

Riglyne om die reg op gelykheid toe te pas

I.M. Rautenbach

I.M. Rautenbach: Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Johannesburg

Opsomming

In 1997 het die konstitusionele hof in *Harksen v Lane* riglyne geformuleer vir die toepassing van die reg op gelykheid in die Grondwet. Die doel met hierdie artikel is om na 15 jaar weer hierdie riglyne te bekyk en om aanpassings voor te stel. Riglyne moet sover moontlik deur almal verstaan word en moet deeglik inskakel met al die ander bepalings van die handves van regte, insluitend die algemene bepalings wat reël wie deur die regte beskerm word, wie daardeur gebind word en wat hulle pligte is, en hoe nienakoming van die pligte regverdig kan word aan die hand van die beperkingsbepalings. Gemeet hieraan het die *Harksen*-riglyne sekere gebreke. Dit is uiters moeilik om die *Harksen*-riglyne te verstaan en toe te pas. Verder is dit nie goed met die algemene bepalings van die handves geïntegreer nie. Daar word voorgestel dat die reg op gelykheid aan die hand van die volgende vrae toegepas word:

1. Word die klaer regstreeks of onregstreeks anders as ander mense behandel deur die reël of optrede wat ondersoek word?

2. Indien dit wel die geval is, waarop kom die differensiasie neer? Is dit:

- onbillike diskriminasie (dit is differensiasie wat die klaer se menswaardigheid aantast of 'n soortgelyke ernstige gevolg het); of
- gewone differensiasie wat alle differensiasie is wat nie neerkom op onbillike diskriminasie nie; of
- differensiasie wat in verband staan met regstellende optrede (dit is stappe om mense te beskerm en te ontwikkel wat benadeel is deur onbillike diskriminasie)?

3. Kan die differensiasie geregverdig word aan die hand van die algemene beperkingsbepaling, of waar van toepassing, aan die hand van die bepalings oor regstellende aksie in artikel 9(2)? Die maatstawwe vir die regverdiging van onbillike diskriminasie is baie streng; vir ander differensiasies in beginsel baie ligter; en in die geval van regstellende optrede word die standaard in artikel 9(2) beskryf.

Trefwoorde: algemene beperkingsbepaling; beskermde gedrag en belange; besondere beperkingsbepalings; bewyslas; billike diskriminasie; differensiasie; diskriminasie; gelyke waarde van mense; gelykheid; Grondwet artikel 36; Grondwet artikel 9; Grondwet; handves van regte; klassifikasie; konstitusionele hof; kontrolevlakke; menswaardigheid; onbillike diskriminasie; ongelykheid; onregstreekse differensiasie; pligte; rasonele verband; reg op

gelykheid; regstellende optrede; regstreekse differensiasie; substantiewe gelykheid; twee-fase-benadering.

Abstract

Guidelines for the application of the right to equality

In 1997 the constitutional court in *Harksen v Lane* formulated guidelines for the application of the right to equality in the Constitution. The purpose of this article is to review the guidelines after 15 years and to propose certain adaptations.

Guidelines to apply a right must, as far as possible, be formulated in such a way that they are both readily understandable and well integrated with the other provisions of the bill of rights, including the general provisions which contain general rules on who the people and institutions are who benefit from a right, who the people and institutions are who are bound by the rights and what their duties in respect of the rights are, and how non-compliance with the duties may be justified in terms of limitation clauses. Measured against these requirements the *Harksen* guidelines are deficient in certain respects. It is very difficult to understand and apply the *Harksen* guidelines. The guidelines are also not well integrated with the general provisions of the bill of rights: considerations relating to the requirements for the limitation of the right in section 9(1) are considered to form part of the definition of the right; an incomprehensible distinction is made between “discrimination” and “unfair discrimination”; limitation considerations have been taken into account to such an extent in defining unfair discrimination that the usefulness of applying the general limitation clause has been questioned, etcetera. However, the essence of the court’s views on the meaning of “unfair discrimination”, namely that “unfair” applies to differentiation that impairs human dignity or that has a similar serious consequence, is sound and should be retained. The test underlines the offensiveness of unfair discrimination and the ethos of a bill of rights founded on human dignity. It also provides a clear basis for the distinction between the first phase of a bill of rights inquiry, during which the factual infringement of a right is determined and the second phase, during which justification for the infringement within the framework of the general limitation clause is investigated.

The following adapted guidelines are proposed:

1. Does the provision or action to which the right applies differentiate directly or indirectly between people?

1.1 As in the case of all other rights it must be determined whether a complainant is protected by the right. All natural persons are protected and to the extent that the rights of juristic persons are affected in a way which is so serious that it can be compared to the violation of human dignity, juristic persons are also protected against unfair discrimination.

1.2. As in the case of all other rights it must also be determined whether those who have allegedly violated the right are bound by the right. The right to equality applies to all law and binds all organs of state. The nature of the right and the duties which it imposes are such that the right is capable of being applied to private persons and

institutions. Section 9(4) contains an explicit provision in respect of unfair discrimination – no person may discriminate unfairly.

1.3. In the case of direct differentiation the ground for differentiation is formulated in the measure. In the case of indirect differentiation (generally known as substantive inequality) the measure either has a differentiating effect without any reference to any ground of differentiation in its formulation, or it has a differentiating effect on a ground which is different from the ground that is referred to in its formulation.

2. If there has been differentiation, what kind of differentiation has occurred – is it unfair discrimination, differentiation that does not amount to unfair discrimination, or differentiation in terms of affirmative action?

This step is necessary because different limitation standards apply to different forms of limitation.

2.1 Unfair discrimination is differentiation that impairs human dignity or has a similar serious consequence. A similar serious consequence usually involves a very serious violation of another right.

2.2 When a complainant proves that the differentiation was direct or indirect differentiation on certain grounds, the respondent must prove that the differentiation does not impair human dignity or does not have a similar serious consequence. These grounds are race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. When complainants cannot prove that the differentiation has been on any of these grounds, they must also prove that the differentiation impairs human dignity or has a similar serious consequence.

2.3. Differentiation that does not amount to unfair discrimination is a residual category – it comprises all differentiations that do not comply with the definition of unfair discrimination as described in 2.2.

2.4. Differentiation ensuing from affirmative action appears in measures designed to protect and advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination.

3. Is it possible to justify the unfair discrimination or other forms of differentiation in terms of the general limitation clause, or, where applicable in the case of affirmative action, in terms of the provisions of section 9(2)?

3.1. Because the nature and consequences of unfair discrimination are very serious, the general limitation clause is applied very strictly. In addition to the existence of a rational relationship between the differentiation and the purpose of the differentiation, it is required that the differentiation serves a compelling government purpose and that it is absolutely essential to differentiate in this way in order to achieve the purpose. The differentiator is afforded no discretion in respect of alternative ways in which to achieve the purpose.

3.2. Because the nature and consequences of differentiation that does not amount to unfair discrimination are less serious, the general limitation clause is applied less

strictly. It is required mainly that a legitimate government purpose must be pursued and the differentiation is capable of furthering the purpose (the so-called rational relationship test). The importance of the purpose of the differentiation and the extent to which the differentiation could promote the purpose hardly plays any role. Alternative ways in which to achieve the purpose are usually not considered.

3.3. Although differentiation ensuing from affirmative action may either constitute unfair discrimination or less serious forms of differentiation, the constitutional court held that section 9(2) requires that the affirmative measure must assist persons or categories of persons who have been disadvantaged in the past, that the measure must advance or protect such persons, and that the measure must reasonably be capable of promoting equality. These requirements amount to a slightly stricter test than the rational relationship test (a specific purpose is specified and the differentiation must “reasonably” be capable of promoting the purpose), but it is less strict than the test for unfair discrimination.

Keywords: Affirmative action; bill of rights; classification; Constitution; Constitution section 36; Constitution section 9; constitutional court; differentiation; direct differentiation; discrimination; duties; equal worth of people; equality; fair discrimination; general limitation clause; human dignity; indirect differentiation; inequality; levels of control; onus of proof; protected conduct and interests; rational relationship; right to equality; specific limitation clauses; substantive equality; two-stage approach; unfair discrimination.

1. Inleiding

Ras, geslagentelikeid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele oriëntering, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte – hierdie menslike hoedanighede en kenmerke word in artikel 9(3) van die Grondwet van Suid-Afrika van 1996 erken as gronde vir onbillike diskriminasie. Die engtes waarin mense gedryf word omdat ander hulle op hierdie gronde as minderwaardiges behandel, was deur die eeue die belangrikste bron van onvergenoegdheid, protes, opstand en revolusionêre optrede, ook in Suid-Afrika.¹ Ongelykheid wat in wette verorden en deur die staat afgedwing is, was die mees uitstaande kenmerk van alle Suid-Afrikaanse staatkundige bedelings wat die oorgangsgrondwet van 1994 vooraf gegaan het.² Dit was inderdaad ’n lang pad tot by artikel 9 van die Grondwet.

Daar sou in die laaste dekade van die vorige eeu geen sprake kon gewees het van ’n vreedsame, onderhandelde skikking indien daar nie ooreengekom is dat gelykheid een van die pilare sou wees van die brug waaroor ons van die ou na die nuwe bedeling moet stap nie. In die formele verklaring van voorneme wat in Desember 1991 na afloop van die eerste sessie van die Konvensie vir ’n Demokratiese Suid-Afrika (Kodesa I) uitgereik is, het die deelnemers onderneem om ’n proses aan die gang te sit om ’n grondwet op te stel en in te stel wat onder andere sal verseker “dat almal universeel-aanvaarde menseregte, vryhede en burgerlike vryhede, insluitende vryheid van geloof, uitdrukking en vergadering, sal geniet, beskerm deur ’n verskanste en beregbare handves van regte en ’n regstelsel wat vir almal gelykheid voor die reg waarborg”.³ In artikel 1(a) van die huidige Grondwet word “die

bereiking van gelykheid” beskryf as een van die waardes waarop Suid-Afrika gegrond is. Die reg op gelykheid in artikel 9 van die Grondwet gee praktiese betekenis aan hierdie waarde.⁴

Artikel 9 lui:

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

Kennis oor die reg op gelykheid is vir almal van groot belang. Dit is so omdat almal potensiële slagoffers van die skending van die reg kan wees. Diskriminerende praktyke gebaseer op die gronde in artikel 9(3) genoem, is in die meeste gevalle so oud soos die berge en dit word, soos die berge, dikwels deur die slagoffers gedwee aanvaar as deel van die natuurlike stand van sake. Die Grondwet se benadering is radikaal anders. Die uitgangspunt is die gelyke waarde van mense en nie die bestaan van “natuurlike” ongelykhede nie; niemand hoef ongelykheid te gedoog indien daar geen regverdiging daarvoor bestaan nie. Elkeen is egter ook ’n potensiële skender van ander se reg op gelykheid. Na eeue se geïnstitutionaliseerde ongelykheid hier en elders, waardeur andersheid tot ’n afdwingbare wetmatigheid verhef is, is mense se gelyke waarde dikwels nie die “natuurlike” grondslag van optrede teenoor almal nie.⁵ Natuurlik kan die werklikheid van verskeidenheid en andersheid nie ontken word nie, en natuurlik is dit so dat feitelik elke regsreël op die een of ander manier ’n onderskeid tussen mense maak. Nietemin vereis die Grondwet dat met volle erkenning van verskeidenheid en andersheid⁶ elkeen se gelyke waarde as mens respekteer moet word deurdat die persoon wat differensieer, ten minste moet kan bewys dat sy of haar optrede ’n wettige doel dien.⁷ Menswees is die vertrekpunt, en aan die verskeidenheid van menswees mag regsgevolge geheg word slegs as daar goeie redes daarvoor bestaan. So word probeer om rasionaliteit en goeie oordeel te bevorder op ’n gebied waarin irrasionele instinkte en vooroordele maklik en dikwels botvier.⁸ Riglyne oor die toepassing van die reg is dus nie van belang net om jou reg op gelykheid te beskerm nie, maar ook om jou te help dink oor hoe jy behoort op te tree sodat jy nie ander se reg op gelykheid aantast nie.

In 1997 het die konstitusionele hof in *Harksen v Lane* riglyne geformuleer vir die toepassing van die reg op gelykheid.⁹ Die doel met hierdie artikel is om na 15 jaar weer hierdie riglyne te bekyk. Dit word gedoen na aanleiding van gedagtes oor die vereistes waaraan riglyne vir die toepassing van ’n reg moet voldoen (paragraaf 2); gedagtes oor hoe die reg op gelykheid

in artikel 9 van die Grondwet vertolk behoort te word binne die raamwerk van bepalinge van die handves wat op alle regte van toepassing is (paragraaf 3); die ontleding van die *Harksen-riglyne* (paragraaf 4); en voorstelle om die riglyne te verbeter (paragraaf 5). In laasgenoemde verband het Krüger in 2011 'n belangrike bydrae gelewer¹⁰ wat in 'n groot mate die aansporing was om met hierdie bydrae die gesprek oor die riglyne verder te voer.

Die tweede sin van artikel 9(4) bepaal dat nasionale wetgewing verorden moet word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet. Die Wet op die Bevordering en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000 is vir dié doel aangeneem. Die wet is van groot praktiese belang, maar selfs die konstitusionele hof het al opgemerk dat die wet nie 'n toonbeeld van duidelikheid is nie.¹¹ Daar is al beweer dat die wet oorgeskryf sal moet word.¹² Die wet se onduidelikheid spruit grotendeels uit die feit dat dit op die *Harksen-riglyne* gebaseer is en enige poging om die wet te verbeter, sal dus moet begin met 'n deeglike heroorweging van die *Harksen-riglyne*. Die konstitusionele hof se riglyne vir die toepassing van enige reg en wetgewing wat daarop gerig is om gevolg te gee aan 'n reg, behoort altyd min of meer op een lyn met mekaar te wees. In hierdie artikel word daar dus op die *Harksen-riglyne* gekonsentreer en nie op die onduidelikhede in Wet 4 van 2000 nie.

