking op te weeg nie, maar na die feit verwys dat sommige regte vanweë hulle

⁸⁵⁶ *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*: par 77 en 87.

⁸⁵⁷ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)* 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491: par 33-34; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*: par 35; *S v Makwanyane*: par 104.

⁸⁵⁸ *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 (3) SA 785; 1998 (7) BCLR 779: par 92.

aard en konsepsualisering nie denkbaar beperk kan word nie. Dit is byvoorbeeld baie moeilik om 'n regverdigbare beperking op die reg in artikel 9(3) van die *Grondwet* om nie aan onbillike diskriminasie onderwerp te word nie, te visualiseer. Dieselfde kan gesê word van die reg in artikel 25(1) om nie arbitrêr van eiendom ontnem te word nie. Hy beklemtoon dat hierdie stelling onderskei moet word van 'n stelling dat sekere grondwetlike regte belangriker is as ander. Hy verwys na die *Oakes*-toets waar eers vasgestel word of die wet voldoende belangrik is om 'n grondwetlike reg te beperk, en, indien die bevinding positief is, die proporsionaliteitstoets daarna toegepas word met betrekking tot die wyse waarop die reg beperk is. Vanuit hierdie perspektief kritiseer hy die benadering wat in *Makwanyane* met betrekking tot artikel 33 van die *Oorgangsgrondwet* gevolg en in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* met betrekking tot artikel 36 bevestig is,⁸⁵⁹ wat impliseer dat sekere regte belangriker is as ander en dat verskillende standaarde van hersiening geld ooreenkomstig die belangrikheid van regte.⁸⁶⁰

Currie *et al* se benadering in hierdie verband is dat die feit dat 'n reg gewig dra, met verwysing na die spesifieke belang daarvan met betrekking tot die skep van 'n demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, vryheid en gelykheid, 'n rol speel wanneer die regverdiging van 'n inbreuk op die reg in die balanseerproses oorweeg word.⁸⁶¹ In *Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v Walters and Another*⁸⁶² maak Kriegler R die volgende toepaslike stelling: "What looms large in both the threshold and the limitation phases of the exercise in the present case, is that the right to life, to human dignity and to bodily integrity are individually essential and collectively foundational to the value system prescribed by the Constitution. Compromise them and the society to which we aspire becomes illusory. It therefore follows that any significant limitation of any of these rights would for its justification demand a very compelling countervailing public interest."⁸⁶³

⁸⁵⁹ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*: 34.

⁸⁶⁰ Cheadle "Limitation of Rights" in Cheadle *et al* 2002: par 30.4.2-30.4.3.

⁸⁶¹ Currie *et al* 2005: 7.2 (b) (ii).

⁸⁶² *Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v Walters and Another* (2002) ZACC 6; 2002 (4) SA 613; 2002 (7) BCLR 663.

⁸⁶³ *Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v Walters and Another*: par 28.

In *Makwanyane* bevind Chaskalson R dat dit implisiet is in die bepalings van artikel 33(1) van die *Oorgangsgrondwet* dat die beperking van grondwetlike regte vir 'n doel wat redelik en noodsaaklik is in 'n demokratiese samelewing, die opweeg van botsende waardes, en uiteindelik 'n evaluasie gebaseer op proporsionaliteit, impliseer. Die feit dat verskillende regte verskillende implikasies vir 'n oop demokrasie gebaseer op vryheid en gelykheid het, beteken dat daar nie 'n absolute standaard vir die vasstelling van redelikheid en noodsaaklikheid neergelê kan word nie. Toepaslike beginsels kan daargestel word, maar hierdie beginsels moet dan op die besondere omstandighede van elke saak toegepas word. In die balanseerproses van die onderskeie belange sal die aard van die reg wat beperk is, die belangrikheid van die reg in 'n oop samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid, die doel van die beperking en die belangrikheid daarvan in so 'n samelewing, die effektiwiteit van die beperkende maatreël en of die beperking nodig is en of die doel redelikerwys op 'n minder beperkende wyse bereik kan word, relevante oorwegings wees.⁸⁶⁴

Dit is duidelik dat *Makwanyane*, soos die Kanadese saak *Alberta*, die verskillende konsepte geïntegreerd beskou, wat 'n evaluasie van die aard van die reg in die konteks van die vraag of 'n beperking in die lig van die funderende waardes van die grondwet hoegenaamd redelik kan wees, sowel as in die konteks van die opweeg van die botsende waardes, insluit. Sonder om op 'n rigiede wyse die reg op gelykheid *per se* as belangriker of hoër in 'n hiërargie as ander regte te beskou, word in *Makwanyane* die aard van die reg vanuit die Suid-Afrikaanse perspektief, maar ook vanuit die perspektief van individue op wie die beperking 'n ernstig benadelende effek kan hê, byvoorbeeld onskuldige persone wat weens gebreke in die regstelsel skuldig bevind word, in ag geneem wanneer die aard en omvang, of die effek van die beperking geëvalueer en dan teen die doelwit van die beperkende maatreël opgeweeg word. Dieselfde benadering is, soos aangetoon, in *Alberta* gevolg.

Die feit dat die aard van die reg sodanig is dat 'n beperking daarvan in gegewe omstandighede 'n ingrypende grondwetlike effek sal hê, is dus relevant. Van belang in die konteks van die studie is die feit dat in die Suid-Afrikaanse werklikheid

⁸⁶⁴ *S v Makwanyane and Another*: par 104. Sien Cheadle *et al* 2002: par 30.4.2. Sien ook *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another*: par 33-35.

beperkings op die menswaardigheid, gelykheid en vryheid van mense nie bloot die doen en late van diegene wat daaraan onderwerp is, beperk nie, maar die fundamentele norm en idee van die *Grondwet* en die gepaardgaande doelwit om sistemiese sosio-ekonomiese onreg uit te wis, in die gedrang bring. Dit is inderdaad moeilik denkbaar dat sodanige beperkings hoegenaamd redelik en regverdigbaar kan wees in 'n oop en demokratiese Suid-Afrikaanse samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁸⁶⁵

Verder moet in ag geneem word dat sosiaal-ekonomiese regte in die *Suid-Afrikaanse Grondwet* verskans is. Dit plaas 'n ander perspektief op die benadering van Grote waarna in die vorige paragraaf verwys is, met betrekking tot die hoewe se positionering ten opsigte van die wetgewer se beoordeling van sosio-ekonomiese doelwitte en maatreëls.⁸⁶⁶

Dit volg dat die feit dat die ter sake maatreëls 'n struikelblok plaas in die weg van veronregte en dikwels kwesbare individue wat van die voortslepende effek van sistemiese diskriminasië en beperkings op vryheid en menswaardigheid wil ontsnap, wesenlik relevant is wanneer ingevolge die proporsionaliteitstoets die aard van die grondwetlike regte van die betrokke werknemers wat beperk word, en in samehang daarmee, die omvang van die inbreuk op daardie regte, geëvalueer word.

6. Die identifisering van die doelwit van die beperking

Hogg wys daarop dat die identifisering van die doelwit van wetgewing prakties en teoreties gesproke 'n moeilike taak kan wees. Die Kanadese Hooggeregshof is egter gewoonlik, selfs sonder getuienis tot die effek, bereid om te aanvaar dat die betrokke wet self die doel daarvan openbaar. Hierdie doelwit kan dan meer of minder algemeen uitgedruk word. 'n Hoë vlak van algemeenheid sal tot gevolg hê dat dit moeiliker is om die belangrikheid van die doelwit te betwyfel. Aan die ander kant sal dit weer moeiliker wees om aan te toon dat die algemene doelwit nie op minder ingrypende wyses bereik kon word nie, 'n oorweging wat later ter sprake sal kom. Hogg pas sy

⁸⁶⁵ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.4: 101-104 hierbo.

⁸⁶⁶ Sien hoofstuk 3 par 4.1.4.1: 96-98 hierbo.

stelling toe op *Andrews v Law Society of British Columbia*⁸⁶⁷ waar 'n vereiste van Kanadese burgerskap vir toelating tot die regsprofessie ter sprake was. Die Hof het eenparig beslis dat die wetgewing inbreuk op die reg op gelykheid gemaak het, maar was verdeeld met betrekking tot die bevinding dat die inbreuk nie geregverdig was nie. Die meerderheid het die doelwit gesien as om toegang tot die regsprofessie tot gekwalifiseerde persone te beperk. Hierdie doelwit was klaarblyklik voldoende belangrik, maar verskeie moontlikhede om die doelwit op 'n minder ingrypende wyse te bereik, kon geïdentifiseer word. Die minderheid het die doelwit as minder algemeen gesien, naamlik om toegang tot Kanadese te beperk. Die waarde van hierdie doelwit is veel onduideliker. Die moontlikheid van minder drastiese metodes is aan die ander kant weer kleiner. *Irwin Toy v Quebec*⁸⁶⁸ is 'n verdere voorbeeld. Die Hof handhaaf 'n Quebec-wet wat advertensies gerig op kinders onder 13 jaar oud verbied. Die Hof bevind dat die wet vryheid van uitdrukking beperk, maar dat die beperking geregverdig is ingevolge artikel 1. Die doelwit is eng gedefinieer as die beskerming van kinders teen advertering. Die Hof bevind dat die doelwit substansieel is. Dit volg dan byna vanselfsprekend dat die verbanning van advertensies gerig op kinders rasioneel is en dat daar nie minder beperkende wyses is waarop die doelwit bevredig kan word nie.⁸⁶⁹

Hogg beklemtoon dat die *Oakes*-toets impliseer dat dit moontlik moet wees om 'n onafhanklike evaluering van die doelwit van die betrokke wetgewing te maak. Dit vereis dat die doelwit van die wetgewing op 'n hoër vlak van algemeenheid as 'n blote parafrase van die wetgewing geformuleer word.

In die studie is die bereiking van die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* soos in die *Wet* omskryf⁸⁷⁰ as die doelwit van die ter sake maatreëls beskou. Die breë doelwitte naamlik ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid is op 'n hoër vlak van algemeenheid geformuleer. Die primêre oogmerk om uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat deur artikel 23 van die *Grondwet* verleen word, is in die lig daarvan dat artikel 23 nie

⁸⁶⁷ *Andrews v Law Society of British Columbia* 1989 (1) SCR 143.

⁸⁶⁸ *Irwin Toy v Quebec* 1989 (1) SCR 927.

⁸⁶⁹ Hogg 2007 par 38.9 (a).

⁸⁷⁰ Sien hoofstuk 2 par 3.1: 16-17 hierbo.

toepaslike konkrete voorskrifte bevat nie, maar op die bevordering van werksekuriteit en vrywillige deelname aan kollektiewe bedinging fokus, ook op 'n relatief hoë vlak van algemeenheid. Die doelwit om uitvoering te gee aan die verpligtinge van die Republiek as lidland van die IAO is eweneens in die lig van die wegbeweeg van rigiede voorskrifte in hierdie verband, 'n relatief algemene doelwit.⁸⁷¹

'n Mens sou die doelwit van die maatreëls op 'n minder algemene vlak kon identifiseer, te wete dat diegene wat minder as die vasgestelde inkomstebedrag verdien nie meer as die vasgestelde aantal ure by dieselfde werkgewer sal werk nie. Die proporsionaliteitsoets sou dan nie noemenswaardige aanwending vind nie, aangesien dit sou volg dat die ter sake maatreëls voor die hand liggend en onvermydelik is ten einde die doelwit te gebruik. Die vraag sou bloot wees of sodanige doelwit belangrik genoeg is om die inbreuk op die betrokke regte te regverdig. In die lig van Hogg se siening in hierdie verband, gaan hierdie benadering nie verder ontgin word nie.

