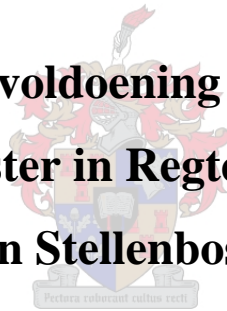


Geslag en Regstellende Aksie in die Werkplek

Barbara Evelyn Loots

**Tesis ingelewer ter voldoening aan die vereistes vir
die graad van Magister in Regte aan die Universiteit
van Stellenbosch**



Studieleier: Mnr C Garbers

April 2005

Verklaring

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie tesis vervat, my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê het nie.

Handtekening:

Datum:

OPSOMMING

In klaarblyklike teenstelling met diskriminasie, het die konsep van regstellende aksie geen universeel-aanvaarde eenvormige betekenis nie. Regstellende aksie kan aan die eenkant toegepas word met die oogmerk om gelyke geleenthede te bewerkstellig vir persone of groepe teen wie voorheen gediskrimineer is. Aan die anderkant kan die toepassing daarvan meer omstrede wees indien die voorkeur wat aan swart persone, vroue en gestremde persone toegeken word, besluitnemingprosesse tot so 'n mate beïnvloed dat hulle byvoorbeeld aangestel word in plaas van beter gekwalifiseerde kandidate. Regstellende aksie se voor- en nadele hang af van die benadering wat gevolg word in die toepassing daarvan. In Suid-Afrika word regstellende aksie in a 15 van die *Employment Equity Act 55* van 1998 (EEA) omskryf as 'n maatreël wat geïmplementeer word ten einde gelyke geleenthede en billike verteenwoordiging van toepaslik gekwalifiseerde persone, vanuit aangewese groepe, te verseker. Regstellende aksie geniet dus wetgewende steun en word ontwikkel in die regspraak, maar tog is 'n aantal probleme te bespeur. Een kwelpunt is die feit dat die verhouding tussen regstellende aksie, diskriminasie en gelykheid geen sekerheid rakende die teoretiese grondslag van regstellende aksie bied nie. Regstellende aksie-maatreëls is gemik op die realisering van werksomstandighede waar werklike (nie bloot teoretiese) uitoefening van gelykheidsregte realiseerbaar is, en die aanspreek van gevolge van diskriminasie wat sekere samelewingsgroepe moes verduur. In *Harmse v City of Cape Town* [2003] 6 BLLR 557 (LC), het die hof bevind dat die breë grondwetlike ideaal van gelykheid impliseer dat die uitskakeling van onbillike diskriminasie regstellende aksie insluit. Dié redenasie is gebaseer op die gelykheidsklousule van die Grondwet se a 9(2) wat voorsiening maak vir die ontwikkeling van maatreëls, soos regstellende aksie, “vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.” In *Dudley v City of Cape Town* [2004] 5 BLLR 413 (LC) het die hof bevind dat die EEA 'n onderskeid tref tussen die verbod op onbillike diskriminasie en regstellende aksie, soos vervat in die wet se hoofstukke II en III onderskeidelik, wat aanslag, doel en toepassing betref. Dit beteken egter nie dat daar geen verband tussen die twee konsepte is nie. Verder is daar die probleem van effektiwiteit. Die ongelyke geslagsverdeling in die werkplek, soos weerspieël in die samestelling van die arbeidsmark, beklemtoon die feit dat regstellende aksie-maatreëls nie effektief genoeg is om gelykheid in die werkplek te bevorder nie. Dié

probleem se oorsprong is te vinde in die wisselende effek van regstellende aksie-maatreëls afhangende van die gekose benadering tot die betekenis van gelykheid (naamlik formele gelykheid, gelykheid van geleenthedede of substantiewe gelykheid) wat dit poog te bevorder. Regstellende aksie het daarom nie die bevordering van vroue, as 'n aangewese groep, in die werkplek tot gevolg nie. Derdens is daar ook probleme te bespeur met die afdwinging van regstellende aksie. Ander moontlike alternatiewe tot regstellende aksie, soos diversiteitsbestuur wat beide die werkgewer en die werknemers bevoordeel, moet moontlik oorweeg word ten einde vroue te bemagtig om op gelyke voet met mans in die arbeidsmark te kan kompeteer. Diversiteitsbestuur blyk beide 'n sosiale en 'n ekonomiese voordeel in te hou vir die ontwikkeling van 'n billik verteenwoordigende arbeidsmark.

SUMMARY

*The concept of affirmative action, in contrast to discrimination, does not have a universal uniform meaning. On the one hand affirmative action can be seen as an attempt to promote equal opportunities for individuals or groups previously disadvantaged by discrimination. On the other hand, its application is controversial when black people, women and disabled people are given preference, for example, when decisions are made that preclude the appointment of better-qualified candidates. Affirmative action therefore has pros and cons, depending on the approach adopted. In South Africa affirmative action, as defined in s 15 of Employment Equity Act 55 of 1998 (EEA), is seen as a measure that ensures equal employment opportunities and equitable representation of suitably qualified people from designated groups. Affirmative action thus enjoys legislative recognition and is judicially developed by the courts. Nonetheless the concept is problematic. A specific concern is the fact that the meaning of affirmative action is even more elusive when the conceptual relationship to discrimination and equality is examined in an effort to identify its theoretical foundation. Affirmative action is aimed at pursuing working conditions that promote a real, and not just theoretical, realisation of rights. It focuses on addressing the burden of discrimination, which is still borne by certain groups in society. In *Harmse v City of Cape Town* [2203] 6 BLLR 557 (LC), the court found that the broader idea of constitutional equality implies that the elimination of unfair discrimination includes affirmative action. The court based its reasoning on s 9(2) of the equality clause of the Constitution, wherein provision is made for measures, such as affirmative action, that are “designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination...” In *Dudley v City of Cape Town* [2004] 5 BLLR 413 (LC) the court found that the EEA distinguishes between the prohibition of unfair discrimination and affirmative action, as contained in chapters II and III of the Act, regarding approach, aim and application. This however does not imply that the two concepts are in no way connected. Another area of concern relates to doubts surrounding the effectiveness of affirmative action. The gender gap in the workplace becomes apparent when the labour market composition is taken into consideration. This emphasises the fact that affirmative action is not accomplishing sufficient transformation to further equality in the workplace. The origin of the problem lies in the fact that the impact of affirmative*

action depends on the approach to equality (be it formal equality, equality of opportunities or substantive equality) that it is designed to promote. Another affirmative action dilemma is the problem of enforcement of measures of this nature. Other alternatives, such as diversity management where both the employer and the employees benefit, should possibly be considered as a method of effectively empowering women to ensure that they can compete successfully with men in the labour market. Diversity management ultimately appears to have a social, as well as an economic advantage in the development of equitable representation of disadvantaged groups in the labour market.

Erkennings

Oneindige dank aan die Hemelse Vader wat my die geleentheid en die vermoë gegee het om my LLM te voltooi. Baie dankie aan Ma, Pa, Abrie en die res van my familie vir julle ondersteuning en liefde. Dit is vir my van onskatbare waarde. Ek is veral dank verskuldig aan my studieleier, mnr. C Garbers, vir sy leiding, opmerkings en voorstelle. Gesprekke met hom het grotendeels my verhandeling gevorm. Verder bedank ek oom Bill Kennedy, direkteur van Myles Ahead CC, vir die onbeperkte gebruik van sy internetfasiliteite vir my navorsing. Baie dankie aan tannie Annette en Grazelda vir julle geduld en ondersteuning. Jeannine, Leza, Marcia, Yvonne en Maartje, dankie vir julle ondersteuning en vriendskap.

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK EEN

INLEIDING

1	Oogmerk en Metodologie	1
2	Die Vrou en die Reg: 'n Historiese Perspektief.....	1
2 1	Die Oorspronklike beskouing van die Vrou se Rol	4
2 2	Die Geregtelike Beskouing van die Vrou as Juris	9
3	'n Hedendaagse Beskouing van die Vrou as Juris	16
4	Uiteensetting	18

HOOFSTUK TWEE

TEORETIESE- EN WETGEWENDE RAAMWERK

1	Regstellende Aksie in Perspektief	20
2	Beide Kante van die Regstellende Aksie Muntstuk.....	23
2 1	Die Nadele van Regstellende Aksie.....	25
2 2	Die Voordele van Regstellende Aksie	28
3	Deur Suid-Afrika se Oë	32
4	Regstellende Aksie se Rasionaal	34
5	Verskeie Benaderings tot Regstellende Aksie	37
5 1	Temperamentele benadering.....	37
5 2	Rolverwante Benadering.....	38
5 3	Sosiaal-strukturele Benadering	39
5 4	Verdere Uitbreidings.....	40
5 5	Suid-Afrika se Weergawe	42

HOOFSTUK DRIE

GELYKHEID EN DISKRIMINASIE AS DIE TEENPOLE VAN REGSTELLEDE AKSIE

1	Die Teenpole.....	44
2	Gelykheid.....	46
3	‘n Grondwetlike Beskouing van Gelykheid.....	60
4	Die <i>Employment Equity Act</i> 55 van 1998 se Benadering tot Gelykheid.....	64
5	Diskriminasie	70
5 1	Die Anti-diskriminasie Beginsel.....	70
5 2	Onbillike Diskriminasie	76
5 3	Verskillende Vorme van Diskriminasie en Regverdiging	80
6	Regstellende Aksie se verband met Gelykheid en Diskriminasie	98
6 1	Die Algemene Beskouing	98
6 2	Twee Uiteenlopende Benaderings	99
6 3	Net ‘n Skild of ook ‘n Swaard?.....	107

