Discoursing about legality, democracy and the death sentence in South Africa

JAN H VAN ROOYEN*

I made Sas's acquaintance while I was a student at the University of Pretoria and secretary of the Political Science Association. In this capacity I invited Sas in 1963 to address a meeting of Tuks students on the 'Sabotage Act'. I thereupon received a phone call from a certain Tuks lecturer who urged me not to allow 'such a man' onto the Tuks campus. I ignored the lecturer and Sas delivered his lecture. Sas and I became friends and in 1965 he invited me to join his department at Unisa (then the Department of Public Law) as an assistant. I accepted and stayed. With the exception of several bouts overseas and two years at the University of Cape Town, I have spent my entire academic career in the same department as Sas. While I was at UCT (1977–78), I visited Pretoria. Sas took me to tea, in the course of which he persuaded me to return to Pretoria. Between ourselves we still refer to that event as the 'Singing Kettle Conversation'. I owe Sas a great deal of gratitude for the way in which he supported and encouraged me and promoted my career. I admired his viewpoints and was influenced thereby, as will appear from this contribution. Thanks, Sas, and God bless!

☼ ☼ ☼

Introduction

This contribution will examine some of Sas Strauss's early ideas on legality and law — especially the criminal law and the law of criminal procedure — and assess their significance in the context of the present state of discourse about legality, democracy and the death sentence in South Africa. Three of his academic publications will be scrutinised, viz his inaugural professorial lecture,[1] his critique of certain security legislation,[2] and his views on basic

---

*BA LLB (Pretoria) MCL (Michigan). Head, Department of Criminal and Procedural Law, and Chair, Criminal Justice Research Unit, University of South Africa.

[1]Strauss *Nuwe weë in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (Pretoria 1961: Communications of the University of South Africa, No A 15).

[2]Strauss 'Sabotasie — Artikel 21 van die Algemene Regswysigingswet, 1962' 1962 *THRHR* 231.

values of the South African system of criminal procedure.[3] His views on the death sentence will also be examined in this context.

The theme: legality

Right from the beginning of his career in the Department of Criminal and Procedural Law (formerly the Department of Public Law) in the University of South Africa (Unisa), Sas emphasised that the scientific study of law involves more than the positivistic analysis of rules; that the measure of 'good' law involves more than (perceived) efficiency; that in criminal justice the apprehension, trial, conviction and punishment of offenders are not necessarily the highest value; that there are meta-juridical considerations against which the law must be tested (virtually a 'law above the law'); that 'law' and 'justice' are not synonymous. He referred to this approach in general as a concern for 'legality'.[4] This approach was, at the time (the early nineteen sixties), new and bold — especially in Afrikaner circles; after all, Afrikanerdom had at that time embraced Verwoerdian ideology, including the 'kragdadigheid' necessary for the repression that was seen as essential for Afrikaner survival.

Sas would be different. When he became Professor at Unisa, he lost no time, but stated his basic philosophy in his inaugural lecture titled 'New trends in the South African law of criminal procedure'.[5] He suggested that the deeper meaning ('die diepere sin') of criminal procedure and substantive criminal law is not merely effectiveness, but the protection of the fundamental legal values of societal life ('die beskerming van die elementêre regswaardes van die gemeenskapslewe'); this inter alia implies that penal sanctions may only be utilised under certain circumstances ('onder sekere voorwaardes')[6] — a view which refers to aspects of the Rule of Law and the principle of legality as a limit on state power, and, moreover, impliedly as a limit on democracy or, rather, populism.[7] He stressed that it is no wonder that the constitutions of many states contain provisions of a criminal procedural nature,[8] quoting Jerome Hall who contended that the American Bill of Rights is 'largely a

---

[3]Strauss 'Basic values of the South African system of Criminal Procedure' in McQuoid-Mason (ed) *Legal Aid in South Africa* 177.

[4]A comprehensive doctoral dissertation on legality in criminal procedure has recently appeared — see JJ Joubert *Die legaliteitsbeginsel in die strafprosesreg* (LLD dissertation, Unisa 1995) — in which the author analyses and systematises terms and doctrines such as Rule of Law, '*Rechtsstaat*', Due Process of Law, and Human Rights, distinguishing between their formal and substantive contents and examining the meaning of 'justice' in this context. The sophisticated classification and terminology of the dissertation have not necessarily been followed in the present contribution; more time is needed to digest the dissertation!

[5]See above, n 1.

[6]*Id* 5.

[7]See further below. *Cf* the wording in the English summary of the lecture, id 21: 'Criminal Law assists in shaping the social ethics and strengthens the individual's respect for these values. The rules of the Law of Criminal Procedure *can be approved of only if* they too have this effect.' (My emphasis.)

[8]*Id* 6.

document of criminal procedure'.[9]

Insofar as many rules of criminal procedure constitute a limitation on individual rights (for instance in the pre-trial phase, where the rules of arrest operate as a limit on the right to personal liberty), Sas contended that the latter should only be sacrificed where and insofar it is essential ('onontbeerlik') for efficiency[10] — thus anticipating the principle of the 'limitation clause' in the present South African Constitution[11] by some thirty-five years.[12] Sas continued:

> Naïef en gevaarlik sou die beskouing wees dat die Strafprosesreg uit 'n klomp ... reëls bestaan wat uitsluitlik beoog om dit vir die staat makliker te maak om misdadigers voor die gereg te bring en die afhandeling van prosesse op die snelste wyse te bewerkstellig[13]

— a view which will be endorsed by modern constitutionalists but probably rejected by populists; if a question in this regard were put to the popular vote today, a substantial majority would conceivably be willing to scrap 'Bill of Rights' type of guarantees in favour of greater police efficiency in the face of massive fear of crime in the new South Africa.[14] Precisely herein lies the boldness of Sas's insistence that the criminal process must above all ('bowenal') be just ('regverdig'):

> Regverdigheid mag nie opgeoffer word aan gerief vir die staat nie, anders verydel die Strafprosesreg sy eie grondliggende doel.[15]

Sas contended further that the scientific study of criminal procedure should be undertaken in a comparative way; science knows no national boundaries.[16] Here he once again foreshadowed the present constitutional provision which states that in interpreting the provisions of chapter 3 of the Constitution ('Fundamental Rights'), a court of law must inter alia have regard to public international law and may have regard to comparable foreign case law.[17]

A year later, Sas had occasion to criticise the so-called Sabotage Clause[18] in an article in the Journal for Contemporary Roman-Dutch Law.[19] After

---

[9]Id, referring to Hall *Studies in jurisprudence and criminal theory* (1958) 221.

[10]Id.

[11]Section 33 of the Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (the latter will hereafter be referred to as 'the Constitution').

[12]See further, below.

[13]Id. See also his discussion of search, seizure and arrest, id 10–12.

[14]See Glanz *Crime in South Africa: Perceptions, fear and victimization* (HSRC 1994).

[15]*Id* 7.

[16]Id, stated in Sas's inimitably succinct style: 'Die wetenskap ken geen landsgrense nie', period.

[17]Section 35(1) of the Constitution.

[18]Section 21 of the General Law Amendment Act 76 of 1962, which created a new offence 'Sabotage', introduced drastic procedural rules, and prescribed tough mandatory sentences.

[19]See above, n 2.

subjecting the draconian legislation to stringent analysis and criticism,[20] Sas lamented the ultimate source of the legislation, viz the sovereignty of a Parliament unbounded by a Bill of Rights:

> Die Parlement as soewereine wetgewende liggaam kan natuurlik sy wette so wyd formuleer as hy wil en kan die beginsel *nullum crimen sine lege* in dié opsig na wense oor die hoof sien. Deur 'n halsmisdaad te skep met wetsbepalinge wat, indien hulle die werk van 'n stadsraad was, deur ons howe op grond van vaagheid ongeldig verklaar sou word, onderstreep die Parlement sy onbegrensde oppergesag, maar beïndruk hy nie met sy wysheid nie.[21]

Even though the (white) voting public would probably have endorsed and applauded the legislation, Sas wanted it 'out' on grounds of justice, legality, Rule of Law, a 'law above the law' as a limit on populistic 'democracy'. His reasoning was highly technical and sophisticated, and would probably have been lost on the voters if a referendum had been held on the issue; however, as Sas saw, right and wrong, or 'justice' in criminal justice, are not determined by the general voting population, but by other considerations.[22]

The final academic contribution of Sas's for present purposes is his 'Basic values of the South African system of Criminal Procedure'.[23] He commenced by immediately making it clear that existing law may, indeed must, be 'assessed', and that the standard for such assessment is constituted by 'basic *regstaatlike* values'.[24] He further stated that the first and great commandment of the *regstaat* is, without a doubt, legality.[25] Legality is, for him, also a basic principle of adjective criminal law.[26] He reiterated that 'Criminal Procedure is largely a subject of constitutional rights'[27] — a bold view at a time when South Africa did not yet even contemplate having a constitution with a justiciable Bill of Rights.[28] He recognised that in criminal justice there must be limits on state power, even at a cost to society in general:

> It must be stressed that the prevention and prosecution of crime is not the highest value in our society. If it were, no legal limits would have been imposed on police powers. Then we would probably have had a situation of maximum authority and control, with a minimum of crime ... But our system would then have been completely authoritarian and altogether incompatible

---

[20] *Id* 232, 235, 240.

[21] *Id* 242.

[22] See below.

[23] *Supra* n 3.

[24] *Id* 177.

[25] Id.

[26] Id.

[27] *Id* 179.

[28] His view of legality, to be sure, was limited; he included only positivistic *wetmatigheid* and Montesquieu's judicial control over executive (not legislative) action. Even Nazi Germany conformed to legality in this sense. More is needed, including *substantive* legality, which involves inter alia assessing the constitutionality of legislative acts against a justiciable Bill of Rights. See Joubert, *supra* n 4. Although Sas did not spell this out in his general statements, his particular comments indicate that he was indeed aware of, and cared for, legality in the sense of 'a law above the law'; see id *passim*.

> with the ideals of Western democracy, with the freedom of the individual and the protection of the interests of privacy and personality. In order to protect these interests we are therefore prepared to tolerate the fact that all criminals cannot be successfully prosecuted.[29]

In other words, there are higher values than the suppression of crime; there is 'a law above the law'. Although Sas squared this idea with 'the ideals of Western democracy', it is evident that it is basically a *limit* upon democracy; the public might want and indeed clamour for an authoritarian system of maximum authority and control, with a minimum of crime,[30] but in the long term, public interest requires that they should not get it. A Bill of Rights should limit populist democracy.[31] Later in the contribution Sas came close to stating this explicitly; while he severely criticised certain provisions of the then Suppression of Communism Act 44 of 1950, he recognised that a 'majority of the electorate undoubtedly supported' the legislation. That, however, did not make it good, right, wise or just. In fact, Sas stated that 'as a jurist'[32] he had to say that 'the type of arguments which have been used in recent times to justify (the Act), are disquieting ... (casting) doubt upon the very foundations' of the South African criminal justice system.[33]

In commenting on Sas's contribution, Professor Anthony Mathews (then Dean of the Faculty of Law, University of Natal) recognised that precisely because at the time of Sas's contribution there was no 'law above the law' and Parliament reigned supreme, Sas's restatement of fundamental values was of utmost importance, because 'we are going to have to reintroduce many of them when political power shifts take place in the country'.[34] The ideas must accordingly be kept alive.[35]

This is precisely what happened. Sas's ideas, joined by those of others, took root; were kept alive; were promoted by younger academics and others; were studied, absorbed and internalised — and eventually, in the 1990s, found place in the new South African Constitution. That all South Africans, including academics, do not now embrace the new Constitution enthusiastically or understand it properly, was to be expected; the old order dies but slowly in the hearts of many. A human rights culture needs to be nurtured in South Africa. The present controversy around the death sentence illustrates this well.

Sas and the death sentence

In the 1970s Sas became a prominent member of the abolitionist movement

---

[29]*Supra* n 3 at 180. See Geldenhuys and Joubert (eds) *Criminal Procedure Handbook* (1994) ch 1 for an extended treatment of this theme.

[30]See Packer *The limits of the criminal sanction* (1968) for the 'crime control model' in criminal justice. For a discussion of the inverse relationship between police powers and individual rights, see Geldenhuys and Joubert *supra* n 29 ch 1.

[31]For a discussion of the true nature of a constitutional democracy, see *infra*.

[32]*Id* 184.

[33]Id.

[34]*Id* 186.

[35]Id.

in South Africa.[36] In 1971 he wrote a strongly-worded attack on the death sentence in a popular magazine[37] in which it was apparent that his primary argument was based on higher values than those recognized in then-current public opinion:

> Dit is vir my 'n logiese stap in die vooruitgang van die beskawing dat hierdie strafvorm moet verdwyn. 'n Kenmerk van die Westerse beskawing, wat ook voortvloei uit die Christelike leer, is eerbied vir die lewe ... Die opsetlike ontneming van 'n lewe deur die staat — al is dit die van 'n misdadiger — druis hierteen in ... Hierdie beskouing berus nie op die gedagte dat boosdoeners op die hande gedra en vertroetel moet word nie, maar op die uitgangspunt dat die reg nie aangewend moet word as 'n instrument vir lewensvernietiging nie.[38]

The 'values' approach is restated in a contribution in the *Rand Daily Mail*:[39]

> The abolitionist cause is fundamentally based on the changing values of a civilisation — and specifically on more civilised notions of what is a decent, fair and acceptable mode of punishment. We are honouring our legal tradition, not violating it, by introducing more enlightened notions.

In those days there was no way in which South African law could be tested against such higher values or higher laws; Parliament reigned supreme, and with it, public opinion — ie the opinion of the enfranchised public, the whites. The constitutional validity of the death sentence could not be challenged in a court of law.

The nature of our democracy

It is evident that at the time of writing the contributions cited above, Sas primarily conceived of legality as a meta-juridical principle, as an *appeal* to the (sovereign) legislature, as an aspect of wisdom and good government, rather than a justiciable juridical precept.[40] For him, the limitation of state power and the protection of human rights should take place through the common-law; his disagreements with Parliament were because the latter was abolishing important common-law principles, limitations and protections, albeit in a piecemeal fashion.

But this is precisely the point of the Fundamental Rights movement and of constitutionalism: Parliaments cannot be trusted (this has surely been proved

---

[36]See eg *Vaderland* 4 April 1971, where he stated: 'Ek is 'n lidmaat van die NG Kerk en beywer my vir die afskaffing van die doodstraf ...'. The missiologist, Dr (later Professor) David Bosch, served with Sas in the Executive of the Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa (which had been founded by Professor Barend van Niekerk); the heart-transplant surgeon, Dr Christiaan Barnard, was also an active member.

[37]*Ster* 28 May 1971 at 69.

[38]Sas here virtually predicts the main reason for the abolition of the death sentence ... 25 years in advance. See *infra*.

[39]29 May, 1971 at 11.