7. Die belangrikheid van die doelwit van die beperking

Oakes gee die volgende riglyne met betrekking tot die beoordeling van die belangrikheid van die doelwit. Eerstens moet die doelwit die standaard ontmoet wat in die frase "vry en demokratiese samelewing" geïmpliseer is. Tweedens moet dit verband hou met aangeleenthede wat ernstig en substansieel is. Derdens moet dit gerig wees op die verwesenliking van kollektiewe doelstellings van fundamentele belang.⁸⁷²

Volgens *Devenish* is die taak van die howe om die integriteit van die *Grondwet* en die menseregte wat dit verskans, te verdedig met inagneming van die feit dat die individu swak is met betrekking tot die mag en hulpbronne van die staat. Die redes vir die beperking van 'n grondwetlike reg moet dus besonder sterk wees. Dit is nie voldoende om aan te toon dat 'n beperking die algemene welsyn dien nie. Die beperking moet 'n doelwit dien wat die meeste mense as dwingend belangrik beskou.⁸⁷³

⁸⁷¹ Sien hoofstuk 2 par 3.3: 21-27 hierbo.

⁸⁷² Hogg 2007: par 38.9 (b).

⁸⁷³ Devenish 1999: 553.

In *Makwanyane* bevind die Hof dat die doodstraf op drie belangrike regte, naamlik die regte op lewe, menswaardigheid en vryheid van wrede straf, inbreuk maak. Die doelwitte van die doodstraf is deur die staat aangedui as afskrikking vir geweldsmisdaad, voorkoming van die herhaling van die geweldsmisdaad deur die betrokke misdadiger en as gepaste vergelding vir die pleeg van geweldsmisdade. Die Hof bevind dat die eerste twee doelwitte die toets slaag. Die laaste doelwit is egter nie 'n waardige doelwit in die verligte samelewing waartoe Suid-Afrikaners hulle verbind het nie. Die belangrike punt is dat die beperking 'n doel moet dien wat bydra tot 'n demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.⁸⁷⁴

Die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*,⁸⁷⁵ naamlik die versekering van billike arbeidspraktyke, maatskaplike geregtigheid en ekonomiese ontwikkeling, word in die Suid-Afrikaanse konteks duidelik deur 'n dwingende openbare belang gemotiveer. Die verband tussen werk, menswaardigheid, gelykheid en vryheid is aangetoon. Maatreëls wat vermelde doelwitte bevorder, sal ongetwyfeld bydra tot 'n demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. In die lig van die omvattende negatiewe implikasies van armoede, sosiale agterstand en uitbuiting van mense wat nie bedingingsmag het nie, sal elke redelike burger van Suid-Afrika die vermelde doelwitte ondersteun.

Dit volg dat die doelwitte van die ter sake maatreëls inderdaad verband hou met oorwegings wat dwingend en substansieel in 'n vry en demokratiese samelewing is.

8. Die aard en omvang van die beperking

In *Alberta* verduidelik die Hof dat die effek van die beperkende maatreël relevant is met betrekking tot die vraag of die maatreël die minimum inbreuk op die regte van die betrokke applikante maak, asook wanneer, ingevolge die derde stap van die *Oakes*-toets, die effek van die beperking teenoor die doelwit opgeweeg word. In die eerste verband is die effek van die beperking relevant met betrekking tot die vraag of die reg

⁸⁷⁴ Currie & De Waal 2005: par 7.2 (b) (iii).

⁸⁷⁵ Sien hoofstuk 2 par 3.1: 16-17 hierbo.

so min as moontlik beperk is, gegewe die geldigheid van die doelwit. In laasgenoemde verband is die effek van die beperking relevant met betrekking tot die vraag of die voordele wat die beperking meebring, opweeg teen die nadelige effek van die beperking gemeet aan die waardes onderliggend aan die *Handves*.⁸⁷⁶ Die Hof kom in beide gevalle tot die gevolgtrekking dat die maatreël die toets slaag.

In die laasgenoemde geval beslis die Hof dat alhoewel die beperking op geloofsvryheid koste en ongerief vir die applikante sal meebring, dit hulle nie ontnem van die moontlikheid om in ooreenstemming met hulle geloof te lewe nie. Dit is belangrik om te onderskei dat die effek van die beperking op die regte, en nie op 'n spesifieke draer van die regte nie, relevant is. In *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority*⁸⁷⁷ het die Suid-Afrikaanse Konstitusionele Hof byvoorbeeld 'n argument dat die effek van die beperking van vryheid van spraak in die uitsaai-gedragskode minimaal was omdat uitsaaiers vry was om hulle eie kode aan te neem, verwerp.⁸⁷⁸

In *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)*⁸⁷⁹ maak O'Regan R en Cameron R die volgende stelling: "The level of justification required to warrant a limitation upon a right depends on the extent of the limitation. The more invasive the infringement, the more powerful the justification must be."⁸⁸⁰

Die studie het, met inagneming van die feit dat die betrokke werknemers wel by ander werkgewers mag gaan werk, aangetoon dat die ter sake maatreëls die regte op vryheid, menswaardigheid, gelykheid, billike arbeidspraktyke en vryheid van bedryf, beroep en professie van die betrokke werknemers wesenlik beperk. Daar is reeds aangetoon dat die aard van die reg en die aard en omvang van die beperking verband hou en dat die ter sake maatreëls inbreuk maak op fundamentele regte van mense wat

⁸⁷⁶ *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*: par 77, met verwysing na *Thomson Newspapers Co v Canada (Attorney General)* 1998 CanLII 829 (SCC), (1998) 1 SCR 877.

⁸⁷⁷ *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority* 2002 (4) SA 294 (CC).

⁸⁷⁸ *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority*: par 49. Sien ook *S v Meaker* 1998 (8) BCLR 1038 (W): 1054 par E-G.

⁸⁷⁹ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)* (2000) ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491.

⁸⁸⁰ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)*: par 69. Sien Woolman "Limitations" in Woolman *et al*: 34-79.

juis as mense wat beskerming van hierdie regte nodig het, geïdentifiseer is. Dit verhoed mense wat deur rassisme benadeel is in hulle selfstandige strewe om hulle agterstande uit te wis. Daarbenewens verhoed dit in die algemeen dinamiese en energieke mense om hulleself ten beste binne die struktuur van die samelewing uit te leef, en om sodoende inisiatiewe tot voordeel van die samelewing te bevorder. Dit plaas 'n struikelblok in die pad van mense wat andersins insette sou kon maak wat die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* sou bevorder. Dit raak 'n histories sensitiewe saak, naamlik beperkings op mense se reg om te werk waar en wanneer hulle verkies.⁸⁸¹ In die algemeen plaas dit 'n beperking op verskanste regte wat die hoekstene van 'n oop en demokratiese samelewing insluit.

9. Die verband tussen die beperking en die doelwit daarvan

Die tweede stap van die *Oakes*-toets word soos volg in *R v Edwards Books* verduidelik: "The requirement calls for an assessment of how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose."⁸⁸² Hogg wys egter daarop dat tot op die betrokke datum *Oakes* en *Benner v Canada* die enigste sake was waar nie-voldoening aan hierdie vereiste die rede was waarom aansprake op regverdiging nie geslaag het nie.⁸⁸³ Die hoewe volstaan normaalweg met 'n objektiewe rasionaliteitstoets en hanteer dan die substantiewe verband tussen die beperking en die doelwit, wat op hierdie stadium reeds as voldoende belangrik geïdentifiseer is, ingevolge die vereiste dat die beperking die minimum moontlike inbreuk op die reg moet maak.

Met verwysing na die oorweging van die verband tussen die beperking en die doelwit daarvan in die Suid-Afrikaanse reg bevestig Devenish en Cheadle dat hierdie aspek van die toets nie net na die objektiewe rasionaliteit van die verband tussen die beperking en die doelwit verwys nie, maar ook na die noukeurigheid van die beperking, en die graad van doeltreffendheid van die beperkende maatreël met

⁸⁸¹ Sien Cheadle "Limitations of Rights" in Cheadle *et al* 2002: par 30.3.2. Die volgende stelling is relevant: "Each right has a history. The right to equality in section 9 responds not only to the flagrant abuse of this right under Apartheid but also to the developing equality jurisprudence in comparative jurisdictions ... It is accordingly necessary to have a broad understanding of the right's history in comparative constitutional jurisprudence and a more specific understanding of the reasons for the inclusion of the right in the South African Constitution."

⁸⁸² *R v Edwards Books & Art Ltd*: 770.

⁸⁸³ Hogg 2007: par 38.10.

betrekking tot die bereiking van die doelwit. Die beginsel is dat daar 'n proporsionele balans tussen die benadelende effek van die beperking en die mate waartoe die doelwitte effektief bevorder word, moet wees.⁸⁸⁴

Currie en De Waal maak die stelling dat, hoe belangrik die doelwit ookal mag wees, die beperking nie regverdigbaar sal wees tensy daar goeie rede is om te aanvaar dat die beperking die doelwit waarop dit gerig is, bereik of sal bereik nie.⁸⁸⁵ Beperkings deur die wetgewer op grondwetlike regte is derhalwe aan indringende ondersoek en hersiening onderhewig. Die sosiale en politieke konteks waarin die staat sy posisie moet verdedig, is van wesenlike belang, en die Suid- Afrikaanse posisie sal op hierdie basis van die posisie in ander lande verskil.⁸⁸⁶

In *Manamela* beklemtoon die Hof dat selfs 'n dwingende sosiale behoefte aan wetgewing met betrekking tot 'n sekere aangeleentheid "does not permit a sledgehammer to be used to crack a nut ... The duty of a court is to decide whether or not the legislature has overreached itself in responding, as it must, to matters of great social concern."⁸⁸⁷ Die Hof bevind dat, as 'n algemene reël, hoe ernstiger die impak van 'n maatreël op 'n reg is, hoe meer oortuigend of dwingend die regverdiging vir die inbreuk moet wees. Uiteindelik is dit 'n kwessie van graad wat in die lig van die konkrete wetgewende en sosiale agtergrond en plasing van die maatreël beoordeel moet word met inagneming van wyses wat op hierdie stadium in hierdie land redelik beskikbaar is, maar sonder om die fundamentele waardes wat beskerm moet word, uit die oog te verloor.⁸⁸⁸

In *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope*⁸⁸⁹ onderskei die Hof tussen die algemene doelwit en die belang wat die staat daarby het om nie 'n uitsondering te maak op die beperkende maatreël wat dien om die doelwit te bevorder nie. Die vraag was of die nie-toelating van 'n uitsondering van die sakramentele gebruik van dagga vir godsdiensoeleindes grondwetlik was. Die Hof volg die

⁸⁸⁴ Devenish 1999: 547-548; Cheadle *et al* 2002: par 30.4.2.

⁸⁸⁵ Currie & De Waal 2005: par 7.1(a).

⁸⁸⁶ Devenish 1999: 553.

⁸⁸⁷ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)*: par 34.

⁸⁸⁸ *S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening)*: par 44.

⁸⁸⁹ *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231; par 47.

benadering dat in die soeke na hierdie balans die botsende belange van die partye noukeurig geïdentifiseer moet word. Met betrekking tot die belang van die Staat, fokus die Hof nouer en vra of die toestaan van die uitsondering die doelwit van die verbod sal ondermyn. In die konteks van die studie sou 'n mens vanuit hierdie perspektief kon vra of, of in watter mate, die moontlikheid om "uit te kontrakteer" uit die vasstelling van maksimum werkure by dieselfde werkgewer, die bereiking van die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* sal benadeel.

Daar is aangetoon dat die ter sake maatreëls oneffektief en kontraproduktief is deurdat werknemers, veral diegene wat die kwesbaarste is, in elk geval langer ure mag werk, solank dit nie by dieselfde werkgewer is nie. Of die maatreëls inderdaad werksgeleenthede genereer en sodoende ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid bevorder, is 'n omstrede vraag waarop die antwoord waarskynlik negatief is.