HOOFSTUK VIER

REGSTELLEDE AKSIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

1	Die Algemene Aanslag	120
2	Die Eerste Regstellende Aksie Sake	122
3	Die Kwessie van ‘n Regstellende Aksie-Plan.....	126
4	Nadeel: Die Individu of die Aangewese Groepe	133
5	‘n Prioriteitslys van Bevoordeeldes	138
6	Die Afdwinging van Regstellende Aksie.....	148
7	Ter Opsomming	150

HOOFSTUK VYF

‘N VERGELYKENDE PERSPEKTIEF OP REGSTELLENDEN AKSIE

1	Internasionale Bewuswording.....	153
2	Europa.....	155
2 1	Europese Unie.....	155
2 2	Duitsland.....	163
2 3	Verenigde Koningryk.....	168
3	VSA.....	174
4	Australië.....	185
5	Gevolgtrekking.....	190

HOOFSTUK SES

DIE WERKLIKHEID IN PERSPEKTIEF

1	Die Vrou se Hindernisse in die Werkplek.....	196
2	Ongelykhede in die Arbeidsmark.....	199
2 1	‘n Algemene Oorsig.....	199
2 2	Spesifieke Voorbeelde.....	203
2 2 1	Old Mutual South Africa.....	203
2 2 2	New Clicks Holdings Ltd.....	204
3	Vroue as deel van die Ekonomiese Aktiewe Bevolking.....	207
3 1	Wat is die EAB?.....	207
3 2	Suid-Afrika se EAB in vergelyking met wêreldtendense.....	208
4	Arbeidsmarkaktiwiteit.....	211
4 1	Wat behels die <i>Labour Force Participation Rate</i> ?.....	211
4 2	Suid-Afrika se LFPR deur internasionale oë.....	211

5	Vroue in die Formele en Informele Sektore	215
5 1	Die Formele Sektor	215
5 2	Die Informele Sektor.....	216
6	Werkloosheid en die Vroue	219
7	Gevolgtrekking	222

HOOFSTUK SEWE

‘N TOEKOMSPERSPEKTIEF

1	Die Probleem van Effektiviteit	226
2	Die Fout, die Rede en Die Waarskuwing.....	230
3	‘n Toekoms in die Oplossing	233

BIBLIOGRAFIE

1	Artikels.....	239
2	Boeke	242
3	Hofsake	244
3 1	ECJ.....	244
3 2	Kanada	245
3 3	Namibië.....	245
3 4	Suid-Afrika	245
3 5	Verenigde Koningryk.....	247
3 6	VSA.....	247
4	Internet Bronne	248
5	Konvensies en Verdrae	253
6	Lesings	254
7	Wetgewing	254

7 1	Australië.....	254
7 2	Duitsland.....	254
7 3	Suid-Afrika	254
7 4	Verenigde Koningryk.....	255
7 5	VSA.....	255
8	Ander.....	255

HOOFSTUK EEN

INLEIDING

[T]he promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration.

McIntyre J¹

1 OOGMERK EN METODOLOGIE

Weens die posisie van Suid-Afrikaanse vroue, voor en na 1994, is 'n nadere beskouing van regstellende aksie relevant. Alhoewel Suid-Afrika al tien jaar van demokrasie beleef het, is die oogmerk met die verhandeling om dit aan die lig te bring dat die teorie van regstellende aksie nie in die praktyk genoegsaam realiteit vir vroue geword het nie.

'n Teoretiese bespreking van regstellende aksie sal 'n ontleding van Suid-Afrikaanse regspraak voorafgaan, in 'n poging om ondersoek in te stel na die beweerde sukses van regstellende aksie as 'n maatreël ter bevordering van gelykheid in die werkplek. Onderskeie benaderings tot regstellende aksie sal op 'n regsvergelykende wyse ondersoek word. Die maatreël se sukses in die werkplek, rakende die verbetering van die vrou se posisie, sal ook prakties geëvalueer word by wyse van 'n statistiese ondersoek van die arbeidsmark. Die probleem wat voorsien word is dat die teorie van regstellende aksie nie vir die vrou in die werkplek 'n genoegsame realiteit geword het nie.

2 DIE VROU EN DIE REG: 'N HISTORIESE PERSPEKTIEF

Geslagsdiskriminasie is uit 'n regs- en sosiale oogpunt diep gewortel in ons samelewing.² Dit kom in ons sosiale omstandighede meer subtiel tot uiting as in die geval van rasgebaseerde diskriminasie.³ Die rede hiervoor is dat 'n vrou se

¹ *Andrews v Law Society of British Columbia* (1989) 56 DLR (4th) 1 13.

² Loveday "Gender discrimination in the workplace" 1997 (2) *TSAR* 256.

³ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

‘natuurlike’ rol as ‘anders’ onderskei word van die van ‘n man in ‘n sterk paternalisties gedrewe samelewing.⁴ Die opvatting dat die vrou se plek by die huis en haar kinders is (en nie in die werkplek nie)⁵ oorleef al jare van sosiale ontwikkeling, soos duidelik blyk uit Willis AR se uitspraak in *Woolworths (Pty) v Whitehead*:⁶

Western culture could derive much wisdom from the view prevalent in African, Hindu, Muslim and Chinese cultures that the first few weeks of a child’s life should be a special time with its mother, with both of them freed as much as possible from outside distractions ... [M]otherhood is not some minor inconvenience in a woman’s life ... [W]e should be astute not to cultivate the idea that motherhood is entirely secondary to the greater glories of job satisfaction.⁷

Voor 1994 het hierdie sosiale realiteit ook die deelname van vroue in die Suid-Afrikaanse arbeidsmark teengewerk met verreikende gevolge vir hul privaat en publieke lewens. ‘n Goeie voorbeeld van geslagsdiskriminasie uit die verlede is te vinde in ‘n 1946 regulasie van die *Durban City Police* wat met sekere borsmaat- en lengtevereistes verseker het dat slegs mans vir werk in daardie afdeling sou kwalifiseer.⁸

Selfs Blanke vrouens is baie moeilik toegelaat om ‘n formele professie te beklee:⁹

The majority of employed women ... [were] found in low-status, poorly remunerated sectors ... the few women who ... [were] permitted to pursue a career ... [were] generally confined to becoming secretaries, saleswomen, nurses or teachers.¹⁰

⁴ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

⁵ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

⁶ 2000 (21) *ILJ* 571 (LAC).

⁷ *Supra* nota 6 par 143. Die regter se uitlating maak egter nie volkome sin nie, aangesien hy in sy uitspraak die belang van ekonomiese oorwegings erken en verklaar dat “profitability is a relevant consideration.” Sien *supra* nota 6 par 134. Verder verklaar die regter dat ‘n (Westerse) land soos Duitsland voorsiening maak vir die moontlikheid dat ‘n vrou haar werk vir tot vyf jaar kan opskort sonder om haar rang en bevorderingsmoontlikhede te verloor. Tog word daar ook verduidelik dat so ‘n benadering nie tans geskik is vir Suid-Afrika nie: “We are not that desperate to encourage the arrival of new citizens.” Sien *supra* nota 6 par 144.

⁸ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

⁹ Msimang “Affirmative Action in the New South Africa: The Politics of Representation, Law and Equity” 2001 (2) *Women in Action* 2 <http://www.isiswomen.org/pub/wia/wiawcar/affirmative.htm> (2004/01/23).

¹⁰ Loveday 1997 (2) *TSAR* 257.

Dié struikelblokke was nie die gevolg van wetgewing nie, maar bloot net algemene praktyk, met die gevolg dat blanke vroue se werkspartone hulle gesinsrol weerspieël het.¹¹ ‘n Klemverskuiwing het wel in die 1980’s plaasgevind toe verskeie ander werksgeleenthede vir blanke vroue oopgegaan het.¹² Op ‘n ekonomiese en politieke vlak was vroue egter steeds slegter af as mans.¹³ Vroue in Suid-Afrika is ware erkenning vir hulle potensiaal ontnem.¹⁴ Die swaarkry wat hul ondervind het is egter anders ervaar afhangende van byvoorbeeld ras, klas, kultuur en geloof.¹⁵ So byvoorbeeld is die swart vroue van Suid-Afrika – weens die geslagsverdeling – in die werksmag beperk tot die huishoudelike sfeer.¹⁶

Na jare van onderdrukking was die realiteit steeds dat Suid-Afrikaanse vroue verhoed is om op ‘n betekenisvolle wyse in die werkplek ‘n wesenlike bydrae te lewer tot die arbeidsmark, omdat vroue nie daar ‘gehoort’ het nie.¹⁷

Net voor 1994 en die aanvang van die nuwe Suid-Afrika het vroue ‘n derde van die arbeidsmark van Suid-Afrika uitgemaak.¹⁸ Hiervan het slegs 5% van die vroue senior bestuursposte bekleed.¹⁹

Met die ooploop na ‘n nuwe bedeling het die hoop van gelykheid vir alle Suid-Afrikaners opgevlam. Dit is ontstellend om te verneem dat daar by die *Congress for a Democratic South Africa* 400 verteenwoordigers was, waarvan slegs 23 vroue was.²⁰ Die ongelykheid was aanwesig, alhoewel daar in die oogmerksverklaring van die 1992 onderhandelinge ‘n onderneming van alle partye was om nie seksisties in hul benadering te wees nie.²¹ By die Kempton Park onderhandelinge is gelykheid in ‘n mate herstel, deurdat een verteenwoordiger vanuit elke party op elke vlak van die onderhandelinge ‘n vrou moes wees.²² Aangesien elke party net geregtig was op twee

¹¹ Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹² Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹³ Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹⁴ Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹⁵ Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹⁶ Msimang 2001 (2) *Women in Action* 2.