[40]Except, of course, in the case of subordinate legislation, which a reviewing superior court could even in those days declare null and void on certain grounds, inter alia some which would fall under 'legality'. See eg the quotation *supra* text at n 21 (Sabotasie).

by history) and must therefore be limited by a justiciable Bill of Rights.[41] This is true even if a 'true' democracy, in the sense that it is based on universal franchise, is achieved.[42] This is because the modern idea of democracy involves (a) representative, rather than direct, government; and (b) limitations on state power which render the democracy a relative, not an absolute, one.[43] This is in essence the model on which the present South African Constitution is based.[44] Thus, while in the apartheid era we had limited franchise ('whites only') and a Parliament with unlimited powers, we now conversely have universal franchise and a Parliament with limited powers. This is often inadequately grasped by the present-day 'democrats in criminal justice' who want a referendum solely on the death sentence issue.[45] A recent issue of *Time* magazine[46] explains the modern concept of democracy succinctly:

> The [Founding Fathers of America's representative system of democracy] explicitly took lawmaking power out of the people's hands, opting for a representative democracy and not a direct democracy. What concerned them, especially James Madison, was the specter [sic] of popular 'passions' unleashed. Their ideal was cool deliberation by elected representatives, buffered by the often shifting winds of opinion ... Madison insisted in the *Federalist Papers* on the need to 'refine and enlarge the public views by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations.'[47]

A constitution is, furthermore, not self-executing; it must be interpreted by a judicial authority. This is but part of Montesquieu's separation of powers

---

[41]See Bullock *et al* (eds) *The Fontana Dictionary of Modern Thought* (2 ed 1990) qv 'constitutionalism': 'The doctrine that governments must act within the constraints of a ... constitution ...'.

[42]When Sas did most of his writing, South Africa had no true democracy in this sense; in terms of apartheid legislation, only persons classified as 'white' could vote for the national Parliament.

[43]See n 41 *supra* qv 'democracy'.

[44]Regarding (a), see eg the Preamble of the Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993, which commences 'We, the people ...', but then recognises that '*elected representatives* of all the people ... should be mandated (to adopt a new constitution, etc)'; see also Constitutional Principle VIII in Schedule 4 of the Constitution: 'There shall be *representative government* embracing multi-party democracy ... (etc)'; *cf* chapter 4 of the Constitution ('Parliament'). Regarding (b), see inter alia Constitutional Principles II and IV in Schedule 4 of the Constitution: 'Everyone shall enjoy all universally accepted fundamental rights (etc), which shall be ... protected by *entrenched and justiciable* provisions in the Constitution ... The Constitution shall be the *supreme law* of the land. It shall be *binding on all organs of state* at all levels of government.' *Cf* chapter 3 of the Constitution ('Fundamental Rights'); section 7(1) inter alia confirms that even (or especially?!) Parliament is limited by this chapter: 'This chapter shall bind all legislative ... organs of state ...'.

[45]Usually such 'democrats' are but thinly disguised retentionists. That they have a limited understanding of modern democracy and constitutionalism is not surprising, since most of them have no record of democratic ideals, human rights involvement or opposition to apartheid.

[46]*Time* January 23, 1995, at 39–44.

[47]*Id* 40. 'Intensely felt public opinion leads to the impulsive passage of dubious laws' — *id*. Surely the apartheid era should have taught us this much?

doctrine. In South Africa such interpretation will be done primarily by The Constitutional Court; section 98(2) of the Constitution provides as follows:

> The Constitutional Court shall have jurisdiction ... as the court of final instance over all matters relating to the interpretation, protection and enforcement of the provisions of this Constitution, including —
> (a) any alleged violation or threatened violation of any fundamental right entrenched in Chapter 3;
> (b) any dispute over the constitutionality of any executive or administrative act or conduct ... of any organ of state;
> (c) any enquiry into the constitutionality of any law, including an Act of Parliament ...

The present Constitution is an interim one. A Constitutional Assembly — once again representative government! — is presently in the process of writing a final version.[48] As far as legitimising the final Constitution itself is concerned, chapter 5 of the present Constitution provides for a popular vote on its text by way of a popular referendum, where the text must be approved of by a majority of at least 60 per cent of the votes cast.[49] But even here there are limitations; the new constitutional text inter alia must comply with the Constitutional Principles contained in Schedule 4 to the present Constitution, and the Constitutional Court must certify that this is indeed the case.[50] The electorate may reject the new Constitution, in which case Parliament must be dissolved, an election held, and further procedures followed.[51]

In sum, the new South Africa has opted for a constitutional dispensation with inter alia the following characteristics:

- Representative, not direct, government.
- Constitutionalism instead of Parliamentary sovereignty (this implies limited democracy: the Constitution, not the people or Parliament, is sovereign).
- Justiciability of the Constitution; it has to be interpreted by a Constitutional Court, whose decision is final.

Public opinion and the abolition of the death sentence

The new Constitutional Court heard argument on the constitutionality of the South African death sentence on 15 to 17 February 1995, and delivered judgment on 6 June 1995.[52] The main judgment was delivered by Chaskalson P. Although each of the other ten judges wrote a separate concurring opinion,

---

[48]See chapter 5 of the Constitution ('The adoption of the new Constitution').

[49]See section 73.

[50]See sections 71(1), 71(2), 73(2).

[51]See section 73(9)–(12).

[52]*The State v T Makwanyane and M Mchunu*, unreported at the date of writing this section, hereafter cited as *S v Makwanyane*. For a history of the efforts of one strand of the abolitionist movement in South Africa, see JH van Rooyen: 'Toward a new SA without the death sentence — struggles, strategies, and hopes' 1993 *Florida State University Law Review* 737–786.

they were unanimous in *inter alia* holding, with Chaskalson P, those parts of section 277 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 which authorise and regulate the death sentence to be inconsistent with the Constitution and, accordingly, invalid.

If one assumes[53] that public opinion in South Africa, at the time of the judgment, was broadly in favour of 'the' death sentence,[54] the meaning and significance of the judgment within the context of the fledgling South African democracy becomes apparent. In the aftermath to the judgment,[55] many people clamoured for a referendum on the death sentence issue; perplexed, they asked, 'If we now supposedly have a democracy and if the people want a death sentence, why can't they get it? How can a court block the popular will?'

The short answer is that the new South Africa does *not* have an unbridled 'democracy' or a populist dispensation; it opted for constitutionalism.[56] *Inter alia* chapter 3 of the Constitution ('Fundamental Rights') sets limits on state power, on democracy, on the sovereignty of Parliament. Parliament is no longer sovereign; that dispensation has been discarded totally. Even if the people, even if Parliament, wanted the reintroduction (*à la* the old South Africa, apartheid, Nazism, fascism or in terms of whichever model) of inequality before the law, disregard in law for human dignity (*'Menschenverachtung'*), selective restriction of internal movement (the 'Pass Laws'), incommunicado detention, detention without trial, torture, whipping with the cat-o'-nine-tails, etc etc, the Constitution would say, 'No, you can't get it'.[57]

---

[53]As Chaskalson P did — *S v Makwanyane* par 87; *cf* Didcott J par 188.

[54]Measurements of public opinion in this connection are often open to serious dispute, mainly on the basis that one does not know what was measured; outcomes of polls depend largely on how the question was phrased and on the various options that were or were not available to the voters. The subject of measuring and assessing the meaning of public opinion is a sophisticated one which will not be discussed in this contribution. *Cf* Kentridge AJ par 200–201 and *cf* WJ Reichmann *Use and abuse of statistics* (1976) esp ch 18 'Popping the question'; HM Blalock *An introduction to social research* (1970) (cf 92: 'Are there any reasonably rigorous ways of inferring what is going on inside a person's head by examining the patterning of his responses to paper-and-pencil tests?'); SP Cilliers SP *Maatskaplike navorsing* (1973); Bowers 'Popular support for the death penalty: mistaken beliefs' in *The machinery of death* 69–74. The HSRC survey on which much emphasis was placed by the retentionist lawyers in *Makwanyane* is so flawed that it could not have survived any cross-examination — see De Kock *et al Perceptions of current sociopolitical issues in South Africa* (HSRC Centre for Sociopolitical Analysis, Dec 1994).

[55]And even before.

[56]*Cf* Bullock *supra* n 41 qv 'populism': 'A form of politics which emphasises the virtues of the incorrupt and unsophisticated common people against the double-dealing and selfishness to be expected of professional politicians and their intellectual helpers ... Edward Shils, Seymour Lipset and Daniel Bell have described all varieties of populism as pathological.'

[57]These human rights abuses all existed at some or other time in the old South Africa. *Cf* Mahomed J par 174: 'The South African Constitution ... retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular and

This is constitutionalism as opposed to unbridled democracy or populism.[58]

As has been stated, a constitution is not self-executing; it has to be interpreted. This is the function of the Constitutional Court in the new constitutional dispensation for which South Africa opted.

The foregoing policies have been neatly, succinctly and simply stated by the Constitutional Court per Chaskalson P:

> The question before us ... is not what the majority of South Africans believe a proper sentence for murder should be. It is whether the Constitution allows the sentence.[59]
>
> If public opinion were to be decisive there would be no need for constitutional adjudication ... but this would be a return to parliamentary sovereignty, and a retreat from the new legal order established by the 1993 Constitution.[60]
>
> By the same token the issue of the constitutionality of capital punishment cannot be referred to a referendum ...[61]

Once one understands the foregoing — ie the complete break with the past dispensation where Parliament reigned supreme; the nature of the new democratic dispensation, ie constitutionalism; and the role of the Constitutional Court — one needs but one further insight in order to understand the abolitionist judgment: the existence of a law above the law.[62] One needs to understand that the 'higher values' approach which Sas Strauss used in his protests against injustices in the old South Africa, has in the new South Africa become concretised in law; the Constitution, its values, and its 'Bill of Rights' have become a *Grundnorm* which is enforceable against laws which do not reflect those values. The break with the past is so fundamental that one can or must indeed speak of a 'new order' in South Africa.[63] The Constitution itself states in section 4(1) that 'The Constitution shall be the supreme law of the Republic and any law or act inconsistent with its provisions shall ... be of no force and effect to the extent of the inconsistency'. Ackermann J states:[64] 'In reaction to our past, the concept and values of the constitutional state, of the 'regstaat'... are deeply foundational to the creation of the 'new order' referred to in the preamble [of the Constitution]'. Langa J states:[65]

---

repressive ... The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic.'

[58] *Cf People v Anderson* 493 P 2d 880 at 888 (Cal 1972): A constitution 'operates to restrain legislative and executive action and to protect fundamental individual and minority rights against encroachment by the majority'. See also *West Virginia State Board of Education v Barnette* (1942) 319 US 624 at 638: 'The very purpose of a bill of rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities ...'

[59] *S v Makwanyane* par 87. *Cf* Kentridge AJ par 192; Kriegler J par 206.

[60] Chaskalson P par 88.

[61] Id.

[62] *Cf* Madala J par 257.

[63] *Cf* Chaskalson P par 7.

[64] *S v Makwanyane* par 156.

[65] *Id* par 220–221.

> When the Constitution was enacted, it signalled a dramatic change in the system of governance from one based on rule by parliament to a constitutional state in which the rights of individuals are guaranteed by the Constitution ... It may well be that for millions in this country, the effect of the change has yet to be felt in a material sense. For all of us though, a framework has been created in which a new culture must take root and develop.

For purposes of this contribution it is not necessary to enter into a full analysis of the judgment in *S v Makwanyane*. Suffice it to summarise the values enshrined in chapter 3 of the Constitution which, when interpreted by the Constitutional Court, served to render the death penalty unconstitutional:

- Section 11(2): 'No person shall be subject to torture of any kind, whether physical, mental or emotional, nor shall any person be subject to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.'
- Section 9: 'Every person shall have the right to life.'
- Section 10: 'Every person shall have the right to respect for and protection of his or her dignity.'
- Section 8: 'Every person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law.'[66]

All punishments in South Africa have to comply with the above values or standards.[67] Even a cursory reading of the four sections cannot fail to impress one with the fundamental nature of the break between the past old order and the new South Africa. It is the stated values, and their justiciability, which inevitably had to lead to the fall of the death sentence — no other result was possible. The death sentence with its roots deep in the old order, cannot by any stretch of the imagination co-exist with the value system, the justiciable law above the law, of the new order.

Conclusion

The idealism reflected in Sas Strauss's early work, including his emphasis on higher values in criminal justice, has found a secure foothold in the new Constitution.[68] Those values, having been concretised into enforceable law above the law, have triumphed over Parliament and populism in the new South Africa. Ultimately and inexorably the impact of 'legality' on the death sentence in the new South Africa has been its extinction.[69]

---

[66]For a brief study of the racial inequalities associated with the death sentence, see Zimring, Van Vuren and Van Rooyen 'Selectivity and racial bias in a mandatory death sentence dispensation: a South African case study' 1995 *CILSA* 107.

[67]See *S v Makwanyane* par 10, including n 11 (Chaskalson P); *cf* O'Regan J par 337.

[68]I am not suggesting any direct causality; that would be the 'post hoc ergo propter hoc' fallacy. See above, text before and after n 35.

[69]*Cf* Madala J par 165: The death sentence is 'clearly offensive to the cardinal principles for which our Constitution stands'. Mahomed J par 262–264 also illustrates why a contrary decision is inconceivable; *cf* Mokgoro J par 313. Sachs J par 358ff examines the sources of the values enshrined in the Constitution.

HIV-infeksie en die grondwetlike reg op gelykheid

CHRISTA VAN WYK*

Wanneer ek aan Sas dink, is dit nie soseer aan die eerste keer wat ek as jong LLB-student sy klas bygewoon het in geneeskundige reg (wat hy destyds nog saam met dr H Shapiro by Unisa se vakansieskool aangebied het), of aan die baie kere wat ek hom daarna met flair sien optree het nie. Nee, ek dink eerder aan die keer wat ek begin skryf het aan my proefskrif en ons die eerste verkennings op die terrein gedoen het. 'In watter taal gaan jy skryf?' het hy my met die intrapslag gevra. 'Onthou net, as jy in Engels skryf, is jou 'mark' veel groter as wanneer jy in Afrikaans skryf.' My reaksie was dadelik dat ek graag in my moedertaal, Afrikaans, sou wou skryf. Sas was met die antwoord tevrede en het my vertel dat hy in 'n puristiese Afrikaanse huis grootgeword het. So puristies trouens, dat sy pa hulle verbied het om van 'Marmite' te praat. Hulle moes na 'die soutigheid' verwys. Ek moes hierdie bedekte waarskuwing ter harte geneem het, want ek het spoedig met Sas se eie puristiese taalstreep te doen gekry. Nooit sal ek vergeet van al die 'effektief's wat ek in my proefskrif moes vervang met 'doeltreffend's nie, en van ander latinismes wat moes plek maak vir meer gepaste germanismes nie. 'Dokter' moes van meet af aan die wyk neem voor 'geneesheer'. Hierdie dissipline het my bewus gemaak van goeie en konsekwente taalgebruik—'n belangrike stuk gereedskap van die regsgeleerde wat ongelukkig hedendaags dikwels toegelaat word om te verroes. Die regskennis van my promotor het ek vanselfsprekend geneem — die taalpurisme was 'n bonus.