2. Riglyne vir die toepassing van handvesregte

Soos met enige ander aksie werk die meeste mense wat regsbegrippe toepas, graag volgens 'n plan, dit wil sê: doen eers stap 1 en daarna stap 2 en daarna stap 3, ensovoorts. Riglyne om 'n reg in die handves van regte toe te pas, is nie "harde" handvesreëls nie.¹³ Trouens, sulke riglyne, werkmodes of stappe word gewoonlik nie in handveste uitgespel nie. In beginsel kan elkeen riglyne ontwikkel volgens haar of sy eie voorkeur, gerief, insig en verbeelding. Dit beteken egter nie dat gedagtewisseling oor riglyne bloot 'n subjektiewe geredekawel hoef te wees nie. Daar is sowel praktiese as akademiese oorwegings waarom die riglyne van groot belang is.

Die praktiese oorweging is dat wanneer die hoogste hof oor grondwetlike aangeleenthede riglyne formuleer vir die toepassing van 'n reg, alle ander howe, alle regspraktisyns en voornemende regspraktisyns, en lede van die publiek wat wil litigeer, deeglik daarvan kennis moet neem. Dit verteenwoordig die konstitusionele hof se bril waardeur geskille oor die reg op gelykheid beoordeel word. Dit is raadsaam om met die voorbereiding van 'n saak deeglik rekening te hou met hoe die hoogste hof sake verstaan. In hierdie opsig is die hof wat riglyne formuleer se invloed verreikend en die verantwoordelikheid van die hof ontsaglik groot.

Uit 'n wetenskaplike hoek lewer debatte oor die riglyne ook 'n belangrike bydrae. In 'n 1998-vonnisbespreking van die *Harksen-riglyne*¹⁴ is sekere stellings van Van Wyk Louw oor literêre teorie aangehaal wat ook vir die regswetenskap geld en wat verdien om weer herhaal te word: "Dat alle sistematiesing altyd iets voorlopigs aan hom het, is geen beswaar nie: langs die pad, as ons na sistematiese ordening streef, kan ons werkbegrippe dalk helderder word."¹⁵ Louw verklaar ook: "Dit het miskien ook duidelik geword dat die groot

verskeidenheid metodes en eindelose getwis oor die ‘juiste’ metode hulle oorsprong in die onondersoekte gebruik van sulke sentrale terme het.”¹⁶ Al is riglyne blote hulpmiddels om ’n gevolgtrekking te maak oor ’n besondere feitestel, weerspieël alle riglyne sekere aannames en beskouings oor basiese begrippe in die handves wat in die riglyne weerspieël word en oor die uitwerking wat dit op mense se lewens het en behoort te hê. Dit is oor hierdie basiese begrippe dat wetenskaplike gesprekke gaan. Die stellings van Van Wyk Louw hier bo beteken dat dit inderdaad moontlik is om aan die hand van sekere maatstawwe en gewone logika riglyne vir die toepassing van ’n handvesreg te ontleed, te beoordeel en aanpassings voor te stel. Die status en invloed van riglyne wat deur die howe ontwikkel en gevolg word, mag nooit die wetenskaplike gesprek demp nie. In hierdie opsig is die wetenskaplike verantwoordelikheid ook ontsaglik groot.

In hierdie artikel word twee oorwegings gebruik vir die ontleding van die *Harksen*-riglyne.

Eerstens moet die riglyne sover moontlik deur almal verstaan word. Die reg as ’n geslote sisteem wat slegs vir ingewydes toeganklik is, kan in die geval van handveste nie geduld word nie. Bemagtiging deur kennis van die handvesregte sal ’n hersenskim bly indien die handves en die riglyne vir die toepassing daarvan ’n skaars kommoditeit is wat slegs deur kundige regspraktisyns verstaan word wat hulle kennis aan die publiek verkoop en besoldigde amptenare soos regters, landdroste, aanklaers en wetsopstellers. Om vinniger te kan vorder is dit soms nodig om ietwat onbereikbare ideale te koester: die doelwit behoort altyd te wees dat riglyne oor die toepassing van ’n reg sover menslik moontlik so duidelik geformuleer moet word dat dit tot op die voetsoolvlak van elke stofpad verstaan word. Die *Harksen*-riglyne is verstommend ingewikkeld, selfs vir ingewydes. Soos aangetoon sal word, spruit die ingewikkeldheid hoofsaaklik uit lomp en onlogiese formulering en uit ’n onbeholpenheid om die bepalinge van artikel 9 met die algemene bepalinge van die handves van regte te integreer. Maar soos ook aangetoon sal word, is die “skema” wat artikel 9 ten grondslag lê, redelik eenvoudig.

Tweedens moet die riglyne vir die toepassing van ’n besondere reg deel vorm van die raamwerk van die handves as geheel. Daar behoort nie vir elke handvesreg ’n unieke, afsonderlike stel riglyne ontwikkel te word wat geen verband het met die riglyne vir die toepassing van ander regte nie. Een van die uitstaande kenmerke van alle handveste is die feit dat die gewaarborgde regte altyd min of meer met mekaar oorvleuel in die sin dat meerdere regte dikwels dieselfde individuele gedrag en belange beskerm.¹⁷ Omdat verskillende regte dikwels op dieselfde situasie toegepas kan word, kan uiteenlopende metodes om hulle toe te pas tot onnodige litigasie-opportunisme en onnodige koste aanleiding gee. Verder bevat die Suid-Afrikaanse handves van regte, afgesien van 26 bepalinge oor afsonderlike regte,¹⁸ sekere algemenebepalinge oor die draers van die regte, oor die persone en instansies wat deur die handves gebind word en hulle pligte, oor die afdwinging van die regte, oor uitleg van die handves, en oor die beperking van regte.¹⁹ Hierdie algemene bepalinge vorm die patroon waarbinne riglyne vir die afsonderlike regte ontwikkel moet word. Die mate waarin die algemene beginsels in ’n spesifieke stel riglyne geïntegreer word, is dus ’n belangrike maatstaf vir die beoordeling van riglyne.

Uiteraard kan daar oor die betekenis van die algemene bepalings meningsverskille bestaan, en sulke meningsverskille sal ook lei tot verskille oor die besonderhede van die riglyne vir die toepassing van 'n reg. Daarom is dit nodig om deurlopend hieroor gesprek te voer. In hierdie verband verklaar Van Wyk Louw ook:

'n Werklike versoening van botsende standpunte kan alleen plaasvind as daar eers deurgedring word tot op die punt waar die verskillende metodes uitmekaar loop; as hulle uitgangspunte, veronderstellings en konsekwensies helder aan die lig gebring is; as hulle begrippe so presies omskryf is as wat in ons soort ondersoek moontlik is.²⁰

In die volgende paragraaf word die “uitgangspunte en veronderstellings” verduidelik wat vir die ontleding van die *Harksen*-riglyne in paragraaf 4 gebruik word.

3. Die reg op gelykheid binne die raamwerk van die algemene bepalings van die handves

In die algemeen behels die toepassing van enige handvesreg dat vasgestel moet word of 'n persoon of instansie wat deur die reg gebind word, iets gedoen of versuim het om te doen wat daarop neerkom dat 'n plig ingevolge die reg teenoor die draer van 'n reg nie nagekom is nie en, indien wel, of daar regverdiging bestaan vir die nienakoming van die plig. Nie al hierdie aspekte is behandel in die *Harksen*-riglyne nie. Dit is nie noodwendig 'n punt van kritiek teen die riglyne nie. Die feit dat 'n klaer die draer van die reg is en die beweerde oortreder (veral as dit 'n staatsinstelling is) deur die reg gebind word, is in die meeste gevalle so voor die hand liggend dat dit 'n hof nie verkwalik kan word indien hy hierdie punte nie uitdruklik in die skema oorweeg nie.

Om 'n volledige prentjie van die raamwerk te gee, word al die elemente soos dit vir die reg op gelykheid geld, kortliks hier genoem. Hierdie elemente is die vertrekpunte vir die kommentaar op die *Harksen*-riglyne in die paragrafe wat daarna volg.

3.1 Die belange wat deur die reg op gelykheid beskerm word

Elke reg in die handves van regte beskerm sekere belange en optredes van individuele mense; die staat en ander mense het die plig om hulle op 'n bepaalde manier teenoor die beskermde gedrag en belange te gedra. Selfs wanneer die formulering van sekere regte slegs na die beskermde gedrag en belange, of slegs na die pligte, verwys, moet die element wat nie uitdruklik beskryf is nie, steeds bepaal word om die betrokke regte behoorlik te kan toepas. Die rede is dat wanneer 'n reg slegs gedrag en belange beskryf, die manier waarop die plig nie nagekom word nie, deel is van die “aard en omvang van die beperking” wat volgens die algemene beperkingsbepaling in artikel 36 in aanmerking geneem moet word; en omgekeerd, selfs wanneer 'n reg slegs pligte beskryf, is die uitwerking van die nienakoming van die plig op die beskermde gedrag en belange ook 'n aspek van die “omvang van die beperking” waarop gelet moet word. 'n Verwysing na die feitelike beperking van 'n reg is dus dieselfde as om te sê dat 'n grondwetlike plig wat uit die reg spruit, nie nagekom is nie. Hiervan word die vraag onderskei of daar regverdiging bestaan vir die feitelike beperking, oftewel die

nienakoming van die plig.²¹ (Om vir doeleindes van die eerste fase van 'n handvesondersoek vas te stel of 'n handvesreg feitlik beperk is, word, anders as in die deliktereg,²² nie 'n onderskeid gemaak tussen onregmatigheid na aanleiding van positiewe optrede wat spruit uit die aantasting van 'n reg, en onregmatigheid na aanleiding van 'n late wat spruit uit die nienakoming van 'n regsplig nie. Selfs wanneer slegs die beskermde gedrag of belange in 'n reg beskryf word (byvoorbeeld “menswaardigheid”, “liggaamlike en psigologiese integriteit”, “privaatheid” of “meningsuiting”), is daar 'n grondwetlike plig op diegene wat deur die reg gebind word om nie deur hulle doen óf late die beskermde gedrag en belange te benadeel nie; en selfs wanneer slegs 'n plig uitgespel word, het die nienakoming van die plig deur enige doen of late 'n uitwerking op die beskermde gedrag en belange.²³ Of die 'n doen of 'n late die beperking veroorsaak het, bewerkstellig is deur 'n doen of 'n late, kan deel vorm van die “aard van die beperking” wat ingevolge artikel 36(1)(c) in ag geneem moet word wanneer oorweeg word of die beperking geregverdig kan word.)

Artikel 9 beskryf nie die beskermde belang nie. Soos in paragraaf 3.2 hier onder aangetoon word, beskryf die artikel pligte. Nietemin moet daar ook duidelikheid bestaan oor wát deur die reg op gelykheid beskerm word. Soos hier onder verduidelik word, is die onderskeid tussen onbillike diskriminasie enersyds en differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie andersyds, hoofsaaklik gebaseer op hoe die beskermde belang geraak word.

Die reg op gelykheid beskerm die gelyke menslike waarde van elke mens. Mense is gelyk omdat hulle almal (ingevolge artikel 10) menswaardigheid het en omdat hulle almal die draers van al die ander handvesregte is. Omdat die reg op gelykheid “gelyke waarde” beskerm, is dit streng gesproke nie 'n reg op formele gelyke behandeling nie. Die reg word beperk deur álle handeling wat “gelyke waarde” misken. Dit sluit optrede in wat mense dieselfde behandel, maar wat gebaseer is op “normaliteit”-standaarde waaraan sekere mense as gevolg van aangebore eienskappe en kenmerke nie kan voldoen nie, of waaraan hulle om bepaalde redes (soos die uitoefening van byvoorbeeld hulle regte op vrye assosiasie en gewetens- en geloofsvryheid) nie wíl voldoen nie. Ongelykheid wat spruit uit formele gelyke behandeling staan algemeen bekend as substantiewe ongelykheid.²⁴

3.2 Die pligte wat spruit uit die reg op gelykheid

Die pligte wat uit die reg spruit, word in artikels 9(1), 9(3) en 9(4) beskryf. (Artikel 9(2), wat handel oor regstellende optrede, verplig niemand om sulke stappe te doen nie, maar stel dit bo alle twyfel dat regstellende optrede wat aan sekere vereistes voldoen, nie ongrondwetlik is nie.²⁵) Artikel 9(1) bevat 'n algemene verbod op ongelyke behandeling, terwyl artikel 9(3) en artikel 9(4) 'n verskyningsvorm daarvan, naamlik onbillike diskriminasie, verbied.²⁶ Differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, is 'n tipiese res-kategorie. Wat dit insluit, hang af van wat onder “onbillike diskriminasie” verstaan word – en juis oor die betekenis van “onbillike diskriminasie” het die konstitusionele hof in die *Harksen*-saak 'n belangrike bydrae gelewer.²⁷ Die enigste doel met die tref van die onderskeid tussen onbillike diskriminasie, differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, en differensiasie

binne 'n regstellende raamwerk, is om die algemene beperkingsbepaling verskillend op die drie gevalle toe te pas.