Verder kan aanvaar word dat, anders as byvoorbeeld in die geval van sogenaamde kernregte,⁸⁹⁰ in die lig daarvan dat verskeie ministeriële en sektorale vasstellings en bedingingsraadooreenkomste ingevolge die *Wet* langer werkure ooreenkomstig die behoeftes van die betrokke sektore goedkeur, die siening van die wetgewer is dat 'n oorskryding van die vasgestelde 55 uur per week nie noodwendig met die vermelde doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* strydig is nie. Die *Wet* maak ook direk voorsiening daarvoor dat 'n kollektiewe ooreenkoms die maksimum toegelate oortyd tot 15 uur per week mag verleng vir hoogstens twee maande in enige tydperk van 12 maande. Erkenning word dus gegee, met inagneming van die doelwitte van die *Wet*, aan die bestaan van omstandighede wat langer werkure meer wenslik maak.

Daar is verder aangetoon dat die ter sake maatreëls onnoukeurig ontwerp is deurdat die uitsluiting van werknemers onder-inklusief is met verwysing na die doelwit van die uitsluiting.

Die feit dat oortyd slegs by ooreenkoms gewerk mag word, ekonomiese realiteite met verwysing na oortydbetaling en produktiwiteit, ander bepalings in die *Wet*, die

⁸⁹⁰ Sien hoofstuk 2 par 2.3.2: 13 hierbo.

moniteringsrol van vakbonde en bemagtigde strukture en meganismes vir die handhawing en afdwinging van regte van werknemers, verminder tot 'n groot hoogte die risiko dat werknemers uitgebuit sal word om onaanvaarbaar lang ure te werk.

Daar sou wel 'n situasie kon bestaan waar 'n werkgewer slegs werknemers wat bereid is om tot oortyd ooreen te kom, in diens neem. In die Suid-Afrikaanse werkloosheidsituasie sou so 'n benadering ernstige druk op aansoekers vir werk kon plaas om tot onredelike werkure in te stem. Hierdie probleem word tot 'n groot hoogte aangespreek deur die bepaling in die *Wet* dat oortyd slegs by ooreenkoms gewerk mag word, en die verdere bepaling dat indien sodanige ooreenkoms aangegaan word wanneer die werknemer begin werk, of gedurende die eerste drie maande van diens, dit na een jaar verstryk.⁸⁹¹

Die vraag of 'n werkgewer werknemers wat weier om 'n eensydige verandering van diensvoorwaardes te aanvaar, kan ontslaan, het in *Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA and Others*,⁸⁹² in *Chemical Workers Industrial Union and Others v Algorax (Pty) Ltd*⁸⁹³ en in *Mazista Tiles (Pty) Ltd v NUM*⁸⁹⁴ ter sprake gekom. Ingevolge artikel 187(1) van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* is dit outomaties onbillik om werknemers te ontslaan ten einde hulle te dwing om 'n eis van die werkgewer met betrekking tot 'n aangeleentheid van gemeenskaplike belang te aanvaar. Die uitsprake onderskei egter tussen die nie-finale ontslag ingevolge artikel 187(1) met die implikasie dat die ontslag nie sal realiseer indien die werknemer die betrokke eis aanvaar nie, en die finale ontslag van 'n werknemer.⁸⁹⁵ Die implikasie van die uitsprake in die konteks van die studie is dat 'n werknemer wat na die verstryking van 'n ooreenkoms om oortyd te werk, weier om verder oortyd te werk, of 'n werknemer wat aanvanklik nie oortyd gewerk het nie, maar op 'n later stadium weier om dit te doen, om daardie rede ontslaan kan word, indien die werkgewer kan aantoon dat die ontslag weens bedryfsvereistes is. Indien dit wel die geval is, sal die

⁸⁹¹ *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* artikels 10(1) en 10(5). Sien hoofstuk 2 par 2.2: 9-10 hierbo.

⁸⁹² *Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA and Others*: (2003) 24 ILJ 133 (LAC).

⁸⁹³ *Chemical Workers Industrial Union and Others v Algorax (Pty) Ltd*: (1997) ZASCA 24.

⁸⁹⁴ *Mazista Tiles (Pty) Ltd v NUM*: (2006) 27 ILJ 471 (SCA).

⁸⁹⁵ *Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA and Others*: par 29-30.

werkgewer die voorgeskrewe prosedure in artikel 189 van die *Wet op Arbeidsverhoudinge* moet volg.⁸⁹⁶

In hierdie situasie bestaan dus reeds 'n beperkte risiko vir werknemers, wat wel groter sal wees indien daar geen beperking op die maksimum werkure sou wees nie.

Dit blyk dus uit die evaluasie ingevolge hierdie aspek van die toets dat daar nie gronde is om te aanvaar dat die doelwitte van die beperking, met die uitsondering van die beskerming van werknemers teen moontlike blootstelling aan uitbuiting in die vermelde beperkte situasie, deur die beperking gedien word nie.

10. Minder beperkende wyses om die doel te bereik

In die lig van die gevolgtrekking in die vorige paragraaf met betrekking tot die verband tussen die beperking en die doel daarvan, is minder beperkende wyses om die doel te bereik slegs relevant met betrekking tot die moontlikheid van uitbuiting in die beperkte situasie wat aangetoon is. Die vraag is of op minder beperkende wyses verseker kan word dat werknemers wat ooreenkom om langer ure te werk, 'n vrywillige, onafhanklike en redelike keuse uitoefen, en derhalwe nie aan uitbuiting blootgestel is nie.

In *Alberta* maak McLachlin HR die stelling dat die vereiste van minimum inbreuk deur die hof geïnterpreteer is dat dit vereis dat die beperking op die betrokke reg, binne 'n reeks van redelike alternatiewe, so klein as redelik moontlik moet wees.

*Dunmore v Ontario*⁸⁹⁷ dien as 'n voorbeeld van die toepassing van die minimum inbreuk-vereiste deur die Kanadese hof. Die Hof bevind dat die uitsluiting van plaaswerkers van die arbeidsverhoudingewet van Ontario inbreuk maak op die werkers se grondwetlike vryheid van assosiasie. Die Hof aanvaar die doelwit van die uitsluiting, naamlik om die boerdery-sektor van Ontario waar plase hoofsaaklik deur families bedryf is en die ekonomie kwesbaar was met betrekking tot stakings, van die

⁸⁹⁶ Sien Du Toit *et al* 2006: 389-391 en 523-524.

⁸⁹⁷ *Dunmore v Ontario* 2001 SCR 1016.

formalisme van kollektiewe bedinging te vrywaar. Die Hof bevind egter dat die totale uitsluiting van die plaaswerkers nie die minimum inbreuktoets slaag nie en bevind dat daar 'n positiewe verpligting op die wetgewer rus om 'n nuwe regime vir die plaaswerkers te ontwerp. Hierdie regime sou byvoorbeeld die reg op kollektiewe bedinging en die reg om te staak, kon uitsluit. Die Hof verklaar die uitsluitingsklousule ongrondwetlik, met die implikasie dat die plaaswerkers outomaties ingesluit is by 'n wet wat die Hof bevind het nie toepaslik is nie. Ten einde hierdie posisie te akkommodeer, stel die Hof die bevel vir 18 maande uit ten einde die wetgewer toe te laat om gepaste wetgewing in plek te stel.

In *Makwanyane* verwys die Hof met betrekking tot die vereiste van minimum beperking na die volgende stelling van La Forest R in *Tetreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)*:⁸⁹⁸ "Where choices have to be made between 'differing reasonable policy options', the courts will allow the government the deference due to legislators, but [will] not give them an unrestricted licence to disregard an individual's Charter Rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down."⁸⁹⁹

Daar is inderdaad ander opsies wat die vermelde beperkte risiko van uitbuiting kan aanspreek.

In Amerika⁹⁰⁰ en in sekere van die Kanadese state waarna verwys is,⁹⁰¹ word deur die vasstelling van oortydbetaling hoofsaaklik op die vrye mark staatgemaak om werknemers teen uitbuiting met betrekking tot werkure te beskerm.

Binne die struktuur van die bestaande Suid-Afrikaanse wetgewing sal 'n uitbreiding en verskerping van die meganisme in artikel 10(5) met betrekking tot langer werkure as

⁸⁹⁸ *Tetreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission)* (1991) 4 CRR (2d) 12: 26, (1991) 2 SCR 22, 1991 CanLII 12 (SCC).

⁸⁹⁹ *S v Makwanyane*: par 107.

⁹⁰⁰ Sien hoofstuk 2 par 4.1: 28-29 hierbo.

⁹⁰¹ Sien hoofstuk 2 par 4.3: 32-33 hierbo.

die vasgestelde 55 uur,⁹⁰² byvoorbeeld deur te bepaal dat werknemers te enige tyd met 'n bepaalde kennisperiode uit die ooreenkoms om daardie ure te werk, kan tree, dit vir werknemers, veral diegene wat die vertrouwe van hulle werkgewers geniet, moontlik maak om langer werkure as die maksimum 55 uur by dieselfde werkgewer te werk. Verdere vereistes kan wees dat sodanige kontrak skriftelik aangegaan word in die teenwoordigheid van 'n beampte van die Departement Arbeid wat hom of haar daarvan kan vergewis dat die werknemer ten volle met betrekking tot sy of haar regte in die verband ingelig is. Die wyse waarop die "opt-out"-beginsel in die Verenigde Koninkryk toegepas word,⁹⁰³ die voorstelle van die Europese Hof in *Pfeiffer*,⁹⁰⁴ asook die wyse waarop ooreenkomste om langer ure te werk in Ontario hanteer word, bied analogieë.

Die verskerpte regulering sal die vergroting van die reeds beperkte risiko van ontslag weens bedryfsvereistes bykans negeerbaar uitskakel, aangesien dit nouliks moontlik sal wees om aan te toon dat operasionele redes die ontslag vereis van 'n werknemer wat wel bereid is om 55 uur per week te werk, maar nie langer meer as 55 uur wil werk nie.

Met betrekking tot die uitsluiting van werknemers van die relevante bepalings van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes*, bied die omsigtige bepalings onder andere in die *Ontario Employment Act*⁹⁰⁵ en die breër omskrywing van 'n seniorbestuurswerknemer in die Duitse *Wet op Werkure*⁹⁰⁶ voorbeelde van groter noukeurigheid met verwysing na die doelwitte van die beperkings.

Die vraag of daar realisties beskikbare wyses is om die gestelde doelwit te bereik, wat minder beperkend sal wees met betrekking tot die vryheid van diegene in wie se omstandighede langer ure as die vasgestelde maksimum ure wenslik sou wees, word dus positief beantwoord. In die konteks van die studie kan die vraag selfs meer toepaslik soos in *Prince* geformuleer word, naamlik of die moontlikheid om "uit te kontrakteer" uit die vasstelling van maksimum werkure by dieselfde werkgewer, die

⁹⁰² Sien hoofstuk 2 par 2.2: 9-10.

⁹⁰³ Sien hoofstuk 2 par 4.4: 34-36.

⁹⁰⁴ Sien hoofstuk 4 par 4.3.4.3: 183-184.

⁹⁰⁵ Sien hoofstuk 2 par 4.3: 32-33, vn 93 en 97.

⁹⁰⁶ Sien hoofstuk 2 par 4.2: 29-30, vn 85.

bereiking van die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* sal benadeel.⁹⁰⁷ Die antwoord op hierdie vraag is op dieselfde basis negatief.

11. Gevolgtrekking

Na oorweging en opweging van die tersaaklike faktore volg dit dat die ter sake maatreëls nie redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid nie. Die gevolgtrekking van die studie is derhalwe dat die ter sake maatreëls die vermelde grondwetlike regte van werknemers wat langer as 55 uur per week by dieselfde werkgewer sou wou werk, maar ingevolge die ter sake maatreëls nie toegelaat word om dit te doen nie, beperk, en dat die beperking nie regverdigbaar is ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* nie.

⁹⁰⁷ Sien Currie & De Waal 2005: par 7.1(a).

HOOFSTUK 8

SAMEVATTING

Die vasstelling van maksimum werkure ingevolge artikels 9 en 10 van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* is gerig op legitieme doelwitte soos in artikel 2 van die *Wet* omskryf. Hierdie doelwitte is om ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid te bevorder, en uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke en die verpligtinge van die Republiek as lidland van die IAO. In die lig van werknemers se swakker onderhandelingsposisie in diensverband, impliseer die doelwitte die beskerming van werknemers teen uitbuiting deur werkgewers. Die wetgewing is, met sekere ander uitsonderings, nie van toepassing op werknemers wat meer as 'n vasgestelde jaarlikse inkomste verdien nie. Op hierdie stadium is die vasgestelde bedrag R149 376 per jaar.