Hiermee dan Sas, 'n soutigheidjie vir die aftrede. Vergeef maar die woord 'geïnfekteerd'? Al gaan hierdie woord gebuk onder vreemde invloede ('n mens sou kon sê dit is as't ware daarmee besmet), is dit na my mening (en ek het lank hieroor getob) 'n beter keuse as 'besmet; bederf; verpes;' (sien *Tweetalige Woordeboek* reds Bosman, Van der Merwe, Hiemstra 8 uitg onder 'infected') in die konteks van VIGS.

☼ ☼ ☼

*BA (Stell); HOD (Pret); LLB, LLD (Unisa). Professor in die Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking & Regsfilosofie, Universiteit van Suid-Afrika.

INLEIDING

VIGS[1] is ongeneeslik, dodelik en seksueel oordraagbaar[2] en ontlok dikwels dieselfde reaksie as ander gevreesde toestande (soos melaatsheid, cholera en sifilis) deurdat mense geïnfekteerde persone blameer, verwerp en stigmatiseer.[3] Ten spyte van die feit dat VIGS al geruime tyd in ons midde is,[4] bestaan daar steeds 'n groot mate van onkunde daaroor onder die publiek, veral oor die maniere waarop HIV,[5] die virus wat VIGS veroorsaak, oorgedra word[6] en oor die verskil tussen mense met HIV en diegene wat reeds aan volskaalse VIGS ly.[7] Hierdie onkunde versterk die ongegronde vrese en vooroordele en gee dikwels aanleiding tot die onbillike behandeling van persone met HIV en VIGS.

Die oortuiging dat onbillike diskriminasie die stryd teen VIGS belemmer, wen toenemend veld. Volgens hierdie siening gee die vrees vir diskriminasie (en in sommige omstandighede vir strafregtelike vervolging)[8] aanleiding tot

---

[1]VIGS is die akroniem vir 'verworwe immuniteitsgebreksindroom'. Die toestand is verworwe in die sin dat dit veroorsaak word deur 'n virus en nie geneties oordraagbaar is nie.

[2]Sien vn 6 hieronder.

[3]Visser 'Foundering in the seas of human unconcern: AIDS, its metaphors and legal axiology' 1991 *SALJ* 619; Kirby 'AIDS and the law' 1993 *SAJHR* 1; Khaïat 'The law and AIDS: Issues and objectives (a comparative approach)' 1993 *Medicine and Law* 3.

[4]VIGS is vir die eerste keer in 1981 in die VSA en in 1982 in Suid-Afrika gediagnoseer.

[5]'Human immunodeficiency virus'. Die Engelse akroniem HIV word internasionaal gebruik om die virus aan te dui. Die Afrikaanse ekwivalent daarvan is MIV (menslike immunogebreksvirus).

[6]Daar is geen wetenskaplike bewys dat HIV op enige ander manier as deur hetero- en homoseksuele geslagsomgang, die ontvangs van of blootstelling aan HIV-geïnfekteerde (bloed)produkte, saad of organe of deur 'n geïnfekteerde moeder aan haar baba voor of tydens geboorte, of deur borsvoeding oorgedra kan word nie. Blootstelling aan geïnfekteerde bloed is vir relatief min gevalle van infeksie verantwoordelik: Alle bloedskenkings in Suid-Afrika word aan streng toetse onderwerp en bloed wat deur Suid-Afrikaanse bloedbanke verskaf word, is waarskynlik (tans nog) van die veiligste ter wêreld. Verder word in die gesondheidsorgopset klem gelê op die nakoming van universele voorsorgmaatreëls (bv die dra van handskoene en maskers en die veilige hantering van skerp instrumente) om blootstelling aan bloed te voorkom. Slegs twee gevalle van VIGS in Suid-Afrika kan toegskryf word aan die deel van naalde tydens dwelmmisbruik. Gedrag wat hoë risiko inhou, kom dus in hoofsaak neer op onbeskermde seksuele omgang met 'n geïnfekteerde seksmaat of met iemand wie se HIV-status onbekend of onseker is. By gewone sosiale omgang is die risiko van infeksie weglaatbaar klein.

[7]Infeksie met HIV beteken nie op sigself dat 'n persoon siek is nie. So 'n persoon kan vir baie jare fiks bly, geen sigbare tekens van infeksie toon nie en 'n vol en produktiewe lewe lei. In hierdie stadium het 'n persoon nie VIGS nie. Daar word gesê dat 'n persoon VIGS het eers wanneer hy of sy siek word agv een of ander opportunistiese siekte. VIGS is die finale kliniese stadium van HIV-infeksie.

[8]Sien par 2.3 hieronder.

ontkenning van riskante gedrag en ontmoedig dit vrywillige toetsing. Sodoende word diegene wat risiko's loop, nie bereik nie en word hulle nie voorgelig omtrent noodsaaklike gedragsveranderings nie.

Daar word verder ook aanvaar dat VIGS en HIV-infeksie gedestigmatiseer en genormaliseer moet word in die oë van die samelewing omdat dit sal bydra om ongegronde diskriminasie uit die weg te ruim. So 'n benadering sou meebring dat VIGS en HIV-infeksie *dieselfde* as ander siektes en toestande behandel moet word. Nacosa[9] het byvoorbeeld reeds in 1993 in die konteks van VIGS en gesondheidsorg die volgende gesê: 'Policies must be implemented which ensure that HIV disease is regarded in the same way as other potentially progressive life threatening diseases.'[10]

Tog word dikwels ook aangedring op *uitsonderlike* behandeling wat juis die andersheid van HIV en VIGS beklemtoon. Voorstanders daarvan dat geïnfekteerdes in die werkplek geakkommodeer moet word en dat geen HIV-toetse voor indiensneming van voornemende werknemers vereis mag word nie,[11] steun op die feit dat mense vir jare gesond genoeg kan wees om 'n produktiewe lewe te lei. Terselfdertyd word egter ook aanspraak daarop gemaak dat geïnfekteerdes beskou moet word as 'gestremdes' wanneer dit bepaalde voordele vir hulle kan inhou.[12]

'n Aandrang op uitsonderlike behandeling blyk ook uit die beswaar wat soms gemaak word[13] teen die feit dat HIV-toetse vereis word voordat lewensversekeringskontrakte vir bepaalde bedrae[14] gesluit word, in weerwil van die feit dat die risiko wat met HIV-infeksie gepaard gaan, vergelykbaar is

---

[9]'The National AIDS Committee of South Africa'. Nacosa het in Oktober 1992 tot stand gekom nadat 'n ooreenkoms tussen die destydse regering en die ANC bereik is om die probleme rondom VIGS die hoof te probeer bied. Persone en instansies van die openbare en privaatsektor het sedertdien 'n gesamentlike nasionale strategie aangepak wat in 'n nasionale VIGS-plan neerslag gevind het (*Nacosa National AIDS Plan* (1994)).

[10]*National AIDS Strategy: Law Reform and Human Rights Sub-committee: Report of the Committee* 8. Hierna Nacosa se 1993-verslag genoem.

[11]Sien Nacosa se 1993-verslag 4 en 5.

[12]Sien die bespreking in par 2.3 hieronder.

[13]Sien bv Visser 'AIDS and insurance law: A preliminary laundry list of issues' 1993 *SAJHR* 130 136 vir redes van beswaar, meestal gegrond op menslikheidsoorwegings.

[14]Die Vereniging van Lewensversekeraars van Suid-Afrika het 'n nuwe VIGS-ooreenkoms en HIV-toetsprotokol op 1993-11-04 aanvaar. Hierdie ooreenkoms het op 1994-01-01 in werking getree met 'n verdere grasietydperk van ses maande waarbinne lede van die vereniging dit in werking moes stel. Hiervolgens word 'n negatiewe HIV-toets vereis alvorens 'n polis vir lewensversekering van R200 000 of meer, of ongeskiktheidsversekering van R2 000 per maand of meer uitgereik word. Indien die persoon wat aansoek om versekering doen nie die toets wil ondergaan nie, kan die versekeraar op versoek van die aansoeker 'n polis uitreik waarin voorsiening gemaak word daarvoor dat dekking uitgesluit sal wees in geval van dood of ongeskiktheid wat na die mening van die versekeraar in enige opsig, direk of indirek te wyte is of geheel of gedeeltelik voortvloei uit VIGS of HIV-infeksie. Toetsing vir HIV is nou (in teenstelling met die situasie voordat die nuwe ooreenkoms in werking getree het) die norm, en uitsluitingsklousules die uitsondering.

met dié wat deur kanker, sklerose of hartsiektes verteenwoordig word. Siektes wat so 'n verhoogde risiko meebring, kan nie deur 'n versekeringsisteem wat op 'n gesonde aktuariële basis berus, verontagsaam word nie.[15] Statistiek toon aan dat 'n persoon wat aan VIGS ly, waarskynlik binne twee jaar sal sterf en dat 'n persoon wat 'n HIV-draer is, se kanse om te sterf oor 'n periode van sewe jaar, ses-en-twintig keer hoër is as dié van iemand wat in 'normale' gesondheid verkeer.[16] Indien hoë-risiko gevalle nie opgespoor word nie, sal dit meebring dat sulke individue gesubsidieer word deur die ander polishouers. Dit kan ook antiseleksie meebring — die neiging van mense met swakker as gemiddelde gesondheidsvooruitsigte om in groter mate versekering te wil bekom as mense met gemiddelde en bo-gemiddelde gesondheidsvooruitsigte. Vanselfsprekend kan dit ernstige gevolge vir versekeraars inhou[17] en kan dit die finansiële posisie van ander polishouers benadeel aangesien laasgenoemde hoër premies sal moet betaal om vir verhoogde eise voorsiening te maak. Indien die versekeringsbedryf nie onderskei tussen mense met gewone gesondheidsvooruitsigte en diegene met HIV-infeksie nie, word laasgenoemde aansoekers in werklikheid bevoordeel bo ander polishouers.

Daar is ook geen eenvormigheid binne die geneeskundige opset wat betref die benadering ten opsigte van toetse vir HIV en vir ander mediese toestande nie. Die Suid-Afrikaanse Geneeskundige en Tandheelkundige Raad (SAGTR)[18] het vir die eerste keer in 1989[19] duidelik as etiese riglyn[20] gestel dat die ingeligte toestemming van die pasiënt noodsaaklik is voordat 'roetine-toetse' vir HIV gedoen word. Hierdie beginsel is die 1993-riglyne van die SAGTR[21] herbevestig en die Mediese Vereniging van Suid-Afrika het in 1992 in hul riglyne 'n soortgelyke voorskrif ingesluit.[22] Die siening is dat weens die *besondere* aard van VIGS en die wye implikasies van 'n positiewe uitslag, nie aanvaar kan word dat 'n HIV-toets gedek word deur 'n algemene toestemming vir bloedtoetse nie. Die pasiënt se uitdruklike toestemming vir hierdie toets moet verkry word en hy moet presies weet waartoe hy instem. Die pasiënt

---

[15]Die Versekeringswet 27 van 1943 vereis bv dat elke lewensversekeraar 'n aktuaris moet hê wie se hoofunksie dit is om te verseker dat die langtermynversekeringsbedryf op 'n gesonde finasiële grondslag berus.

[16]Clifford en Iuculano 'AIDS and insurance: The rationale for AIDS-related testing' 1987 *Harvard LR* 1806.

[17]Sien bv 'AIDS payouts cripple insurers' in *Business Day* 1994–11–01.

[18]Wat waarskynlik binnekort deur 'n Interim Nasionale Mediese Raad van Suid-Afrika vervang gaan word. Sien die Wysigingswetsontwerp op Geneeshere, Tandartse en Aanvullende Gesondheidsdiensberoepe, 1995.

[19]'Ethical considerations in the managment of patients with HIV infection' *SAGTR Bulletin* September 1989.

[20]Hierdie riglyn stel 'n maatstaf daar waaraan die optrede van geneeshere, ook wat betref die hoeveelheid inligting wat gegee moet word, gemeet kan word.

[21]'The management of patients with HIV infection or AIDS' *SAGTR Bulletin* April 1994 5.

[22]'Riglyne vir die hantering van MIV/VIGS' bylae tot *Die Suid-Afrikaanse Mediese Tydskrif* Desember 1992.

moet ingelig word nie net oor die mediese implikasies nie, maar ook oor die sielkundige en sosiale gevolge van die toets en van 'n positiewe uitslag. Dit is in teenstelling met die feit dat talle ander toetse,[23] waarvan die uitslag waarskynlik net so ontstellend kan wees, sonder die uitdruklike toestemming van 'n pasiënt uitgevoer kan word.[24] HIV-toetse en die implikasies van 'n positiewe uitslag word egter uitgesonder as iets waaroor die pasiënt omvattend ingelig en eintlik 'gewaarsku' moet word.[25] Daar kan geargumenteer word dat hierdie benadering juis die stigma wat aan VIGS kleef, laat toeneem.

Moet VIGS en HIV-infeksie *eenders* of *anders* as ander vergelykbare toestande, indien hulle bestaan,[26] benader word? Die gedagte dat mense met VIGS en HIV-infeksie se omstandighede uitsonderlik is — veral weens die sosiale gevolge van infeksie — is bevestig deur waarnemende appèlregter Harms (soos hy toe was) in die saak *Jansen van Vuuren NNO v Kruger*.[27] Hy laat hom soos volg uit:[28]

> There are in the case of HIV and AIDS special circumstances justifying the protection of confidentiality ... Disclosure of the condition has serious personal and social consequences for the patient. He is often isolated or rejected by others, which may lead to increased anxiety, depression and psychological conditions that tend to hasten the onset of so-called full-blown AIDS.

Bostaande uiteenlopende opvattings wat betref VIGS kan verklaar word aan die hand van die verskil tussen sogenaamde formele en substantiewe gelykheid. Vir sover dit die regte van mense betref, aanvaar eersgenoemde abstrakte konsep dat almal dieselfde is en dat hulle gelyk behandel moet word. Volgens voorstanders van substantiewe gelykheid neem formele gelykheid egter nie inherente biologiese verskille,[29] en ook nie verskanste of strukturele

---

[23]Die ontwikkeling van wetenskaplike hulpmiddels by die diagnose van siektes laat die vraag ontstaan of die pasiënt werklik ingelig kan word oor elke toets. Bloed word dikwels getoets vir suiker, cholesterol, serum en ander stowwe sonder dat die pasiënt voor die tyd daaromtrent ingelig word.

[24]Ander siektes soos kanker of sklerose word ook gevrees en die diagnose daarvan bring ook pyn en lyding mee.