¹⁷ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

¹⁸ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256–257.

¹⁹ Loveday 1997 (2) *TSAR* 257.

²⁰ Christie *et al* “Women’s Rights” 1994 (5) *SAHRY* 294.

²¹ Christie 1994 (5) *SAHRY* 294.

²² Christie 1994 (5) *SAHRY* 294.

afgevaardigdes was die gevolg dat die helfte van die verteenwoordigers in die Onderhandelingsraad vroue was.²³

Dit het egter nie beteken dat geslagsgelykheid oornag bewerkstellig is nie. By die tegniese komitees is daar volstaan met een vrou op elke komitee om 'geslagsgelykheid' te bewerkstellig.²⁴ Tog was daar in die 1993 Interim Grondwet 'n geslagsensitiewe aanslag ten opsigte van sekere kwessies. So verwys die aanhef dan na 'n staat waarin daar gelykheid tussen mans en vroue is.²⁵

Op 27 Februarie 1994 het die *National Women's Coalition* die *Women's Charter for Effective Equality* die lug laat sien. Hierin maak die vroue van Suid-Afrika aanspraak op die erkenning en respek vir die werk wat hulle in die huis, die gemeenskap én die werkplek verrig.²⁶ Die vroue verklaar verder:

For too long women have been marginalized, ignored, exploited and are the poorest and most disadvantaged of South Africans.²⁷

Artikel 1 van die 1994 *Charter* is gewy aan gelykheid.²⁸ Daar word dit duidelik verwoord dat "similar treatment of women and men may not result in true equality".²⁹ Die bevordering van ware gelykheid noodsaak soms 'n onderskeid, maar dit behoort nooit tot nadeel van die vrou te wees nie.³⁰ Binne dié konteks stel die *Charter* voor dat 'n regstellende aksie-plan die aangewese wyse is om gelykheid te bevorder.³¹ Regstellende aksie kan dan juis die 'oplossing' tot die probleem van geslagsdiskriminasie in die werkplek wees. Alvorens 'n moontlike oplossing oorweeg word moet die probleem egter eers van nader beskou word.

2 1 Die Oorspronklike beskouing van die Vrou se Rol

Wanneer geslag gebruik word as 'n sentrale maatstaf in 'n regsgebaseerde ondersoek, is dit van belang om die inhoud, toepassing en impak van die reg op alle (of sommige) vroue van nader te beskou.³² Daarom is dit belangrik om ondersoek in te stel na die geslagsgebaseerde aard van konsepte en onderliggende regsbeginsels ten einde die

²³ Christie 1994 (5) SAHRY 294–295.

²⁴ Christie 1994 (5) SAHRY 295.

²⁵ Christie 1994 (5) SAHRY 295.

²⁶ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Aanhef.

²⁷ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Aanhef.

²⁸ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Article 1: Equality.

²⁹ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Article 1: Equality.

³⁰ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Article 1: Equality.

³¹ *The Women's Charter for Effective Equality* 1994 Article 1: Equality.

³² Conaghan soos na verwys in Roederer & Moellendorf *Jurisprudence* (2004) 292.

verskillende wyses waarop die reg 'n sekere beeld en samelewings-persepsie van vroue skep, te oorweeg.³³

Uit die geskiedenis blyk dit dat Wollstonecraft tevergeefs verklaar het dat:

Would men but generously snap our chains, and be content with rational fellowship instead of slavish obedience, they would find us more observant daughters, more affectionate sisters, more faithful wives, more reasonable mothers – in a word, better citizens.³⁴

Mans huldig al van die vroegste tye af die opinie dat vroue gelyk is, maar net nie gelyk aan mans nie. De Baeuvoir het die manlike uitgangspunt goed opgesom:

Humanity is male and man defines women not in herself but as relative to him; she is not regarded as an autonomous being ... And she is simply what man decrees ... She is defined and differentiated with reference to man and he with reference to her; she is the incidental, the inessential as opposed to the essential. He is the Subject. He is the Absolute – she is the Other.³⁵

Naffine se beskouing impliseer dat manlike dominansie en hul beskouing van vroue selfs na die 'onpartydige' reg teruggevoer kan word:

The proposition that law is imbued with the culture of men moves beyond the claim that law is made by men and therefore tends to entrench their position of dominance. The indictment is more far-reaching. Law, it is said, is conceived through the male eye; it represents the male perceptive. It starts from the male experience and fails to recognise the female view.³⁶

Teen 1928 was daar wel al in Suid-Afrika vroulike mediese praktisyns, geoktrooieerde rekenmeesters, advokate en prokureurs, maar steeds geen vroulike geestelike leiers nie.³⁷

Vroue was op daardie stadium al toegelaat in die staatsdiens, tog was hul betaling minder as die van mans met dieselfde kwalifikasies en kategorie poste.³⁸ Dieselfde

³³ Conaghan soos na verwys in Roederer & Moellendorf *Jurisprudence* 292.

³⁴ Soos aangehaal in Johnson et al *Jurisprudence A South African Perspective* (2001) 218.

³⁵ Soos aangehaal in Johnson *Jurisprudence* 221.

³⁶ Soos aangehaal in Johnson *Jurisprudence* 222.

³⁷ Geffen *The Laws of South Africa Affecting Women and Children* (1928) 259.

³⁸ Geffen *The Laws of South Africa* 259.

situasie het vroue in die onderwys in die gesig gestaar.³⁹ Suid-Afrikaanse wetgewing was vroue se reeds moeilike posisie nie goedgesind nie. Artikel 19(1) van die *Staatsdiens Wet*⁴⁰ het bepaal dat enige getroude vrou in die staatsdiens vatbaar was vir ontslag, met die kwalifikasie dat persone in sekere posvlakke nie sonder die aanbeveling van die staatsdienskommissie ontslaan kon word nie.⁴¹ Getroude onderwyseresse se regte is met die verdere regulasies beperk deurdat hulle nie toegelaat is om permanente poste te vul nie.⁴²

Vroue kon, in die afwesigheid van uitdruklike uitsluiting, in enige industriële, kommersiële of ander beroep werksaam wees.⁴³ Sulke beperkings word gevind in a 50 van die Transvaalse Ordinansie 32 van 1902⁴⁴ en a 8 van die *Mijnen en Bedrijven Wet*.⁴⁵ Wat die werkgewer-werknemer verhouding betref, was eersgenoemde gemagtig om vroulike werknemers te ontslaan sodra hulle trou, soos *Masters and Servants Law*,⁴⁶ hoofstuk 4, a 12 onder andere bepaal het.⁴⁷

Die Wet op Fabriekes⁴⁸ het volgens a 18 bepaal dat vroue nie in fabriekes mag werk 4 weke voor en 8 weke na die geboorte van 'n kind nie.⁴⁹ In dieselfde artikel is bepaal dat vroue⁵⁰ nie meer as £1 per week⁵¹ vir 12 weke betaal kon word vir die periode waarin hulle verhoed is om te werk nie.⁵² In só 'n geval moes daar gewys word dat sy alleenlik aangewese was op haar lone en dat die vader van die kind nie daartoe in staat was om daardie bedrag te voorsien nie.⁵³

³⁹ Geffen *The Laws of South Africa* 259.

⁴⁰ Wet 27 van 1923. Dit is herroep deur die Staatsdienswet 54 van 1957.

⁴¹ Geffen *The Laws of South Africa* 260.

⁴² Geffen *The Laws of South Africa* 260.

⁴³ Geffen *The Laws of South Africa* 260.

⁴⁴ Dit het bepaal dat geen vrou of meisie in diens mag wees van 'n kleinhandel lisensiehouer nie met die doel om alkohol te verskaf of by 'n kroeg te verkoop nie. Sien Geffen *The Laws of South Africa* 260.

⁴⁵ Wet 12 van 1911. Die wet het vroue verbied om ondergronds in die myne te werk. Sien Geffen *The Laws of South Africa* 260. Die wet is deur die Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956 herroep.

⁴⁶ Wet 13 van 1880 (T).

⁴⁷ Dieselfde wet se a 13 het bepaal dat vroulike werknemers wat op die werkgewer se eiendom woon of huishoudelike dienste verrig op daardie eiendom, enige tyd nadat sy getrou het deur die werkgewer ontslaan kon word. Artikel 13 het verder bepaal dat 'n werkgewer 'n werknemer mag ontslaan wanneer sy weens swangerskap of die geboorte van haar kind ongeskik word om haar dienste te lewer. Sien Geffen *The Laws of South Africa* 263.

⁴⁸ Wet 28 van 1918.