1. Vryheid en menswaardigheid

Werk word in die Suid-Afrikaanse, Amerikaanse, Duitse en Kanadese regstelsels beskou as deel van 'n mens se identiteit en bepalend vir menswaardigheid. Die diensverhouding as vertrouensverhouding veronderstel wedersydse respek en skep 'n milieu waarbinne 'n werknemer tot sy of haar volle potensiaal kan ontwikkel. Benewens selfvervulling is die vermoë om sonder die vernedering en aftakeling wat volg wanneer mense nie in hulle en hulle afhanklikes se basiese lewensbehoefte kan voorsien nie, ter sprake. 'n Ooreenkoms tussen 'n werkgewer en werknemer dat die werknemer langer ure sal werk, kan aanduidend wees daarvan dat die werkgewer die werknemer se bydrae op prys stel, wat waarskynlik daardie werknemer se eiewaarde versterk. Dit kan verder aanduidend wees daarvan dat die werknemer werksbevrediging ervaar of verkies om deur harde werk sy of haar sosio-ekonomiese agterstand aan te spreek. Werknemers wat weens die beperking van werkure by dieselfde werkgewer minder as 24 uur per maand by 'n tweede werkgewer werk, sal by die tweede werkplek waarskynlik 'n laer status beklee, 'n kleiner inkomste sonder oortydbetaling verdien, en die algemene beskerming van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* ontbeer. Die implikasie is dat die ontneming van die keuse om langer ure by dieselfde werkgewer te werk, die potensiaal het om werknemers se

ontwikkeling aan bande te lê en sodoende hulle menswaardigheid aan te tas. Daarbenewens kan dit hulle verhinder om op die mees menswaardige wyse in hulle eie minimumbehoefte en dié van hulle afhanklikes te voorsien.

Op hierdie basis is die gevolgtrekking gemaak dat die beperking van werkure by dieselfde werkgewer inbreuk maak op die vryheid en menswaardigheid van werknemers.

2. Gelykheid

'n Substantiewe ontleding van die Suid-Afrikaanse omstandighede het gelei tot 'n gevolgtrekking dat die beperking van werkure by dieselfde werkgewer die effek het dat swartmense, vroue en werknemers met 'n sosio-ekonomiese agterstand disproporsioneel benadeel word, en dat diskriminerende patrone van die verlede versterk word. Hierdie afleiding is ook van toepassing met betrekking tot die kategorieë van werknemers wat deur die uitsluitings van die toepassing van die wetgewing daargestel word. Oorweging van die kwesbare posisie van diegene wat benadeel word, die erns van die inbreuk op hulle fundamentele regte, die onwaarskynlikheid dat die daarstel van 'n limiet op werkure inderdaad meer werksgeleenthede skep vir mense wat nie in hulle basiese behoeftes kan voorsien nie, en die feit dat daar ander maatreëls in plek is wat werknemers teen uitbuiting beskerm, en dat verdere beskermingsmaatreëls ingestel sou kon word sonder om die vryheid van individuele werknemers om langer werkure te beding aan bande te lê, het gelei tot 'n gevolgtrekking dat die diskriminasie onbillik is.

3. Die reg op billike arbeidspraktyke

In die lig van die breë konseptuele beskouing van werk, het dit geblyk dat die maatreëls 'n negatiewe effek op die werksekeriteit van werknemers het, en derhalwe onbillik is. Die nou verband tussen billike arbeidspraktyke en kollektiewe bedinging is beklemtoon. 'n Verdere gevolgtrekking is gemaak dat die beperking van die bedingingsopsies van vakbonde met betrekking tot werkure op werknemers se reg op kollektiewe bedinging inbreuk maak.

4. Vryheid van bedryf, beroep en professie

Alhoewel die maatreëls die rasionaliteitstandaard waaraan beroepsregulering ingevolge die *Grondwet* moet voldoen, handhaaf, maak dit inbreuk op fundamentele grondwetlike regte, en is die regulering ingevolge die maatreëls op hierdie basis ongrondwetlik, onderhewig aan regverdiging ingevolge artikel 36.

5. Regverdiging ingevolge artikel 36 van die *Grondwet*

Die proporsionaliteitstoets ingevolge artikel 36 vereis dat die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang daarvan, die verband tussen die doelwit en die beperking, en minder beperkende wyses om die doelwit te bereik, oorweeg en opgeweeg word.

Dit het geblyk dat die doelwitte van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* in die konteks van 'n vry en demokratiese Suid-Afrikaanse samelewing inderdaad dwingend en substansieel is.

Dit het ook geblyk dat die maatreëls fundamentele menseregte aantast. Dit verhinder mense wat deur diskriminasie benadeel is in hulle selfstandige strewe om hulle agterstande uit te wis. Daarbenewens verhinder dit in die algemeen dinamiese en energieke mense om hulleself ten beste binne die struktuur van die samelewing uit te leef en sodoende inisiatiewe tot voordeel van die samelewing te bevorder. Dit raak 'n histories sensitiewe saak, naamlik beperkings op mense se reg om te werk waar en wanneer hulle verkies.

Met betrekking tot die verband tussen die doelwit en die beperking is dit 'n ope vraag of die maatreëls inderdaad werkskepping genereer en sodoende ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid bevorder. Daar is aangetoon dat diegene wat weens finansiële nood langer ure werk juis meer blootgestel is aan onbillike arbeidspraktyke. Die beperking van werkure van opgeleide werknemers skep ook nie werkseleenthede vir die groot persentasie onopgeleide mense in Suid-Afrika nie, maar beperk juis inisiatief en, gepaardgaande daarmee, werkskepping.

Daar is na vergelykende voorbeelde verwys wat aantoon dat werknemers in samelewings waar kernregte, byvoorbeeld die gesondheid en veiligheid van werknemers, deur wetgewing beskerm word, teen uitbuiting met betrekking tot werkure beskerm kan word sonder om die vermelde grondwetlike regte te beperk, deur voorsiening te maak dat hulle 'n vrywillige, onafhanklike en redelike keuse kan uitoefen om langer ure by dieselfde werkgewer te werk.

Na opweging van die vermelde aspekte is tot die gevolgtrekking gekom dat die inbreuk wat die beperking van werkure ingevolge die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* op die grondwetlike regte van werknemers maak, nie regverdigbaar is ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* nie, en derhalwe ongrondwetlik is.

OPSOMMING

Maksimum werkure; grondwetlike regte vryheid, menswaardigheid, gelykheid, billike arbeidspraktyke, vryheid van bedryf, beroep en profesie.

Die doelwit van die *Wet op Basiese Diensvoorwaardes* is om ekonomiese ontwikkeling en maatskaplike geregtigheid te bevorder deur aan die Republiek se verpligtinge as lidland van die Internasionale Arbeidsorganisasie te voldoen, en deur uitvoering te gee aan die reg op billike arbeidspraktyke wat in artikel 23 van die *Grondwet* verskans word. Artikel 9(1) gelees met artikel 10(1) van die *Wet* het die effek dat werknemers op wie die artikels van toepassing is nie langer as 55 uur per week vir dieselfde werkgewer mag werk nie. Dit verhoed die werknemers nie om in totaal langer vir verskillende werkgewers te werk nie, 'n opsie wat bepaalde nadele inhou.

Die studie ondersoek die grondwetlikheid van die beperking van die geleentheid om langer ure by dieselfde werkgewer te werk. Regsvergelykend word op die regsposisies in Amerika, Kanada en Duitsland gefokus. Dit is deurgaans 'n grondliggende tema dat werk meer behels as 'n handelsooreenkoms ingevolge waarvan arbeid verkoop word.

Grondwetlike perspektiewe op die begrippe menswaardigheid en vryheid, met verwysing na vryheid van die persoon en die vryheid om te kontrakteer, word bespreek. Daar word aangetoon dat werk en die diensverhouding direk met persoonlikheidsontwikkeling en menswaardigheid verband hou. Die bespreking lei tot 'n gevolgtrekking dat die vermelde bepalings op die betrokke werknemers se menswaardigheid en vryheid van persoon, waarby vryheid om te kontrakteer inbegrepe is, inbreuk maak.

Die bespreking van die menswaardigheidsvraag geskied verder ook in die konteks van die verskansing van sosio-ekonomiese regte in die *Grondwet*. Die ter sake maatreëls word substantief gemeet aan die redelikhedmaatstaf wat die *Grondwet* stel met betrekking tot die vraag of maatreëls gevolg gee aan die verpligting wat die *Grondwet* op die staat plaas om sosio-ekonomiese regte te beskerm en te verwesenlik. Die gevolgtrekking is dat die maatreëls nie op hierdie basis verantwoord kan word nie.

'n Derde fundamentele grondwetlike waarde, naamlik gelykheid, word bespreek. 'n Substantiewe ontleding ingevolge die toepaslike toets wat in *Harksen v Lane NO* ontwikkel is, lei tot 'n gevolgtrekking dat die vermelde bepalings ingevolge artikel 9 van die *Grondwet* indirekte onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag en sosio-ekonomiese status daarstel. Die maatreëls versterk naamlik met betrekking tot werksgeleenthede die swakker posisie van swartmense weens diskriminasie van die verlede.

Alhoewel die maatreëls die rasionaliteitstandaard waaraan beroepsregulering ingevolge artikel 22 van die *Grondwet* moet voldoen, handhaaf, maak dit inbreuk op fundamentele grondwetlike regte, en is die regulerende effek van die maatreëls op hierdie basis ongrondwetlik, onderhewig aan regverdiging ingevolge artikel 36.

Die studie fokus ook op artikel 23(1) van die *Grondwet* wat bepaal dat elkeen 'n reg op billike arbeidspraktyke het, asook op artikel 23(5) wat 'n reg op kollektiewe bedinging verleen. Daar word aangetoon dat die maatreëls 'n negatiewe effek op werksekuriteit het, en derhalwe onbillik is. Met betrekking tot artikel 23(5) is die posisie dat die bedingingsopsies van vakbondlede en werkgewers buite bedingingsrade deur die vasstelling van minimum standarde beperk word.

Die studie word afgesluit met 'n toepassing van die artikel 36-toets vir die regverdigbaarheid van beperkings van grondwetlike regte. Die benadelende effek van die ter sake maatreëls en die doelwitte van die maatreëls, met inagneming van die mate waartoe die maatreëls die doelwitte effektief bevorder, word proporsioneel opgeweeg. Minder beperkende wyses waarop die doelwitte bevorder kan word, word bespreek. Die gevolgtrekking word gemaak dat die inbreuk van die ter sake maatreëls op die grondwetlike regte van werknemers wat negatief daardeur geaffekteer word, nie geregverdig kan word nie.

ABSTRACT

Maximum working hours; constitutional rights freedom, human dignity, equality, fair labour practices, freedom of trade, occupation and profession.

The purpose of the *Basic Conditions of Employment Act* is to advance economic development and social justice by fulfilling the primary objects of the *Act* which are to give effect to and regulate the right to fair labour practices conferred by section 23(1) of the *Constitution*, and to comply with obligations incurred by the Republic as a member state of the International Labour Organisation. Section 9(1) read with section 10(1) of the *Act* has the effect that employees covered by the sections are not allowed to work for the same employer for more than 55 hours per week. This does not prevent employees from working longer hours in total in terms of employment agreements with different employers, an option that entails certain disadvantages.

The study investigates the constitutionality of the limitation of the opportunity to work for longer hours for the same employer. Reference to comparative law focuses on the legal position in America, Germany and Canada. Throughout the study the notion that work involves more than a trade agreement in terms of which labour is sold, is a basic theme.