[25]Hierdie etiese plig om omvattende inligting te gee, kan 'n swaar las op 'n geneesheer plaas. Die Suid-Afrikaanse samelewing bied eiesoortige probleme mbt ingeligte toestemming: In sommige gemeenskappe is die individu se toestemming nie voldoende nie, maar aanvaar die leier van die groep of stamhoof verantwoordelikheid vir so 'n persoon en moet hy/sy toestemming gee. Verder kan algemene kennis ten opsigte van sekere sake nie so geredelik aanvaar word nie.

[26]Pogings is aangewend om 'n vergelykbare siekte te identifiseer wat as model kan dien op grond waarvan beleid tov VIGS en HIV-infeksie gegrond kan word — sonder sukses. VIGS is al vergelyk met seksueel-oordraagbare siektes soos sifilis en gonorree (waaraan tradisioneel ook 'n sosiale stigma gekleef het, maar wat geneesbaar is), met aansteeklike siektes soos tuberkulose, (wat meestal geneesbaar is) en met terminale kanker (wat nie oordraagbaar is nie). Soms word dit beskou as die moderne ekwivalent van melaatsheid (Cameron en Swanson 'Public health and human rights — the AIDS crisis in South Africa' 1992 *SAJHR* 200 201).

[27]1993 4 SA 842 (A).

[28]854H.

[29]Bv tussen mans en vroue.

ongelykhede wat in die samelewing bestaan, in ag nie. Dit stel standaarde daar wat oënskynlik neutraal is, maar wat in wese bevoorregte groepe se posisie in die samelewing bevestig. Substantiewe gelykheid daarenteen maak voorsiening vir die verskillende omstandighede van mense[30] deur hulle verskillend te behandel.[31] By die toepassing van substantiewe gelykheid word die werklike sosiale en ekonomiese omstandighede van benadeelde groepe en individue ondersoek en word sosiale, ekonomiese en politieke belemmerings sover moontlik uitgeskakel.[32] In die konteks van VIGS sou dit meebring dat spesiale behandeling (en selfs beskerming) genoodsaak is juis vanweë die sosiale stigma en verwerping wat dikwels met die toestand gepaard gaan.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie is gedurende Januarie 1992 deur die Direkteur-generaal van Gesondheid[33] versoek om alle aspekte van die reg wat betrekking het op HIV-infeksie en VIGS te ondersoek, juis vanweë die gevoel dat 'n groot mate van diskriminasie op verskeie terreine en ten opsigte van talle aspekte van die reg voorkom en dat wetgewing moontlik die diskriminasie mag verminder en sodoende die VIGS-epidemie[34] kan help beperk.[35] 'n Projekkomitee is aangestel om die ondersoek te onderneem met die oog op moontlike wetgewing. Die (tussentydse) Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika[36] het intussen in werking getree en die vraag ontstaan nou in watter mate daar reeds op die Grondwet as sodanig gesteun kan word om onbillike diskriminasie teen mense met HIV uit die weg te ruim.

DIE GRONDWETLIKE BEGINSEL VAN GELYKHEID

Die Grondwet is gebaseer op die beginsel van gelykheid. Die reg op gelykheid is trouens die eerste fundamentele reg wat in Hoofstuk 3 (die menseregteakte) genoem word. Dit word ook in die eerste grondwetlike beginsel in Bylae 4 van

---

[30]Du Plessis en Gouws "n Dialektiese perspektief op die statutêre en grondwetlike verwesenliking van vroueregte in Suid-Afrika' 1993 *Stellenbosch Regstydskrif* 240 242 wys op die fisiologiese verskille tussen mans en vroue. Hulle bespreek nie die kwessie of sosiaal gestruktureerde verskille — wat by HIV-infeksie van belang sal wees — ook erkenning behoort te geniet nie.

[31]Omdat dit 'n vrou se biologiese funksie is om kinders te baar, is sy bv geregtig op kraamverlof.

[32]Albertyn en Kentridge 'Introducing the right to equality in the interim Constitution' 1994 *SAJHR* 149 152. Volgens die siening is dit nie genoeg dat diskriminerende wette herroep word nie, maar moet daar ook positief opgetree word om gelykheid te bewerkstellig.

[33]Toe nog die Departement van Nasionale Gesondheid en Bevolkingsontwikkeling.

[34]Doyle 'Scenarios for the HIV/AIDS epidemic in South Africa' (voorgelê aan Nacosa in September 1993) skat dat indien geen radikale gedragsaanpassings gemaak word en geen geneesmiddel of entstof ontwikkel word nie, 21% van die volwasse Suid-Afrikaanse bevolking teen 2010 met HIV geïnfekteer kan wees en dat die infeksiekoers waarskynlik op daardie vlak sal stabiliseer.

[35]Hierdie opdrag het gespruit uit 'n werkswinkel wat die VIGS-eenheid van die Departement van Gesondheid in November 1991 oor die etiese en regsaspekte van VIGS en HIV aangebied het.

[36]200 van 1993. Hierna die Grondwet genoem.

die Grondwet genoem.[37] Die Grondwet steun verder klaarblyklik ook die beginsel van substantiewe gelykheid en maak uitdruklik voorsiening vir die uitskakeling van ongelykhede in die samelewing. Artikel 8(1) ken formele gelykheid aan almal toe en bepaal dat elke persoon die reg het op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur die reg, maar artikel 8(2) sonder groepe uit wat (voorheen) op sosiale, politieke of regsgebied benadeel is of wat kwesbaar op hierdie terreine is, of wat tot nog toe as tweedeklasburgers beskou is.[38] Artikel 8(2) bepaal naamlik dat daar teen niemand onbillik gediskrimineer mag word nie, hetsy direk of indirek, en, sonder om afbreuk te doen aan die algemeenheid van hierdie bepaling, in die *besonder*[39] op een of meer van die volgende gronde: ras, geslagtelikheid, geslag, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, geloof, kultuur of taal. Artikel 8(3) maak vir regstellende optrede voorsiening juis om hierdie mense in staat te stel om op gelyke voet van regte en vryhede gebruik te maak.[40]

Uit bostaande blyk dit dat die Grondwet tegelykertyd voorsiening maak vir *eenderse* en *anderse* behandeling. Die gedagte word dikwels geopper dat die Grondwet primêr gerig sou wees op die opheffing van die slagoffers van onderdrukking en van apartheid.[41] Sou dit nou ook mense met VIGS of HIV op 'n soortgelyke manier beskerm? Sou hulle aanspraak kon maak op die reg op (formele) gelyke behandeling en op die *besondere* grondwetlike beskerming (substantiewe gelykheid) waarvoor artikel 8(2) en artikel 8(3) voorsiening maak, met ander woorde op beskerming teen ongelyke behandeling wat uit diskriminasie spruit?

Artikel 8(1)

Mense met HIV kan hulle eerstens beroep op die breë fundamentele reg op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur die reg wat in artikel 8(1) vervat word. Artikel 35(1) van die Grondwet maak vir regsvergelykende ondersoeke voorsiening en bepaal dat by die uitleg van Hoofstuk 3 die hof vergelykbare buitelandse hofbeslissings in ag *kan* neem. Hier lyk dit van pas

---

[37]Volgens a 71(1) moet die nuwe grondwetlike teks voldoen aan die grondwetlike beginsels en a 71(2) bepaal dat die Konstitusionele Hof moet sertifiseer dat al die bepalings van die nuwe grondwet aan die beginsels voldoen alvorens dit van krag sal wees.

[38]Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 154 en bronne aangehaal.

[39]My beklemtoning.

[40]Die tussentydse Grondwet bly slegs vir twee jaar staan. In die nuwe grondwet behoort regstellende optrede uitdruklik as 'n oorgangsmaatreël gestel te word, anders word geïmpliseer dat die nuwe grondwet ook geen gelykheid of geregtigheid sal kan meebring nie, sodat regstelling *in perpetuum* nodig sou wees. Die slotwoord in die Grondwet is in elk geval gerig op 'n 'toekoms wat gevestig is op die erkenning van menseregte ... ongeag kleur, ras, klas, geloof of geslag'.

[41]Sien bv Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 172; Botha 'The values and principles underlying the 1993 Constitution' 1994 *SA Publiekreg* 233 237 en *De Klerk v Du Plessis* 1994 (6) BCLR 124 (T) 128J. Dit kan ook uit die slotwoord van die Grondwet afgelei word dat die Grondwet 'n geskiedkundige brug (moet) bou 'tussen die verlede van 'n diep verdeelde gemeenskap ... en 'n toekoms wat gevestig is op die erkenning van menseregte ... ongeag kleur, ras, klas, geloof of geslag'.

om na byvoorbeeld vergelykbare Amerikaanse beslissings oor die reg op gelykheid te verwys.[42] Die Veertiende Amendement van die grondwet van die Verenigde State waarborg die 'equal protection of the laws'.[43] 'n Persoon wat hom op die gelyke beskerming van die reg beroep en wat byvoorbeeld wetgewing aan sogenaamde 'strict scrutiny' deur die howe wil laat onderwerp, sal moet bewys dat inbreuk op 'n fundamentele reg gemaak is en dat hy/sy tot 'n klas ('suspect class') behoort waarteen gediskrimineer word. Onderwerping aan 'strict scrutiny' bring mee dat die wetgewer sal moet bewys dat 'n dwingende staatsbelang by die betrokke wetgewing ter sprake is en dat die wetgewing spesifiek daarop gerig is om hierdie belang te dien.[44] Die Amerikaanse hooggeregshof het egter nie 'n baie wye interpretasie aan gelykheid gegee nie[45] en het uitdruklik geweier om 'suspect class'-status aan fisies of geestelik gestremde persone toe te ken.[46] Twee mindere vlakke van hersiening bestaan wel: sogenaamde 'intermediate review' wat toegepas word op byvoorbeeld wetgewing wat die gelykheid van die geslagte aantas en 'minimal scrutiny' oftewel 'rationality review' wat geld ten opsigte van alle ander wetgewing waar gelykheid ter sprake kom. In laasgenoemde gevalle word slegs vereis dat die staat moet aantoon dat 'n 'rational means to serve a legitimate end' aangewend is. Dit is dus onwaarskynlik dat by diskriminasie op grond van HIV-infeksie 'n beroep op vergelykbare Amerikaanse regspraak oor die Veertiende Amendement veel tot die omvattende beskerming van geïnfekteerdes sal kan bydra.

Artikel 33(1)

Selfs al sou mense met HIV hulle met sukses beroep op hul reg op gelykheid ingevolge die Suid-Afrikaanse Grondwet, geld hierdie reg nie absoluut nie. Die staat kan ingevolge artikel 33(1) van die Grondwet — wat 'n opweging van die staat se belange teenoor dié van die individu moontlik maak — aantoon dat die ongelyke behandeling van mense met HIV wel geoorloof is omdat dit in algemeen geldende reg vervat is, redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing wat gebaseer is op vryheid en gelykheid, en nie die wesenlike inhoud van die reg ontken nie. Die reg op gelykheid is nie een van

---

[42]Die Kanadese Grondwet is ook vergelykbaar met die Suid-Afrikaanse Grondwet. Om egter op die Kanadese Grondwet, en meer spesifiek a 15(1) daarvan te steun, bring sy eie probleme mee (Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 158 ev). Sien ook Woolman 'Riding the push-me pull-you: Constructing a test that reconciles the conflicting interests which animate the limitation clause' 1994 *SAJHR* 60 70 mbt probleme wat spruit uit die eiesoortige aard van die geskiedenis en omstandighede in die VSA wat ook die oorname van hul standaarde en oplossings problematies maak.

[43]'No state shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.' Geen melding word verder, soos in ons Grondwet, van regstellende optrede of onbillike diskriminasie gemaak nie.

[44]Woolman 1994 *SAJHR* 60 68 wys daarop dat die verskillende vlakke van hersiening 'n maaksel van die Amerikaanse howe is. Sien ook Du Plessis 'A note on the application, interpretation, limitation and suspension clauses in South Africa's transitional Bill of Rights' 1994 *Stellenbosch Regstydskrif* 86 89.

[45]Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 158.

[46]Sien bv *City of Cleburne, Tex v Cleburne Living Centre* 105 S Ct 3249 (1985).

die regte wat strenger beskerm word en waarvan die beperking ingevolge artikel 33(1) van die Grondwet aan die bykomende voorwaarde van noodsaaklikheid ook moet voldoen nie.[47] Die staat sal gevolglik nie hoef aan te toon dat daar oorwegings is wat die onderskeid *noodsaak* nie. Die staat kan bloot aanvoer dat die beperking op die reg op gelykheid[48] van mense met HIV in die omstandighede redelik en regverdigbaar is.[49]

Artikel 8(2)

Mense met HIV kan hul verder beroep op die verbod op onbillike diskriminasie op grond van die besondere gronde wat in artikel 8(2) van die Grondwet genoem word. Een so 'n grondslag is 'seksuele georiënteerdheid'. Hierdie grondslag kan van belang wees vir homoseksuele mense met HIV. Sodomie (geslagsverkeer tussen manlike persone)[50] is 'n gemeenregtelike misdaad en 'n man[51] wat 'n onbehoorlike of onsedelike daad met 'n seun onder negentien pleeg, is ingevolge die Wet op Seksuele Misdrywe[52] aan 'n misdryf skuldig[53] waarvoor swaar strawwe opgelê kan word. Daar word in hierdie verband geargumenteer dat die positiewe reg homoseksuele mense se reg op gelykheid aantas in die sin dat hulle nie hul seksuele voorkeure op dieselfde wyse as ander lede van die samelewing kan uitleef nie. Ook word gemeen dat 'n eenvormige ouderdom waarop toestemming vir seksuele omgang verleen kan word, moet geld, of dit nou vir heteroseksuele of homoseksuele omgang is.[54] Andersyds word ook geargumenteer dat kriminalisering van hierdie bedrywighede die stryd teen VIGS in die wiele ry.[55] (Die impak wat 'n verbod op diskriminasie in hierdie verband op die verspreiding van HIV kan maak, is hedendaags egter van veel minder belang as vroeër. Uit onlangse statistiek is dit duidelik dat heteroseksuele geslagsomgang, gevolg deur oordrag van moeder na baba, die vernaamste wyse geword het waarop HIV tans in Suid-

---

[47]So 'n streng toets sou vergelykbaar wees met die 'strict scrutiny'-toets wat in sekere omstandighede in die VSA toegepas word.

[48]Bv by indiensneming of by die bepaling van byvoordele.

[49]Indien bewys kan word dat dit nie ekonomies regverdigbaar is om bv dieselfde byvoordele te verskaf aan mense met HIV as aan gesonde werknemers nie, sal dit mi nie onbillik of irrasioneel wees om HIV-geïnfekteerdes te identifiseer en om aan hulle minder gunstige byvoordele by indiensneming te bied nie.

[50]'Sodomie' is hoofsaaklik in die betekenis van 'onnatuurlike geslagsmidaad' deur die gemeenregtelike skrywers gebruik. Sien bv Van Leeuwen *Cens For* 1 5 28 8; Matthaeus *De Criminibus* 48 3 6 8.