⁴⁹ Geffen *The Laws of South Africa* 270.

⁵⁰ Op aanbeveling van die Inspekteur van Fabriekes.

⁵¹ Dit was betaalbaar uit fondse wat deur die parlement voorsien is.

⁵² Geffen *The Laws of South Africa* 270.

⁵³ Geffen *The Laws of South Africa* 270.

Manlike norme se inbegrepe mag in die samelewing is duidelik aanwesig in sulke wetgewing wat swanger vroue se posisie in die werkplek gereguleer het.⁵⁴

Consider the ... dilemma over pregnancy in the workplace. If women had participated equally in designing the workplace from the beginning, employers would not be asked to make accommodations for pregnancy. Instead, the workplace would have been structured so that pregnant workers were not viewed as different from the norm. To move from the male-modelled workplace that currently exists to one that fully accepts women will require some fundamental changes in the model itself.⁵⁵

Artikel 15 het weer bepaal dat vroue net tussen 6 nm en 7 vm in fabriek kon werk waar die Minister van Arbeid spesiale toestemming daarvoor gegee het.⁵⁶ Vroue kon onder geen omstandighede tussen 9 nm en 5 vm gewerk het nie, terwyl hulle ingevolge a 17(2) nie meer as 3 uur per dag, vir 3 opeenvolgende dae in 'n week en 60 dae in een jaar en op geen vakansiedae oortyd kon werk nie.⁵⁷

Die bespreekte wetgewing wys daarop dat die reg in baie gevalle 'n hindernis vir die ontwikkeling van vroue – sowel as die samelewing in geheel – kan wees.⁵⁸ Lodge gee 'n goeie beskrywing van die posisie van vroue in die skadu van sulke hindernisse:

This intolerable condition would not be allowed to continue were it not for the refusal of a large section of our menfolk to concede to us women the rights and privileges which they demand for themselves.⁵⁹

Vroue moes daarom begin uiting gee aan hulle gevoelens van verontregting. Hul erns rakende hul stryd om gelykheid het duidelik geblyk toe 60 000 vroue in Augustus 1956 na die Uniegebou in Pretoria opgetrek het om 'n petisie⁶⁰ aan die eertydse eerste minister, J.G. Strijdom, te oorhandig.⁶¹ Hulle triomfantlike kreet was beduidend van die wil van vroue om die juk van onderdrukking af te gooi:

⁵⁴ Johnson *Jurisprudence* 224.

⁵⁵ Cain soos aangehaal in Johnson *Jurisprudence* 224.

⁵⁶ Geffen *The Laws of South Africa* 271.

⁵⁷ Tensy die inspekteer (met die werknemer se bereidwilligheid) daartoe toegestem het. Sien Geffen *The Laws of South Africa* 271.

⁵⁸ Lodge soos na verwys in Johnson *Jurisprudence* 227.

⁵⁹ Lodge soos aangehaal in Johnson *Jurisprudence* 227.

⁶⁰ Rakende die paswette.

⁶¹ Johnson *Jurisprudence* 227.

Strijdom wathini' abafuzi, wathini' imbokodhouzokufu (Strijdom, you have struck a woman, you have struck a rock).⁶²

So onlangs soos 1971 het die invloed van Romeinse reg op die Suid-Afrikaanse regstelsel vroue verhoed om borg te staan, weens die aanvaarde swakheid van die vroulike geslag en die gemak waarmee sy deur ander beïnvloed kon word.⁶³

Selfs nog in 1980 het die Engelse regter, Lord Denning, in sy boek *The Due Process of Law*⁶⁴ 'n verwronge opinie van die vrou se posisie in die samelewing verkondig:

*No matter how you may dispute and argue, you cannot alter the fact that women are quite different from men. The principal task in the life of women is to bear and rear children: ... He is temperamentally the more aggressive and she the more submissive. It is he who takes the initiative and she who responds ...*⁶⁵

MacKinnon is van mening dat manlike en vroulike norme in geen mate onveranderlik vasgelê is nie.⁶⁶ Dit is hiervolgens eenvoudig 'n sosiale skepping.⁶⁷ Alhoewel die sosiale norme op 'n gegewe tydstip aan alleenlik manlike norme uiting kan gee, bevat dit die potensiaal tot hervorming ten einde minder onderdrukkend vir vroue te wees.⁶⁸

So dan was die bewysregtelike versigtigheidsreël⁶⁹ in die verlede van toepassing op sake handelend oor seksuele misdrywe.⁷⁰ Die reël se onderliggende basis is te vinde in:

[T]he prejudices of another age, and ... it [was] clearly influenced by a discredited conception of female psychology.⁷¹

⁶² Johnson *Jurisprudence* 227.

⁶³ UNISA *Women & The Law In South Africa* (1998) 2.

⁶⁴ Soos na verwys in UNISA *Women & The Law In South Africa* 2.

⁶⁵ Soos aangehaal in UNISA *Women & The Law In South Africa* 2.

⁶⁶ Johnson *Jurisprudence* 224.

⁶⁷ Johnson *Jurisprudence* 224.

⁶⁸ Johnson *Jurisprudence* 224.

⁶⁹ "The cautionary rule is a rule of practice and must be followed whenever the evidence of *certain* witnesses is evaluated. It serves as a constant reminder to courts that the facile acceptance of the credibility of certain witnesses may prove dangerous. [It] ... requires, first that the court should consciously remind itself to be careful in considering evidence which practice has taught should be viewed with suspicion and, secondly, that the court should seek some or other safeguard reducing the risk of a wrong finding based on the suspect evidence." Sien Schwikkard & Van der Merwe *Principles of Evidence* (2002) 513.

⁷⁰ Schwikkard & Van der Merwe *Principles* 519.

⁷¹ Schwikkard soos aangehaal in Schwikkard & Van der Merwe *Principles* 519–520.

In *S v Jackson*⁷² is dié reël deur die Hoogste Hof van Appèl afgeskaf.⁷³ Regter Olivier het in die volbankuitspraak 'n waarheid geuiteer wat hoop laat opflikker dat sosiale hervorming wel op subtiële wyse plaasvind:

[T]he cautionary rule in sexual assault cases is based on an irrational and out-dated perception. It unjustly stereotypes complainants in sexual assault cases (overwhelmingly women) as particularly unreliable.⁷⁴

Alhoewel juriste oor die jare al met trots verklaar het dat die reg rasioneel, objektief en onpartydig is, blyk dit nie tot eers baie onlangs waar te wees ten opsigte van vroue nie.⁷⁵ Die histories omskrewe wetgewende situasies is die ongelukkige gevolg van die feit dat geen vroue teenwoordig was toe wetgewing in Suid-Afrika se pre-konstitusionele verlede ontwerp, geïnterpreteer of geadministreer is nie.⁷⁶ Vroue het gevolglik tot die besef gekom dat die reg ontwerp is deur mans vir mans, sowel as deur mans vir vroue soos mans hulle ag, en nie soos vroue hulself beskou het nie.⁷⁷

Instead of being unbiased, these laws reflected the male view of the world and male bias, though perhaps an unconscious one. In particular, the laws dealing specifically with women reflected the male view of women and of women's needs. Women themselves were not canvassed for their opinions.⁷⁸

Om hierdie wanbalanse reg te stel is dit tans die neiging om te fokus op vroue en hul omstandighede wanneer die doel met bepaalde wetgewing, rakende hul posisie, ondersoek word ten einde hul regsposisie te verbeter.⁷⁹

2.2 Die Geregtelike Beskouing van die Vrou as Juris

Vroue se vroegste pogings om die reg aan hulle kant te kry is nie met groot sukses deur houe begroet nie. In die 1872 Amerikaanse beslissing *Bradwell v Illinois*⁸⁰ het die Hooggeregshof van Amerika geweier om 'n beslissing, dat 'n gekwalifiseerde

⁷² 1998 (1) SACR 470 (SCA).

⁷³ Schwikkard & Van der Merwe *Principles* 520.

⁷⁴ *Jackson* supra nota 72 476.

⁷⁵ UNISA *Women & The Law In South Africa* 1.

⁷⁶ UNISA *Women & The Law In South Africa* 1.

⁷⁷ Van Zyl "What do women want from the law?" 1992 (109) *SALJ* 509.

⁷⁸ UNISA *Women & The Law In South Africa* (1998) 1.

⁷⁹ UNISA *Women & The Law In South Africa* (1998) 1.

⁸⁰ 83 U.S. 130 (1872).

vrou nie by die balie kon praktiseer nie, omver te werp.⁸¹ Die relevante reëls het bepaal dat slegs ‘persons’ toegelaat kon word.⁸² Op daardie stadium is vroue nie as ‘persons’ in die oë van die reg beskou nie.⁸³

Daar is namens die getroude Mev. Bradwell geargumenteer dat:

[T]he profession of law, like the clerical profession and that of medicine, is an avocation open to every citizen of the United States. And while the legislature may prescribe qualifications for entering upon this pursuit, they cannot, under the guise of fixing qualifications, exclude a class of citizens from admission to the bar ... If the legislature may, under pretence of fixing qualifications, declare that no female citizen shall be permitted to practice law ... [T]he fourteenth amendment opens to every citizen of the United States, male or female, black or white, married or single the honorable professions as well as the servile employments of life ... [T]he broad shield of the Constitution is over them all, and protects each in that measure of success which his or her individual merits may secure.⁸⁴

Die meerderheid het by monde van Miller R ‘n bevinding geformuleer wat soos volg opgesom kan word:

[A] license to practice law not being a privilege or immunity of citizenship, the state of Illinois had not violated the Privileges or Immunities clause by denying Myra Bradwell’s petition for admission to the bar solely on grounds of her sex.⁸⁵

Die Hooggeregshof van Amerika se *Bradwell*-uitspraak⁸⁶ word beskou as een van die berugste diskriminasiebeslissings, nie net vanweë die feit dat dit vroue se werksmoontlikhede beperk het nie, maar ook as gevolg van die stereotipering van vroue in *Bradley R* se instemmende uitspraak.⁸⁷ Regter Bradley se standpunt in

⁸¹ Soos bespreek in Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 509.