Constitutional perspectives on the concepts human dignity and freedom, with reference to freedom of the person as well as freedom of contract, are discussed. A direct relationship between work and employment, and the development of personality and human dignity, is indicated. The discussion leads to a conclusion that the relevant articles limit the rights to human dignity and freedom of the person, including freedom of contract, of the employees concerned.

Human dignity is also discussed within the context of the entrenchment of socio-economic rights. The relevant provisions are substantively assessed in terms of the reasonableness standard set by the *Constitution*. The conclusion is reached that the provisions cannot be accounted for on this basis.

A third fundamental constitutional principle, equality, is considered. A substantive assessment in terms of the applicable test established in *Harksen v Lane NO* reveals that the provisions have the effect of reinforcing the disadvantaged position, owing to past discrimination, of black people and women with regard to job opportunities, which supports a conclusion that the relevant provisions constitute indirect unfair discrimination based on race, gender and socio-economic status.

It furthermore appears that, although the provisions pass the rationality test that applies to provisions that regulate trade, occupation or profession, the fact that the regulating effect of the provisions violates fundamental constitutional rights, constitutes a violation of the right to freedom of trade, occupation or profession, protected by section 22 of the *Constitution*.

The study also focuses on section 23(1) of the *Constitution* that determines that everyone has a right to fair labour practices, as well as on section 23(5) that confers a right to engage in collective bargaining. It appears that the provisions have a negative effect as far as work security is concerned, and therefore are unfair. The position with regard to section 23(5) is that the bargaining options of union members and employers are limited by the determination of minimum standards.

The study concludes with an application of the section 36 test for the justification of limitations of constitutional rights. The adverse effects and the objects of the relevant provisions, taking into account the extent to which the provisions effectively promote the objects, are weighed up proportionally. Less restrictive means by which the objects can be promoted, are discussed. A conclusion is reached that the infringement of the constitutional rights of employees who are adversely affected by the relevant provisions, cannot be justified.

HOFSAKE

SUID-AFRIKA

Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape) (1999) 2 BLLR 115 (LC)

Advtech Resourcing (Pty) Ltd t/a Communicate Personnel Group v Kuhn and Another 2008 (2) SA 375 (C)

Affordable Medicines Trust and Others v Minister of Health and Another (2005) ZACC 3

Afrox Healthcare Beperk v Strydom (2002) ZASCA 73

Aranda Textile Mills (Pty) Ltd v Hurn (2000) 4 All SA 183(E)

Bannatyne v Bannatyne 2003 (2) BCLR 111 (CC)

Basson v Chilwan and Others 1993 (3) SA 742 (A)

Barkhuizen v Napier (CCT72/05) (2007) ZACC 5

Bernstein v Bester NO (1996) 4 BCLR (CC)

Brink v Kitshoff NO 1996 (6) BCLR 752 (CC)

Brisley v Drotzky 2002(4) SA 1 (SCA)

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996(4) SA 744 (CC); 1996(10) BCLR 1253 (CC)

Chemical Workers Industrial Union and Others v Algorax (Pty) Ltd: (2003) 24 ILJ 133 (LAC)

Christian Education South Africa v Minister of Education (2000) ZACC 11; 2000 (4) SA 757; 2000 (10) BCLR 1051

City Council of Pretoria v Walker 1998(2) SA 363; 1998(3) BCLR 257

Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others; Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others 2000 (8) BCLR 837 (CC)

De Lange v Smuts NO and Others (CCT26/97) 1998 (3) SA 785; 1998 (7) BCLR 779

Dippenaar v Shield Insurance Co Ltd 1979 (2) SA 904 (A)

Du Plessis and Others v De Klerk and Another 1996 (5) BCLR 658 (CC)

East Rand Proprietary Mines Ltd v UPUSA (1997) 1 BLLR 10 (LAC)

East Zulu Motors (Pty) Ltd v Empangeni/Ngwelezane Transitional Local Council 1998 1 BCLR 1 (CC)

Ex Parte Minister of Safety and Security and Others: In Re S v Walters and Another (2002) ZACC 6; 2002 (4) SA 613; 2002 (7) BCLR 663

Faberlan v McKay en Fraser 1920 WLD 23

Fedlife Assurance Ltd v Wolfaardt (2001) 12 BLLR 1301 (SCA)

Ferreira v Levin NO and Others 1996 (1) SA 984 (CC); 1996 (1) BCLR 1

Fry's Metals (Pty) Ltd v National Union of Metalworkers of SA and Others 203 (2) BLLR 140 (LAC)

General Accident Insurance Co SA Ltd v Nhlumayo 1987(3) SA 577 (A)

Government of RSA and Others v Grootboom and Others 2000 ZACC 19

Harksen v Lane (1997) ZACC 12; 1997 (11) BCLR 1489; 1998 (1) SA 300

Hawker v Life Offices Association of SA 1987 (8) ILJ 231 (K)

Hoffmann v South African Airways 2000 (11) BCLR 1235

Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority 2002 (4) SA 294 (CC)

Jooste v Kohler Packaging Ltd (2004) 25 ILJ 121 (LC)

Jooste v Score Supermarkets Trading 1999 (2) SA 1 CC; 1999 (2) BCLR 139

Khosa and Others v Minister of Social Development and Others; Mahlaule and Another v Minister of Social Development 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC)

Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another (1997) ZACC 16; 1997 (12) BCLR 1655

Leonard Dingler Employee Representative Council and Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd and Others (1997) 11 BLLR 1438 (LC)

Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis (2006) ZASCA 135

Matheyse v Acting Provincial Commissioner Correctional Services and Others (2001) ZALC 50

Matthews v Young 1922 AD 492

Mazista tiles (Pty) Ltd v NUM (2006) 27 ILJ 471 (SCA)

Mc Donald v Enslin 1960 (2) SA 314 (O)

MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v Pillay (2007) ZACC 21

Minister of Finance and Other v F J van Heerden (2004) ZACC 3

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) 2002 (10) BCLR 1033

Minister of Home Affairs and Others v Watchenuka and Others 2003 ZASCA 142

Mohamed and Another v President of the RSA and Others 2001 (7) BCLR 685 (CC)

NM and Others v Smith and Others (Freedom of Expression Institute as amicus curiae) 2007 (7) BCLR 751 (CC)

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others 1999 (1) SA 6; 1998 (1) BCLR 1517

National Union of Textile Workers v Stag Packings 1982(4) SA 151 (T)

National Education Health & Allied Workers Union (NEHAWU) v University of Cape Town and Others (2002) ZACC 27

New National Party v Government of the Republic of South Africa 1999(3) SA 191(CC)

North Safety Products v Nicolay (2007) 3 All SA 647(C); 2007 JOL 17571 (C)

Ntai and Others v South African Breweries Limited (2001) 2 BLLR 86 (LC)

NUMSA and Others v Bader Bop (Pty) Ltd and Another (2003) 2 BLLR 103 (CC)

Pharmaceutical Manufacturers Association of SA and Another In re: the ex parte application of the President of the Republic of South Africa and Others 2000 (2) SA 674; 2000 (3) BCLR 241

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (CC)

Pretoria Society for the Care of the Retarded v Loots (1997) 6 BLLR 721 (LAC)

Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231

Prinsloo v Van der Linde 1997 (6) BCLR 759; 1997 (3) SA 1012

Reddy v Siemens Telecommunications (Pty) Ltd (2006) ZASCA 135; (2006) SCA 164 (RSA)

Rudman v RAF (2002) JOL 10253 (SCA)

S v Jordan and Others (2002) ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117

S v Lawrence 1997(4) SA 1176 (CC)

S v Makwanyane and Another 1995 (3) SA 391 (CC)

S v Manamela and Another (Director-General of Justice Intervening) (2000) ZACC 5; 2000 (3) SA 1; 2000 (5) BCLR 491

S v Meaker 1998 (8) BCLR 1038 (W)

S v Ntuli 1996 (1) SA 1207 (CC); 1996 (1) BCLR 141

S v Shaba and Another 1998 (2) BCLR 220 (T)

SA Eagle Insurance Co Ltd v Bavuma 1985 (3) SA 42 (A); (1985) ZASCA 7

SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere 1964 (4) SA 760 (A)

Sasfin (Pty) Ltd v Beukes 1989 (1) SA 1 (A)

Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others 2000 (8) BCLR 837 (CC)

Sunshine Records (Pty) Ltd v Frohling and Others 1990 (4) SA 782 (A)

Taylor v Edgars Retail Trading (1992) 13 ILJ 1239 (IC)

Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others 2000 (8) BCLR 111 (CC)

Van der Merwe v Road Accident Fund and Another 2006 (4) SA 230 (CC)

Volks NO v Robinson and Others 2005 (5) BCLR 446 (CC)

WL Ochse Webb & Pretorius (Pty) Ltd v Vermeulen (1997) 2 BLLR 124 (LAC)

AMERIKA

ALA Schechter Poultry Corp v United States 295 US 495 (1935)

Adkins v Children's Hospital of the District of Columbia 261 US 525 (1923)

Allgeyer v Louisiana 165 US 578 (1897)

Allegheny Pittsburgh Coal Co v Commission of Webster Cty 488 US 336 (1989)

Atwater v City of Lago Vista 532 US 318 (2001)

Baldwin et al v Fish and Game Commission of Montana et al 436 US 371 (1978)

Barsky v Board of Regents 347 US 442 (1954)

Board of Regents v Roth 408 US 564 (1972)

Bolling v Sharpe 347 US 497 (1954)

Brown v Board of Education of Topeka 347 US 483 (1954)

Bunting v Oregon 243 US 426 (1917)

Burton v Wilmington Parking Authority et al 365 US 715 (1961)

Bush et al v Gore et al 531 US 98 (2000).

Butchers' Union Co v Crescent City 111 US 746 (1884).

City of Boerne v Flores 521 US 507 (1997)

City of Cleburne v Cleburne Living Center 473 US 432 (1985)

Connecticut v Gabbert 526 US 286 (1999)

Connecticut v Teal 457 US 440 (1982).

Coppage v Kansas 236 US 1 (1915)

Craig v Alabama State University 804 F2d 682 (11th Cir 1986)

Dandridge v Williams 397 US 471 (1970)

Dennis v United States 339 US 162 (1950)

Dent v West Virginia 129 US 114 (1889)

Gaston County v United States 395 US 285 (1969)

Griggs v Duke Power Co 401 US 424 (1971)

Grisworld v Connecticut 381 US 479 (1965)

Grutter v Bollinger et al 539 US 306 (2003)

Harris v McRae 448 US 297 (1980)

Holden v Hardy 169 US 366 (1898)

In re Jacobs 102 98 NY 98 (1885).

Jacobson v Massachusetts 197 US 11(1905)

King v Smith 392 US 309 (1968)

Lawrence et al v Texas 539 US 558 (2003)

Lindsay v Normet 405 US 56 (1972)

Lochner v New York 1998 US 45 (1905)

Los Angeles Department of Water and Power v Manhart 435 US 702 (1978)

Lowe v SEC 472 US 181 (1985)

Marsh v Alabama 326 US 501 (1946)

McLaughlin v Florida 379 US 184 (1964)

Memorial Hospital v Maricopa County 425 US 250 (1974)

Meyer v Nebraska 262 US 390 (1923)

Muller v Oregon 208 US 412 (1908)

New Hampshire v Piper 470 US 274 (1985)

New York City Transit Authority v Beazer 440 US 568(1979)

NLRB v Jones & Laughlin Steel Corporation 301 US 1 (1937)

Nordlinger v Hahn 505 US 1 (1992)

Personnel Administrator v Feeney 442 US 256 (1979)

Planned Parenthood v Casey 505 US 833 (1992)

Plyler v Doe 457 US 202 (1982)

Quong Wing v Kirkendall 223 US 59 (1912)

Reed v Reed 404 US 71(1971)

Roe v Wade 410 US 113 (1973)

Royster Guano Co v Virginia 253 US 412 (1920)

San Antonio Independent School District v Rodriguez 411 US 1 (1973)

Shapiro v Thomson 394 US 618 (1969)

Sioux City Bridge Co v Dakota County 260 US 441 (1923)

Strauder v West Virginia 100 US (10 Otto) 303, 25 L Ed 664 (1879)

Slaughter-House Cases 83 US 36 (1872)

Smith et al v City of Jackson, Mississippi, et al 544 US 228 (2005)

Truax v Raich 239 U S 33 (1915)

United Building & Constuction Trades Council of Camden County and Vicinity v Mayor and Council of the City of Camden et al 465 US 208 (1984)

United States v Butler 297 US 1 (1936)

United States v Carolene Products Co 304 US 152 (1938)

Village of Willowbrook v Grace Olech 528 US 562 (2000)

Washington v Davis 426 US 229 (1976)

Washington v Glucksberg 521 US 712 (1997)

Yick Wo v Hopkins 118 US 356 (1886)

DUITSLAND

Aftreevoordele-saak (1998) 98 BVerfGE 365.