[51]'n Vrou wat 'n onsedelike of onbehoorlike daad met 'n meisie onder negentien jaar pleeg, is sedert 1988 op soorgelyke wyse strafbaar, waarskynlik om gelykheid tussen die geslagte te bewerkstellig (Cameron en Swanson 1992 *SAJHR* 200 205). Homoseksuele dade tussen vroue dra egter nie dieselfde risiko van HIV-oordrag as wat bestaan in die geval van mans nie.

[52]23 van 1957.

[53]Sien a 14(3)(b).

[54]Sien Nacosa se voorstelle vir regshervorming in die 1993-verslag (op 18).

[55]Sien par 1 hierbo. Om dieselfde rede word ook die dekriminalisering en regulering van sekswerk (prostitusie) gepropageer.

Afrika versprei.[56] Dit is in skerp teenstelling met die periode van 1982 tot 1986 toe HIV-infeksie en VIGS in Suid-Afrika hoofsaaklik tot homoseksuele mans beperk was.[57])

Grondwetlike beskerming teen onbillike diskriminasie op grond van geslag kan moontlik 'n groter impak hê. Weens verskeie fisiologiese faktore[58] is vroue, en veral swart vroue in die mees produktiewe fase van hul lewe (15–40 jaar) baie meer vatbaar vir HIV-infeksie as mans.[59] Die mening bestaan dat die bemagtiging van vroue, veral diegene in tradisionele inheemsregtelike verhoudings, veel kan bydra in die stryd teen HIV-infeksie.[60] Die Grondwet stel dit duidelik dat daar teen niemand op grond van onder meer geslag, etniese of sosiale herkoms of kultuur onbillik gediskrimineer mag word nie[61] en wetgewing of besondere bepalings in wette wat die outonomie en gelykheid van vroue aantas,[62] sal deur die Konstitusionele Hof ongeldig verklaar kan word.[63]

Dit is egter so dat beskerming op grond van seksuele georiënteerdheid of op grond van geslag of kultuur of selfs ras[64] hoogstens maar 'n baie indirekte beskerming aan mense met HIV kan bied. Artikel 8(2) van die Grondwet stel dit duidelik dat die gronde waarop nie onbillik gediskrimineer mag word nie en wat genoem word, nie 'n *numerus clausus* uitmaak nie. Op hierdie gronde, wat waarskynlik maar net die mees bekende en algemene vorms van diskrimi-

---

[56]Teen 3 Maart 1995 is 'n totaal van 3 043 VIGS-gevalle onder volwasse mans aangemeld, terwyl 2 812 gevalle onder volwasse vroue en 715 gevalle van kinders wat deur hul moeders geïnfekteer is, aangemeld is (Departement van Gesondheid *Epidemiological Comments* Februarie 1995 45). Die getal VIGS-gevalle onder vroue is besig om dié onder mans in te haal.

[57]Departement van Gesondheid persverklaring (1993-05-14) 2.

[58]Sien bv *AIDSScan* Maart 1994 6.

[59]Die infeksiekoers onder vroue wat voorgeboorteklinieke besoek, was 4,69% in 1993, vergeleke met 2,69% in 1992, 1,49% in 1991 en 0,76% in 1990 (Küstner *Epidemiological Comments* April 1994 67; Swanevelder *Epidemiological Comments* April 1994 70).

[60]Weens hul ondergeskikte posisie vind vroue dit moeilik om hulself te laat geld in seksuele verhoudings en om bv op die gebruik van kondome aan te dring.

[61]A 8(2).

[62]In hierdie verband kan a 11(3) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927 (wat die mindere status van swart vroue wat ingevolge inheemse reg getroud is, bestendig) moontlik onder die loep geneem word. Of hierdie (en ander) bepalings van die inheemse reg sal voldoen aan die vereiste van redelikheid en regverdigbaarheid wat a 33(1) van die Grondwet vir die beperking van fundamentele regte stel, sal nog beslis moet word.

[63]a 98(5) van die Grondwet.

[64]Die getal swartmense met VIGS neem geweldig vinnig toe en sal waarskynlik eersdaags nie meer die bevolkingsamestelling weerspieël nie. Teen 3 Maart 1995 was daar 5 823 swart VIGS-lyers teenoor 496 blanke VIGS-lyers (*Epidemiological Comments* Februarie 1995 287). Cameron 'Human rights, racism and AIDS: The new discrimination' 1993 *SAJHR* 22 27 meen dat HIV-infeksie velkleur en ras vervang het as grondslag vir diskriminasie en uitsluiting uit die gemeenskap.

nasie uiteensit, sou dus nog uitgebrei kon word.[65] Maar soms word nietemin in die konteks van VIGS direk op spesifieke beskerming ingevolge artikel 8(2) aanspraak gemaak, naamlik op grond van 'gestremdheid'.[66] Vir so 'n siening word dikwels gesteun op federale wetgewing in die Verenigde State van Amerika en die interpretasie wat die Amerikaanse howe daaraan gegee het.[67]

'n Geding is onlangs in die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof[68] aanhangig gemaak teen die Minister van Veiligheid en Sekuriteit en die Kommissaris van Veiligheid en Sekuriteit juis op hierdie grondslag. Die 'Aids Law Project' van die Universiteit van die Witwatersrand, Regslui vir Menseregte, Popcru,[69] SAPU[70] en die Transvaalse tak van die 'Black Lawyers' Association' meen dat die beleid van die polisiediens om mense met HIV nie in diens te neem of permanent aan te stel nie, ongrondwetlik is en teen mense met HIV as gestremdes diskrimineer, en dat die beleid hersien moet word.

Soos hierbo vermeld, bepaal artikel 35(1) van die Grondwet dat die hof vergelykbare buitelandse hofbeslissing by die uitleg van Hoofstuk 3 in ag *kan* neem. Wat as 'vergelykbare hofbeslissing' in dié verband beskou kan word, is egter onseker. Verwys dit na beslissings wat oor die uitleg van ander menseregteaktes gegee is of sou beslissings wat ten opsigte van 'mindere' wetgewing gegee is, ook aanvaarbaar wees?[71]

Indien laasgenoemde opsie aanvaarbaar sou wees, kan algemene antidiskriminasiewetgewing in die Verenigde State en die interpretasie wat die howe daaraan gegee het, in hierdie verband van belang wees. Artikel 504[72] van die federale 'Vocational Rehabilitation Act' van 1973[73] verbied diskriminasie[74]

---

[65]Persone wat hierop wil uitbrei, sal moet bewys dat die diskriminasie onbillik is en dat dit die ondergeskikte posisie van 'n sekere groep of klas persone in die samelewing bevestig (Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 170).

[66]In Engels 'disability'.

[67]Nacosa verwys soos volg in sy 1993-verslag (op 22) na die begrip 'disability' (gestremdheid): 'This term has been held in judicial decisions overseas to include HIV and AIDS. We strongly endorse this development.'

[68]Saakno 22922/94. A 101(3) van die Grondwet bepaal dat 'n provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof binne sy regsgebied jurisdiksie het met betrekking tot onder meer enige beweerde skending of dreigende skending van 'n fundamentele reg wat in Hoofstuk 3 verskans is of enige geskil oor die grondwetlike bestaanbaarheid van 'n uitvoerende of administratiewe handeling of optrede ... van enige staatsorgaan.

[69]Die 'Police and Prisons Civil Rights Union'.

[70]Die Suid-Afrikaanse Polisievakbond.

[71]Lourens en Frantzen 'The South African Bill of Rights — public, private or both: A viewpoint on its sphere of application' 1994 *CILSA* 340 349 meen bv dat slegs buitelandse beslissings wat oor buitelandse menseregteaktes gegee is, 'vergelykbaar' is.

[72]Hierdie artikel is gegrond op Titel VI van die 'Civil Rights Act' van 1964 wat diskriminasie teen mense op grond van kleur, geloof of geslag verbied.

[73]Pub L No 93–112 Stat 355 (vervat soos gewysig in 29 USC parr 701–796 (1982)).

teen gestremdes deur 'n instelling wat federale fondse ontvang[75] *mits die persoon andersins bevoeg of geskik is om die werk te doen.*[76] Die Amerikaanse wetgewing is dus nie identies met artikel 8(2) van ons Grondwet wat in die algemeen onbillike diskriminasie teen gestremdes verbied nie. (Die voorwaarde in die Amerikaanse wetgewing dat iemand andersins bevoeg moet wees om die werk te doen, bring mee dat iemand wat fisies of verstandelik onbekwaam is om die werk te doen, nie beskerm word nie.[77] 'n Werker is ook nie geskik nie indien hy 'n beduidende gevaar[78] vir die gesondheid of veiligheid van ander persone (kollegas of die algemene publiek) verteenwoordig en die gevaar nie deur gewone maatreëls of redelike aanpassings ('accommodation') uitgeskakel kan word nie. Redelike aanpassings moet vir werknemers se gestremdhede gemaak word, nie aanpassings wat buitengewone ongerief of ontbering vir die werkgewer meebring nie.[79])

Die Amerikaanse wet[80] omskryf 'n gestremde persoon as iemand wat fisies[81]

---

[74]By indiensneming, diensbeëindiging en die bepaling van diensvoorwaardes. A 504 bepaal: 'No otherwise qualified handicapped individual in the United States .... shall, solely by reason of his handicap, be excluded from the participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance or under any program or activity conducted by any Executive agency or by the United States Postal Service.' Hier word geen regstellende optrede geïmpliseer nie, maar bloot 'n verbod op diskriminasie geplaas.

[75]Die bepalings van die wet is ingevolge a 503 ook van toepassing op werkgewers wat kontrakte van meer as $2 500 met die federale owerheid aangaan, of wat federale fondse ontvang. Instansies soos hospitale en skole val hieronder.

[76]My beklemtoning. Iemand wat aanspraak maak op die beskerming van a 504 het die moeilike taak om te bewys dat hy so gestremd is dat 'n belangrike lewensaktiwiteit van hom aangetas is (sien vn 82), maar dat hy nie so erg gestremd is dat hy nie meer in staat is om sy werk te doen nie.

[77]Volgens die 'Department of Health and Human Services' is 'n gestremde persoon 'andersins geskik' indien hy met redelike aanpassings die essensiële funksies van sy werk kan verrig (Shumaker 'AIDS: Does it qualify as a 'handicap' under the Rehabilitation Act of 1973?' 1986 *Notre Dame LR* 572).

[78]Of 'n beduidende gevaar bestaan, moet deur die mediese wetenskap bepaal word. Waarskynlik moet minimale risiko's verduur word. Die risiko dat HIV in die normale werkplek sal versprei, is minimaal. Presies wat 'n beduidende ('significant') risiko sal uitmaak, bly onseker. Die gemeenskap is geneig om risiko's wat sosiale waarde het, te aanvaar. In die konteks van VIGS sou moontlik gesê kan word dat opportunistiese en oordraagbare siektes (soos tuberkulose wat weerstandig teen medisyne is) wat intree wanneer iemand volskaalse VIGS het, ander aan beduidende gevaar blootstel.

[79]Leonard 'AIDS in the workplace' in *AIDS and the Law* (red Dalton en Burris) (1987) 109 115. Wat presies redelike aanpassings is, is onseker en sou waarskynlik afhang van die grootte van die werkerskorps, die aard van die besigheid en koste wat daarmee verband hou. Dit sou moontlik die volgende inhou: dat spesiale toerusting verskaf moet word, dat die werklading verminder moet word, dat 'fleksietyd' ingestel moet word, dat rusperiodes toegestaan moet word, dat geleentheid vir mediese besoeke gegee moet word en dat die werkgewer sy werknemers volledig oor VIGS en die oordrag van HIV moet inlig.

[80]29 USC par 706(7)(B)(1982).

[81]By die toepassing van hierdie wet is fisiese gestremdheid al uitgelê as toestande wat die brein, die asemhalingstelsel, die bloed- en limfvatstelsel en die vel aantas (Leonard *AIDS and the Law* (red Dalton en Burris) 109 111). HIV kan ernstige neurologiese skade veroorsaak, terwyl opportunistiese siektes soos longontsteking,

of verstandelik in 'n belangrike lewensaktiwiteit[82] gestrem is, of 'n geskiedenis van so 'n gestremdheid het of as gestremd *beskou word*.[83]

Na die beslissing van die Verenigde State se hooggeregshof in *School Board of Nassau County v Arline*[84] en van die federale appèlhof in *Chalk v United States District Court, Central District of California*[85] word VIGS-lyers, waarskynlik ook HIV-geïnfekteerdes[86] en moontlik selfs mense ten opsigte van wie die vermoede bestaan dat hulle seropositief is, as gestremd ('handicapped') beskou.[87] Werkgewers in die owerheidsektor mag gevolglik nie teen hierdie persone by indiensneming, die bepaling van diensvoorwaardes of ontslag diskrimineer nie. Die wet maak dus daarvoor voorsiening dat gestremde, maar bekwame mense, nie ten gevolge van stereotipe opvattings, onverskilligheid of onnadenkendheid uit die werkplek gesluit word nie.[88]

---

tuberkulose en kanker die vel en asemhalingstelsel aantas.

[82]'Lewensaktiwiteite' sluit daardie funksies in wat 'n mens in staat stel om homself te versorg, eenvoudige take te verrig, te stap, te sien, te hoor, te praat, te leer en te werk (Leonard *AIDS and the Law* (red Dalton en Burris) 109 111). Leonard 'Employment discrimination against persons with AIDS' 1985 *University of Dayton LR* 681 691 meen dat die vermoë om siektes te beveg ook 'n belangrike lewensfunksie is.

[83]Om iemand wat as gestremd *beskou word*, by gestremdes in te sluit, is belangrik gesien in die lig van die stigma wat aan HIV-infeksie kleef.

[84]107 S Ct 1123 (1987). Die hof beslis dat 'n oordraagbare siekte (in die besondere geval tuberkulose) 'n gestremdheid kan wees 'which substantially limits ... major life activities' ingevolge die 'Vocational Rehabilitation Act'. Die 'Civil Rights Restoration Act' van 1987 (wat die Rehabilitation Act' wysig) het hierdie beslissing bevestig deurdat dit bepaal dat by die toepassing van a 503 en a 504 van die eersgenoemde wet, gestremdes in die werkplek nie ook individue insluit wat 'n 'currently contagious disease or infection' het of wat weens so 'n infeksie of siekte 'n direkte bedreiging vir die gesondheid of veiligheid van ander individue daarstel of wat weens die siekte of infeksie nie in staat is om die werk te doen nie. Hiermee is die onderskeid tussen 'n gestremdheid en 'n oordraagbare siekte of infeksie verwyder en word eerder gekyk na die vraag of die gestremde se toestand ander kan benadeel en of die gestremde die werk kan doen.

[85]46 FEP Cases 279 (9th Cir 1988). In hierdie saak het die hof beslis dat 'n onderwyser wat aan VIGS ly, deur a 504 van die 'Vocational Rehabilitation Act' beskerm word. Die hof bevind dat daar geen beduidende risiko van HIV-infeksie in die klaskamer bestaan nie, maar dat die onderwyser se geneeshere gereeld verslag moet doen oor die gevaar wat ander aansteeklike siektes waaraan hy ly, vir die skoolkinders mag inhou.