⁸² Soos bespreek in Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 509.

⁸³ Soos bespreek in Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 509.

⁸⁴ *Bradwell* supra nota 80 135, 136, 137.

⁸⁵ Case “‘The very stereotype the law condemns’: Constitutional sex discrimination law as a quest for perfect proxies’ 2000 (85) *CNLLR* 1469.

⁸⁶ Supra nota 80.

⁸⁷ Case 2000 (85) *CNLLR* 1464.

*Bradwell*⁸⁸ het hom al met die benaming ‘the Bogeyman’⁸⁹ net so ongewild gemaak as die nagmerrie figuur by wie die naam geleen is.

Volgens Bradley R se uitspraak (wat met goedkeuring in die Kanadese *In re French*⁹⁰ aangehaal is) is vroue nie as geskik beskou vir die regsprofessie nie:

The natural and proper timidity and delicacy which belongs to the female sex evidently unfits *it* for many of the occupations of civil life. The constitution of the family organization ... indicates the domestic sphere as that which properly belongs to the domain and functions of womanhood ... The harmony ... of interest and views which belong, or should belong, to the family institution is repugnant to the idea of a woman adopting a distinct and independent career from that of her husband.⁹¹ [eie beklemtoning]

Dit is veral opvallend dat vroue geen besondere menswaardigheid in die oë van die reg gegun is nie, soos ‘subtiel’ deurskemer in Bradley R se verwysing na die vroulike geslag as ‘*it*’. Bradley R se bewoording kan die valse indruk skep dat vroue in die samelewing beskou moet word as ‘n spesie ondergeskik en onderworpe aan die man.

Regter Bradley het sy redenasie gebaseer op, wat hy bestempel as, ‘n diep gewortelde gemeenregtelike benadering wat aanleiding gegee het tot die regsreël wat verklaar het dat ‘n vrou nie ‘n aparte bestaan van haar man in die oë van die reg gehad het nie.’⁹² Daar is verder verduidelik dat baie spesiale regsreëls op soortgelyke wyse vanuit die gemene reg afgelei is, soos die geval was met die reël wat bepaal het dat ‘n getroude vrou nie bevoeg was om, sonder haar man se toestemming, ‘n kontrak te sluit wat op hom of haar bindend sou wees nie.’⁹³ Regter Bradley se uiteindelijke gevolgtrekking was dat:

This very incapacity [concerning the conclusion of contracts] was one circumstance which the Supreme Court of Illinois deemed important in

⁸⁸ *Supra* nota 80.

⁸⁹ Case 2000 (85) *CNLLR* 1469.

⁹⁰ 37 *NBR* 359 (SC) 1905.

⁹¹ *Bradwell* *supra* nota 80 141.

⁹² *Bradwell* *supra* nota 80 141.

⁹³ *Bradwell* *supra* nota 80 141.

rendering a married woman incompetent fully to perform the duties and trusts that belong to the office of an attorney and counsellor.⁹⁴

Regter Bardley het wel erken dat daar sekere uitsondering op al sy stereotipes kan wees. Hy het oorweging geskenk aan die feit dat ongetroude vroue nie die (minderwaardige) status van 'n gehude vroue in daardie era gehad het nie.⁹⁵ Tog los sy uitspraak geen ruimte vir daardie 'geringe' uitsonderings nie,⁹⁶ aangesien hy propageer dat dit elke vrou se missie en voorland moet wees om in die "noble and benign offices of wife and mother" te staan.⁹⁷

Soortgelyke absurde beskouings en redenasies is hierdeur aangevuur. In *Muller v Oregon*⁹⁸ het Brewer R steeds verder gegaan en die paternalistiese beskerming van vroue, wat in dienskontrakte aanwesig was, verdedig deur al die fisiese, opvoedkundige en temperamentele tekortkominge wat vroue by die handhawing van hul regte in die gesig gestaar het, op te som.⁹⁹

In reaksie op die beskouings van Bradley R en sy volgelinge het Brennan R in *Frontiero v Richardson*¹⁰⁰ 'n belangrike waarheid kwytgeraak:

[A]s a result of notions such as this, ... statute books became laden with gross stereotyped distinctions between the sexes and, indeed, throughout much of the 19th century the position of women in ... society was, in many respects, comparable to that of blacks under the pre-Civil War slave codes.¹⁰¹

In die 1912 Suid-Afrikaanse beslissing, *Incorporated Law Society v Wookey*,¹⁰² het die Appèlhof, in 'n saak soortgelyk aan die van *Bradwell*,¹⁰³ 'n vrou toelating as prokureur geweier.¹⁰⁴ Artikel 20 van die *Cape Charter of Justice* het magtiging aan die Hooggeregshof gegee:

⁹⁴ *Bradwell* supra nota 80 141.

⁹⁵ Case 2000 (85) CNLLR 1470.

⁹⁶ Case 2000 (85) CNLLR 1470.

⁹⁷ *Bradwell* supra nota 80 142.

⁹⁸ 208 U.S. 412 (1908).

⁹⁹ Case 2000 (85) CNLLR 1470.

¹⁰⁰ 411 U.S. 677 (1973).

¹⁰¹ Case 2000 (85) CNLLR 1469–1470.

¹⁰² 1912 AD 623.

¹⁰³ *Bradwell* supra nota 80.

¹⁰⁴ Soos aangehaal in Van Zyl 1992 (109) SALJ 510.

[T]o admit and enrol such “persons” duly instructed in the knowledge and practice of the law as should be approved in terms of any rule of Court made in that behalf.¹⁰⁵

Daar moes daarom beslis word of die woord “persons” die betekenis “male persons” of “any persons” gedra het.¹⁰⁶ Op die tydstip van promulgasie was dit volgens a 4 van die *Charter* onwettig vir ‘n vrou om die amp van Hoofregter te beklee.¹⁰⁷ Hiervolgens kom Adjunk-hoofregter Innes tot die gevolgtrekking dat die wetgewer met die woord “persons” in daardie artikel spesifiek verwys het na manlike persone.¹⁰⁸ Daar is verder geredeneer dat daar nie uit die algemene taal van die *Charter* ‘n bedoeling afgelei kon word wat só ‘n belangrike verandering teweeg sou bring nie, aangesien die gemene reg ten tyde van promulgasie nie die toelating van vroue as prokureurs gemagtig het nie.¹⁰⁹

Regter Innes verduidelik verder dat die gemene reg vroue verhoed het om *procuratores* te word, aangesien die pligte wat daarmee saamgeval het van so ‘n aard was dat dit eksklusief vir mans gereserveer was en nie deur vroue vervul kon word nie.¹¹⁰

There were under the Roman system, many such activities. Thus in regard to, guardianship we find in *Code*, 2, 13, 18, the following: “To undertake the defence of another is the duty of a male” (“*virile est officum*”), “and is outside the function of the female sex.” And *Digest*, 2, 13, 12, declares that women ought not to be bankers, because that is work allowed only to men (“*cum ea opera virilis sit*”).¹¹¹

Wat betref die status van ‘n *procurator* in Holland gedurende die 16^{de} eeu en verder, het die posisie daar op verskeie areas van die Romeinsereg verskil.¹¹² Hiermee word egter nie geïmpliseer dat vroue ‘n hoër juridiese status gegun is nie. In die plek van ‘n Romeinse amp met min betekenis, waarvoor geen spesifieke kwalifikasies vereis is nie, was daar nou ‘n hooggeagte Hollandse professie, waarin slegs gekwalifiseerde en

¹⁰⁵ *Incorporated Law Society* supra nota 102 628.

¹⁰⁶ *Incorporated Law Society* supra nota 102 628.

¹⁰⁷ *Incorporated Law Society* supra nota 102 629.

¹⁰⁸ *Incorporated Law Society* supra nota 102 629.

¹⁰⁹ *Incorporated Law Society* supra nota 102 629.

¹¹⁰ *Incorporated Law Society* supra nota 102 630.

¹¹¹ *Incorporated Law Society* supra nota 102 630.