3.3 Die reg op gelykheid en die algemene beperkingsbepaling

Die Suid-Afrikaanse handves van regte het 'n algemene beperkingsbepaling wat enersyds die beginsel beklemtoon dat geen reg in die handves 'n absolute reg is nie, maar andersyds ook die beginsel bevat dat alle beperkings van regte aan sekere vereistes moet voldoen. Indien beperkings nie aan die vereistes voldoen nie, is hulle ongeldig. Die algemene beperkingsbepaling is op alle regte van toepassing en dus ook op die nienakoming van die pligte ingevolge die reg op gelykheid.²⁸

Dit is kenmerkend van die algemene beperkingsbepaling dat die toets vir 'n geregverdigde beperking van regte in vae en algemene terme geformuleer word. In artikel 36 is die toets dat die feitelike beperking (die nienakoming van die plig) “redelik en regverdig moet wees in 'n oop en demokratiese gemeenskap gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid”. Dit is nie 'n swakheid in die Suid-Afrikaanse handves nie, want sover bekend is daar geen algemene beperkingsbepaling in enige ander grondwet of enige beperkingsmaatstawwe wat elders deur die howe ontwikkel is wat duideliker en meer spesifiek is nie. Die Suid-Afrikaanse bepaling is wel uniek in die sin dat dit die eerste algemene beperkingsbepaling is wat uitdruklik aandui dat daar sekere faktore is wat in aanmerking geneem moet word wanneer die algemene toets toegepas word, naamlik die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking, die verhouding tussen die beperking en die doel, en minder beperkende maniere om die doel te bereik.²⁹ Die oorweging van die faktore is egter ook niks nuuts nie, want hierdie faktore speel bewustelik of onbewustelik in alle nasionale en internasionale stelsels 'n rol wanneer die geldigheid van feitelike beperkings van regte oorweeg word.³⁰ Die faktore is op sigself nie toets nie en hulle insluiting dui daarop dat artikel 36 nie 'n enkelvoudige toets met een enkele standaard vir die beperking van regte voorskryf nie. Die oorweging van die faktore maak dit moontlik om binne die raamwerk van die algemene toets verskillende standaarde te ontwikkel vir verskillende regte, vir verskillende oogmerke met beperkings en vir verskillende vorme van beperking. Dit is dus verkeerd om te verklaar dat artikel 36 slegs “'n streng toets”, of slegs “'n ligte toets” of slegs “iets tussenin” stel.³¹ Die samehang van die faktore bepaal die strengheid van die toets wat in 'n besondere geval gebruik word. Een van die beste maniere om hierdie feit te illustreer, is juis aan die hand van die toepassing van die algemene beperkingsbepaling op die verskillende vorme van differensiasie wat in artikel 9 onderskei word.³²

Soos reeds hier bo gestel, raak die onderskeid tussen onbillike diskriminasie en differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie,³³ by uitstek die manier waarop die algemene beperkingsbepaling toegepas moet word. Dat die erns van die gevolge van 'n differensiasie die maatstawwe bepaal waarvolgens bepaal word of die differensiasie toelaatbaar is, blyk ook duidelik uit die Amerikaanse reg, waarin drie vlakke van kontrole onderskei word. Vir doeleindes van hierdie artikel kan nie volledig op al die verskille en ooreenkomste tussen die

Suid-Afrikaanse en Amerikaanse stelsels ingegaan word nie, maar die volgende skema van Weaver en andere gee 'n goeie aanduiding van hoe die standaard ten opsigte van die drie vlakke van kontrole in Amerika verskil:³⁴

<i>Standard of review</i>	<i>Quality of government interest</i>	<i>Relationship between classification and goal</i>
Rational basis scrutiny	Rational basis	Reasonably related
Intermediate scrutiny	Important	Substantially related
Strict scrutiny	Compelling	Narrowly tailored

Binne die raamwerk van die toepassing van die Suid-Afrikaanse handves speel die aard van die reg wat beperk word en die aard en omvang van die beperking 'n belangrike rol wanneer die regverdiging vir die beperking van regte oorweeg word.³⁵ Dit is faktore wat 'n bydrae lewer om te bepaal hoe lig of streng die standaard moet wees wat op 'n beperking toegepas moet word. In *S v Bhulwana v Gwadiso* verklaar die konstitusionele hof:

[T]he Court places the purpose, effects and importance of the infringing legislation on one side of the scales and the nature and effect of the infringement caused by the legislation on the other. *The more substantial the inroad into fundamental rights, the more persuasive the grounds of justification must be.*³⁶

“More persuasive” beteken dat die toets waaraan die beperking moet voldoen om toelaatbaar te wees, “moeiliker/strenger” is as wanneer die ingryping minder ernstig is.

In paragraaf 2 word dit gestel dat die riglyne vir die toepassing van 'n besondere reg deel moet vorm van die raamwerk van die handves as geheel, en die reg op gelykheid is geen uitsondering nie. Die manier waarop die algemene beperkingsbepaling toegepas word, is die grondslag van die volgende stellings oor die toepassing van die algemene beperkingsbepaling op onbillike diskriminasie en ander vorme van differensiasie.

Onbillike diskriminasie het veel ernstiger gevolge as ander differensiasies. Die implikasie is dat die algemene beperkingsbepaling veel strenger op onbillike diskriminasie as op minder ernstige vorme van differensiasie toegepas moet word. Omdat die aard en omvang van die gevolge van onbillike diskriminasie baie ernstig is (die aantasting van menswaardigheid of 'n vergelykbare ernstige gevolg),³⁷ word die beperkingsbepaling baie streng toegepas. Behalwe dat vereis word dat daar 'n rasonele verband tussen die beperking en die doel moet bestaan, word groot gewig geheg aan die belang van die doel met die beperking. Dit moet 'n uiters belangrike doel wees wat dringend bevorder moet word ('n “compelling purpose” volgens die Amerikaners, byvoorbeeld die bekamping van 'n dodelike siekte wat die dood van miljoene kan veroorsaak), en die differensiasie moet ongeveer die enigste manier wees waarop die doel bereik kan word. 'n Uiteraard beperkte (indien enige) diskresie word verleen ten opsigte van die alternatiewe maniere om die doel te bereik³⁸ (dit is wat die Amerikaners met “narrowly tailored” bedoel). Uiteraard is dit 'n baie streng toets hierdie en sal respondente waarskynlik

nie maklik 'n hof kan oortuig van die regverdigbaarheid van die onbillike diskriminasie nie. Dit is egter soos dit hoort, soos trouens ook in die geval van ander sensitiewe regte soos die reg op lewe in artikel 11, die reg op menswaardigheid in artikel 10 en die verbod op wrede, onmenslike of vernederende behandeling en straf in artikel 12(1)(d).

Die kategorieë van differensiasie wat met die oog op ontwikkeling van standarde gemaak word, behoort egter nooit as waterdigte kategorieë en die standarde as rigied standarde beskou te word nie. Situasies wat in die praktyk kan voorkom, volg nie altyd patrone wat inpas by bestaande klassifikasies nie. Dit is onvermydelik dat daar ook met die ontwikkeling van kategorieë en standarde 'n mate van vloeibaarheid moet wees. Diskriminasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, kan soveel verskillende vorme aanneem dat die gevolge van sommiges ernstiger as die gevolge van ander kan wees. Om dit billik te kan hanteer, moet daar ook standarde toegepas kan word wat tussen die rasonele-verband-toets in sy eenvoudigste vorm en die streng toets vir onbillike diskriminasie val. Ook in die Amerikaanse reg is daar alreeds vir 'n geruime tyd 'n ontwikkeling om eerder na standarde op 'n gyskaal te verwys as na twee of drie afgebakende kontrolevlakke. Alhoewel die gyskaal-benadering nog steeds nie algemeen in die Amerikaanse howe gevolg word nie, is die volgende aanhaling deur Gunther³⁹ uit die minderheidsuitspraak van regter Marshall in *San Antonio School District v Rodriguez* besonder insiggewend vir ons doeleindes:

The Court apparently seeks to establish [that] equal protection cases fall into one or two neat categories which dictate the appropriate standard of review – strict scrutiny or mere rationality. But the Court's [decisions] defy such easy categorization. A principled reading of what this Court has done reveals that it has applied a spectrum of standards in viewing discrimination allegedly violative of the Equal Protection Clause. This spectrum clearly comprehends variations in the degree of care with which the Court will scrutinize particular classifications, depending, I believe, on the constitutional and societal importance of the interest adversely affected and the recognized invidiousness of the basis upon which the particular classification is drawn.⁴⁰

Die formulering van sommige regte het bepalinge wat die algemene beperkingsbepaling kwalifiseer deur strenger of ligter vereistes te stel, of wat in sommige gevalle bloot aspekte van die algemene bepaling herhaal. Omdat sulke bepalinge inderdaad te doen het met die beperking van die betrokke regte, kan hulle besondere beperkingsbepalinge genoem word.⁴¹ Besondere beperkingsbepalinge kom dikwels in die formulering van regte voor in die vorm van sekere algemene begrippe, soos die vereistes in artikel 12(1)(a) dat niemand se vryheid "arbitrêr en sonder gegronde rede" ontnem mag word nie, en in artikel 25(1) dat geen wet "arbitrêre" ontneming van eiendom mag magtig nie, en in artikel 33(1) dat elkeen geregtig is op administratiewe optrede wat "redelik" is. (Elke keer wanneer dit die howe en skrywers ontgaan dat die toepassing van baie van hierdie begrippe vereis dat beperkingsoorwegings in ag geneem word, sukkel dit maar.) Nietemin kan hieroor nie veralgemeen word sodat die blote gebruik van 'n algemene begrip altyd sou dui op 'n besondere beperkingsbepaling nie. Daar moet elke keer bepaal word watter rol die algemene begrip speel met die toepassing van die betrokke reg. Soos hier onder aangetoon word, kan aan die begrip *onbillik* in die

uitdrukking “onbillike diskriminasie” in artikel 9(3) ’n betekenis geheg word wat niks te doen het met beperkingsoorwegings nie.⁴² Dit is dus nie ’n besondere beperkingsbepaling nie.

3.4 Die twee-fase-benadering wanneer die skending van handvesregte ontleed word

In die heel eerste uitspraak wat die konstitusionele hof gelewer het, *S v Zuma*,⁴³ word verklaar dat die beperking van regte in twee fases ondersoek word. Die twee fases staan onder andere in verband met die ligging van die bewyslas in handveslitigasie. Gedurende die eerste fase word vasgestel of die reg feitelik aangetas is, dit wil sê, of die vermeende skender van die reg as ’n persoon of instansie wat deur die reg gebind word, nie die pligte wat daaruit spruit nagekom het nie. Die bewyslas is in hierdie fase op diegene wat beweer dat handvesregte aangetas is. Indien daar wel ’n feitelike aantasting was, word tydens die tweede fase aan die hand van die beperkingsoorwegings bepaal of daar regverdiging vir die feitlike aantasting was. Tydens hierdie fase rus die bewyslas op diegene wat beweer dat daar wel regverdiging was.⁴⁴ Artikel 9(5) bevat ’n besondere bewyslasreëling ten opsigte van onbillike diskriminasie. Daarvolgens word diskriminasie op enige van die gronde uitdruklik genoem in artikel 9(2) geag onbillike diskriminasie te wees, tensy diegene wat na bewering onbillik gediskrimineer het, kan bewys dat die differensiasie in die besondere geval nie voldoen aan die vereistes vir onbillike diskriminasie nie. Wanneer daar differensiasie was op enige ander grond moet die beswaarmaker ook bewys dat die differensiasie op onbillike diskriminasie neerkom.

Daar bestaan goeie redes vir die bewyslasreëling binne die twee-fase-benadering. Diegene wat nie hulle grondwetlike pligte ingevolge die handvesregte nakom nie, moet kan bewys dat daar regverdiging vir hulle optrede is. Daar kan nie van die potensiele slagoffers verwag word om nadat hulle bewys het dat hulle regte feitelik beperk is, ook nog redes aan te voer waarom hulle nie benadeel moes word nie. Dit is moeilik om redes te bedink waarom diegene wat die reg van ander beperk die voordeel van die twyfel moet kry oor die vraag of hulle optrede hoegenaamd enige wettige doel dien. Vir die afwyking in artikel 9(5) van die normale bewyslasreëling bestaan daar ook ’n goeie historiese rede. Deur die eeue is menswaardigheid in so ’n mate op die gronde genoem in artikel 9(3) aangetas dat redelikerwys aanvaar kan word dat differensiasie op daardie gronde wel so ’n gevolg het. Dit is nie onbillik om van die respondent in hierdie gevalle te verwag om die teendeel te bewys nie.

Die twee-fase-benadering is gebaseer op die veronderstelling dat dit moontlik is om ’n onderskeid te maak tussen ’n ondersoek om vas te stel of ’n plig wat uit die reg spruit, nie nagekom is nie en ’n ondersoek of daar aan die hand van beperkingsbepalings regverdiging vir die nienakoming van die plig bestaan. Die klem val hier op die aard van die ondersoek, dit wil sê, die verskillende vrae waarop antwoorde gesoek word en nie op die faktore wat in ag geneem moet word om die antwoorde te vind nie. Regter Sachs beweer in *Coetzee v Government of the RSA, Matiso v Commanding Officer Port Elizabeth Prison* dat die twee fases so oorvleuel dat hy eerder “a holistic value-based and case oriented framework” sou wou gebruik.⁴⁵ Hy het geen oortuigende redes aangevoer waarom die oorvleueling van feite

wat in albei fases 'n rol speel, die onderskeid onwerkbaar maak nie. Die feitelike beperking word byvoorbeeld vasgestel in die eerste fase en in die tweede fase moet weer gekyk word hoe ernstig die ingryping was om dit te kan opweeg teenoor die redes wat vir die beperking aangevoer word.

Dit is inderdaad moontlik om 'n onderskeid te maak. In die eerste fase gaan dit oor wie wat aan wie gedoen het en in die tweede fase oor die redes vir die optrede en die aanvaarbaarheid daarvan. Indien 'n handves van regte 'n algemene beperkingsbepaling bevat wat op alle regte van toepassing is, en daar na aanleiding daarvan 'n twee-fase-benadering gevolg word, sal daar baie goeie gronde aangevoer moet word wanneer van hierdie patroon afgewyk word deur oorwegings ter regverdiging van die beperking van 'n reg oor te plaas na die beskrywing van die gedrag en belange wat deur die reg beskerm word of na die beskrywing van die pligte wat uit die reg spruit. Indien dit lukraak en op groot skaal sonder goeie rede plaasvind, kan die algemene beperkingsbepaling uiteindelik hoog en droog sit sonder enige werk om te doen.

4. Die *Harksen*-riglyne

Die *Harksen*-riglyne lui in Afrikaans soos volg:⁴⁶

(a) Differensieer die bepaling tussen mense of kategorieë mense? Indien wel, bestaan daar 'n rasonale verband tussen die differensiasie en 'n geldige owerheidsdoel? Indien nie, is daar 'n skending van artikel 8(1) [van die oorgangsgrondwet, en dus artikel 9(1) van die Grondwet]. Selfs indien daar 'n rasonale verband is, mag die differensiasie nogtans neerkom op onbillike diskriminasie.

(b) Kom die differensiasie neer op onbillike diskriminasie? 'n Antwoord hierop vereis dat 'n twee-fase-benadering gevolg word:

(i) Eerstens: Kom die differensiasie neer op “diskriminasie”? Indien die differensiasie op 'n gespesifiseerde grond [soos in artikel 9(3) beskryf] is, is dit diskriminasie. Indien dit nie op 'n gespesifiseerde grond is nie, hang die vraag of die differensiasie op diskriminasie neerkom daarvan af of die differensiasie, objektief beskou, gebaseer is op hoedanighede en kenmerke wat die potensiaal het om die fundamentele menswaardigheid van persone as mense aan te tas of om hulle negatief op 'n soortgelyke ernstige wyse te raak.