[86]Kushen 'Asymptomatic infection with the AIDS virus as a handicap under the Rehabilitation Act of 1973' 1988 *Columbia LR* 563.

[87]In *School Board of Nassau County v Arline* hierbo 1129 is die volgende gesê: 'Society's accumulated myths and fears about disability and disease are as handicapping as are the physical limitations that flow from the actual impairment.'

[88]Federale wetgewing om diskriminasie ook in die private werksopset te verbied, is in Julie 1990 aanvaar. The 'Americans with Disabilities Act' bied gestremdes in die private werkplek ongeveer dieselfde beskerming as dié wat aan werkers onder die 'Vocational Rehabilitation Act' verleen word. Die omskrywing van gestremdheid kom ooreen met dié wat in die 'Vocational Rehabilitation Act' voorkom, en sal VIGS-lyers en waarskynlik ook HIV-draers insluit. Die wet verbied werkgewers om teen 'n gestremde persoon, wat andersins vir die werk geskik is en die essensiële funksies daarvan kan verrig, te diskrimineer. Verder word vereis dat werkgewers redelike voorsiening vir gestremdes in die werkplek moet maak, tensy dit sou neerkom op 'undue hardship' vir die onderneming. Die bepalings van die wet het

Indien die Suid-Afrikaanse howe wat artikel 8(2) van die Grondwet uitlê, bostaande hofuitsprake as 'vergelykbaar' beskou, kan 'gestremdheid' in die Suid-Afrikaanse konteks 'n ooreenstemmende betekenis kry en kan VIGS-lyers, waarskynlik ook HIV-geïnfekteerdes en moontlik selfs mense ten opsigte van wie die vermoede bestaan dat hulle geïnfekteer is, op beskerming teen onbillike diskriminasie deur die owerheid aanspraak maak. Die staat en sy organe sal in geval van so 'n interpretasie ingevolge artikel 8(2) van die Grondwet nie onbillik teenoor hulle mag diskrimineer nie, byvoorbeeld waar die staat as werkgewer,[89] of verskaffer van gesondheids-[90] of onderwysdienste[91] optree. Ingevolge artikel 8(4) van die Grondwet word *prima facie*-bewys van diskriminasie op enige van die gronde in artikel 8(2) vermeld, geag voldoende bewys te wees van onbillike diskriminasie, totdat die teendeel blyk. Die bewyslas sal dan op die staat rus om te bewys dat sodanige diskriminasie in die besondere omstandighede nie onbillik is nie.

Die moontlikheid van billike diskriminasie

Artikel 8(2) bepaal dat daar teen niemand *onbillik* gediskrimineer mag word nie, hetsy direk of indirek, op grond van onder meer ras, geslagtelikheid, geslag, seksuele georiënteerdheid of gestremdheid. Artikel 8(3)(a) maak voorsiening vir optrede om ongelyke behandeling van die verlede reg te stel en lui soos volg: 'Hierdie artikel belet nie maatreëls wat daarvoor ontwerp is om die genoegsame beskerming en vooruitgang van persone of groepe of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, te bewerkstellig ten einde hul volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede moontlik te maak nie.'

---

in Julie 1992 in werking getree ten opsigte van werkgewers wat meer as 25 werknemers in diens het en ten opsigte van werkgewers wat meer as vyftien werknemers in diens het, het dit in Julie 1994 in werking getree. Werkgewers met minder as vyftien werknemers, word nie deur die bepalings van die wet geraak nie.

[89]Bv wat betref die beleid oor indiensneming, bevordering of byvoordele. A 27(1) van die Grondwet waarborg verder spesifiek dat elke persoon die reg op billike arbeidspraktyke het.

[90]Gesondheidsinrigtings wat met staatsfondse bedryf word, sal nie onbillik kan diskrimineer teen mense wat gesondheidsorg benodig nie. Aangesien standaard toerusting en basiese mediese voorsorg meestal as genoegsame beskerming teen HIV-oordrag beskou word en basiese mediese versorging meestal geredelik beskikbaar is, sou HIV-infeksie op sigself nie as voldoende rede vir weiering om 'n geïnfekteerde pasiënt te behandel, beskou kan word nie. A 30(1)(c) van die Grondwet waarborg verder ook elke kind ('n persoon onder 18 jaar) se reg op basiese gesondheidsdienste.

[91]In die lig van die uiters geringe risiko van HIV-oordrag in die skoolopset sal die weiering van volgehoue skoolbywoning bloot op grond van HIV-status van 'n leerling waarskynlik onbillik wees. Die Grondwet waarborg verder die reg op basiese onderwys in a 32. Die konsepregulasies ter vervanging van die Regulasies met betrekking tot Oordraagbare Siektes en die aanmelding van Aanmeldbare Mediese Toestand R 2438 van 1987-10-30, maak uitdruklik daarvoor voorsiening dat 'n prinsipaal nie 'n leerling wat 'n HIV-draer is of vermoedelik so 'n draer is, alleen op grond daarvan bywoning van 'n onderwysinrigting mag weier nie. (Sien reg 7(4) van die Konsepregulasies met betrekking tot Oordraagbare Siektes en die Aanmelding van Aanmeldbare Toestande, Kennisgewing 703 van 1993 (*SK* 15011 van 1993-07-30).) Hierdie konsepregulasies het nog nie in werking getree nie.

Uit bostaande is dit duidelik dat die nie-diskriminasie klousule nie absoluut geld nie. Daarvan getuig die voorsiening wat vir regstellende optrede gemaak word en die feit dat sodanige optrede nie getoets word aan die voorwaardes soos gestel in artikel 33 nie.[92] Verder kan die gebruik van die woord 'onbillik' as tiperend van onaanvaarbare diskriminasie in artikel 8 beteken dat 'billike' diskriminasie bestaanbaar en inderdaad aanvaarbaar is. Verskeie woordeboek-definisies maak voorsiening vir 'n dubbele betekenis van 'diskrimineer', naamlik om *noukeurig* te onderskei en om *onbillik* te onderskei.[93] Die woord 'diskriminasie' het dus nie noodwendig 'n negatiewe betekenis nie. Tog word dikwels hedendaags aanvaar dat diskriminasie op sigself onregverdig of onbillik sal wees en dat dit geen positiewe konnotasie kan hê nie.[94] Diskriminasie word hiervolgens altyd geïnterpreteer as diskriminasie *teen* en nie *tussen* mense nie. Die Grondwet kan egter so uitgelê word dat die woord 'onbillik' daarin geskryf is om duidelik te maak dat wat verbode is, nie slegs onderskeid/differensiasie is nie, maar onderskeid wat sekere groepe of individue onbillik bevoor- of benadeel.[95] Met inagneming hiervan kom sommige skrywers[96] egter tot die gevolgtrekking dat onderskei moet word tussen diskriminasie teen lede van die (tot dusver) benadeelde groep en diskriminasie teen die (tot dusver) bevoorregte groep. Eersgenoemde word as ontoelaatbaar (onbillik) beskou omdat dit die bestaande agterstande voortsit en vererger, terwyl laasgenoemde nie noodwendig as onregverdig/onbillik beskou word nie. Die rede wat aangevoer word vir sodanige onderskeid tussen onbillike en billike diskriminasie, synde dat die een agterstande voortsit en vererger en die ander nie, gaan egter nie op nie[97] en kan die Grondwet laat verval in 'n blote politieke instrument wat op die lange duur nie aan die verwagtinge van die land se mense sal kan voldoen nie. Jenkins stel dit so:[98]

---

[92]Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 151 ev meen egter dat a 8(3)(a) en (b) nie uitsonderings op a 8(1) of 8(2) daarstel nie, maar dat die onderskeie subartikels mekaar aanvul en dat almal (substantiewe) gelykheid nastreef.

[93]Die *Woordeboek van die Afrikaanse Taal* (reds Schoonees en Toerien) (1974) gee die definisie as: '(1) verskil tussen persone of sake insien, in ag neem; noukeurig onderskei (2) [onbillike] onderskeid maak in behandeling of guns tussen twee of meer persone, groepe, volke ens.' Die *Concise Oxford Dictionary* (red Allen) (1991) beskryf 'discrimination' as: '(1) make or see distinction; differentiate (2) make a distinction esp. unjustly and on the bases of race, colour or sex (3) select for infavourable treatment (4) make or see or constitute a difference in or between (5) observe distinctions carefully; have good judgment'.

[94]Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 161.

[95]Cachalia *et al Fundamental Rights in the New Constitution* (1994) 28 gee bv so 'n interpretasie daaraan.

[96]Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 162.

[97]Sien bv Jenkins *Social Order and the Limits of the Law* (1980) 307 ev. Hy meen dat ook sg 'billike' diskriminasie, sy dit dan in die vorm van 'privileged admission' tot Amerikaanse universiteite, die agterstande van die benadeeldes sal bevestig en vererger:'(I)t is my fear that these programs ... will ... lead to both a general lowering of standars and the proliferation of special standards for various minorities'. Sien ook Farber 'The outmoded debate over affirmative action' 1994 *California LR* 893 ev.

[98]311.

> (T)he single-minded pursuit of a particular goal — no matter how worthwhile this may be — blinds us to the larger context in which this pursuit must take place and to the further consequences it inevitably entails. The more passionate and narrowly focused is this pursuit of a particular goal, the more vital it is to have clearly in mind a view of the full field of legal action... (T)he harm we ultimately cause is almost certain to outweigh the good we temporarily achieve.

Die volgende woorde van regter Van Dijkhorst is ook in hierdie verband van belang:[99]

> A constitution ... is drafted with an eye to the future. Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power, and, when joined by a bill of rights, for the unremitting protection of individual rights and liberties. Once enacted, its provisions cannot easily be repealed and amended. It must, therefore, be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers.

Dit is denkbaar dat omstandighede teenwoordig kan wees wat dit billik maak om (noukeurig) tussen mense met HIV en diegene wat nie geïnfekteer is nie, te onderskei. So 'n onderskeid sal op rasionele oorwegings moet berus. Om te diskrimineer op grond van HIV-infeksie alleen, sal bes moontlik onbillik wees, maar indien bykomende faktore soos die veiligheid van ander of dwingende ekonomiese oorwegings aanwesig is, kan so 'n onderskeid billik wees: '(B)y using the word 'unfairly' it (die Grondwet) accommodates the view that discrimination may have a different quality in different contexts, and requires that the specific context is taken into account'.[100] Diskriminasie kan geregverdig wees as 'a fair and rational means of achieving the end of full equality'.[101] Om te voorkom dat HIV-geïnfekteerdes onbillik bo ander mense bevoordeel word, sou dit aanvaarbaar wees om hulle in bepaalde omstandighede noukeurig van ander te onderskei en anders te behandel.

Artikel 8(3)

In aansluiting hierby ontstaan die vraag op mense met HIV aanspraak behoort te kan maak op regstellende optrede ingevolge artikel 8(3) van die Grondwet en op maatreëls van owerheidsweë wat hulle bo ander bevoordeel. Regstellende optrede is waarskynlik daarop gemik om die belange van persone wat in die verlede aan sistematiese onbillike diskriminasie, veral op politieke terrein, onderworpe was, te beskerm en te bevorder. Dit sluit waarskynlik nie mense met HIV in nie, tensy hulle kan bewys dat die diskriminasie wat hulle ondervind onbillik is en dat dit hul ondergeskikte posisie in die samelewing bevestig.[102]

Samevatting

Uit bostaande blyk dit dat Amerikaanse beslissings moontlik van groter regsvergelykende waarde by die interpretasie van artikel 8(2) as by die

---

[99] *De Klerk v Du Plessis* hierbo 128B.

[100] Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 162.

[101] *Ibid.*

[102] Sien vn 41 en vn 65 hierbo.

interpretasie van artikel 8(1) van die Grondwet kan wees. Die hof wat artikel 8 uitlê, is natuurlik nie verplig om die genoemde (of ander) buitelandse beslissings in ag te neem nie. Dit is moontlik dat die hof in elk geval sal beslis dat (formele) gelykheid voor die reg omvattend uitgelê moet word en dat kwesbare persone beskerm moet word en/of dat mense met VIGS, sowel as mense met HIV, as gestremdes beskou moet word wat op substantiewe gelykheid geregtig is.[103]

Indien aanvaar word dat mense met HIV konstitusionele beskerming teen onbillike diskriminasie deur die staat en sy organe geniet, sal die beskerming oor 'n wye terrein geld, byvoorbeeld waar die staat as werkgewer of as verskaffer van dienste optree. Om teen iemand te diskrimineer op grond van sy HIV-infeksie alleen, dit wil sê sonder dat daar ander rasionele en aanvaarbare redes vir die ongelyke behandeling voorhande is, sal stellig neerkom op onbillike diskriminasie en op 'n aantasting van die persoon met HIV se reg op gelykheid.

DIE ENTITEITE WAT DEUR HOOFSTUK 3 GEBIND WORD

Die staat en sy organe

Artikel 4(1) bepaal dat die Grondwet oppergesag het en artikel 4(2) bepaal dat die Grondwet alle wetgewende, uitvoerende en regsprekende staatsorgane op alle regeringsvlakke bind. Artikel 7(1) verklaar dat Hoofstuk 3 alle wetgewende en uitvoerende staatsorgane[104] op alle regeringsvlakke bind. Waarskynlik bind die meer spesifieke bepaling in artikel 7(1) die meer algemene bepaling in artikel 4(2) wat betref fundamentele regte en hul toepassing en is die eerste afleiding wat gemaak kan word dat regsprekende organe nie sonder meer deur Hoofstuk 3 gebind word nie.[105]

Artikel 7(2) verklaar verder dat die menseregteakte van toepassing is op alle reg wat van krag is[106] en op alle administratiewe besluite wat geneem word en handelinge wat verrig word gedurende die tydperk waarin hierdie Grondwet in werking is. Artikel 35(3) bepaal dat by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, 'n hof die gees, strekking en oogmerke van die menseregteakte behoorlik in ag (moet) neem. Artikel 33(2) bepaal dat 'geen regsreël, hetsy 'n reël van die gemene reg,

---

[103]Die begrip substantiewe geregtigheid sluit ook regstellende optrede in, alhoewel dit soos hierbo aangetoon, waarskynlik nie op mense met HIV toepassing sal vind nie. Sien ook vn 32 hierbo.

[104]Volgens a 233(xii) van die Grondwet beteken 'staatsorgaan' ook 'n statutêre liggaam of funksionaris.

[105]Sien Brassey 'Labour relations under the new Constitution' 1994 *SAJHR* 179 189. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die regsprekende gesag net in sommige situasies (waar dit regte en verpligtinge oplê en nie slegs regte en pligte wat reeds tussen privaatpersone bestaan, bevestig nie) aan Hoofstuk 3 gebonde gehou sal word. Sien ook Van der Vyver 'The private sphere in constitutional litigation' 1994 *THRHR* 378 ev.