Apteke-saak (1958) 7 BVerfGE 377:

<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/table.php?id=134.> Op 15-04-2009

Cannabis-saak (1994) 90 BVerfGE 145:

<<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/bverfg/v940309.htm>.> Op 15-04-2009

Elfes-saak (1957) 6 BVerfGE 32:

<<http://www.iuscomp.org/gla/index.html> Judgment of 1957.> Op 15-04-2009

Geskeide Paar Universiteit-ondersteuning-saak (1995) 91 BVerfGE 389.

Kleinhandel-saak (1965) 19 BVerfGE 330.

Langafstand vragmotorlisensie-saak (1964) 17 BVerfGE 371.

Lewenslange Gevangenisstraf-saak (1977) 45 BVerfGE 187:

<<http://www.hrcr.org/safrica/dignity/index.html>.> Op 15-04-2009

Lugsekerheid-saak (2006) 115 BVerfGE 118:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20060215_1bvr035705en.html.> Op 15-07-2009

Medesegenskap-saak (1979) 50 BVerfGE 290.

Meesterambagsman-saak (1961) 13 BVerfGE 97.

Melkverspreider-saak (1958) 9 BVerfGE 39.

Nagdiens-saak (1992) 85 BVerfGE 191:

<<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/vnoctur.htm>.> Op 15-04-2009

Naweekwinkelure-saak (2004) BVerfG, 1BvR 636/02.

Perdry in die Woud-saak (1989) 80 BVerfGE 137:

<<http://www.iuscomp.org/gla/index.html> Judgment of 6 June 1989.> Op 15-04-2009;

<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=608.> Op 15-04-2009

Sjokoladeprodukte-saak (1980) 53 BVerfGE 135.

Tegnikuslisensie-saak (1992) 86 BVerfGE 28.

Valkenierslisensie-saak (1980) 55 BVerfGE 165:

<http://66.102.9.132/translate_c?hl=en&sl=de&u=http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055159.html&prev=/search%3Fq%3DBVerfGE%2B55%2B165%26hl%3Den%26sa%3DVG&usg=ALkJrhVW2VOyqewdLNTKZ-rrDtfvzcQ9A> Op 15-04-2009

Winkelure-saak (2002) BVerfG, 1 BvR 1236/99.

Werknemer Ontslag-saak (1990) 82 BVerfGE 126.

KANADA

Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony 2009 CanLII 37 (SCC)

Andrews v Law Society of British Columbia (1989) 1 SCR 143; 1989 CanLII 2 (SCC)

Authorson v Canada (Attorney General) (2003) 2 SCR 40; 2003 CanLII 39 (SCC)

Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission) (2000) 2 SCR 307; 2000 CanLII 44 (SCC)

B(R) v Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (1995) 1 SCR 315; 1995 CanLII 115 (SCC)

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v BCGSEU (1999) 3 SCR 3; 1999 CanLII 652 (SCC)

Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission) (1990) 2 SCR 489; (1990) Can LII 76 (SCC)

Chaoulli v Quebec (Attorney General) (2005) 1 SCR 791; 2005 CanLII 35 (SCC)

Dunmore v Ontario 2001 SCR 1016; 2001 CanLII 94 (SCC)

Edmonton Journal v Alberta (Attorney General) 1989 (2) SCR 1326; 1989 CanLII 20 (SCC)

Egan v Canada (1995) 2 SCR 513; 1995 CanLII 98 (SCC)

Eldridge v British Columbia (Attorney General) 1997 CanLII 327 (SCC)

Godbout v Longueuil (City) (1997) 3 SCR 844; 1997 CanLII 335 (SCC)

Gosselin v Quebec (Attorney General) (2002) 4 SCR 429; 2002 CanLII 84 (SCC)

Irwin Toy Ltd v Quebec (1989) 1 SCR 927; 1989 CanLII 87 (SCC)

Lavoie v Canada (2002) 1 SCR 769; 2002 CanLII 23 (SCC)

Law v Canada (Minister of Employment and Immigration) (1999) 1 SCR 497; 1999 CanLII 675 (SCC)

Law Society of Upper Canada v Skapinker (1984) 1 SCR 357; 1984 CanLII 3 (SCC)

MacDonald Inc v Canada (AG) (1995) 3 SCR 199; 1995 CanLII 64 (SCC)

McLeod v Egan 1975 1 SCR 517; 1974 CanLII 12 (SCC)

Mia v Medical Services Commission of British Columbia 1985 CanLII 148 (BCSC)

Nova Scotia (Attorney General) v Walsh (2002) 4 SCR 325; 2002 CanLII 83 (SCC)

O'Malley v Simpsons-Sears Ltd (1985) 2 SCR 536: 551; 1985 CanLII 18 (SCC)

R v Edwards Books and Art Ltd (1986) 2 SCR 713; 1986 CanLII 12 (SCC)

R v Beare; R v Higgins 1988 CanLII 126 (SCC)

R v Big M Drug Mart Ltd (1985) 1 SCR 295; 1985 CanLII 69 (SCC),

R v Clay (2003) 3 SCR 735; 2003 CanLII 75 (SCC)

R v Edwards Books (1986) 2 SCR 713

R v Kapp 2008 CanLII 41 (SCC)

R v Malmo-Levine; R v Caine (2003) 3 SCR 571; 2003 CanLII 74 (SCC)

R v Morgentaler, Smoling & Scott (1988) 1 SCR 30

R v Oakes (1986) 1 SCR 103; 1986 CanLII 46 (SCC)

R v Robson 56 BCLR 194 (1984) 28

R v Salituru (1991) 3 SCR 654

R v Turpin (1989) 1 SCR 1296; 1989 CanLII 98 (SCC)

R v Whyte 1988 CanLII 47 (SCC); (1988) 2 SCR 3

Re B C Motor Vehicle Act (1985) 2 SCR 486

Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta) 1987 CanLII 88 (SCC);
(1987) 3 WWR 577

Reference re ss 193 and 195.1(1)(C) of the criminal code (Man) 1990 CanLII 105
(SCC)

RJR MacDonald Inc v Canada (AG) (1995) 3 SCR 199; 1995 CanLII 64 (SCC)

Rodriguez v British Columbia (Attorney General) 1993 CanLII 75 (SCC)

Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v British Columbia
(2007)2 SCR 391; 2007 SCC 27

Shafron v KRG Insurance Brokers (Western) Inc 2009 CanLII 6 (SCC)

Siemens v Manitoba (Attorney General) 2003 CanLII 3 (SCC)

Tetreault-Gadoury v Canada (Employment and Immigration Commission) (1991) 4
CRR (2d) 12: 26; (1991) 2 SCR 22; 1991 CanLII 12 (SCC)

*Thomson Newspapers Ltd v Canada (Director of Investigation and Research,
Restrictive Trade Practices Commission)* (1990) 1 SCR 425; 1990 CanLII 135 (SCC)

Toronto Dominion Bank v Canadian Civil Liberties Association (1998) 4 FC 205;
1998 CanLII 8112 (FCA)

Trociuk v British Columbia (Attorney General) (2003) 1 SCR 835; 2003 SCC 34

Wilson v Medical Services Commission (1988) 30 BCLR (2d) 1; 198 CanLII 177
(BCCA)

EUROPESE GEREESHOF

Hauer v Land Rheinland-Pfalz 44/79, 13/12/1979; 1979 ECR 3727; (1980) 3
C.M.L.R. 42 (1979)

Nold v Commission 4/73, 14/05/1974; 1974 ECR 00491

Pfeiffer and ors v Deutsches Rotes Kreuz and ors (2004) ECR 8835; (2004) ECR I-
8835; (2005) IRLR 137; (2005) ICR 1307; (2004) EUECJ C-397/01

WETGEWING

SUID-AFRIKA

- Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993
- Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996
- Maatskappywet 61 van 1973
- Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995
- Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997
- Wet op Billike Werksgeleenthede 55 van 1998
- Wet op die Bevordering van Billikheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000
- Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998
- Wet op Ontwikkeling van Vaardighede 79 van 1998.

Regulasies en vasstellings

- Staatskoerant 19091 GK 967 RK 6245 24-07-1998
- Staatskoerant 30720 GK100 RK 8828 01-02-2008
- Ministeriële vasstelling No 1 vir die Klein Besigheid Sektor. Staatskoerant 20587 GK 1295 RK 6659 5-11-1999
- Ministeriële vasstelling Staatskoerant 22965 GK 1407 R 7234 28-12-2001
- Sektorale vasstelling 12: Bosbousektor Suid-Afrika Staatskoerant 28598 GK 219 RK 8419 17-03-2006
- Sektorale vasstelling 8: Plaaswerkersektor Staatskoerant 24114 GK 7499 RK 7529 2-12-2002
- Sektorale vasstelling 6: Private Sekuriteitsektor Staatskoerant 22873 GK R1250 RK 7216 30-11-2001

Kodes

- Kode vir Goeie Praktyk oor die Reëling van Werktyd, Staatskoerant 19453 GK 1440 RK 6342 13-11-1998:

<http://www.workinfo.com/free/sub_for_legres/Data/cgpBCEArwt.htm> Op
4-11-2009

AMERIKA

- Agricultural Adjustment Administration Act 1933
- Civil Rights Act 1964
- Fair Labor Standards Act 1938: < <http://www.dol.gov/esa/whd/flsa>> Op 14-04-2009
- National Industrial Recovery Act 1933
- The United States Constitution:
<<http://www.consource.org/?gclid=CLbK39yElpsCFVsA4wod4Ua7oQ>> Op
4-11-2009

DUISSLAND

- Betriebsverfassungsgesetz 1952/1972.
<<http://bundesrecht.juris.de/betrvg/index.html>> Op 24-09-2009
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, uitgevaardig deur die Parlementêre Raad op 23 May 1949, soos gewysig deur die Unifikasie Verdrag van 31 Augustus 1990 en die Federale Statuut van 23 September 1990, Wet BGBI 11949. <<http://www.psr.keele.ac.uk/docs/german.htm>> Op 14-04-2009
- Hours of Work Act. Bundesgesetzblatt 10 June 1994 No 33: 1170-1177:
<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02>> Op 14-04-2009

KANADA

- Canada Employment Standards Act 2000 Ontario: < http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_00e41_e.htm#BK140>
Op 14-04-2009;

<http://www.labour.gov.on.ca/english/es/factsheets/fs_hours.html.> Op 14-04-2009

- British Columbia Human Rights Code RSBC 1996 c 210 artikel 13:
<<http://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/rsbc-1996-c-210/latest/rsbc-1996-c-210.html>.> Op 5-10-2009
- Canada Labour Code RS 1985 c L-2:
<http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/L-2/bo-ga:l_III-gb:l_I/en#anchorbo-ga:l_III-gb:l_I.> Op 14-04-2009
- Canadian Bill of Rights SC 1960, c.44:
<<http://www.etc.ca/pages/law/canada/BillofRights.html>.> Op 28-09-2009
- Canadian Charter of Rights and Freedoms: Schedule B, Constitution Act 1982: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/#libertes>.> Op 14-04-2009
- Health and Social Services Delivery Improvement Act SBC 2002 c 2:
<http://www.bclaws.ca/Recon/document/freeside/--%20H%20--/Health%20and%20Social%20Services%20Delivery%20Improvement%20Act%20%20SBC%202002%20%20c.%202/00_02002_01.xml.> Op 14-04-2009
- Ontario Regulasio 285/01:
<http://www.elaws.gov.on.ca/html/source/regs/english/2001/elaws_src_regs_r01285_e.htm.> Op 16-06-2009

BIBLIOGRAFIE

BOEKE

Alfredson G & Eide A (red)

1999. *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*. Den Haag: Kluwer Law International.