¹¹² *Incorporated Law Society* supra nota 102 630.

sorgsaam gekeurde mans spesifiek geregistreer is.¹¹³ In van Leeuwen se *Roman-Dutch Law*¹¹⁴ is daar verder verduidelik:

[O]wing to ... natural peculiarity, it happens that, inasmuch as nearly the whole womankind by reason of an inborn weakness is less suited for matters requiring knowledge and judgement than men, women are excluded from holding any office or dignity relating to the government of a people and its affairs.¹¹⁵

Die ongelukkige posisie dat vroue nie toegelaat kon word om as prokureurs te praktiseer onder die Romeins-Hollandse stelsel nie,¹¹⁶ was die gevolg van die algemene posisie van vroue in die Romeins-Hollandse reg eerder as die uitvloeisel van blote praktyk.¹¹⁷ Daar word in Innes R se uitspraak daarop gewys dat die eerste setlaars die stelsel saam met hulle na Suid-Afrika gebring het. Hy het verder verwys na *Hall v Society of Law Agents*¹¹⁸ waar die Skotse hof bevind het dat die woord “persons”, soos vervat in die wet handelend met die kwalifikasies van juriste, alleenlik verwys na manlike persone.¹¹⁹ Die hof het erken dat daar dubbelsinnigheid in die woord opgesluit is en daarom die betekenis toegeken wat op daardie tydstip geblyk het die ingewortelde gebruik van die woord in die spesifieke konteks te wees.¹²⁰ Regter Innes het tot die slotsom gekom dat daar slegs ‘n beroep op die Wetgewer gedoen kon word om die ongelykheid wat die applikant in die regsberoep teëkom effektief aan te spreek.¹²¹

Regter Solomon het weer die mening gehuldig dat die “immemorial practices of centuries” vroue verhoed het om as prokureurs te praktiseer.¹²² Hy het verder bevind dat die Wetgewer se gebruik van die dubbelsinnige woord “persons”, in ‘n wet wat van toepassing was op verskeie ampte wat slegs deur mans bekleed kon word, dit

¹¹³ *Incorporated Law Society* supra nota 102 630.

¹¹⁴ Soos vertaal deur Kotze en aangehaal in *Incorporated Law Society* supra nota 102 632.

¹¹⁵ “If *Van Leeuwen* was of opinion (as opposed to *Voet* and *Huber*) that the office of an attorney was not one from which women were by common law excluded, one would have expected some reference to the matter when he came to discuss the legal practitioners.” Sien *Incorporated Law Society* supra nota 102 632.

¹¹⁶ *Incorporated Law Society* supra nota 102 632 633.

¹¹⁷ *Incorporated Law Society* supra nota 102 633.

¹¹⁸ 38 *Scottish Law Reporter* 776.

¹¹⁹ *Incorporated Law Society* supra nota 102 634.

¹²⁰ *Incorporated Law Society* supra nota 102 634.

¹²¹ *Incorporated Law Society* supra nota 102 635.

¹²² Soos aangehaal in *Loveday* 1997 (2) *TSAR* 256.

duidelik gemaak het dat die woord alleenlik kon verwys na manlike persone.¹²³ Hoofregter De Villiers het die geleentheid gehad om die laaste spyker in die kis te slaan wat sodoende vroue die regsprofessie verbied het en dit dan ook met albei hande aangegryp:

No doubt many of the disabilities under which women have laboured in the past have been abolished. The onward march of civilisation, new needs of society and of women, fresh burdens upon alike women as well as men, have called for remedial legislation in various directions. But we cannot ignore the fact that from the time that Carfania vexed the soul of some too nervous praetor with her pleading down to our own day the profession of an attorney has been exercised exclusively by men; and this applies not only to Holland, but also to England ... And while our law as daily administered in our Courts imposes disabilities upon certain classes of women, and holds others privileged, it is impossible to say that the prohibition on the ground of sex has become obsolete.¹²⁴

De Villiers het in 1918 in sy kommentaar op dié saak verklaar dat dit ‘n “revolt against nature” sou wees en dat ‘n stap, wat vroue in die regsprofessie sou toelaat, teenstrydig sou wees met die “idea and duties of motherhood”.¹²⁵ In sy artikel *Women and the Legal Profession* verduidelik hy sy uitgangspunt:

It does not appear to me to be fitting to approach the subject under discussion from the standpoint from which it is generally approached, namely that it is an injustice to women that they should be excluded from the legal profession.¹²⁶

Hy hou voor dat die verskil in geslag bloot neerkom op ‘n verskil in (sosiale en ekonomiese) funksie.¹²⁷ Vroue is volgens hom alleenlik wat hulle volgens die natuur veronderstel is om te wees:

[I]f in the part assigned to women by nature an injustice is done to them or a hardship inflicted upon them, these are none of man’s doings, nor can he

¹²³ *Incorporated Law Society* supra nota 102 624.

¹²⁴ *Incorporated Law Society* supra nota 102 641 642.

¹²⁵ Soos aangehaal in Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

¹²⁶ De Villiers “Women and the Legal Profession” 1918 (35) *SALJ* 289 290.

¹²⁷ De Villiers 1918 (35) *SALJ* 290.

with the best wishes in the world do anything to make these things otherwise.¹²⁸

De Villiers verklaar dat die samelewing in beginsel teen die natuur in opstand sou moes kom as dit vroue wou toelaat om die regsprofessie te betree en te praktiseer, aangesien toegang vir vroue tot die professie volgens hom onversoenbaar sou wees met die idee en pligte wat 'n moeder beval.¹²⁹ Hy erken egter dat vroue nie vir al hul lewensjare bloot daardie rol vervul nie:

At a certain period of life women cease to be capable of exercising the functions of Motherhood; when that time comes the chief objection to their becoming practising lawyers falls away. Whether at that period of time a women would care to start a legal practice seems questionable. But before that time it seems to me it would be a thing pernicious to the good of Society to admit women to legal practice.¹³⁰

De Villiers se uiteindelik gevolgtrekking kom dan daarop neer dat:

A mere doctrinaire liberalism that would leave common sense and common danger out of account is not what should serve to guide us in this matter.¹³¹

Suid-Afrikaanse vroue het uiteindelik in 1923 hul regstryd gewen toe hulle toegelaat is om die regsarena te betree.¹³²

3 'N HEDENDAAGSE BESKOUINGS VAN DIE VROU AS JURIS

Na soveel jaar se ontwikkeling het statistieke in 1997 getoon dat die Suid-Afrikaanse regsprofessie steeds deur mans gedomineer word.¹³³ 98.03% van senior advokate was op daardie stadium mans, teenoor 1.97% vroue.¹³⁴ Die meeste junior advokate was mans (85.14%), terwyl vroue se verteenwoordiging onder dié groep maar 'n skamele

¹²⁸ De Villiers 1918 (35) *SALJ* 290.

¹²⁹ De Villiers 1918 (35) *SALJ* 290.

¹³⁰ De Villiers 1918 (35) *SALJ* 291.

¹³¹ De Villiers 1918 (35) *SALJ* 291.

¹³² Geffen *The Laws of South Africa* 259.

¹³³ Johnson *Jurisprudence* 228.

¹³⁴ Johnson *Jurisprudence* 228.

14.86% was.¹³⁵ In prokureursfirmas was die statistiese posisie van vroue nie veel beter nie, met slegs 6.74% van alle vennote wat vroue was.¹³⁶

Dit is terselfdertyd skokkend om te beseef dat slegs 7% van senior juriste in Brittanje in 2003 vroue was.¹³⁷ Verder het Dame Brenda Hale in Januarie 2004 die eerste vrou geword om 'n *Lord Appeal in Ordinary* te word in die hoogste hof van Brittanje nadat vroue al vir 80 jaar daar as *solicitors* en *barristers* praktiseer.¹³⁸

Ten spyte van die feit dat vroue in Suid-Afrika 50% van graduandi in die regte uitmaak en onder die land se top studente tel, het die getal vroue wat toelating tot die balie verkry oor die afgelope vyf jaar steeds laag gebly.¹³⁹ 'n Senior advokaat en lid van die uitvoerende komitee van die Algemene Balieraad het verklaar dat daar tans 240 vroue advokate in Suid-Afrika is uit 'n totaal van 1838.¹⁴⁰ Volgens 'n onlangse navorsingsprojek van die *National Association of Democratic Lawyers*¹⁴¹ maak vroue tussen 36% en 50% van finale jaar LLB studente uit.¹⁴²

Alhoewel die voorsitter van die Johannesburgse Balieraad verduidelik dat sosiale druk moontlik aanleiding gee tot die feit dat jong manlike advokate eerder tot die kommersiële arena (wat deur vroue vermy word) toetree,¹⁴³ is daar ook 'n aantal ander redes vir die lae vlak van verteenwoordiging van vroue as advokate.¹⁴⁴ Sy verduidelik dat dit omtrent onmoontlik is vir vroue om 'n suksesvolle loopbaan te handhaaf by die balie as hulle terselfdertyd kies om kinders groot te maak.¹⁴⁵

[T]he workload of an advocate can suit a woman with children only if she has the right support structure at home, and the women who take time off to raise children have to build their practices from scratch when they return ... [And even then] ...despite the academic achievements of

¹³⁵ Johnson *Jurisprudence* 228.

¹³⁶ Johnson *Jurisprudence* 228.

¹³⁷ Equal Opportunities Commission "Sex and power: who runs Britain?" 1 <http://www.eoc.org.uk> (2004/02/17).

¹³⁸ Equal Opportunities Commission "Sex and power: who runs Britain?" 6.

¹³⁹ Temkin "Why Women Don't Go All the Way in Law" *Business Day* (2004-06-01) <http://allafrica.com/stories> (2004/06/06).

¹⁴⁰ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴¹ "Gender and Race Barriers in the Attorneys' Profession".