[106]Van der Vyver 1994 *THRHR* 378 390 meen dat hiermee duidelik gestel word dat die menseregteakte van toepassing is op bestaande reg en nie slegs op wette wat na die inwerkingtreding van die Grondwet tot stand kom nie.

gewoontereg of wetgewing' enige reg wat in Hoofstuk 3 verskans is, mag beperk nie, behalwe soos in artikel 33(1) of enige ander bepaling van die Grondwet, bepaal.

'n Saamlees van al hierdie artikels het sommige skrywers tot die gevolgtrekking laat kom dat die Grondwet nie net vertikaal nie (maw tussen die onderdaan en die staat nie), maar ook horisontaal, dit wil sê op regsverhoudings tussen persone onderling kan geld.[107] Hierdie siening word moontlik versterk deur die gedagte dat die tradisionele, 'libertynse' (en myns insiens korrekte) benadering (waarvolgens 'n grondwet owerheidsoptrede moet beperk en kontroleer[108] eerder as om verpligtinge op private individue te plaas)[109] vervang behoort te word deur 'n meer progressiewe, 'bevrydende' benadering.[110] Volgens laasgenoemde benadering het die sosiale welvaartstaat 'n verpligting om alle burgers se regte op bemagtiging en welvaart omvattend te beskerm. So 'n progressiewe bedoeling, dit wil sê om af te wyk van die tradisionele rol van 'n grondwet, blyk egter nie uit die bepalings van die Grondwet nie.[111] Artikel 33(4) bepaal byvoorbeeld uitdruklik dat Hoofstuk 3 nie maatreëls wat daarvoor ontwerp is om onbillike diskriminasie deur *ander liggame en persone* as dié wat ingevolge artikel 7(1) gebonde is, te verbied nie. Indien die wetgewer dit wenslik ag, kan wetgewing mettertyd

---

[107]Sien bv Basson *South Africa's Interim Constitution: Text and Notes* (1994) 15; Du Plessis 1994 *Stellenbosch Regstydskrif* 86 88; Albertyn en Kentridge 1994 *SAJHR* 149 160; Kruger 'Die beregting van fundamentele regte gedurende die oorgangsbedeling' 1994 *THRHR* 396 400.

[108]Volgens Mureinik 'A bridge to where? Introducing the interim Bill of Rights' 1994 *SAJHR* 31 32 vorm die menseregteakte 'n brug vanaf 'n kultuur van outoriteit na een van verantwoording: 'A Bill of Rights is a compendium of values empowering citizens affected by laws or decisions to demand justification.'

[109]Sien Brassey 1994 *SAJHR* 179 191; *De Klerk v Du Plessis* hierbo 125.

[110]Du Plessis 'The genesis of the chapter on fundamental rights in South Africa's transitional Constitution' 1994 *SA Publiekreg* 1 2–4 skets die stryd tussen die 'libertarians' en die 'liberationalists' by die opstel van die Grondwet. Eg is gesteld op individuele vryheid en minimale inmenging deur die staat. Lg is ten gunste van gelykheid (veral wat betref die verspreiding van middele), staatsinmenging, sosio-ekonomiese opheffing en tweede- en derdegenerasieregte. Eg het die oorhand gehad by die opstel van die tussentydse Grondwet (daar het bv maar weinig tereg gekom van sosio-ekonomiese regte) maar daar kan verwag word dat die finale Grondwet groter erkenning aan lg se waardes en aan bv sosio-ekonomiese regte sal verleen.

[111]R Van Dijkhorst beslis dat die bedoeling van die Grondwet gesoek moet word 'within the four corners of the Constitution' en dat dit nie korrek is om by die interpretasie van die Grondwet te kyk na geskrifte van persone wat betrokke was by die grondwetlike onderhandelings te Kempton Park nie: 'The drafters are presumed to intend what they expressed to be their intention' (*De Klerk v Du Plessis* hierbo 130C). Ook Marcus 'Interpreting the chapter on fundamental rights' 1994 *SAJHR* 92 98 meen dat dit min betekenis sal hê om na die voorafgaande debatte te kyk. Sien egter Du Plessis 1994 *SA Publiekreg* 1 vir 'n teenoorgestelde standpunt oor die waarde van die *travaux préparatoires*. Verskeie teorieë oor die uitleg van grondwetlike tekste bestaan: die teorie wat soek na die oorspronklike bedoeling van die opstellers of na die gewone betekenis van woorde; die teorie wat poog om die teks in sy geheel uit te lê (die strukturaliste) en die teorie wat klem lê op die politieke proses en die beskerming van minderhede (Woolman 1994 *SAJHR* 60 79).

dus ook op dié terrein aanvaar word. Nóg private persone nóg regspersone word in artikel 7(1) genoem. Aangesien die weglating van sulke belangrike kategorieë[112] kwalik 'n oorsig kan wees, moet die gevolgtrekking wees dat hulle nie deur artikel 7(1) gebonde is nie. Wat betref artikel 7(2) wat die akte toepaslik maak op 'alle reg wat van krag is' en artikel 33(2) wat bepaal dat die gemene reg nie uitgesluit is van die howe se toetsingbevoegdheid nie, kan tot die gevolgtrekking gekom word dat alhoewel hierdie artikels verwys na wetgewing, gemene reg en gewoontereg, dit nie beteken dat hulle geld ten opsigte van *alle* toepassings van hierdie onderskeie regsbronne nie, maar slegs in die mate wat hulle die posisie reël van entiteite wat deur Hoofstuk 3 gebind word, met ander woorde die staat in sy wetgewende en uitvoerende vertakkings.[113] Die wetgewer wat gemene reg in wetgewing bevestig, sal ingevolge so 'n siening deur Hoofstuk 3 gebonde wees. Wetgewing is 'n vorm van owerheidsingreep, dit het openbare status en kan teen die Grondwet getoets word.[114] Artikel 7(2) gee met ander woorde die wetgewer opdrag om by wetgewing die grondwetlike regte te eerbiedig en om nie diskriminerende wetgewing uit te vaardig nie. Die optrede van private persone val egter buite die trefwydte van Hoofstuk 3 in die mate wat hul handelings nie op wetgewing nie, maar op die gemene reg, of selfs op geen regsreëling nie,[115] berus.

Artikel 35(3), wat 'n hof opdrag gee om by die uitleg van gemene reg en gewoontereg die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 in ag te neem, kan verder bloot beskou word as 'n benadering tot die interpretasie, aanwending en ontwikkeling van ons reg wat uitdrukking moet gee aan die gees van die menseregteakte en wat daarna streef om regsreëls eerder met geldigheid as met ongeldigheid te beklee.[116] Indien die moontlikheid van horisontale werking na aanleiding van die begrip *mittelbare Drittwirkung* in die Duitse reg ondersoek word,[117] kan die gevolgtrekking gemaak word dat horisontale werking net toepassing behoort te vind waar gemeenregtelike reëls abstrak en algemeen bewoord is en waar die howe 'n wye diskresie gegee is by die interpretasie daarvan. Horisontale werking sou dienooreenkomstig gelding kon geniet in omstandighede waar die gemene reg geen duidelik toepaslike reël het nie of waar die reëls vaag en weersprekend is.[118]

Die Konstitusionele Hof het nog geen uitstluitsel oor die aangeleentheid gegee

---

[112]Volgens Brassey 1994 *SAJHR* 179 186 ev dui a 14(2), a 23 en a 33(1) ook op die uitsluiting van private persone. Private persone kan bv nie 'algemeen geldende reg' waarna a 33(1) verwys, tot stand bring nie.

[113]Sien Brassey 1994 *SAJHR* 179 184.

[114]Lourens en Frantzen 1994 *CILSA* 340 345.

[115]Sien ook Powell 'African customary law, equality and the guarantee of propery under a bill of rights' (LLB-skripsie 1993 Universiteit van Kaapstad) 39–40 soos aangehaal deur Visser 'The future of the law of delict' in *Die Toekoms van die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (red Van Aswegen) (1994) 26 34.

[116]Brassey 1994 *SAJHR* 179 187

[117]Sien bv Bennett 'The equality clause and customary law' 1994 *SAJHR* 122 127.

[118]'(W)henever there is room for interpretation ... and development of the common law' (*De Klerk v Du Plessis* hierbo 133F).

nie en die uitsprake van die Hooggeregshof in dié verband — wat weliswaar almal oor die vryheid van uitdrukking soos vervat in artikel 15(1) van die Grondwet gehandel het — weerspreek mekaar.[119] In die lig van bostaande, myns insiens oortuigende, argumente en met inagneming van die besondere reg wat hier ter sprake is[120] (die reg op gelykheid en die verbod op onbillike diskriminasie) word vir die verdere bespreking aanvaar dat slegs 'die wetgewende en uitvoerende staatsorgane'[121] gebonde is aan artikel 8 van die Grondwet en dat hierdie artikel nie horisontale werking sal hê nie. Indien hierdie artikel horisontale werking gegee word, kan dit in botsing kom met verskeie ander fundamentele regte[122] en 'n groot terrein van die privaatreg in onsekerheid dompel.[123]

In die mate wat die gemene reg, of selfs geen regsreël nie, dus die verhouding tussen individue of regspersone onderling reël, word dit myns insiens nie deur die bepalings van artikel 7(2) gebind nie. Die hof sal wel ingevolge artikel 35(3) by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 in ag moet neem. Hoofstuk 3 sal met ander woorde dien as riglyn by die interpretasie van onduidelike of dubbelsinnige bepalings.

Private persone en regspersone?

Wat sou nou die posisie wees wat betref verhoudings tussen byvoorbeeld werkgewer en voornemende werknemer of geneesheer en pasiënt? Sou voorindiensnemingstoetse vir HIV en die weiering om mense met HIV in diens te neem in die private werkplek byvoorbeeld aanvaarbaar wees? Alhoewel die huidige Wet op Arbeidsverhoudinge[124] werknemers, insluitend dié met HIV,

---

[119]In *Mandela v Falati* 1994 (4) BCLR 1 (W) het r Van Schalkwyk beslis dat Hoofstuk 3 horisontale werking het. In *De Klerk v Du Plessis* hierbo het r Van Dijkhorst beslis dat Hoofstuk 3 net vertikale werking het. In *Gardener v Whitaker* 1994 (5) BCLR 19 (E) het r Froneman beslis dat alhoewel Hoofstuk 3 primêr gerig is op die beskerming van die individu teen die staat, dit — afhangende van die spesifieke reg en die omstandighede — ook horisontale werking kan hê.

[120]Sien *Gardener v Whitaker* hierbo 31BC.

[121]Waarskynlik word hierby ook liggame inbegryp wat onder beheer van die staat staan of wat 'n tradisionele owerheidsfunksie verrig, maar die posisie is geensins eenvoudig nie en hierdie bepaling sal deur die howe uitgelê moet word. Van der Vyver 1994 *THRHR* 378 391 wys daarop dat daar enersyds geargumenteer kan word dat die bepaling so wyd as moontlik uitgelê moet word, maar dat daar aan die ander kant gewaak moet word teen totalitarisme. In die Kanadese beslissing *McKinney v University of Guelph* (1991) 76 DLR (4th) 545 is drie toetse bv aangewend om te bepaal of die Kanadese handves van toepassing is op 'n universiteit se regulasies: die mate van beheer wat die owerheid oor die universiteit uitoefen, die mate waarin die universiteit owerheidsfunksies verrig en die mate waarin dit 'n bepaalde regeringsdoelstelling moet bevorder.

[122]Bv die reg op vryheid van assosiasie (a 17) en die reg op vryheid van ekonomiese verkeer (a 26).

[123]Dit is ondenkbaar dat die opstellers van die Grondwet so-iets bedoel het. Sien *De Klerk v Du Plessis* hierbo 125CE.

[124]28 van 1956.

teen onbillike arbeidspraktyke beskerm,[125] word aansoekers om werk nie teen sodanige arbeidspraktyke of 'n diskriminerende indiensnemingsbeleid beskerm nie. Die siening was tot nog toe dat die posisie van aansoekers om werk òf deur geen regsreëls beheer is nie, òf dat die bestaande gemeenregtelike beginsel van vryheid van kontraksluiting tussen private individue en/of regspersone geld. Hiervolgens sou voorindiensnemingstoetse vir HIV toelaatbaar wees, natuurlik mits die aansoeker om werk sy ingeligte toestemming daartoe gee.[126] Op dieselfde basis kan 'n geneesheer tans met sekere uitsonderings,[127] regtens[128] weier om mense met HIV te behandel.

Ooreenkomstig bostaande uiteensetting word kontrakte wat ingevolge die gemene reg gesluit word, waar die regsbeginsels duidelik is en waarby die staat geen party is nie, nie deur die werking van Hoofstuk 3 en die verbod op onbillike diskriminasie geraak nie. Die toetsing en uitsluiting van HIV-geïnfekteerdes wat aansoek doen om werk in die private sektor, of die weiering van 'n geneesheer wat vir sy eie rekening praktiseer om pasiënte met HIV te behandel, val gevolglik buite die trefwydte van Hoofstuk 3 omdat dit uitsluitlik te doen het met 'n private aangeleentheid. Ook by die uitleg van die gelykheidsbeginsel in die Grondwet sal aansoekers om werk in die private werkplek waarskynlik geen aanspraak op beskerming teen onbillike arbeidspraktyke hê nie omdat die bestaande wetgewing (die Wet op Arbeidsverhoudinge) geen inbreuk op hul voorafbestaande regte gemaak het nie. Die hof het slegs die bevoegdheid om positiewe inbreuke op bestaande regte te voorkom.[129] Op dieselfde wyse sou pasiënte met HIV regtens geen aanspraak op behandeling deur private geneeshere hê nie.

Die voorstelle vir 'n nuwe Wet op Arbeidsverhoudinge[130] moet waarskynlik

---

[125]Sien bv Strauss 'Employees with AIDS: Some legal issues' *Huldigingsbundel vir WA Joubert* (red Strauss) (1988) 140; Van Wyk 'Enkele opmerkings oor VIGS in die werkplek' 1988 *De Jure* 326.

[126]Oor die praktiese voordele van sulke toetse bestaan daar min eenstemmigheid. Sien bv Mokhobo 'AIDS: Balancing individual rights with business imperatives' 1993 *SAJHR* 105 en Albertyn en Rosengarten 'HIV and AIDS: Some critical issues in employment law' 1993 *SAJHR* 77.

[127]Bv waar 'n noodgeval ter sprake is.

[128]Ingevolge die SAGTR se 1993-riglyne is sodanige weiering nie eties korrek nie. Sien vn 21 hierbo.