(ii) Indien die differensiasie neerkom op “diskriminasie”, moet bepaal word of dit “onbillike diskriminasie” uitmaak. Indien bepaal word dat dit op 'n gespesifiseerde grond plaasvind, word onbillikheid vermoed. Indien op 'n ongespesifiseerde grond, moet die onbillikheid deur die klaer bewys word. Die toets vir onbillikheid konsentreer hoofsaaklik op die uitwerking van die differensiasie op die klaer en ander persone in sy of haar omstandighede.

Indien aan die einde van hierdie ondersoek bevind word dat die differensiasie nie onbillik is nie, is daar geen skending van artikel 8(2) [van die oorgangsgrondwet, en dus artikel 9(3) van die Grondwet] nie.

(c) Indien bevind word dat die diskriminasie onbillik is, moet besluit word of die bepaling regverdig kan word ingevolge die beperkingsbepaling [naamlik artikel 33 van die oorgangsgrondwet, en dus artikel 36 van die Grondwet].

Met hierdie uiteensetting moet die faktore geles word wat volgens die hof in aanmerking geneem moet word wanneer die uitwerking van die differensiasie vir die doeleindes van stap (b)(ii) bepaal word. Hulle is: (i) die posisie van die klaers in die gemeenskap, of daar historiese patrone van benadeling bestaan en of daar differensiasie was op 'n grond in artikel 9(3) genoem; (ii) die aard en die doel van die diskriminerende maatreël of bevoegdheid; en (iii) met behoorlike inagneming van (i) en (ii) en enige ander relevante oorweging, die mate waarin die regte en belange van die klaers geraak word deur die diskriminerende behandeling en of dit gelei het tot 'n aantasting van hulle menswaardigheid of hulle op 'n soortgelyke ernstige manier geraak het.⁴⁷

Krüger (2011) se breë beskrywing van riglyne is dat dit begin met 'n rasionaliteitsondersoek, dan volg 'n onbillike-diskriminasie-ondersoek, en dit eindig met 'n beperkingsondersoek. Sy konsentreer op drie aspekte van die riglyne, naamlik eerstens die verskynsel dat die riglyne die verbreking van artikel 9(1) en artikel 9(3) deurmekaar behandel: sy meen dat dit onnodig is; tweedens die rol wat menswaardigheid speel: sy meen dat menswaardigheid steeds 'n sentrale rol behoort te speel; en derdens die rol van die algemene beperkingsbepaling in die geval van onbillike diskriminasie: sy stel in die plek van 'n twee-fase-benadering 'n holistiese "fairness-cum-justification"-ontleding voor.⁴⁸ In die bespreking hier onder word enkele ander aspekte ook bekyk.

4.1 Die hantering van differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie in stap (a)

In stap (a) van die *Harksen*-riglyne word vasgestel of daar 'n verbreking van artikel 9(1) is. Daarvoor moet volgens die hof twee stappe gedoen word, naamlik eerstens of die maatreël of optrede differensieer en indien wel, of die differensiasie rasioneel verbind kan word met 'n wettige owerheidsdoel.

In die eerste gedeelte is die algemene plig om nie mense se gelyke waarde te misken nie ter sprake. Alle differensiasies kom neer op 'n nienakoming van die plig. Omdat haas alle "maatstawwe" en "norme" differensieer,⁴⁹ lyk dit met die eerste oogopslag na 'n verregaande stelling. Daar kan egter nie genoeg beklemtoon word dat die blote feit dat 'n plig ingevolge 'n handvesreg nie nagekom is nie, hoegenaamd nie beteken dat die optrede ongrondwetlik was nie: *die nakoming van plig kan geregverdig word indien dit voldoen aan die algemene of besondere beperkingsbepalings*. Differensiasie word verbied slegs as daar geen regverdiging daarvoor bestaan nie. Die feit dat differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom

nie, sonder veel probleme regverdig kan word, beteken nie dat daar ook in sulke gevalle regverdiging vir die optrede moet bestaan nie.

In die tweede gedeelte word die rasonale-verband-toets toegepas. Die rasonale-verband-toets kom in sy eenvoudigste vorm⁵⁰ daarop neer dat daar 'n geldige doel moet wees en dat dit denkbaar moet wees (vandaar die “rasionele” in die term) dat die differensiasie iets moet kan bydrae tot die bereiking van 'n geldige doel. Daar word nie vereistes gestel in verband met die waarskynlikheidsgraad dat die beperking die doel sal bevorder, of die omvang van die bydrae om die doel te bereik, of die belangrikheid van die doel, of die beperking van die diskresie om te kies tussen alternatiewe wat almal die doel kan bevorder nie. Die rasonale-verband-toets is heel duidelik 'n toets aan die hand waarvan 'n beperking regverdig kan word. Dit bevat ooglopend elemente van die algemene beperkingsbepaling: dit het te doen met die doel van die beperking (soos vermeld in artikel 36(1)(b)) en met die verhouding tussen die beperking en die doel (soos vermeld in artikel 36(1)(d)). Die bestaan van 'n rasonale verband tussen die beperking en 'n wettige doel is 'n basiese vereiste vir die beperking van alle regte en vir alle vorme van differensiasie. In *Law Society of South Africa v Minister of Transport* is die volgende gesê:

It is significant that one of the relevant factors listed in section 36 is the “relation between the limitation and its purpose”. *This is so because the requirement of rationality is indeed a logical part of the proportionality test.* It is self-evident that a measure which is irrational could hardly pass muster as reasonable and justifiable for purposes of restricting a fundamental right.⁵¹

In sy eenvoudigste vorm kan die rasonale-verband-toets die enigste toets wees, byvoorbeeld wanneer die beperking nie ingrypend is nie, soos wat die geval is met differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, of wanneer die doel van die beperking van so 'n dwingende belang is dat die owerheid 'n wye diskresie gegee moet word om die bedreiging te af te weer en te bekamp (soos wanneer 'n oorlog uitbreek of 'n dodelike epidemie losbars). Die toets kan egter aangevul word om dit strenger te maak (“the scrutiny is heightened” is die Engelse uitdrukking) wanneer 'n uiters belangrike reg (soos die regte op lewe en menswaardigheid) geraak word en die beperking baie ingrypend is (soos in die geval van onbillike diskriminasie). Die strenger toetse wat dan gestel word, behels dat die doel waarvoor die beperking gestel word, 'n belangrike, dwingende doel moet wees, dat dit min of meer *seker* moet wees dat die doel bevorder sal word en dit nie net *waarskynlik* is dat dit kan gebeur nie, en die afwesigheid van alternatiewe maniere waardeur die doel bevorder kan word.

Hierdie patroon word nie deur die konstitusionele hof in sy gelykheidsbeslissings erken nie. Die hof beskou die rasonale-verband-toets as deel van die definisie van die reg in artikel 9(1) en nie as deel van die regverdiging vir die nienakoming van die grondwetlike plig nie. Dit is daarom ook nie vreemd dat die hof in stap (a) glad nie verwys na die toepassing van beperkingsbepalings nie. Indien alles wat die beperkingsbepaling veronderstel is om te doen, afgehandel word gedurende die eerste fase, is daar inderdaad geen ruimte vir die toepassing daarvan in 'n daaropvolgende fase nie. 'n Praktiese gevolg hiervan is dat die bewyslas ten

opsigte van die bestaan al dan nie van 'n rasonele verband op die persone rus wat kon bewys het dat hulle gedifferensieerd behandel is. Hulle moet bewys dat daar geen geldige doel vir die respondent se optrede is nie, en as daar een was, dat die differensiasie nie die doel sou bevorder nie. Al is differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, nie 'n "ernstige" beperking van regte nie, kan moeilik aan regverdiging vir hierdie situasie gedink word. Waarom moet persone aan die ontvangkant van differensiasies, wat gewoonlik onkundig is oor die binnewerkinge van die diskrimineerder se besigheid, verduidelik dat die diskrimineerder geen goeie rede gehad het om hulle anders te behandel nie, of as daar goeie redes was, dat die differensiasie nie die doel kan bevorder nie? Is die instansie of persoon wat differensieer, nie veronderstel om selfs in die geval van klein, gekke differensiasietjies ten minste darem te weet waarom hulle 'n bepaalde aksie uitvoer nie? Sou die staatsadministrasie belemmer word as hulle moet antwoord op die vraag: "Waarom doen julle dit?" Is die beginpunt van inisiatiewe om ons uit die groewe van eeue oue diskriminerende denk- en aksiepatrone te kry nie om te vereis dat ons al ons differensiërende optredes moet kan verantwoord nie? Eerder as in 'n skuif van die bewyslas, kan simpatie met die alledaagse, onvermydelike diskriminasietjies neerslag vind in die voor die hand liggende redes wat daarvoor aangevoer kan word, dit wil sê, binne die raamwerk van die twee-fase-benadering tot die beperking van regte.

In die *Harksen*-riglyne is die toepassing van die rasonele-verband-toets 'n belangrike punt waar die toepassing van artikel 9(1) en artikel 9(3) ooreenstem. Die rasonele-verband-toets is inderdaad ook deel van die strengere toets wat in die geval van onbillike diskriminasie toegepas word. Indien daar geen rasonele verband is vir doeleindes van artikel 9(1) nie, sal daar uiteraard ook nie een bestaan vir doeleindes van onbillike diskriminasie in artikel 9(3) nie. Alhoewel die hof in die eerste sinne van stap (a) slegs na die rasonele-verband-toets verwys, verklaar die hof in die laaste gedeelte dat stap (b), wat handel oor onbillike diskriminasie, volg slegs indien bevind word dat daar wel 'n rasonele verband was. Indien daar nie 'n rasonele verband is nie, word die ondersoek vir die doeleindes van sowel artikel 9(1) as artikel 9(3) nie verder gevoer nie. Dit is inderdaad nie 'n onlogiese redenasie nie.

Soos hier bo gestel, is die differensiasie wat in artikel 9(1) verbied word, egter 'n reskategorie: dit bestaan uit alle differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie. Daar kan dus geargumenteer word dat dit meer sin maak om eers te ondersoek of 'n differensiasie die besondere verskyningsvorm onbillike diskriminasie uitmaak, en indien dit nie die geval is nie, dan eers vas te stel of dit as gewone diskriminasie nie voldoen aan die rasonele-verband-toets nie. Indien daar onbillike diskriminasie was wat nie aan die algemene beperkingsbepaling voldoen nie, is dit onnodig om te ondersoek of daar ook ongrondwetlike gewone differensiasie vir die doeleindes van artikel 9(1) was. Stappe (a) en (b) kan dus omgeruil word. Die hof het dit alreeds in 1998 begin doen. In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* verklaar die hof dat 'n ondersoek kan begin met die vraag of daar onbillike diskriminasie was.⁵² Alhoewel dit uit 'n praktiese oogpunt beskou waarskynlik nie belangrik is watter stap eerste gedoen word nie, is dit wel belangrik dat die rasonele-verband-toets ook 'n rol moet speel wanneer die ondersoek begin met 'n oorweging van artikel 9(3).⁵³ Dit lyk of die hof se beskouing dat die rasonele-verband-toets deel vorm

van die definisie van die reg in artikel 9(1), en dus nie 'n beperkingsoorweging is nie, die hof beïnvloed het om te verklaar dat die rasonele-verband-toets nie toegepas hoef te word wanneer vir onbillike diskriminasie as 'n eerste stap getoets word nie. In *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* verklaar die hof dat “(t)he stage [in which a] rational connection inquiry [is undertaken] would be clearly unnecessary in a case in which a court holds that the discrimination is unfair and unjustifiable”.⁵⁴ Hierdie stelling is verwarrend. Die bestaan van 'n rasonele verband tussen 'n regmatige doel en 'n differensiasie is 'n vereiste vir *alle* gevalle waarin die reg op gelykheid beperk word, afgesien daarvan of die ondersoek ingevolge artikel 9(1), 9(2) of 9(3) gedoen word.

4.2 Die onderskeid tussen “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie” in stap (b)

In stap (b) van die *Harksen*-riglyne word 'n onderskeid gemaak tussen “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie”. “Diskriminasie” is volgens die hof differensiasie op 'n grond wat uitdruklik beskryf word in artikel 9(3) of op ander gronde indien die differensiasie die potensiaal het om mense se menswaardigheid aan te tas of hulle op 'n soortgelyke ernstige manier kan raak. “Onbillike diskriminasie” is volgens die hof differensiasie op 'n grond uitdruklik beskryf in artikel 9(3) of op 'n ander grond. In laasgenoemde geval word gefokus op die uitwerking van die diskriminasie op die klaer en ander persone in soortgelyke omstandighede. Die uitwerking word gemeet deur drie sake in ag te neem, naamlik (i) die posisie en weerloosheid van die klaer in die gemeenskap; (ii) die aard en doel van die gesagsuitoefening deur die verweerder; en (iii) met inagneming van (i) en (ii) of daar regte en belange van die klaers geraak is én of daar 'n aantasting van menswaardigheid of soortgelyke ernstige gevolge was.⁵⁵

Volgens Wesson is die Kanadese howe se hantering van die reg op gelykheid in die Kanadese handves van regte al beskryf as “overly complex, indeterminate and unpredictable, while the role of [the general limitation clause in] section 1 has effectively been eviscerated”.⁵⁶ Hierdie stelling is ook waar van die konstitusionele hof se beskrywing van hoe “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie” onderskei moet word.

Die konstitusionele hof het nie in die *Harksen*-saak of in enige uitspraak daarna verduidelik wat die doel van die onderskeid tussen “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie” is nie, dit wil sê watter praktiese gevolge geheg moet word aan die kategorie “diskriminasie” nie. Artikel 9(3) verbied slegs onbillike diskriminasie, dit verwys nie na “diskriminasie” nie. Logies soos dit mag klink dat die teenkant van onbillike diskriminasie “billike diskriminasie” is, is daar nie in die bepaling enige verwysing na so 'n kategorie nie. In die riglyne wat in hierdie artikel voorgestel word, word die uitgangspunt gebruik dat differensiasie wat nie onbillike diskriminasie is nie, differensiasie is wat ingevolge óf artikel 9(1) óf artikel 9(2) hanteer moet word. Die hof verklaar in stap (b)(i) dat differensiasie op ander gronde as die gronde in artikel 9(3) genoem, diskriminasie uitmaak indien dit menswaardigheid kan aantast of soortgelyke ernstige gevolge het, maar in die geval van onbillike diskriminasie in stap (b)(ii) word verklaar dat die ander gronde bewys moet word met verwysing na die uitwerking

van die differensiasie. Watter uitwerking? Weer eens speel die uitwerking op menswaardigheid of ander soortgelyke gevolge die deurslaggewende rol.