¹⁴² Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴³ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴⁴ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴⁵ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

women advocates after a few years at the bar their male counterparts generally have bigger practices and attract more complex cases.¹⁴⁶

Wat betref die prokureursorde is daar tot op hede, volgens die Juridiese Vereniging van Suid-Afrika, geen statistiese data beskikbaar wat kan wys hoeveel vroue as prokureurs in Suid-Afrika praktiseer nie.¹⁴⁷

Fedler som die posisie van vroue in die Suid-Afrikaanse regstelsel goed op as sy haar eie ondervindinge as 'n vrou te midde van die effekte van sistematiese geslagsongelykheid beskryf:

Becoming a lawyer ... is the process of becoming aware of power: the power of language. And this is a heady space to be in, to be sure. But for me, it has been tempered by the knowledge that this profession of mine (can I call it my own?) admits me belatedly. I feel like a recruited member to a men-only club that has recently revised its exclusionary policy. I am allowed in. Told the rules. Tolerated. Patronised. I must behave, think and speak like the boys or else ...¹⁴⁸

4 UITEENSETTING

Uit voorgaande opmerkings en 'n statistiese oorsig wat later sal volg¹⁴⁹ blyk die benarde posisie waarin vroue hulself in die arbeidsmark bevind duidelik. Daar word algemeen aanvaar dat die situasie aangespreek moet word. Regstellende aksie word in die algemeen voorgehou as die oplossing. 'n Ondersoek na die geskiktheid van die maatreël ten einde vroue se posisie in die werkplek te verbeter is gevolglik die doel van hierdie verhandeling. In die arbeidsmark, waar die meeste van die wêreld se mans en sommige van die vroue hulself daagliks bevind, is Winston Churchil se woorde toepaslik:

However beautiful a strategy you should occasionally look at the results.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴⁷ Temkin *Business Day* (2004-06-01).

¹⁴⁸ Soos aangehaal in Johnson *Jurisprudence* 228.

¹⁴⁹ Sien hoofstuk ses.

¹⁵⁰ http://www.workinghumor.com/quotes/winston_churchill.shtml (2004/03/14).

Hoofstuk twee stel die basis van die ondersoek daar met 'n uiteensetting van die voor- en nadele van regstellende aksie, tesame met 'n beskouing van die teoretiese- en wetgewende raamwerk van die beginsel. Daarna word die wisselwerking tussen gelykheid, diskriminasie en regstellende aksie in hoofstuk drie uitgelig. Hoofstuk vier betrag regstellende aksie in die Suid-Afrikaanse regspraak. 'n Vergelykende beskouing volg in hoofstuk vyf, waar die verskillende benaderings wat daar tot regstellende aksie bestaan ondersoek word. Die Amerikaanse, Australiese en Europese benaderings sal spesifieke aandag geniet. In hoofstuk ses maak die teoretiese aanslag van die voorafgaande hoofstukke plek vir 'n statistiese ontleding van die arbeidsmark (plaaslik en internasionaal) ten einde die realiteite van die werkende vrou onder die soeklig te plaas.

Ten slotte sal daar in hoofstuk sewe 'n opinie geformuleer word oor die bydrae, indien enige, wat regstellende aksie as 'n positiewe maatreël nog kan lewer ten einde die posisie van vroue in die Suid-Afrikaanse werksmag genoegsaam te bevorder. Dit wil voorkom asof regstellende aksie in teorie 'n goeie konsep is. Die effektiewe impak daarvan in die werkplek, as 'n maatreël om vroue se gelykheidsdrome te realiseer, word egter bevraagteken.

HOOFSTUK TWEE

TEORETIESE- EN WETGEWENDE RAAMWERK

1 REGSTELLENDEN AKSIE IN PERSPEKTIEF

Daar is baie uiteenlopende menings oor wat die beginsel van regstellende aksie werklik behels. Die antwoord mag wissel afhangend daarvan of dit uit 'n regs- of morele oogpunt beskou word.¹⁵¹ Gevalle waar regstellende aksie nie korrek geïmplementeer word nie, skep 'n wanindruk van wat die beginsel in wese is. Die algemene publiek skroom egter nie om dit te brandmerk as 'n vorm van omgekeerde diskriminasie nie.

Volgens Hodges-Aeberhard is regstellende aksie 'n uitbreiding van die beginsel van gelyke geleentheid, met die doel om die gevolge van diskriminerende praktyke in die verlede te oorkom. Hodges-Aeberhard verduidelik dat dié gelykheid bewerkstellig word deur die persone of groepe waarteen daar voorheen gediskrimineer is, te bemagtig, sodat hulle op dieselfde vlak as die persone wat voorheen bevoordeel is kan meeding. Sy lig verder die meer omstrede beskrywing uit wat regstellende aksie bestempel as die strewe na 'gelyke uitkomst'.¹⁵²

Die idee van regstellende aksie is nie 'n nuwe een nie. Dit het sy oorsprong in die VSA en verwys in daardie konteks na 'n reeks programme wat gemik is tot 'n sekere groep om die onreg van die verlede, wat deur diskriminerende praktyke meegebring is, te herstel.¹⁵³ Die beginsel is reeds in die 1930's in die VSA gebruik om onregverdige arbeidspraktyke van die verlede, teen vakbond-organiseerders en hul lede te verwyder.¹⁵⁴ Die term regstellende aksie is vir die eerste keer deur President Johnson gebruik in sy 1965 *Executive Order* 11246.¹⁵⁵ Dit het bepaal dat federale kontrakteurs regstellende aksie moes implementeer:

¹⁵¹ Joubert "Regstellende Aksie by Indiensneming" 1994 (19) *TRW* 2.

¹⁵² Hodges-Aeberhard "Affirmative action in employment: Recent court approaches to a difficult concept" 1999 (138) *International Labour Review* 247.

¹⁵³ Dupper "In Defence of Affirmative Action in South Africa" 2004 (121) *SALJ* 187 189.

¹⁵⁴ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 249.

¹⁵⁵ Dartmouth Civil Liberties Union "Affirmative Action Timeline" 1
http://www.dartmouth.edu/~dclu/ISSUES/AFFIRMATIVE_ACTION/timeline.htm (2004/12/05).

[T]o ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, color, religion or national origins.¹⁵⁶

Die *Executive Order* 11375¹⁵⁷ van 1967 het die 1965 *Executive Order* uitgebrei om ook vroue in te sluit.¹⁵⁸ Hierdie bepalinge saam met die *Title VII*¹⁵⁹ van die *Civil Rights Act* van 1964 het die regsbasis gelê vir vroue in die Amerikaanse werkplek.¹⁶⁰ Die Amerikaanse regstellende aksie-beleidsbenadering was dus daarop gemik om gelyke geleenthede in die werkplek te bevorder.¹⁶¹ Johnson het verder in 1965 verklaar dat daar rekening gehou moet word met die feit dat regverdigheid meer is as 'n blote voorneme om onpartydig op te tree teenoor ander.¹⁶² 'n Regstellende aksie gesindheid is daarom nie 'n vorm van omgekeerde diskriminasie nie.¹⁶³

Twee vorme van regstellende aksie tree hier op die voorgrond: Eerstens is daar 'n beleid wat ten doel het om die samestelling van die arbeidsmark te wysig, terwyl die tweede tipe beleid verteenwoordiging in die regering, publieke komitees en opvoedkundige instansies nastreef.¹⁶⁴

Alhoewel die VSA se regstellende aksie geskiedenis belangrik is by die oorweging van die impak van regstellende aksie – en selfs dalk indirek 'n invloed gehad het op die wyse waarop regstellende aksie sy pad gevind het na ons wetboek sedert 1994 – kan die VSA nie ten volle 'n model wees vir Suid-Afrika nie.¹⁶⁵ Ons regstellende aksie model is onderskeibaar van die VSA vanweë, onder andere, die feit dat die

¹⁵⁶ Sykes “The Origins of Affirmative Action” 1 <http://www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.html> (2004/12/5).

¹⁵⁷ “The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, color, religion, sex or national origins.” Equal Rights Advocates “Background Briefing: How Affirmative Action Became Law” 1 <http://www.equalrights.org/publications/reports/affirm/briefing.asp> (2004/12/05).

¹⁵⁸ Equal Rights Advocates “Background Briefing: How Affirmative Action Became Law” 1.

¹⁵⁹ Hierdie bepaling is spesifiek van toepassing op die werkplek.

¹⁶⁰ Equal Rights Advocates “Background Briefing: How Affirmative Action Became Law” 1. Die bepalinge is veral vir Amerikaanse vroue van belang aangesien die grondwet se anti-diskriminasie bepalinge (nl. die 5de en 14de Amendemente) nie spesifiek voorsiening maak vir die moontlikheid van maatreëls soos regstellende aksie nie en weens die vertikale werking daarvan ook nie direk toepassing vind in die werkplek nie. Sien verder hoofstuk vyf vir 'n volledige bespreking van die Amerikaanse posisie.

¹⁶¹ Cahn “Stephan Cahn on the History of Affirmative Action” *AAD Project* (1995) 1. <http://aad.english.ucsb.edu/docs/Cahn.html> (2004/01/28).

¹⁶² Cahn “Stephan Cahn on the History of Affirmative Action” 1.