[129]Volgens Brassey 1994 *SAJHR* 179 193 ev bring hierdie interpretasie mee dat die gelykheidsklousule slegs aangewend kan word om die bevoorregte groep in dieselfde posisie as die benadeeldes te plaas en sal dit geen verbetering in die posisie van aansoekers om werk teweegbring nie. Indien 'n wyer, meer indirekte benadering gevolg word (wat nie hier voorgestaan word nie), kan geargumenteer word dat die uitsluiting van aansoekers om werk van die beskerming van die Wet op Arbeidsverhoudinge neerkom op 'n verbreking van die reg op gelykheid en op billike arbeidspraktyke deur 'n staatsorgan (die wetgewer). Ingevolge so 'n benadering sou die hof moontlik bereid wees om 'n bevel te gee wat aansoekers se uitsluiting uit die wet verwyder of wat die wetgewer opdrag gee om dit te doen (mits die 'oorsig' deur die wetgewer nie deur a 33(1) gedek word nie).

[130]Sien die *Draft Negotiating Document in the Form of a Labour Relations Bill*, Kennisgewing 97 van 1995 (*SK* 16259 van 1995-02-10). Die konsepwet is ongelukkig slegs in Engels beskikbaar.

in die lig van bostaande beoordeel word en kan beskou word as 'maatreëls wat daarvoor ontwerp is om onbillike diskriminasie deur ander liggame en persone as dié wat ingevolge artikel 7(1) gebonde is, te verbied'.[131] Die primêre oogmerk van die konsepwetgewing is onder meer om gevolg te gee aan die fundamentele reg op billike arbeidspraktyke soos vervat in artikel 27 van die Grondwet.[132] Die konsepwet sal (met enkele uitsonderings) van toepassing wees op alle werknemers[133] sowel as op 'any person seeking employment'.[134] Ingevolge die voorstelle sal 'n werkgewer in die privaat sektor in die toekoms nie onbillik[135] kan diskrimineer teen (gestremde)[136] aansoekers om werk nie.[137] Om op grond van HIV-infeksie alleen te onderskei, met ander woorde sonder dat daar rasionele redes vir die onderskeid aangevoer kan word, sal waarskynlik op onbillike diskriminasie en op 'n onbillike arbeidspraktyk neerkom.[138] Die konsepwet maak egter voorsiening daarvoor dat die vereistes van die besondere betrekking bepaalde onderskeide mag noodsaak.[139] Die verbod op onbillike diskriminasie beteken dus nie sonder meer dat 'n private werkgewer verplig sal kan word om mense in diens te neem ongeag hul HIV-status nie. Omstandighede kan voorsien word waar dit billik sal wees om iemand aan 'n HIV-toets te onderwerp voor indiensneming. Dit sou die geval wees waar wetenskaplike getuienis byvoorbeeld aantoon dat HIV-infeksie in 'n bepaalde betrekking 'n

---

[131]A 33(4) van die Grondwet.

[132]klousule 2 van die konsepwet.

[133]Klousule 1 bepaal dat die wet van toepassing sal wees op alle werknemers en werkgewers in die Republiek, 'save for members of the National Defence Force ... the agencies or services established by section 3 of the Intelligence Services Act ... and the South African Police Service contemplated in section 214 of the Constitution'.

[134]klousule 5(1).

[135]Gelykluidende bepalings as in die Grondwet word gebruik. In die lig daarvan dat klousule 3 bepaal dat die nuwe wetgewing uitgelê moet word in ooreenstemming met die Grondwet, is dit nie vreemd nie.

[136]Soos hierbo gesien, moet 'gestremdheid' soos vervat in a 8 van die Grondwet, nog vertolk word en moontlik sal dat ook HIV-infeksie insluit.

[137]Volgens Van der Vyver 1994 *THRHR* 378 380 kan inmenging in die privaatsfeer in die werkplek tot 'n mate geregverdig word in die lig daarvan dat daar 'n analogie tussen publiekreg — die ware terrein van 'n menseregteakte — en werkgewer-werknemerverhoudings is:' Both are founded on conditions of authority and subordination, and since human rights protection addresses the abuse of authority by the repositories of such authority in power relations, there can be no serious objections to applying a bill provision in the area of labour.' (Hy verwys hier spesifiek na a 9.3 van die Duitse *Grundgesetz* wat vryheid van assosiasie in die konteks van arbeidsverhoudinge waarborg en uitdruklik voorsiening daarvoor maak dat enige ooreenkoms wat daardie vryheid wil beperk of uitsluit, nietig sal wees.)

[138]Volgens klousule 186(1) sluit 'n onbillike arbeidspraktyk die volgende in: '(a) the unfair discrimination, either directly or indirectly, against an employee on the grounds of race ... sex .... sexual orientation ... disability ...(b) the unfair conduct of the employer concerning the promotion, demotion or training of an employee or the provision of benefits to an employee'.

[139]Klousule 186(1)(a) bepaal dat geen onbillike diskriminasie op genoemde gronde mag plaasvind nie '(p)rovided that any distinction, exclusion or preference based on the inherent requirements of the particular position shall not constitute unfair discrimination'.

gevaar vir die veiligheid of gesondheid van ander inhou.[140]

BOTSENDE GRONDWETLIKE WAARDES

Bostaande bespreking, insluitende dié oor die voorgestelde wetgewing oor arbeidsverhoudinge moet egter gesien word teen die agtergrond van artikel 11 van die Grondwet (wat die vryheid en sekuriteit van die persoon waarborg), artikel 17 (wat die vryheid van assosiasie waarborg) en artikel 26(1) (wat die vryheid van ekonomiese verkeer waarborg). Wetgewing wat inbreuk op hierdie regte maak, kan aangeveg word. (Artikel 26(2) bepaal egter dat subartikel (1) nie maatreëls belet wat daarvoor ontwerp is om 'die beskerming of die verbetering van die lewenskwaliteit, ekonomiese groei, mensontwikkeling, sosiale geregtigheid, ... billike arbeidspraktyke of gelyke geleenthede vir almal te bevorder nie, mits sodanige maatreëls regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid'.)

Die botsende waardes wat in die Grondwet vervat word, spreek duidelik hieruit. Die Grondwet is enersyds 'n reaksie teen outoritêre staatsoptrede en diskriminasie, en andersyds steun dit swaar op internasionale, Westerse norme waarby 'n vryemarkstelsel en demokrasie volgens Westerse standaarde ingesluit word.[141] Daar bestaan 'n spanning tussen die reg op sosiale gelykheid en die reg op individuele vryheid. In wese kom dit neer op 'n moeilik versoenbare botsing tussen die 'bevryders' en die 'libertyne' en tussen voorstanders van aansienlike owerheidsinmenging en die voorstanders van minimale owerheidsinmenging.[142]

Libertyne sal die Grondwet moontlik soos volg interpreteer: Alhoewel soms ontken word dat daar 'n hiërargie van regte in die Grondwet bestaan,[143] stel die Grondwet self strenger voorwaardes vir die beperking van die reg op vryheid as vir die beperking van die reg op gelykheid[144] en sou 'n mens daaruit kon aflei dat die reg op vryheid voorrang bo die reg op gelykheid

---

[140]Indien mediese getuienis afdoende bewys lewer dat demensie alreeds op 'n vroeë stadium van HIV-infeksie aanwesig kan wees, sou dit geregverdig wees om bv mense wat die lugverkeer by lughawens reël, te toets — voor indiensneming, en ook op 'n deurlopende grondslag daarna. Sien Albertyn en Rosengarten 1993 *SAJHR* 77 88.

[141]Sien Botha 1994 *SA Publiekreg* 233 237 ev en Van der Walt 'The future of private ownership of land' 1994 *Codicillus* 4 6. Onder die beginsels wat "n oop en demokratiese samelewing' ten grondslag lê (soos aangehaal in a 33(1) en a 35(1) van die Grondwet) kan 'n wye verskeidenheid waardes ingesluit word: waardigheid van die individu, sosiale geregtigheid, openbare veiligheid, ekonomiese welvaart ens.

[142]En uiteindelik ook tussen eerstegenerasie- en tweedegenerasieregte aangesien kwalik aan tweedegenerasieregte gevolg gegee kan word sonder om eerstegenerasieregte aan te tas (Jenkins 265 ev). Sien vn 110 hierbo.

[143]Sien bv r Froneman se opmerkings in *Gardener v Whitaker* hierbo 21 EF. Sien ook in die algemeen Marcus 1994 *SAJHR* 92.

[144]A 33(1) bepaal dat die beperking van die reg vervat in a 11 (die reg op vryheid en sekuriteit van die persoon) ook aan die vereiste van noodsaaklikheid moet voldoen. Hierdie vereiste word nie gestel tov die beperking van die reg op gelykheid soos vervat in a 8 nie. Woolman 1994 *SAJHR* 60 82 meen ook dat sekere waardes belangriker as ander is en groter beskerming moet geniet.

behoort te geniet.[145] Mense met HIV, wat na verwagting 'n groot deel van ons bevolking gaan uitmaak,[146] se reg op gelykheid kan nie op horisontale vlak beskerm en afgedwing word sonder om die ekonomiese implikasies daarvan in ag te neem nie. Indien sodanige beskerming wesenlike inbreuk maak op vrye ekonomiese bedrywighede in die private sektor, kan ondernemers besluit om hul besighede in ander lande te bedryf waar sulke maatreëls nie bestaan nie. Vir die verwesenliking van talle fundamentele regte, soos die reg op basiese onderwys[147] en kinders se reg op basiese maatskaplike en gesondheidsdienste[148] is ekonomiese groei, werkskepping en internasionale mededingendheid noodsaaklik. Artikel 8(2)[149], artikel 26(2)[150] en artikel 33(1)[151] kan aangewend word om, waar dit werklik aangedui is, die ongelyke behandeling van mense met HIV vir 'n legitieme sosiale doel (ekonomiese groei en werkskepping), te regverdig. Veral artikel 33(1) maak 'n afweging van belange van die staat teenoor dié van die individu moontlik en weerspieël die filosofiese en politieke spanninge wat in 'n liberale demokrasie teenwoordig is.[152]

Aan die ander kant sal die 'bevryders' waarskynlik argumenteer dat omvattende staatsinmenging op horisontale vlak juis nodig is om sosiale geregtigheid en billike arbeidspraktyke te bevorder en dat 'n grondwet nie ernstig opgeneem kan word indien dit nie mense se mees basiese lewensbehoeftes probeer bevredig nie. Ingevolge hierdie siening is eerstegenerasieregte blote luukshede solank as wat mense ly of swaarkry.[153] In die konteks van VIGS beteken dit dat die staat sy versorgingsplig moet nakom en dat nie alleen die staat (en by implikasie die belastingbetaler) nie, maar ook die privaat sektor die las van VIGS in die samelewing moet dra.

Hoe die twee uiteenlopende doelstellings (vryheid en ekonomiese groei aan die een kant en sosiale geregtigheid en gelykheid aan die ander kant) versoen gaan word, of aan welke een voorrang gegee gaan word, sal deur die howe beslis moet word.

GEVOLGTREKKING

Die Grondwet verleen omvattende beskerming teen onbillike diskriminasie en verbied ongelyke behandeling. Mense met HIV en VIGS sal stellig op formele

---

[145]Sien bv r Van Schalkwyk se bereidheid om in *Mandela v Falati* hierbo 8E voorrang te verleen aan die reg op vryheid van spraak en uitdrukking omdat dit die reg sou wees waarvan alle ander fundamentele regte afhanklik sou wees.

[146]Sien vn 34 hierbo.

[147]Sien a 32(a) van die Grondwet.

[148]Sien a 30(1)(c) van die Grondwet.

[149]Met die klem op die billikheid van die onderskeid.

[150]Met die klem op ekonomiese groei as doelstelling.

[151]Met die klem op die redelikheid en regverdigbaarheid van die onderskeid.

[152]Woolman 1994 *SAJHR* 60 62.

[153]Sien bv Mureinik 'Beyond a charter of luxuries: Economic rights in the Constitution' 1992 *SAJHR* 464 en Davis 'The case against the inclusion of socio-economic demands in a Bill of Rights except as directive principles' 1992 *SAJHR* 475.

gelykheid ingevolge die Grondwet aanspraak kan maak. Of hulle ook op substantiewe gelykheid geregtig is, sal daarvan afhang of ons howe VIGS en HIV-infeksie as gestremdhede gaan beskou en bereid sal wees om die spesifieke beskerming teen onbillike diskriminasie na persone met VIGS en HIV uit te brei. Indien wel, sal die staat en sy organe, insluitende die wetgewer, gebonde wees. Wetgewing wat op geïnfekteerdes se gelyke regte inbreuk maak, sal aangeveg kan word, tensy bewys kan word dat die wetgewing redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing wat op vryheid en gelykheid gebaseer is.

Waar verhoudings tussen private persone ter sprake is en deur die gemene reg (of deur geen regsreëling nie) gereël word, het die verbod op onbillike diskriminasie en die reg op gelykheid nie betrekking nie. Die regsprekende gesag behoort nie oormatig in te gryp op die private terrein en sonder meer horisontale werking aan artikel 8 van die Grondwet te verleen nie. Konstitusionalisme wil die individu juis teen die misbruik van owerheidsmagte beskerm aangesien die verhouding tussen die staat en individu ongelyk is en die staat oor magte beskik waaroor die individu nie beskik nie. Deur aan die howe die bevoegdheid te verleen om met gevestigde privaat belange in te meng, word die basiese norm van die handves ontken, naamlik die beskerming van die individu teen die owerheidsgesag: '(T)he doctrine of individual rights requires that the state not interfere in the lives of its citizens but leave them free to live how ... they choose.'[154] Indien die wetgewer, as verkose verteenwoordiger van die volk, dit egter sou verlang, kan wetgewing ook op horisontale vlak gemaak word om die regte van individue omvattend te beskerm. Dit het trouens reeds in die privaat werkplek gebeur waar die wetgewer ingrypende maatreëls getref het om die verhouding tussen werkgewer en werknemer op horisontale vlak te reël. Met die nuwe konsepwet op arbeidsverhoudinge word die bestaande maatreëls uitgebrei om ook aansoekers om werk en ander werknemers wat voorheen uitgesluit was, teen onbillike arbeidspraktyke te beskerm. Hierdie konsepwet maak egter steeds voorsiening, in taal soortgelyke aan dié in die Grondwet, vir billike diskriminasie. Waar mense met HIV vir spesiale behandeling uitgesonder word, kan hierdie diskriminasie in bepaalde omstandighede billik wees. Dit sou die geval wees waar die onderskeid en die spesiale behandeling nie op die infeksie as sodanig nie, maar op ander rasionele oorwegings berus.

Ten slotte moet in gedagte gehou word dat die reg maar 'n beperkte bydrae kan lewer tot die oplossing van die sosiale probleme wat mense met HIV ondervind en dikwels nie veel aan verhoudings in die samelewing kan verander nie. Die toekenning van regte kan sake oorvereenvoudig en die indruk skep dat alle probleme daarmee uit die weg geruim is. Opvoeding van die publiek — wat ook 'n belangrike owerheidstaak is — het waarskynlik 'n selfs groter rol as die reg in hierdie verband te speel.

---

[154]Jenkins 265.