Arthurs HW, Carter DD & Glasbeek HJ

1988. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*. 3de uitg. Deventer: Kluwer.

Bilchitz D

2007. *Poverty and Fundamental Rights - The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Bill of Rights Compendium. 1996. Durban: Butterworths.

Blanpain R, Bisom-Rapp S, Corbett W R, Josephs H K & Zimmer M J

2007. *The Global Workplace International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*. 1ste uitg. New York: Cambridge University Press.

Burchill R (red)

2006. *Democracy and International Law*. Aldershot, Hampshire: Ashgate Publishing.

Cheadle MH *et al*

2002. (Opgedateer 2007). *South African Constitutional Law: The Bill of Rights*. Durban: Butterworths.

Currie DP

1994. *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Chicago: The University of Chicago Press.

Currie I & De Waal J

2005. *The Bill of Rights Handbook*. 5de uitg. Lansdowne: Juta.

Davis D, Cheadle H & Haysom N

1997. *Fundamental Rights in the Constitution. Commentary and Cases*. Kenwyn: Juta.

Devenish GE

1999. *A Commentary on the South African Bill of Rights*. 1ste uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

De Wet E

1995. *Die konstitusionele afdwingbaarheid van sosiale en ekonomiese menseregte. Die betekenis van die Duitse konstitusionele model vir Suid-Afrika*. LL.D.-proefskrif, Universiteit van die Vrystaat, Bloemfontein.

Drobny A

1988. *Real Wages and Employment- Keynes, Monetarism and the Labour Market*. New York: Routledge.

Ducat CR

2004. *Constitutional Interpretation*. 8ste uitg. Belmont, California: Thomson West Publishers.

Du Plessis JV & Fouché MA

2006. *A Practical Guide to Labour Law*. 6de uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

Du Toit D *et al*

2006. *Labour Relations Law-A Comprehensive Guide*. 5de uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

Flanz GH (red)

2008. *Constitutions of the Countries of the World: Bundle IV Canada, Bundel VII Germany*. New York: Oxford University Press.

Forbath WE

1991. *Law and the Shaping of the American Labor Movement*. Cambridge: Harvard University Press.

Grogan J

2007. *Workplace Law*. 9de uitg. Cape Town: Juta.

Hughes JJ & Perlman R

1984. *The Economics of Unemployment: A Comparative Analysis of Britain and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ides A & May CN

2007. *Constitutional Law Individual Rights*. 4de uitg. New York: Aspen Publishers.

Jayawickrama N

2002. *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.

Karlan PS, Tushnet MV, Seidman LM, Stone GR & Sunstein CR

2005. *Constitutional Law*. 5de uitg. New York: Aspen Publishers.

Katz HC *et al* (red)

2004. *The New Structure of Labor Relations: Tripartism and Decentralization*. New York: Cornell University Press.

Kommers DP

1997. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2de uitg. Durham, North Carolina: Duke University Press.

Kommers DP, Finn JE *et al*

2004. *American Constitutional Law: Essays, Cases and Comparative Notes*. Vol. 2. 2de uitg. Lanham, Maryland: Rowman and Littlefield.

McCrudden C (red)

2004. *Anti-discrimination Law: The international library of essays in law and legal theory*. Burlington, Vermont: Ashgate Publishers.

Messenger JC (red)

2004. *Working time and workers' preferences in industrialized countries: Finding the balance*. New York: Routledge.

Mullan J

2003. *Administrative law: cases, text, and materials*. 5de uitg. Toronto: Emond Montgomery Publication.

Pretorius JL, Klinck ME & Ngwena CG

2001. *Employment Equity Law*. Durban: Butterworths.

Reiter BJ & Swan J (red)

1980. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths.

Rossum RA & Tarr GA

2003. *American Constitutional Law. The Bill of Rights and Subsequent Amendments*. 6de uitg. Belmont, California: Thomson/Wadsworth Publishers.

Rotunda RD

2003. *Modern Constitutional Law - Cases and Notes*. 7de uitg. Saint Paul, Minnesota: Thomson West Publishers.

Stephens OH & Scheb JM

2003. *American Constitutional Law*. 3de uitg. Saint Paul, Minnesota: Thomson West Publishers.

Stone GR, Seidman LM *et al*

1999. *Constitutional Law*. 5de uitg. New York: Aspen Publishers.

Sullivan KM & Gunther G

2001. *Constitutional Law*. 14de uitg. New York: Foundation Press.

Tribe LH

1999. *American Constitutional Law*. Vol. 1. 3de uitg. Eagan, Minnesota: West Publishing Company.

Van Jaarsveld F & Van Eck S.

2006. *Kompendium van Arbeidsreg*. 5de uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

Van Wyk D, Dugard J, De Villiers B & Davis D (red)

1994. *Rights and Constitutionalism. The new South African legal order*. 1ste uitg. Cape Town: Juta.

Woolman S, Roux T & Bishop M (red)

2004. *Constitutional Law of South Africa*. 2de uitg. Kenwyn: Juta & Co.

ARTIKELS

Albertyn C & Goldblatt B

1998. Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality. *South African Journal on Human Rights* 14: 248-276.

Bachmann MO & Booysen FL

2003. Health and economic impact of HIV/AIDS on South African households: a cohort study. *BMC Public Health* 3:14.
<<http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-2458-3-14.pdf>> Op 16-04-2009

Bernstein DE

2003-2004. Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism. *Georgetown Law Journal* 92: 1-60.

Bhana D & Pieterse M

2005. Towards a Reconciliation of Contract Law and Constitutional Values: Brisley and Afrox Revisited. *The South African Law Journal* 122(4): 865-895.

Bilchitz D

2003. Towards a Reasonable Approach to the Minimum Core: Laying the Foundations for Future Socio-Economic Rights Jurisprudence. *South African Journal on Human Rights* 19:1-26.

Boisard P, Cartron D, Gollac M & Valeyre A

2003. Time and work: duration of work. Luxembourg Office for Official Publication of the European Communities: 3-61.
<<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2002/11/en/1/ef0211en.pdf>> Op 15-04-2009

Brassey MSM

1982. The contractual right to work. *Industrial Law Journal (Juta)* 3: 247 - 279.

1994. Labour Relations under the New Constitution. *South African Journal on Human Rights*: 179-207.

Chaskalson A

2000. The Third Bram Fischer Lecture - Human Dignity as a Foundational Value of Our Constitutional Order. *South African Journal on Human Rights* 16: 193-205.

Cheadle H

2006. Regulated Flexibility and Small Business: Revisiting the LRA & the BCEA. *Development Policy Research Unit Working Papers* 06/109: 1-27.
<<http://www.thepresidency.gov.za/docs/pcsa/economic/cheadle1.pdf>> Op
15-04-2009

Choundhry S

2004. The Lochner Era and Comparative Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law* 2: 1-55.

Cowen S

2001. Can dignity guide South Africa's equality jurisprudence? *South African Journal on Human Rights* 17: 34-58.

Daintith T

2004. The Constitutional Protection of Economic Rights. *International Journal of Constitutional Law* 2: 56-90.

Daniëls RC

2007. Skills Shortages in South Africa: A Literature Review. *Development Policy Research Unit Working Papers* 07/121: 1-44.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=992111.> (Download Illinois USA). Op 15-04-2009

De Waal J

2002. Equality and the Constitutional Court. *South African Mercantile Law Journal* 14: 141-149.

Drago R

2000. Trends in Working Time in the US: A Policy Perspective. *Labor Law Journal* 51(4): 212- 218.

Dupper O

2000. Proving Indirect Discrimination in Employment: A South African View *Industrial Law Journal* 21: 747-792.

Eberle EJ

1997. Human Dignity, Privacy and Personality in German and American Constitutional Law. *Utah Law Review* 4: 963-1057.

2007. The German Idea of Freedom. *Roger Williams University School of Law Faculty Papers* 13:1-89. <http://lsr.nellco.org/rwu/rwufp/papers/13>.> Op 15-04-2009

2008. German Equal Protection: Substantive Review of Economic Measures. *German Law Journal* 9(12):

<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=1057>.> Op 23-07-2009

Ely JW Jr

2006. To Pursue Any Lawful Trade or Avocation: The Evolution of Unenumerated Economic Rights in the Nineteenth Century. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 8: 917-955.

Evadne G

2000. Disadvantage and Discrimination: The Emerging Jurisprudence of the South African Constitutional Court. *Northern Ireland Legal Quarterly* 51: 174-197.

Feldman SM

2006-2007. Unenumerated Rights in Different Democratic Regimes. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 9: 47-105.

Fudge J

2008. The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the Health Services and Support case in Canada and Beyond. *Industrial Law Journal* 37(1): 25-48.

Gernigon B, Odero A & Guido H

2000. ILO Principles Concerning Collective Bargaining. *International Labour Review* 139: 34-55.

Grant E

2000. Disadvantage and Discrimination: The Emerging Jurisprudence of the South African Constitutional Court. *Northern Ireland Legal Quarterly* 51: 174-197.

Grimm D

2007. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal* 57(2): 383-397.

Hill JL

2003-2004. The Five Faces of Freedom in American Political and Constitutional Thought. *Boston College Law Review* 45: 499-594.

Howard G

2005. De-Lochnerizing Lochner. *Boston University Law Review* 85: 859-879.

Kant I

1795. Perpetual Peace: A Philosophical Sketch.

<<http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/kant/kant1.htm>.> Op 14-04-2009

Khan AN

1993. Canadian Constitutional Guarantee of "Liberty" as it affects Education and Children. *Journal of Law and Education* 22: 335-348.

Kimmel J & Powell LM

1999. Moonlighting Trends and Related Policy Issues in Canada and the United States. *Canadian Public Policy – Analyse De Politiques* XXV/2: 207-231.

<<http://economics.ca/cgi/jab?journal=cpp&view=v25n2/CPpv25n2p207.pdf>.>

Op 15-04-2009

Kok A

2001. The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act: Why the Controversy. *Journal of South African Law* 2: 294-310.

Lepsius O

2006. Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-Transport Security Act. *German Law Journal* 7 (9): 761-776:

<<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=756>.>

Liebenberg S

2005. The value of human dignity in interpreting socio-economic rights. *South African Journal on Human Rights* 21(1): 1-31.

Lubbe GF

2004. Taking Fundamental Rights Seriously: The Bill of Rights and its Implications for the Development of Contract Law. *The South African Law Journal* 121: 395-423.

McAllister MC

2003-2004. Human Dignity and Individual Liberty in Germany and The United States as Examined through each Country's Leading Abortion Cases. *Tulsa Journal of Comparative & International Law* 11: 491-639.

McGee RW

1993. If Dwarf Tossing Is Outlawed, Only Outlaws Will Toss Dwarfs: Is Dwarf Tossing a Victimless Crime. *American Journal of Jurisprudence* 38: 335-338.

Miller R *et al* (eds)

2002. Constitutional Standards, Working Time and Pharmacy Opening Hours: The FCC's Message to Managers and Law Makers. *German Law Journal* 3(3): <<http://www.germanlawjournal.de/print.php?id=136>> Op 15-07-2009

Müller F & Richter T

2008. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. *German Law Journal* 9(2): 161-194: <http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol09No02/PDF_Vol_09_No_02_161-194_Developments_Mueller.pdf> Op 29-07-2009

Naske N & Nolte G

2007. International Decisions: Aerial Security Law. *American Journal of International Law* 101: 466-471.

Neethling J & Le Roux PAK

1987. Positiefregtelike erkenning van die reg op die verdienvermoë of "The right to exercise a chosen calling". *Industrial Law Journal* 8: 719-730.