In haar ontleding van die *Harksen*-riglyne verklaar Krüger dat die verwarring wat hierdie twee kategorieë veroorsaak, daaraan toegeskryf kan word dat artikel 9(3) nie slegs 'n lys van gronde vir onbillike diskriminasie bevat nie, maar steeds nog die algemene begrip “onbillike diskriminasie” behou.⁵⁷ Dit lyk of sy van mening is dat daar geen verwarring sou wees indien artikel 9(3) slegs 'n lys van gronde, of slegs 'n algemene verwysing na onbillike diskriminasie, sou bevat nie. Dit is egter te betwyfel of die lys gronde in artikel 9(2) die bron van die verwarring kan wees. Die lys gronde wat in artikel 9(3) beskryf word, is nie 'n geslote lys, dit wil sê 'n lys wat die enigste gronde vir onbillike diskriminasie uitmaak, nie. Artikel 9(3) verbied onbillike diskriminasie op enige grond, “met inbegrip van” die 16 gronde wat genoem word, en die artikel bepaal dat of die differensiasie nou op 'n grond is wat uitdruklik genoem word en of dit nou op 'n ander grond is, die differensiasie onbillike diskriminasie moet wees en dus moet voldoen aan die vereistes wat die hof vir onbillike diskriminasie stel (soos hier onder in paragraaf 4.3 bespreek). Gelees saam met artikel 9(5) is die enigste praktiese doel van die lys van gronde om 'n spesiale bewyslasreëling te tref: die las om te bewys dat differensiasie op daardie gronde nie onbillike diskriminasie is nie, berus by die verweerder, terwyl die las om te bewys dat differensiasie op enige ander grond “onbillike diskriminasie” is, berus by die klaer. Selfs differensiasie op die gronde in artikel 9(3) genoem is dus nie sonder meer onbillike diskriminasie nie – differensiasie op daardie gronde moet ook voldoen aan die vereistes vir onbillike diskriminasie en daardie vereistes is dat die differensiasie menswaardigheid moet aantas of soortgelyke ernstige gevolg moet hê.⁵⁸ Die lys faktore in artikel 9(3) is dus nie 'n lys van gevalle wat “afwyk” van die “normale” nie. Intendeel, dit beskryf hoedanighede en kenmerke waaraan geen regsgevolge geknoop behoort te word nie, tensy die differensiasie geregverdig kan word.⁵⁹ Terselfdertyd beteken die begrip *onbillike diskriminasie* as 'n oop substantiewe begrip dat daarmee gereken word dat nuwe gronde vir onaanvaarbare differensiasie moontlik reeds bestaan of later kan ontwikkel. Hierdie benadering kom neer op wat deesdae in Westerse regsfilosofiese kringe *postkategoriale* “*Gleichheit und Differenz*” genoem word.⁶⁰

Alhoewel die hof nog steeds in sy jongste beslissings oor onbillike diskriminasie die *Harksen*-riglyne volledig aanhaal, speel die verwarrende onderskeid tussen “diskriminasie” en “onbillike diskriminasie” vir alle praktiese doeleindes gelukkig nie meer 'n rol nie.⁶¹ Soos hier bo aangetoon, kan differensiasie wat nie onbillike diskriminasie is nie, beskou word as differensiasie wat beoordeel moet word volgens artikel 9(1) of artikel 9(2). Dit is nie sonder meer grondwetlik nie, want dit moet voldoen aan die rasonele-verband-toets. Dit skep oneindige verwarring om dit te beskou as “billike diskriminasie” wat kwansuis iets anders is as differensiasie wat deur artikel 9(1) gedek word.

4.3 Die toets vir onbillike diskriminasie in stap (b) en die aanvullende uiteensetting

Onbillike diskriminasie is volgens die *Harksen*-riglyne differensiasie wat menswaardigheid aantast of 'n soortgelyke ernstige gevolg het, en of dit wel die geval is, word bepaal aan die hand van 'n aantal faktore wat die hof in aanmerking neem en wat hier onder genoem word.

Soos aan die begin van paragraaf 4 gestel, is hierdie faktore: (i) die posisie van die klaers in die gemeenskap, of daar historiese patrone van benadeling bestaan en of daar differensiasie was op 'n grond in artikel 9(3) genoem; (ii) die aard en die doel van die diskriminerende maatreël of bevoegdheid; en (iii) met behoorlike inagneming van (i) en (ii) en enige ander relevante oorweging, die mate waarin die regte en belange van die klaers geraak word deur die diskriminerende behandeling en of dit gelei het tot 'n aantasting van hulle menswaardigheid of hulle op 'n soortgelyke ernstige manier geraak het.

Is hierdie faktore addisionele gronde naas die aantasting van menswaardigheid of soortgelyke ernstige gevolge, of is dit faktore wat kan help om te bepaal of daar aantasting van menswaardigheid of soortgelyke ernstige gevolge is? Om die volgende redes word aan die hand gedoen dat dit nie addisionele selfstandige gronde is nie:

(i) In punt (b)(ii) van die riglyne word dit gestel dat die toets vir onbillikheid hoofsaaklik konsentreer op die "uitwerking" van die differensiasie. Die historiese patrone van benadeling is inderdaad die rede waarom sekere gronde in artikel 9(3) gelys word, maar uit artikel 9(3) en (5) blyk dit dat hierdie patrone en gronde die grondslag is van 'n vermoede van onbillikheid *wat weêrlê kan word*. Wanneer iets weêrlê kan word, gee daardie iets nie die deurslaggewende antwoord op die vraag of daar onbillike diskriminasie was nie.

(ii) Vir sover onbillikheid volgens die hof bepaal word hoofsaaklik deur na die onbillikheid te kyk, is dit uiters moeilik om te sien hoe die doel waarvoor die maatreël getref is, 'n selfstandige grond vir onbillikheid kan wees, of selfs watter bydrae dit kan lewer om die uitwerking van die maatreël te bepaal. Dit is waarskynlik die mees opvallende fout in die *Harksen*-riglyne. Uit die formulering van hierdie faktor deur regter Goldstone in die *Harksen*-saak blyk glashelder dat die hof daarmee die regverdiging van die uitwerking van die maatreël (welke regverdiging ten opsigte van alle ander regte 'n tweede-fase-aangeleentheid is) as deel beskou van die vraag of daar onbillike diskriminasie is:

If its purpose is manifestly not directed, in the first instance, at impairing the complainants in the manner indicated above, but is aimed at achieving a worthy and important societal goal, such as, for example equality for all, this purpose may, depending on the facts of the particular case, *have a significant bearing on the question whether complainants have in fact suffered the impairment in question.*⁶²

Terwyl die oorsaak vir die mistasting so opvallend is, is dit nie besonder moeilik om die fout reg te stel nie: die belangrikheid van die doel van die feitelike beperking (onbillike diskriminasie) moet oorweeg word wanneer artikel 36 daarop toegepas word. Daar kan moeilik aanvaar word dat 'n openlike fout in die riglyne wat maklik reggestel kan word, as deel beskou moet word van 'n leerstuk oor die toepassing van die reg op gelykheid wat heeltemal afwyk van die patroon wat vir alle ander regte geld.

(iii) Die laaste addisionele faktor, naamlik “die mate waarin die regte en belange van die klaers geraak word deur die diskriminerende behandeling en of dit gelei het tot ’n aantasting van hulle menswaardigheid of hulle op ’n soortgelyke ernstige manier geraak het”, is ooglopend slegs ’n herhaling van die algemene toets oor die aantasting van menswaardigheid of ’n soortgelyke ernstige gevolg.

Daar was baie kommentaar op die aantasting van menswaardigheid as ’n toets vir die aanwesigheid van onbillike diskriminasie. Die verskillende standpunte word deeglik deur Krüger bespreek.⁶³ Dit is onnodig om die besonderhede van al die standpunte hier te herhaal. Daar kan met Krüger se nuttige samevatting volstaan word:

The criticism of the dignity-centered analysis has been varied, and ranged from criticising the court for constructing a baseless core for the equality right, to depriving the equality right of proper meaning. The main contentions raised against the approach involve the individualistic nature of the dignity-centered approach which denies the complexity and intersection of the inequalities in society and the inability of this approach to facilitate transformation and thus to overcome systematic inequalities which are pervasive in South African society.⁶⁴

In hierdie debatte word byna sonder uitsondering slegs gekonsentreer op die aantasting van menswaardigheid as ’n toets vir onbillike diskriminasie. Dit kan die indruk laat ontstaan dat die aantasting van menswaardigheid die enigste oorweging is. Dit is natuurlik nie so nie. Die hof verwys ook na “soortgelyke ernstige gevolge”, en alhoewel “die aantasting van menswaardigheid” en “soortgelyke ernstige gevolge” alternatiewe is, bestaan daar tog ’n verband tussen hulle wat moontlik lig kan lig werp op die probleme met menswaardigheid.

Die uitdrukking “of ’n soortgelyke ernstige gevolg” is egter ook omstrede.⁶⁵ Die konstitusionele hof het self nog nie die uitdrukking verduidelik of op groot skaal toegepas nie. In *Pretoria City Council v Walker*⁶⁶ word verklaar dat die praktyk om inwoners van blanke woongebiede vir uitstaande belasting en diensteheffings te vervolg, maar nie inwoners van swart woongebiede nie, ’n uitwerking het wat net so ernstig is as die aantasting van menswaardigheid. In *Mvumvu v Minister of Transport* bevind die hof sonder verwysing na die aantasting van menswaardigheid dat die beperking van sekere derdepartyversekeringseise tot R25 000 van persone wat openbare vervoer gebruik in artikel 18 van die Wet op Padongelukke 56 van 1996 (soos dit gelui het voor die wysiging deur Wet 19 van 2005), ’n uiters ingrypende uitwerking gehad het en op onbillike diskriminasie neergekom het. Die hof verduidelik dat die perk van R25 000 dikwels nie eers die mediese koste sou dek nie en dat in die geval van ongeskiktheid om te werk, die perk so laag was dat die slagoffers nie eers basiese lewensnoodsaaklikhede soos kos en skooling sou kon bekostig nie.⁶⁷

Skrywers ignoreer meestal die uitdrukking, en ’n regter wat ’n mede-outeur was van die uitspraak waarin die uitdrukking vir die eerste keer voorgekom het,⁶⁸ verklaar later dat die uitdrukking ingevoeg is om ’n eenparige uitspraak te kon lewer, dat dit ’n “obfuscatory qualification” is en dat “[o]ne can but hope that it will, with the passage of time, become an anachronism”.⁶⁹ Krüger stem saam. Sy meen dat die toets om praktiese redes laat vaar moet word en dat ’n uitgebreide menswaardigheidskriterium die enigste oorweging moet wees.⁷⁰

Ek stem nie saam nie. Die feit dat 'n maatstaf uiters selde gebruik word, beteken nie dat dit laat vaar moet word nie. Uit die volgende uiteensetting van die samehang tussen die reg op gelykheid en alle ander regte, insluitende die reg op menswaardigheid, blyk dat die moontlikheid dat 'n differensiasie wat "'n gevolg het wat net so ernstig is soos die aantasting van menswaardigheid" op onbillike diskriminasie kan neerkom, inderdaad deel behoort te bly van die ondersoek.

Klassifikasie is onvermydelik deel van verreweg die meeste maatreëls wat handvesregte beperk. Dit is gewoonlik van toepassing op sekere mense en nie op ander nie, en selfs wanneer dit vir almal geld, kan dit verskillende gevolge vir verskillende mense hê.⁷¹ Omdat die meeste beperkings van ander regte dus differensieer, kan hulle gewoonlik ook uit die hoek van die reg op gelykheid ondersoek word. Verder lyk dit onvermydelik dat wanneer ons differensiasies moet indeel om te bepaal hoe streng die algemene beperkingsbepaling toegepas moet word, die uitwerking van die differensiasie, en by uitstek die uitwerking op die gedrag en belange wat deur ander regte beskerm word, 'n fokuspunt sal wees. Dit is deel van die aard en omvang van 'n beperking wat volgens artikel 36(1)(c) in aanmerking geneem moet word en in die *Harksen*-riglyne word die reg op menswaardigheid in hierdie verband uitgesonder.

Volgens die *Harksen*-riglyne is 'n differensiasie wat die reg op menswaardigheid aantast, *prima facie* onbillike diskriminasie. Dit is deel van die historiese werklikheid dat differensiasie menswaardigheid, in enige populêre of wetenskaplike sin van die woord, kan aantast. Dit is eintlik ondenkbaar om in die Suid-Afrikaanse konteks aan onbillike diskriminasie as 'n vorm van differensiasie met baie ernstige gevolge te dink sonder om aan die aantasting van menswaardigheid te dink. Om die begrip *menswaardigheid* uit die toets vir onbillike diskriminasie te verwyder omdat dit byvoorbeeld te vaag is om toe te pas, kom daarop neer dat die insluiting van die reg op menswaardigheid in artikel 10 van die handves in twyfel getrek word.⁷²

Die reg op menswaardigheid in artikel 10 beskerm die inherente waarde wat mense het bloot omdat hulle mense is.⁷³ Dit beskerm die waarde wat geheg word aan menswees. Die reg word geskend deur alle optrede waardeur mense soos goed of diere behandel word.⁷⁴ Krüger is korrek met haar waarneming en aanbevelings dat stereotipering, vernedering, vooroordeel, marginalisering, onderdrukkende gesagvershoudings en 'n negatiewe selfbeeld almal verskynsels is wat sterk daarop kan dui dat menswaardigheid aangetas is.⁷⁵ Die aantasting van menswaardigheid as 'n bewys van die bestaan van onbillike diskriminasie kan nie laat vaar word nie.

Maar wat dan van die uitdrukking "of 'n soortgelyke ernstige gevolg"? In 'n sekere sin beskerm al die regte in die handves eienskappe en kwaliteite wat tipies "menslik" is en daarom word dikwels beweer dat menswaardigheid die hoeksteen van alle ander regte is.