Pauw K, Oosthuizen M & Van der Westhuizen C

2008. Graduate unemployment in the face of skills shortages: A labour market paradox. *South African Journal of Economics* 76(1): 45-57.

Pieterse M

2001. Constructing Freedom Jurisprudence. *South African Law Journal* 118: 87-101.

2003. Beyond the Welfare State: Globalisation of neo-liberal culture and the constitutional protection of social and economic rights in South Africa. *Stellenbosch Law Review* 14: 3-28.

2004. Coming to terms with judicial enforcement of social rights. *South African Journal on Human Rights* 20: 383-417.

2007. The Legitimizing/Insulating Effect of Socio-Economic Rights. *Canadian Journal of Law & Society* 22(1): 1-20.

Rubio IAD

1998-1999. Economic Limits on International Regulation: A Case Study of ILO Standard-Setting. *Queen's Law Journal* 24: 189-236.

Sandefur T

2003. The Right to Earn a Living. *Chapman Law Review* 6: 207-277.

Schachter O

1983. Human dignity as a normative concept. *American Journal of International Law* 77: 848-854.

Siebert S

2000. Beyond Changing the Face of Power and Altering the Structures of Oppression: Socio-Economic Rights, Constitutional Jurisprudence and Social Transformation in South Africa. *Trinity College Law Review* 3: 128-156.

Smith C

2004. Constitutional Drift: Toward the End of Federal Shop-Closing (Ladenschluss) Regulation. *German Law Journal* 5(9): 1032-1044.
<<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=489>> Op 4-11-2009

Theron J & Visser M

2007. An Empirical and Conceptual Study of Collective Bargaining: 1-115.
<http://www.commerce.uct.ac.za/research_units/dpru/WorkingPapers/PDF_Files/WP07-130.pdf.> Op 15-04-2009

Ullrich D

2003. Concurring Visions: Human Dignity in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Basic Law of the Federal Republic of Germany. *Global Jurist Frontiers* 3: 1: Article 1.

<http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?context=gj&article=1065&date=&mt=MTI0MjczNzMxNw==&access_ok_form=Continue.> Op 19-05-2009.

Abstract: <<http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol3/iss1/art1/>.> Op 15-04-2009

Van Niekerk A

2007. Regulating Flexibility and Small Business: Revisiting the LRA and BCEA - A Response to Halton Cheadle's Concept Paper. DPRU Working Paper 07/119: par 3.3(b).

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982064.> (Download Stanford Law School California USA.) Op 15-04-2009

Weiss M

2005. Interface between Constitution and Labor Law in Germany. *Comparative Labor Law & Policy Journal* 26: 181-198.

Wesson M

2004. Grootboom and Beyond: Reassessing the Socio-Economic Jurisprudence of the South African Constitutional Court. *South African Journal on Human Rights* 20: 284-308.

Winkler A

2006. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review* 59: 793-871.

Yap Po-Jen

2005. Four models of equality. *L.A. International and Comparative Law Review* 27: 63-86.

WEBBLADSYE

Analysis of Roosevelt's "New Deal".

<<http://www.cyberessays.com/History/84.htm>.> Op 4-11-2009

AVERT. AIDS & HIV information.

<<http://www.avert.org/aidssouthafrica.htm>.> Op 14-04-2009

Business Report 4-04-2006. SA shares France's labour law challenge. By Membathisi Mdladlana.

<<http://www.busrep.co.za/index.php?fSectionId=641&fArticleId=3188906>.> Op 14-04-2009

Centre for Actuarial Research, South African Medical Research Council and Actuarial Society of South Africa. Dorrington RE Johnson LF Bradshaw D and Daniel T. The Demographic Impact of HIV/AIDS in South Africa. National and Provincial Indicators for 2006.

<<http://www.mrc.ac.za/bod/DemographicImpactHIVIndicators.pdf:11>.> Op 14-04-2009

Cosatu Campaigns Bulletin 2006.

<<http://www.cosatu.org.za/digest/1996/cbaug96.htm>.> Op 22-04-2009

Department of Justice Canada. Canada Labour Standards Regulations.

<http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cr/C.R.C.-c.986/bo-ga:s_3/en#anchorbo-ga:s_3.> Op 14-04-2009

Department of Justice Canada. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

<<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>.> Op 24-04-2009

Development Policy Research Unit UCT. Bhorat H, Goga S & Van der Westhuizen C. Analysing Wage Formation in the South African Labour Market: The Role of Bargaining Councils.

<http://www.commerce.uct.ac.za/Research_Units/DPRU/Conference2008/Presentations/Bhorat_Bargaining_Councils.pdf> Op 4-11-2009

Directgov. Working time limits (the 48 hour week).

<http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/WorkingHoursAndTimeOff/DG_10029426> Op 4-11-2009

Education Department. Parliamentary Questions. <<http://www.education.gov.za/>> Op 12-06-2009

European Parliament. Charter of Fundamental Rights of the European Union: Article 15. <http://www.europarl.europa.eu/comparl/libe/elsj/charter/art15/default_en.htm> Op 14-04-2009

Guardian 10-06-2008. Working hours: UK bosses retain right to overtime. <<http://www.guardian.co.uk/money/2008/jun/10/worklifebalance.workandcareers>> Op 14-04-09

Human Resources and Skills Development Canada.

Labour Law Analysis 2006. Hours of work, overtime, meal and other breaks. <[http://www.hrsdc.gc.ca/en/lp/spila/cli/eslc/hours\(e\).pdf](http://www.hrsdc.gc.ca/en/lp/spila/cli/eslc/hours(e).pdf)> Op 14-04-2009

ILOLEX. C001 Hours of Work (Industry) Convention, 1919. <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C001>> Op 14-04-2009

ILOLEX. C014 Weekly Rest (Industry) Convention, 1921. <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C014>> Op 14-04-2009

ILOLEX. C030 Hours of Work (Commerce and Offices) Convention, 1930. <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C030>> Op 14-04-2009

ILOLEX. C047 Forty-Hour Week Convention, 1935. <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C047>> Op 14-04-2009

ILOLEX. C087 Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C087>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. C098 Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C098>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. C106 Weekly Rest (Commerce and Offices) Convention, 1957.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C106>.> Op 14-04-2009

ILOLEX C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention 1958.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C111>.> Op 1-10-2009

ILOLEX. C132 Holidays with Pay Convention (Revised), 1970.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C132>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. C154 Collective Bargaining Convention, 1981.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. C171 Night Work Convention, 1990.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C171>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. C175 Part-Time Work Convention, 1994.

<<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C175>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. Constitution of the ILO.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/constq.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. Declaration of Philadelphia.

<<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/download/brochure/pdf/page5.pdf>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. General Survey 2005: Hours of Work.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. How international labour standards are created.

<http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/creation/lang--en/index.htm.> Op 14-04-2009

ILOLEX. Hours of Work: From Fixed to Flexible? ILO Conference Paper 26 October 2005. <http://www.ilo.org/global/Themes/Working_Conditions/Workingtime/lang--en/docName--KD00123/index.htm.> Op 14-04-2009

ILOLEX. 2005 Hours of Work General Survey.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/surveyq.htm>> Op 14-04-2009

ILOLEX. ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998.

<<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--en/index.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. ILO Information Leaflet.

<http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang--en/index.htm.> Op 14-04-2009

ILOLEX. List of conventions.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. List of conventions and recommendations by subject and status given by the Governing Body.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/subjectE.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. Ratifications.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/newratframeE.htm>.> Op 14-04-2009

ILOLEX. Reduction of Hours of Work Recommendation R116, 1962.

<<http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>.> Op 14-04-2009

Incomes Data Services. European Working Time Directive.

<<http://www.incomesdata.co.uk/information/worktimedirective.htm>.> Op 14-04-2009

Mibco. Hoof-ooreenkoms.

<http://www.mibco.org.za/main_agreement_frame.html.> Op 14-04-2009

Naledi. The Annual Report on Bargaining 2008.

<<http://www.naledi.org.za/cgi-bin/naledi/na-showpubs.pl>.> Op 14-04-2009

Office for the High Commissioner of Human Rights. The International Covenant on Civil and Political Rights.

< <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr.htm#part1>.> Op 14-04-2009

Office for the High Commissioner for Human Rights. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm.> Op 14-04-2009

<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm.> Op 14-04-2009

Office for the High Commissioner of Human Rights. The United Nations Charter.

<<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/ch-cont.htm>.> Op 14-04-2009

Office of Public Sector Information (OPSI) UK. The Working Time Regulations 1998. <<http://www.opsi.gov.uk/si/si1998/19981833.htm#4>.> Op 14-04-2009

Shotgun's Home of the American Civil War. The American Civil War Overview.

<<http://www.civilwarhome.com/overview.htm>.> Op 14-04-2009

South African Government Information. Mediaverklaring uitgereik deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op 17 Oktober 2000 by die bekendstelling van 'n verslag oor die vermindering van werkure tot 40.

<<http://www.info.gov.za/speeches/2000/001106340p1002.htm>.> Op 14-04-2009

South African Government Information. Minimum Standards Directorate Policy Proposals for a New Employment Standards Statute Green Paper, 13-02-1996.

<<http://www.info.gov.za/greenpapers/1996/labour.htm>.> Op 24-09-2009

South African Government Information. Toespraak deur die Minister van Arbeid, Membathisi Mdladlana, op die 21ste Jaarlikse Arbeidsregkonferensie in Sandton op 25 Junie 2008.

<<http://www.info.gov.za/speeches/2008/08070117151001.htm>.> Op 14-04-2009

Spartacus Educational. <<http://www.spartacus.schoolnet.co.uk/USAcivil1866.htm>.>
Op 21-07-2009

Statistics Canada Publications. The Canadian Labour Market at a Glance.

<71-222-X www.statcan.gc.ca.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. Community Survey 2007.

<<http://www.statssa.gov.za/publications/P0301/P0301.pdf>.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. Labour Accounts for South Africa 2005.

<<http://www.statssa.gov.za/publications/D0403/D0403.pdf>.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. Labour Force Survey 2007.

<<http://www.statssa.gov.za/publications/statsdownload.asp?PPN=P0210&SCH=4133>.>
> Op 14-04-2009.

Statistics South Africa. Latest key indicators.

<<http://www.statssa.gov.za/keyindicators/keyindicators.asp>.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. Main Findings of Income and Expenditure Survey 2005/2006.

<<http://www.statssa.gov.za/ies/findings.asp>.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. Mid-year Population Estimates 2007.

<<http://www.statssa.gov.za/publications/P0302/P03022007.pdf>: 3.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. South Africa in Transition. Selected Findings from the October Household Survey of 1999 and changes that have occurred between 1995 and 1999. <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2001/survey.pdf>.> Op 14-04-2009

Statistics South Africa. The Debate about Household Headship.

<<http://www.statssa.gov.za/PublicationsHTML/DiscussHouseholdHead/html/DiscussHouseholdHead.html>> Op 14-04-2009

UN Web Services Section. The Universal Declaration of Human Rights 1948.

<<http://www.un.org/Overview/rights.html>> Op 14-04-2009

US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. American Time Use Survey Summary 2007. <<http://www.bls.gov/news.release/atus.t01.htm>> Op 14-04-2009

US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics. Division of International Labor Comparisons. <http://www.bls.gov/ilc/intl_unemployment_rates_monthly.htm> Op 19-08-2009

US Department of Labor. Coverage under the FLSA.

<<http://www.dol.gov/esa/whd/regs/compliance/whdfs14.pdf>> Op 14-04-2009

University of Minnesota Human Rights Library. African Charter on Human and Peoples' Rights 1981.

<<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/z1afchar.htm>> Op 14-04-2009

University of Minnesota Human Rights Library. Charter of the Organization of African Unity 1963.

<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/OAU_Charter_1993.html> Op 14-04-2009

World Development Report 2005.

<http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2005/Resources/09_WDR_Ch07.pdf>

Op 14-04-2009