Dit is inderdaad so dat 'n beperking van enige ander reg ook kan neerkom op aantasting van die reg op menswaardigheid.⁷⁶ Daar is trouens regte, byvoorbeeld die reg op lewe en die verbod op wrede, onmenslike en vernederende straf en slawerny, waarvan die aantasting

altyd sal neerkom op die aantasting van die reg op menswaardigheid. Maar daar is inderdaad ook talle ander regte waarvan die aantasting met die aantasting van menswaardigheid kan oorvleuel, maar nie noodwendig altyd wel oorvleuel nie. Menswaardigheid word gewoonlik nie aangetas deur die beperking van die reg op bewegingsvryheid deur verkeersreëls, of van die reg op eiendom deur belastingheffing, of van die reg op administratiewe geregtigheid deur klein prosedurele afwykings of die versuim om redes vir 'n beslissing te gee nie,⁷⁷ of van kinders se reg op meningsuiting as die juffrou vir hulle opdrag gee om stil te bly wanneer sy praat nie.

Dit lyk dus of die uitdrukking “of 'n ander soortgelyke ernstige gevolg” as die aantasting van menswaardigheid in die *Harksen*-riglyne deur 'n maatreël wat op direkte of indirekte wyse differensieer, vertolk kan word om hoofsaaklik te dui op die aantasting van ander regte wat so ingrypend is dat dit net so ernstig is as die aantasting van menswaardigheid. Alhoewel die ernstige aantasting van ander regte gewoonlik sal oorvleuel met die aantasting van menswaardigheid, kan die moontlikheid nie uitgesluit word dat daar gevalle kan wees waarin daar om die een of ander rede besluit word dat menswaardigheid nie aangetas is nie, maar dat die differensiasie nietemin so 'n ingrypende uitwerking op ander regte gehad het dat dit as onbillike diskriminasie beskou moet word. Die feit dat dit onwaarskynlik is dat so iets sal gebeur, is nie genoeg rede om dit nie as 'n moontlikheid te behou nie.⁷⁸

Volledigheidshalwe kan gemeld word dat die streng standaard wat in die VSA gestel word vir sogenaamde “strict scrutiny”, ook geld vir klassifikasies waaruit die aantasting van “fundamentele regte” spruit, en hierdie regte sluit al die regte in wat uitdruklik in die handves gewaarborg word.⁷⁹

'n Verdere rede waarom “ander soortgelyke ernstige gevolge as die aantasting van menswaardigheid” as deel van die kriteria behou behoort te word, is dat dit lig kan werp op die vraag of daar onbillik teenoor regspersone gediskrimineer kan word. Aan die een kant is dit nie moeilik om te voorsien dat daar teen 'n regspersoon gediskrimineer kan word op gronde wat in artikel 9(2) genoem word nie, byvoorbeeld op grond van die geslag, taal, of ras van die direksie of die meerderheid aandeelhouers.⁸⁰ Die gronde vir diskriminasie raak egter die bewyslas slegs ten opsigte van die vraag of daar onbillike diskriminasie is. Indien die aantasting van menswaardigheid die enigste maatstaf is, is daar egter probleme. Regspersone is nie draers van die reg op menswaardigheid nie. (In soverre die menswaardigheid van die mense wat lede van 'n regspersoon is, aangetas word, gaan dit oor hulle eie menswaardigheid en nie oor enige “kollektiewe hoedanigheid” van die regspersoon nie. Die aantasting van hulle reputasie het te doen met hulle reputasie in die veld waarin hulle werk en dat alhoewel dit ander regte van die regspersoon kan raak, dit niks te doen het met *menswaardigheid* in die gewone sin van die woord nie.) Dit is egter denkbaar dat die diskriminasie teenoor 'n regspersoon so 'n negatiewe en verwoestende uitwerking op ander regte van die regspersoon kan hê (byvoorbeeld eiendomsreg of die reg om 'n bedryf of beroep te beoefen) dat dit vir doeleindes van die toets vir onbillike diskriminasie vergelyk kan word met die aantasting van menswaardigheid.

Soos reeds elders verduidelik,⁸¹ is die maatstaf wat die konstitusionele hof vir onbillike diskriminasie stel, naamlik dat dit differensiasie is wat menswaardigheid aantast of 'n soortgelyke, ernstige gevolg het, om die volgende redes 'n verdienstelike en bruikbare maatstaf: Eerstens onderskryf dit die etos van 'n handves van regte wat op menswaardigheid gebaseer is. Tweedens het die toets in beginsel te doen met die *uitwerking* van 'n differensiasie en nie met die vraag of daar regverdiging daarvoor bestaan nie. As sodanig is dit voor die hand liggend om die toets as deel van die eerste fase van 'n handves-ondersoek te beskou. Die toets maak dit duidelik waarom veel strenger standarde vir die moontlike regverdiging van onbillike diskriminasie gestel moet word as in die geval van die differensiasie wat ingevolge artikel 9(1) hanteer word. Derdens, soos wat duidelik in artikel 9(3) beoog word, maak die toets dit moontlik om gevalle van onbillike diskriminasie te identifiseer wat nie gebaseer is op die gronde wat uitdruklik genoem word nie. Daardeur word die deur oopgehou dat enige nuwe gronde vir onbillike diskriminasie, hetsy as eenmalige insidente of as 'n "nuwe" vorme van sistemiese diskriminasie, geïdentifiseer en hanteer kan word. Vierdens, indien die toets gestroop kan word van die onnodige beperkingsoorwegings wat die hof daarby insluit (sien paragraaf 4.4 hier onder), pas dit naatloos in by die bewyslasreëlings in handveslitigasie en by die algemene reëling oor die bewyslasreëlings tydens die twee fases van 'n handvesondersoek (sien paragraaf 3.4 hier bo) en in die besonder by die spesiale bewyslasreëling wat in artikel 9(5) getref word. Vyfdens, soos hier bo verduidelik, kan voorsien word dat ook teenoor regs persone onbillik gediskrimineer kan word, omdat die ingrypende aard van die uitwerking van die differensiasie op ander regte as menswaardigheid ook onbillike diskriminasie kan uitmaak.

4.4 Die toepassing van die algemene beperkingsbepaling in stap (c)

Nadat daar vasgestel is dat daar onbillike diskriminasie was, moet volgens die *Harksen*-riglyne ondersoek word of die onbillike diskriminasie ingevolge artikel 36 redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing wat gebaseer is op menswaardigheid, vryheid en gelykheid met inagneming van alle relevante faktore, insluitende die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking, die verhouding tussen die beperking en die doel daarmee, en alternatiewe maniere om die doel te bereik.⁸² Heelwat probleme met die toepassing van die algemene beperkingsbepaling op onbillike diskriminasie is al geopper.

Op 'n soort instinktiewe vlak veroorsaak die woord *onbillik* probleme. Daar word gevra hoe dit moontlik kan wees dat "onbillike" diskriminasie aan die beperkingsvereistes kan voldoen en sodoende "redelike onbillike diskriminasie" word. Is so iets denkbaar?⁸³ Al "klink" dit vreemd omdat "onbillik" en "redelik" in gewone omgangstaal teenstrydighede is, is dit vir doeleindes van die toepassing van die handves wel denkbaar. "Onbillikheid" in artikel 9(3) het te doen met die gevolge van 'n differensiasie en is dus nie 'n besondere beperkingsbepaling nie. "Redelikheid" as deel van die algemene toets in artikel 36 het te doen met die moontlike regverdiging nadat daar vasgestel is dat daar onbillike diskriminasie is. As 'n mens hierdie onderskeid nie kan verstaan⁸⁴ of wil maak nie, stort die moontlikheid

van 'n twee-fase-benadering in alle handvesondersoeke (nie slegs oor gelykheid nie) in duie. Dit sou 'n terugwaartse stap wees vir pogings om die handves sistematies te probeer toepas.

Daar is ook skrywers wat twyfel uitspreek of dit sinvol en prakties moontlik is om die algemene beperkingsbepaling toe te pas nadat vasgestel is dat 'n differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie, want die konstitusionele hof neem soveel beperkingsoorwegings in ag om te bepaal of daar onbillike diskriminasie is dat daar geen werk is vir die algemene beperkingsbepaling om te doen nie. Krüger meen dat dit onmoontlik is om die twee-fase-benadering op die verbod op onbillike diskriminasie toe te pas en dat die hof se holistiese ineenstrengeling van die fases in 'n "fairness-cum-justification analysis" die enigste praktiese uitweg is.⁸⁵ Die hof pas egter die twee-fase-benadering redelik goed toe op die ander regte.⁸⁶ Dit is dus moeilik om te aanvaar dat die hof se probleme om dit op die reg op gelykheid toe te pas as 'n gedane saak beskou moet word, veral wanneer die hof se riglyne vir buitelanders verwarrend is en die toepassing daarvan in die howe soms hoofsaaklik neerkom op die inkantasië van 'n formule waarna instinktief verder met die saak gewerk word.

Die hof se ineenstrengeling van die feitelike beperking van die reg en die regverdiging van die beperking het nou al selfs daartoe gelei dat die hof die bewyslasreëling in artikel 9(5) verkeerd vertolk. In *Hassam v Jacobs* vertolk die konstitusionele hof sowel artikel 9(3) as artikel 9(5) verkeerd in die stelling dat "[d]iscrimination on each of the listed grounds in section 9(3) is presumed to be unfair unless justified" en "the question now arises as to whether this unfair discrimination can be justified under section 36."⁸⁷ Artikel 9(5) skep nie 'n vermoede wat deur die respondent weêrlê kan word deur te bewys dat die differensiasie geregverdig ("justified") kan word aan die hand van artikel 36 nie. Dit skep 'n vermoede wat weêrlê kan word deur te bewys dat die differensiasie nie onbillik is volgens die maatstawwe vir onbillikheid nie. "Onbillikheid" word bepaal deur te let op die gevolge van die differensiasie, naamlik of die differensiasie menswaardigheid aangetas het of 'n ander soortgelyke, ernstige gevolg gehad het. Indien bevind word dat die differensiasie onbillik in hierdie sin was, word die moontlikheid ondersoek of die differensiasie geregverdig kan word aan die hand van die bepalings van artikel 36.

5. Voorstelle om die riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid te verbeter

Die voorgestelde riglyne hier onder word in hooftrekke afgestem op drie vrae:⁸⁸

1. Is daar differensiasie?
2. Indien wel, watter vorm van differensiasie is dit?
3. Kan die differensiasie geregverdig word aan die hand van die algemene beperkingsbepaling?

Om die riglyne so hanteerbaar moontlik te maak, word daar ten opsigte van elke vraag ook kortliks verduidelik wat sekere begrippe soos "regstreekse en onregstreekse" differensiasie beteken. Ook hierdie verduideliking word so eenvoudig moontlik geformuleer. Die eindnotas

van hierdie paragraaf en veral die bronne waarna daar in die notas verwys word, kan geraadpleeg word vir meer tegniese verduidelikings.

Stap 1. Daar word vasgestel of daar differensiasie is. Die vraag is dus:

Word daar ten opsigte van die klaer op 'n regstreekse of onregstreekse manier gedifferensieer deur die reël of optrede wat ondersoek word?

1.1 Soos in die geval van ander regte moet ook vasgestel word of die klaer 'n draer is van die reg op gelykheid. Alle mense word beskerm deur die reg en vir sover regspersone se belange moontlik geraak sou kon word op 'n manier wat vergelyk kan word met die aantasting van menswaardigheid van natuurlike persone, word ook hulle deur die verbod op onbillike diskriminasie beskerm.⁸⁹

1.2 Soos in die geval van ander regte moet ook vasgestel word of die persoon of instansie wat die reël gemaak het of opgetree het, gebind word deur die reg. Die reg op gelykheid is van toepassing op alle reg en bind alle staatsorgane.⁹⁰ Die reg bind ook private persone en instansies omdat die aard van die reg, en die aard van die meeste pligte wat daaruit spruit, sodanig is dat dit moontlik is dat hulle daardeur gebind kan word.⁹¹ (Die plig van die staat om ingevolge artikel 9(4) nasionale wetgewing aan te neem om onbillike diskriminasie te voorkom en te verbied, is die uitsondering.) In die geval van onbillike diskriminasie word uitdruklik in artikel 9(4) verklaar dat niemand onbillik teen iemand anders mag diskrimineer nie.

1.3. In die geval van *regstreekse* differensiasie word die grond vir differensiasie uitdruklik in die maatreël genoem (byvoorbeeld "Rokers word nie hier toegelaat nie").⁹² In die geval van *onregstreekse* differensiasie het die maatreël of optrede

- 'n differensiërende uitwerking sonder dat enige grond vir differensiasie genoem word (byvoorbeeld "Almal moet vyf kilometer per dag stap" raak gestremdes nadelig);
- 'n differensiërende uitwerking op ander gronde as die grond wat uitdruklik in die maatreël genoem word (byvoorbeeld "Die dra van kopdoeke, juwele en ander sierade deur studente word verbied" kan op godsdiensgronde differensieer).⁹³

Stap 2. Daar word vasgestel watter soort differensiasie dit is. Dié stap word gedoen omdat die algemene beperkingsbepaling in stap 3 verskillend op verskillende soorte differensiasie toegepas word. Die vraag is dus:

Indien die maatreël of optrede differensieer, is dit

- differensiasie wat neerkom op onbillike diskriminasie; of
- differensiasie wat nie neerkom op onbillike diskriminasie nie; of
- differensiasie wat in verband staan met regstellende optrede?

2.1 Onbillike diskriminasie is regstreekse of onregstreekse differensiasie op enige grond wat menswaardigheid aantast of 'n soortgelyke ernstige gevolg het. 'n Soortgelyke ernstige gevolg kom gewoonlik neer op 'n baie ernstige aantasting van 'n ander reg in die handves.

2.2 Wanneer 'n klaer kan bewys dat dit differensiasie op sekere gronde is, moet die verweerder bewys dat die differensiasie nie menswaardigheid aangetas of 'n soortgelyke ernstige gevolg gehad het nie. Die gronde is: ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele oriëntering, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte. Indien die klaer nie kan bewys dat die differensiasie op enige van hierdie gronde was nie, moet sy of hy bewys dat die differensiasie menswaardigheid aantast of 'n soortgelyke ernstige gevolg het.⁹⁴

2.3 Differensiasie wat nie neerkom op onbillike diskriminasie nie, is 'n res-kategorie; met ander woorde, dit is alle differensiasie wat nie voldoen aan die vereistes vir onbillike diskriminasie nie.

2.4 Differensiasie wat in verband staan met regstellende optrede kom voor in maatreëls om mense wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, te beskerm en te ontwikkel.

Stap 3. Die differensiasie kan geregverdig word aan die hand van die algemene beperkingsbepaling, of waar van toepassing, aan die hand van die bepaling oor regstellende aksie in artikel 9(2). Die vraag is dus:

Kan die differensiasie geregverdig word ingevolge die algemene beperkingsbepaling, of in die geval van regstellende aksie, ingevolge die vereistes in artikel 9(2)?

3.1 Omdat die aard en gevolge van onbillike diskriminasie baie ernstig is, word die algemene beperkingsbepaling baie streng toegepas.⁹⁵ Behalwe dat vereis word dat daar 'n rasonale verband tussen die beperking en die doel moet bestaan, word groot gewig geheg aan die belangrikheid van die doel van die beperking. Dit moet 'n uiters dringende doel wees waarvan die bevordering deur 'n differensiërende maatreël noodsaaklik moet wees. Geen, of slegs 'n uiters beperkte diskresie, word aan die differensieerder verleen om te kies tussen alternatiewe maniere om die doel te bereik.

3.2 Omdat die aard en omvang van differensiasie wat nie op onbillike diskriminasie neerkom nie, minder ernstig is, word die algemene beperkingsbepaling nie streng toegepas nie. Daar word hoofsaaklik vereis dat die differensiasie 'n wettige doel moet dien en dat dit 'n bydrae moet kan maak om die doel te bevorder (die sogenaamde rasonale-verband-toets). Die belangrikheid van die doel en die mate waarin die doel bevorder kan word, speel nie werklik 'n rol nie. Alternatiewe maniere om die doel te bereik, word nie in ag geneem nie.

3.3. Differensiasie wat uit regstellende optrede spruit, kan neerkom op enigeen van die twee ander vorme van differensiasie,⁹⁶ maar die toets vir die geldigheid daarvan word in artikel 9(2) bepaal. Die konstitusionele hof het beslis dat artikel 9(2) vereis dat die maatreëls (i) gerig moet wees op persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is; (ii) redelikerwys in staat moet wees om daardie persone te bevoordeel of te beskerm; en

(iii) die bereiking van die doel van substantiewe gelykheid moet kan bevorder. Die toets is strenger as die rasonele-verband-toets ('n spesifieke doel word gespesifiseer en die differensiasie moet die doel “redelikerwys” kan bevorder), maar nie so streng as die toets vir onbillike diskriminasie nie.⁹⁷

Bibliografie

- Ackermann, L. 2006. Equality and non-discrimination: some analytical thoughts. *South African Journal on Human rights*, 22(4):597–612.
- Albers, M. 2008. Gleichheit und Verhältnismässigkeit. *Juristische Schulung*, 48:945–9.
- Albertyn, C., B. Goldblatt en C. Roederer (reds.). 2001. *Introduction to the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act*. Johannesburg: Witwatersrand University Press.
- Alexander, L. 1992. What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes and proxies. *University of Pennsylvania Law Review*, 141:149–219.
- Ariaza, W., P. Haddon en D. Robberts. 2006. *Constitutional law cases, history and dialogues*. 3de uitgawe. Newark-New York-Charlottesville: LexisNexis.
- Ast, S., J. Hänni, K. Mathis en B. Zabel (reds.). 2012. *Gleichheit und Universalität*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag/Nomos.
- Bachmann, G. 2006. Gleichbehandlung im Kapitalmarkrecht. *Zeitschrift für die gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 170:144–177.
- Brand, D. 2003. The proceduralisation of South African socio-economic rights jurisprudence, or “What are socio-economic rights for?”. In Botha, Van der Walt en Van der Walt (reds.) (2003:33–56).
- Botha, H., A. van der Walt en J. van der Walt (reds.). 2003. *Rights and democracy in a transformative constitution*. Stellenbosch: Sun Press.
- Braveman, D., W. Banks en R. Smolla. 2005. *Constitutional law: structure and rights in our federal system*. 5de uitgawe. Newark-San Francisco-Charlottesville: LexisNexis.
- Convention for a Democratic South Africa. 1991. *First Plenary Session. Direct Transcription and Documents. Date: 20 & 21 December 1991*. Ongepubliseerde transkripsie van die verrigtinge in my besit.
- Cuenca, C. 2012. The prohibition on discrimination. New content (Art. 14 ECHR and Protocol 12). In García Roca en Sangtalaya (reds.) (2012:467–84).

- Currie, I. en J. de Waal. 2005. *The Bill of Rights Handbook*. Landsdowne: Juta.
- García Roca, J. en P. Sangtalaya (reds.). 2012. *Europe of rights: A compendium on the European Convention of Human Rights*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- Gerards, J. 2005. *Judicial review in equal treatment cases*. Leiden-Boston: Marthinus Nijhoff.
- Grünberger, M. 2012. Das Prinzip der personalen Gleichheit. Eine Skizze des Rechtfertigungsmodells von Gleichbehandlungspflichten privater Akteure. In Ast e.a. (reds.) (2012:93–106).
- Gunther, G. 1992. *Individual rights in constitutional law*. 5de uitgawe. New York: The Foundation Press.
- Isensee, J. en P. Kirchhof. 2010. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band VIII. Heidelberg: C.F. Müller.
- Krog, A. 2002. *Met woorde soos met kerse. Inheemse verse uitgesoek en vertaal deur Antjie Krog en ander*. Kaapstad: Kwela Boeke.
- Krüger, R. 2011. Equality and unfair discrimination: refining the Harksen test. *South African Law Journal*, 128(3):479–512.
- Louw, N.P. Van Wyk. 1958. 1967. *'n Wêreld deur glas. Benaderings van die literatuur II*. 2de druk. Kaapstad, Bloemfontein, Johannesburg: Nasionale Boekhandel Bpk.
- Lundmark, T. 2008. *Power and rights in US constitutional law*. 2de uitgawe. New York: Oxford University Press.
- Naguib, T. 2012. Postkategoriale “Gleichheit und Differenz”: Antidiskriminierungsrecht ohne kategorien Denken. In Ast e.a. (reds.) (2012:178–94).
- Neethling, J. en J. Potgieter. 2012. Deliktuele staatsaanspreeklikheid weens polisieverkragting. *LitNet Akademies*, 9(2). <http://www.litnet.co.za/Article/deliktuele-staatsaanspreeklikheid-weens-polisieverkragting> (29 Junie 2012 geraadpleeg).
- Paulo, N. 2012. Eine partikularistische Sicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz. In Ast e.a. (reds.) (2012:59–75).
- Price, A. 2010. Rationality review of legislation and executive decisions: *Poverty Alleviation Network and Albutt*. *South African Law Journal*, 127(4):580–91.
- Rautenbach, I.M. 1997. Die verband tussen die gelykeheidsbepalings en die algemene beperkingsbepaling in die handves van regte. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:571–83.

- . 1998. Die konstitusionele hof se riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:316–25.
- . 2001. Die Konstitusionele Hof se riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid II. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:29–40.
- . 2002. Die reg op eiendom – arbitrêre ontneming, proporsionaliteit en die algemene beperkingsbepaling in konteks. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:813–22.
- . 2011. Introduction to the Bill of Rights. *Human Rights Compendium*. Durban. LexisNexis.
- Sajó, A. en R. Uitz (reds.). 2010. *Constitutional topography: Values and constitutions*. Den Haag: Eleven International.
- Schoeman, K. 2006. *Kinders van die Kompanjie*. Pretoria: Protea Boekhuis.
- Stern, K. en F. Becker. 2010. *Grundrechte – Kommentar*. Keulen: Carl Heymanns.
- Wesson, W. 2010. Contested concepts: equality and dignity in the case-law of the Canadian Supreme Court and the South African Constitutional Court. In Sajó en Uitz (reds.) (2010:271–98).
- Weaver, L., S.I. Friedland en C. Hancock. 2011. *Constitutional law: cases, materials, and problems*. 2de uitgawe. New York. Aspen Publishers.

Eindnotas

¹ Ter staving van die stelling t.o.v. Suid-Afrika word die volgende aangehaal.

Schoeman (2006:248) vermeld: “In 1662 was dit vir die Politieke Raad in sy eerste sitting onder kommandeur Wagenaer reeds nodig om voor te skryf dat die Khoikhoi binne die ‘begrepe sirkel’ van blankes deur ons garnisoenhouers of matrose ‘uit dartelheid of nietige oorsake as swart stinkende honde uitgeskel, nog minder geskop, gestamp of geslaan mag word.’ Arbitrêre optrede aan die kant van vryburgers wat nie meer onder die regstreekse beheer van die Fort of Kasteel gestaan het nie, het vermoedelik nog meer algemeen geword en oortredings het nie altyd die oor van die owerheid bereik nie. So ook het die griewe van die Khoikhoi toegeneem, asook dae van summiere wraakneming vir werklike of germeende verontregting.” Die volgende reëls kom uit ’n Afrikaanse vertaling uit Noord-Sotho van ’n gedig “Swart Woensdag (derde dag)” oor die Soweto-opstande van Junie 1976 deur H.M.L. Lentsoane (die vertaalde gedig verskyn in Krog 2002:178-9):

... hulle praat ’n taal wat net geken word deur die baas daarvan
’n taal wat swartes nie verstaan nie
dis ’n taal wat gepraat word asof ander bondels wasgoed is

...

dit weier om te sien hoe lyding altyd sterker en sterker trek soos tee
dit laat ons mense 'n nuwe taal praat
dit laat ons mense die taal van vuurhoutjies praat
ons mense sien die ougras wat die saailande dek
hulle steek brand, hulle stook, hulle skroei die aarde.

...

² Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

³ Convention for a Democratic South Africa (1991:268). My vertaling.

⁴ Die spreekwoordelike “tande” van die regte in die handves bestaan natuurlik nie slegs uit die geformuleerde regte nie, maar by uitstek uit die feit dat die wysiging en die herroeping van die handves verskans is (Grondwet art. 74(2)) en dat die howe 'n grondwetlike plig het om wette en optrede wat strydig is met die Grondwet, ongeldig te verklaar (Grondwet art.172(1)).

⁵ In *Volks NO v Robinson* 2005 5 BCLR 446 (KH) par. 221 word opgemerk: “As so often happens in cases where prejudice is habitual and mainstream, the hurt to those affected is not even comprehended by those who cause it, and passes unnoticed by members of the mainstream.”

⁶ Grondwet artt. 30 en 31 waarborg regte t.o.v. taalgebruik en kulturele en godsdienstige uitlewing met ander.

⁷ Bachmann (2006:159) verduidelik dat 'n grondwetlike gelykheidsbeginsel die perspektief verander: “Begründungsbedürftig ist nicht mehr, wann und warum Private andere Private gleichbehandeln müssen, sondern wann und warum das nicht der Fall ist.” Sien par. 3.3 hier onder i.v.m. die standaard waaraan verskillende vorme van differensiërende maatreëls en optrede moet voldoen om grondwetlik aanvaarbaar te wees.

⁸ Dit is die tema van die bydrae van Alexander (1992:149–219).

⁹ *Harksen v Lane* 1997 11 BCLR 1489 (KH), 1998 1 SA 300 (KH) par. 53.

¹⁰ Krüger (2011).

¹¹ In *MEC for Education KwaZulu-Natal v Pillay* 2008 2 BCLR 99 (KH), 2008 1 SA 474 (KH) par. 137 merk O'Regan R op dat die wet “is not a model of legislative clarity”.

¹² Albertyn, Goldblatt en Roederer (reds.) (2001:41).

¹³ Sien oor stappe wat in die Duitse reg ontwikkel is om die reg op gelykheid toe te pas, Albers (2008:947–9); Isensee en Kirchhof (2010:807); Paulo (2012:71).

¹⁴ Rautenbach (1998:316).

¹⁵ Louw (1958:48).

¹⁶ Louw (1958:79).

¹⁷ Sien t.o.v. die Suid-Afrikaanse handves o.a. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998 12 BCLR 1517 (KH), 1999 1 SA 6 (KH) par. 114; *Gcaba v Minister of Safety and Security* 2010 1 BCLR 35 (KH) par. 53–4; *Offit Enterprises (Pty) Ltd v Coega Development Corporation (Pty) Ltd* 2011 1 SA 293 (KH) par. 36.

¹⁸ Grondwet artt. 9–35.

¹⁹ Grondwet artt. 7, 8, 36–9.

²⁰ Louw (1958:83).

²¹ Sien par. 3.4 hier onder.

²² Neethling en Potgieter (2012, par. 2).

²³ 'n Handves van regte skep geen pligte wat nie die een of ander menslike belange of optrede beskerm nie. Dit is ook waar van alle administratiefregtelike en strafprosesregtelike prosedurele waarborge en selfs ook van die regte t.o.v. die omgewing in die Grondwet art. 24. Lg. is 'n reg van “elkeen” vir die beskerming van sy of haar gesondheid en welsyn (art. 24(a)) en vir omgewingsbeskerming ter wille van “huidige en toekomstige geslagte” (art. 24(b)).

²⁴ Gerards (2005:12).

²⁵ Die artikel is ingevoeg om die litigasie wat in die VSA oor dekades gevoer is oor die vraag of regstellende optrede omgekeerde diskriminasie is, uit te skakel.

²⁶ Daar is ook ander regte wat geformuleer is as algemene regte met verdere spesifieke verwysings na besondere verskyningsvorme van die algemene reg, bv. Grondwet artt. 12, 14, 16(1).

²⁷ Sien par. 4.3. hier onder.

²⁸ Soos deur die konstitusionele hof bevestig in o.a. *Brink v Kitshoff* 1996 6 BCLR 752 (KH), 1996 4 SA 197 (KH) par. 44; *President of the RSA v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (KH), 1997 4 SA 1 (KH) par. 105; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998 12 BCLR 1517 (KH), 1999 1 SA 6 (KH) par. 33.

²⁹ Grondwet art. 36(1)(a)–(e).

³⁰ Vir meer besonderhede, sien Rautenbach (2011, par. 1A47(a)).

³¹ Sien egter *First National Bank v CIR; First National Bank v Minister of Finance* 2002 7 BCLR 702 (KH), 2002 4 SA 768 (KH) par. 65.

³² Sien par. 5 stap 3 hier onder.

³³ Sien par. 3.2 hier bo.

³⁴ Weaver e.a. (reds.) (2011:760). Sien i.v.m. die toepassing van verskillende standaarde op verskillende soorte differensiering in die Duitse reg, Grünberger (2012:97).

³⁵ Grondwet art. 36(1)(a) en (c).

³⁶ 1995 12 BCLR 1579 (KH), 1996 1 SA 388 (KH) par. 18 (kursivering bygevoeg). Sien ook *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 10 BCLR 1051 (KH) par. 512; *S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* 1997 10 BCLR 1348 (KH), 1997 4 SA 1176 (KH) par. 168.

³⁷ Sien par. 5 stap 3 hier onder.

³⁸ *Jooste v Score Supermarket Trading (Pty) Ltd* 1999 2 BCLR 139 (KH), 1999 2 SA 1 (KH) par. 16.

³⁹ Gunther (1992:276).

⁴⁰ 411 U.S. 1 (1973).

⁴¹ Sien Rautenbach (2011, par 1A53).

⁴² Sien par. 4.3 hier onder.

⁴³ *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 (KH), 1995 2 SA 642 (KH) par. 21. Vir meer onlangse uitsprake hieroor, sien *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister for Justice and Constitutional Development* 2009 7 BCLR 673 (KH), 2009 4 SA 222 (KH) par. 41; *Johncom Media Investments Ltd v M* 2009 8 BCLR 751 (KH), 2009 4 SA 7 (KH) par. 25.

⁴⁴ Vir meer besonderhede oor die aard van die bewyslas in handveslitigasie, sien *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention (NICRO)* 2004 5 BCLR 445 (KH), 2005 3 SA 280 (KH) par. 34–6.

⁴⁵ 1995 10 BCLR 1382 (KH), 1995 4 SA 631 (KH) par. 45–6.

⁴⁶ *Harksen v Lane* 1997 11 BCLR 1489 (KH), 1998 1 SA 300 (KH) par. 53. My vertaling.

⁴⁷ *Harksen v Lane* 1997 11 BCLR 1489 (KH), 1998 1 SA 300 (KH) par. 51; *President of the RSA v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (KH), 1997 4 SA 1 (KH) par. 42–3.

⁴⁸ Krüger (2011:478, 512).

⁴⁹ Die volgende stelling van Braveman, Banks en Smolla (2005:572) kom in byna alle Amerikaanse staatsreghandboeke voor: “By their very nature, nearly all laws classify, imposing obligations or conferring benefits on some but not others.”

⁵⁰ Die verwysing na “eenvoudigste vorm” is belangrik, want in die literatuur word soms gemeld dat die rasonale-verband-toets verskillende vorme kan hê wat op ’n glyskaal van heel lig tot streng geplaas kan word. Sien Price (2010:586–9); Brand (2003:40); Weaver e.a. (reds.) (2011:762).

⁵¹ *Law Society of South Africa v Minister of Transport* 2011 2 BCLR 150 (KH), 2011 1 SA 400 (KH) par. 37. My kursivering. Die stelling is nie gemaak met verwysing na die reg op gelykheid nie, maar met verwysing na die rasonele-verband-toets as sowel 'n aspek van die *rule of law* as 'n fundamentele waarde in Grondwet art. 1. I.v.m. die gekursiveerde gedeelte moet daarop gewys word dat die begrip *proporsionaliteit* gewoonlik vertolk word om “afweging” of “balansering” in te sluit. Die rasonele-verband-toets in sy eenvoudigste vorm behels nie so 'n “afweging” of “balansering” nie. Lundmark (2008:116) verduidelik: “In theory, this level of review involves no balancing whatsoever: the ends are either lawful or unlawful; the means chosen are either aimed at reaching the ends, or they are not.” Die woord *proporsionaliteit* kom nie in art. 36 voor nie. Dit is 'n begrip wat beteken dat verskillende oorwegings (argumentshalwe die regte wat beperk word teenoor die doel met die beperking) teen mekaar opgeweeg word om te sien watter daarvan onder die bepaalde omstandighede die swaarste weeg. So 'n proses moet inderdaad ingevolge art. 36 plaasvind, maar proporsionaliteit is nie die begin en einde van die toepassing van art. 36 nie. Daar is nie 'n algemene afwegingsgebod in art. 36 nie, en om in te lees dat art. 36 slegs oor proporsionaliteit gaan en niks anders nie, kom neer op ongemotiveerde en willekeurige uitleg. Die rasonele-verband-toets, wat niks anders kan wees as 'n toets vir die beperking van regte nie, sluit, soos hier bo verduidelik, nie “balansering” in nie. Dit is dus verkeerd (soos die konstitusionele hof by geleentheid gesê het) dat die rasonele-verband-toets niks met art. 36 te doen het nie, want art. 36 bevat 'n proporsionaliteitstoets en die rasonele-verband-toets is nie so 'n toets nie (sien *First National Bank v CIR: First National Bank v Minister of Finance* 2002 7 BCLR 702 (KH), 2002 4 SA 768 (KH) par. 5).

⁵² *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998 12 BCLR 1517 (KH), 1999 1 SA 6 (KH) par. 18. Sien ook *Mvumvu v Minister of Transport* 2011 5 BCLR 488 (KH), 2011 2 SA 473 (KH) par. 26.

⁵³ Krüger (2011:287).

⁵⁴ 1998 12 BCLR 1517 (KH), 1999 1 SA 6 (KH) par. 26.

⁵⁵ Die *Harksen*-saak par. 51.

⁵⁶ Wesson (2010:296).

⁵⁷ Krüger (2011: 488–9).

⁵⁸ Sien par. 4.3 hier onder.

⁵⁹ *Le Roux v Dey* 2011 6 BCLR 577 (KH), 2011 3 SA 274 (KH) par. 185–91.

⁶⁰ Sien Naguib (2012:179–94).

⁶¹ Sien bv. *Mvumvu v Minister of Transport* 2011 5 BCLR 488 (KH), 2011 2 SA 473 (KH) par. 25.

⁶² *Harksen v Lane* 1997 11 BCLR 1489 (KH), 1998 1 SA 300 (KH) par. 51(b). Beklemtoning bygevoeg.

⁶³ Krüger (2011:497–501). Sien ook Wesson (2008:281–9).

⁶⁴ Krüger (2011:498–9). Die voetnootverwysings is uitgelaat in hierdie aanhaling. Vn. 108 van Krüger se artikel bevat volledige verwysings na die gepubliseerde bydraes van deelnemers aan die debat.

⁶⁵ Krüger (2011:501–2).

⁶⁶ 1998 3 BCLR 257 (KH), 1998 2 SA 363 (KH) par. 81.

⁶⁷ 2011 5 BCLR 488 (KH), 2011 2 SA 473 (KH) par. 33–4.

⁶⁸ *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (KH), 1997 3 SA 1012 (KH) par. 24.

⁶⁹ Ackermann (2006:559).

⁷⁰ Krüger (2011:502).

⁷¹ Stern en Becker (2010:336) verduidelik: “Jeder Akt der öffentlichen Gewalt zeichnet sich in bestimmter Hinsicht durch Differenzierungen oder deren Fehlen aus und könnte darum einer gleichrechtlichen Kontrolle unterworfen werden; daneben, kommt vor allem in Bereich der Eingriffsverwaltung und -gesetzgebung vielfach eine Beeinträchtigung von Freiheitsgrundrechten in Betracht.”

⁷² Die debatte wat in die Duitse reg gevoer word oor die vraag of “onaantasbare” menswaardigheid wat in art. 1 van die Duitse Grondwet as die grondslag van alle ander regte aangedui word, ’n afsonderlike reg is (sien bv. die oorsig in Stern en Becker 2010:108–21), is waarskynlik nie relevant vir ons doeleindes nie; in Grondwet art. 10 word die reg op menswaardigheid uitdruklik as ’n afsonderlike reg gewaarborg. Dit is nie moontlik om so ’n uitdruklike bepaling “weg te redeneer” nie.

⁷³ Sien bv. *Dawood; Shalabi; Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 8 BCLR 837 (KH), 2000 3 SA 936 (KH) par. 35; *Bhe v Magistrate Kayelitsha; Sibi v Sithole; SA Human Rights Commission v President of the RSA* 2005 1 BCLR 1 (KH), 2005 1 SA 580 (KH) par. 48.

⁷⁴ *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (KH), 1995 3 SA 391 (KH) par 271; *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (KH), 1997 3 SA 1012 (KH) par. 31.

⁷⁵ Krüger (2011:505–12).

⁷⁶ Sien bv. *Coetzee v Government of the RSA; Matiso v Commanding Officer, Port Elizabeth Prison* 1995 10 BCLR 1382 (KH), 1995 4 SA 631 (KH) par. 10; *Dawood; Shalabi; Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 8 BCLR 837 (KH), 2000 3 SA 936 (KH) par. 35; *Minister of Home Affairs v Watchenuka* 2004 2 BCLR 120 (HHA), 2004 4 SA 326 (HHA) par. 27; *Le Roux v Dey* 2011 6 BCLR 577 (KH), 2011 3 SA 274 (KH) par. 141.

⁷⁷ Sien in lg. verband, *Dendy v University of the Witwatersrand* 2007 8 BCLR 910 (HHA) par. 18, 24.

⁷⁸ Die kompromis wat volgens Ackermann R in die *Prinsloo*-saak bereik is, was ’n goeie kompromis en behoort gestand gedoen te word.

⁷⁹ Weaver e.a. (reds.) (2011:905–81); Lundmark (2008:118–9); Gunther (1992:490–548); Ariaza, Haddon en Robberts (2006:1132–84).

⁸⁰ In *Manong and Associates (Pty) Ltd v City of Cape Town* 2009 1 SA 644 (EqC) par. 34 het die hof verklaar dat teen ’n maatskappy gediskrimineer kan word omdat die beherende aandele gehou word deur vroue, gestremde persone, of etniese en godsdienstige groepe. En wat ongelyste gronde betref, is dit moontlik om regspersone anders te behandel as natuurlike persone, of anders te behandel as ander regspersone op grond van byvoorbeeld hulle grootte, hulle soort besigheid, of die plek waar hulle gesetel is.

⁸¹ Sien Rautenbach (2011, par.1A57.2(iv)).

⁸² Grondwet art. 36(1).

⁸³ Krüger (2011:503) vra: “Is it possible that unfair discrimination – that is discrimination that is constitutionally offensive in that it impairs the fundamental dignity of a complainant – is justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom?”

⁸⁴ Indien omgangstaal en tegniese regstaal te ver uitmekaar loop, behoort daar in die lig van die ideaal om die handves so verstaanbaar moontlik vir almal te maak (sien par. 1) iets aan die regstaal gedoen te word. In hierdie geval sou “onbillike diskriminasie” vervang kon word met “differensiasie wat menswaardigheid aantast of ’n soortgelyke ernstige gevolg het” (sien par 4.3). Ongelukkig word “onbillike diskriminasie” in die grondwetteks gebruik en dit sal besondere oortuigingsvermoë verg om die parlement oor te haal om grondwetwysigings vir terminologiese oorwegings aan te bring. Dit sou egter oorweeg kon word om die hele grondwet in hierdie verband weer noukeurig deur te werk.

⁸⁵ Krüger (2011:504–5). Sien ook Currie en De Waal (2005:237–8).

⁸⁶ Die enigste ander gevalle waarin die hof onklaar trap, is wanneer daar besondere beperkingsbepalings in die formulering van die reg voorkom wat die hof dan nie as sodanig identifiseer nie en hanteer asof dit deel vorm van die definisie van die reg wat as eerste-fase-aangeleentheid behandel moet word. Sien t.o.v. die reg om nie “arbitrêr” van eiendom ontnem te word nie, Rautenbach (2002:443).

⁸⁷ *Hassam v Jacobs* 2009 1 BCLR 1148 (KH), 2009 5 SA 572 (KH) par. 40.

⁸⁸ Sien Weaver e.a. (reds.) (2001:760) wat vir die doeleindes van die Amerikaanse reg werk met die vrae: “First, *does the law classify?* ... Second, *what is the nature of the classification?* Third, ... *which standard of review should a court apply?*” Volgens Cuenca (2012:470) is die raamwerk wat aanvanklik in die Europese Hof vir Menseregte vir die toepassing van die diskriminasieverbod in art. 14 van die Europese Konvensie vir Menseregte gebruik is, effens anders, naamlik “a) the facts of the case must evidence different treatment; b) the different treatment does not pursue a legitimate claim or there is no objective and reasonable justification; and c) there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and aim sought to be realised.”

⁸⁹ *Manong and Associates (Pty) Ltd v City of Cape Town* 2009 1 SA 644 (EqC) par. 31; Rautenbach (2011, par. 1A57.1).

⁹⁰ Grondwet artt. 7(2) en 8(1).

⁹¹ Grondwet art. 8(2).

⁹² Alhoewel die uitdrukking “regstreeks of onregstreeks” slegs in art. 9(3) voorkom en nie in art. 9(1) nie, moet daar ook vir die toepassing van art. 9(1) rekening gehou word met bepalings wat oënskynlik neutraal is en in die formulering geen onderskeid tref nie, maar inderdaad ’n ongelyke uitwerking het.

⁹³ *MEC for Education KwaZulu-Natal v Pillay* 2008 2 BCLR 99 (KH), 2008 1 SA 474 (KH) par. 137, en vir nog vbe. sien *Pretoria City Council v Walker* 1998 3 BCLR 257 (KH), 1998 2 SA 363 (KH) par. 31–2; *Rates Action Group v City of Cape Town* 2004 12 BCLR 1328 (K) par. 29, 32.

⁹⁴ Grondwet art. 9(5).

⁹⁵ Soos verduidelik in par. 3.1 hier bo.

⁹⁶ Dit is wêreldvreemd om te redeneer dat regstellende optrede ingevolge Grondwet art. 9(2) nooit op onbillike diskriminasie kan neerkom nie. Natuurlik is dit moontlik dat regstellende optrede diegene aan die negatiewe ontvangkant van die optrede se menswaardigheid kan aantast of ’n soortgelyke, ernstige uitwerking kan hê. ’n Meer aanvaarbare verklaring vir Grondwet art. 9(2) is dat die grondwetgewer in die lig van die verreikende uitwerking van onbillike diskriminasie in die verlede ’n ligter toets as die toets vir onbillike differensiasie vir die nadele wat uit die differensiasie kan spruit, geformuleer het.

⁹⁷ *Minister of Finance v Van Heerden* 2004 11 BCLR 1125 (KH), 2004 6 SA 121 (KH) par. 37–8, 41–2, 113.