¹⁶³ Barker *The South African Labour Market: Critical Issues for Renaissance I* 3e uitg (1999) 264.

¹⁶⁴ Dupper 2004 (121) *SALJ* 189.

¹⁶⁵ Dupper 2004 (121) *SALJ* 189.

persone en groepe wat by ons deur regstellende aksie bevoordeel word die meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking uitmaak.¹⁶⁶

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het regstellende aksie in 1989 soos volg verwoord:

Affirmative action is a recognised way of promoting the principle of equality of opportunities in societies where this principle has suffered as a result of discrimination or where less developed persons have to compete with more developed persons. It is recognised in international law as being non-discriminatory, so long as it is temporary and is not enforced against the will of the minority. In appropriate cases it does not amount to discrimination, since the fact that those who have lost their positions in a programme of affirmative action properly executed do not actually lose anything they would have had in a fair race. Programmes of affirmative action must be implemented with great care if reverse discrimination is to be prevented.¹⁶⁷

Barker weer verklaar dat regstellende aksie uiting vind in 'n beleid of praktyke wat ten doel het om die ongelykhede en wanbalanse wat op sosiale, ekonomiese en opvoedkundige vlakke ingetree het – weens onbillike diskriminasie teenoor bepaalde groepe – teen te werk.¹⁶⁸

Die publiek moet egter nie die indruk koester dat regstellende aksie-programme bloot 'n vertoonkas-verandering tot gevolg het deur die aanstelling van 'n klein aantal persone uit die benadeelde groepe tot sleutelposisies nie. Regstellende aksie behels eerder 'n sistematiese beweging vir die groepe waarteen voorheen gediskrimineer is na die bevordering van werksgeleenthede en die verbetering van arbeidsmark-sekuriteit, aangevul deur die nodige onderrig en opleiding.¹⁶⁹ Dié verandering moet geskied in samewerking met hervorming buite die arbeidsmark wat ontwerp is om die graad van sosio-ekonomiese benadeling te verminder.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Dupper 2004 (121) *SALJ* 189.

¹⁶⁷ Soos aangehaal in Barker *The South African Labour Market I* 264.

¹⁶⁸ Barker *The South African Labour Market I* 264.

¹⁶⁹ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* (1996) par 434.

¹⁷⁰ Labour Market Commission *Restructuring* par 434.

2 BEIDE KANTE VAN DIE REGSTELLEDE AKSIE MUNTSTUK

Dupper wys daarop dat regstellende aksie optrede – in die vorm van voorkeur aan sekere groepe – in ‘n situasie soos die in Suid-Afrika heers:

[C]an either be allowed to influence decisions between candidates who are otherwise equally qualified, or it might go beyond this and involve the selection of black people or women over other candidates who are in fact better qualified for the position.¹⁷¹

In so ‘n geval word daar onderskei tussen *strong affirmative action* en *weak affirmative action*.¹⁷² Laasgenoemde kom bloot neer op ‘n poging om gelyke geleenthede te bewerkstellig vir persone of groepe waarteen voorheen gediskrimineer is.¹⁷³ Dit sal die geval wees waar daar byvoorbeeld spesiale opleidingsprogramme in werking gestel word om die persone wat voorheen sulke geleenthede ontnem is te help om aan aanstellingskriteria te voldoen.¹⁷⁴ Dié benadering tot regstellende aksie word algemeen aanvaar:

[E]ssentially fair, just and worth its cost in time and energy. Put in practice, it ensures that members of these groups who would qualify for positions under normal circumstances are not overlooked.¹⁷⁵

In beginsel word daar dan slegs voorkeur aan swart persone en vroue toegestaan indien die betrokke kandidate andersins gelyk gekwalifiseer is.¹⁷⁶

Strong affirmative action is meer omstrede.¹⁷⁷ Daar word met hierdie weergawe van regstellende aksie gehandel wanneer die voorkeur wat aan swart persone of vroue toegeken word, besluitnemingprosesse tot so ‘n mate beïnvloed dat hulle aangestel word in die plek van ‘n beter gekwalifiseerde kandidaat.¹⁷⁸ Die benadering bevat volgens kritici, gereeld ‘n element van onregverdigheid wat deurskemer:

[I]t amounts to a departure from the ideal that people should be judged as far as possible on the basis of individual characteristics that are relevant to

¹⁷¹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷² Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷⁴ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷⁵ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷⁶ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷⁷ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁷⁸ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

the situation, rather than involuntary group membership, especially when based on arbitrary criteria such as skin colour or sex.¹⁷⁹

Dupper meen dat daar wel 'n argument te make is vir die feit dat *strong affirmative action* in Suid-Afrika geregverdig kan word – veral ten opsigte van swart persone en vroue. Hy erken egter dat daar argumente is wat geopper kan word teen dié vorm van regstellende aksie.

Die implementering van regstellende aksie in die arbeidsmark het al baie reaksie ontlok, veral wat betref die toepassing daarvan op die gebiede van ras en geslag.¹⁸⁰ Ondersteuners van regstellende aksie, asook die kritici, moet die grondslag van hul argumente uitlê ten einde redes te kan aanbied vir hul verskil in opinies, ongeag of die een die ander as oningelig beskou.

Winston Churchill het goeie raad gegee toe hy verklaar het:

The greatest lesson in life is to know that even fools are right sometimes.¹⁸¹

Hodges-Aeberhard verskaf 'n goeie voorbeeld van 'n argument aangaande regstellende aksie wat beide kante van die debat se beskouings in ag neem:

Affirmative action allows disadvantaged groups the chance to get experience and prove themselves, but at the same time it perpetuates the perception that they intrinsically lack the characteristics for success in employment and will always need special assistance.¹⁸²

Dit is dus noodsaaklik dat daar versigtig met die konsep van regstellende aksie gehandel word, aangesien daar 'n fyn lyn tussen die sukses of ondergang van sulke maatreëls is. In der waarheid kan die voordele van regstellende aksie, indien verkeerd bestuur, tot die uiteindelijke ondergang van die maatreël lei. Daarom is dit belangrik dat beide die argumente vir en teen regstellende aksie ondersoek word. Eers daarna kan oorweeg word of regstellende aksie die aangewese antwoord is vir die vrou in haar gelykheidstryd. So erken Dupper ook tereg:

¹⁷⁹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 195.

¹⁸⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

¹⁸¹ http://quotations.about.com/cs/winstonchurchill/tp/10_churchill.htm (2004/03/14).

¹⁸² Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

At the end of the day, the success of affirmative action in South Africa will in part depend on the strength of the arguments that ... defenders of the policy present.¹⁸³

2 1 Die Nadele van Regstellende Aksie

Die mees algemene kritiek teen regstellende aksie is dat dit in wese maar net nog 'n vorm van diskriminasie is. Aanhangers van hierdie argument meen dat, indien diskriminerende praktyke teen swart persone, vroue en gestremde persone verkeerd was, is hedendaagse diskriminasie ten gunste van daardie groepe net so verkeerd. Die argument is dan in wese:

[T]hat any preferences based on race, sex or disability is as such a form of invidious discrimination – as objectionable as the discrimination it is meant to remedy.¹⁸⁴

'n Algemene punt van kritiek is dat regstellende aksie individue uitsonder uit groepe waarteen daar in die verlede gediskrimineer is, terwyl daar tans nie teen hulle gediskrimineer word nie.¹⁸⁵ Regstellende aksie plaas dan die las op spesifieke lede uit voorheen bevoorregte gemeenskappe om te vergoed vir die oortredinge van die verlede, alhoewel hulle self geen rol in die diskriminerende optrede gespeel het nie.¹⁸⁶

As die benamings van omgekeerde of negatiewe diskriminasie eers opsy geskuif word, beweer sekere kritici dat die konsep van regstellende aksie sekere fatale tekortkominge het wat noodsaak dat dit nie gebruik kan word in die arbeidsmark om sekere wanbalanse aan te spreek nie.¹⁸⁷

Daar word dan geargumenteer dat:

[N]on-discrimination is such an absolute concept that it can brook no exemption...¹⁸⁸

'n Ander argument is dat regstellende aksie-programme ekonomiese doeltreffendheid verminder, omdat die beste persoon vir die werk nie noodwendig aangestel word

¹⁸³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 196.

¹⁸⁴ Dupper 2004 (121) *SALJ* 194.

¹⁸⁵ Dupper 2004 (121) *SALJ* 198.

¹⁸⁶ Thomson soos na verwys in Dupper 2004 (121) *SALJ* 198.

¹⁸⁷ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

¹⁸⁸ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

nie.¹⁸⁹ Hier word geredeneer vanuit die siening dat werwingstandaarde verminder word en dat die basiese beginsel van die arbeidsmark – nl. mededinging – verloën word.¹⁹⁰ As die standaard egter slegs vir ‘n kort tydperk tydelik verlaag word, ten einde die slagoffers van diskriminasie die geleentheid te gee om op ‘n gelyke basis mee te ding, sal die benadering nie nadelig vir die ekonomie van die land wees nie:

Depending on the period and manner in which standards are relaxed, it might even be beneficial. This is because the productive potential of the victims of discrimination, which has not been fully developed or utilised before, will be unlocked by affirmative action.¹⁹¹

Sommige teenstanders van regstellende aksie voer aan dat sulke maatreëls begin as eng omskrewe en tydelik van aard ten einde die beoogde doel te bereik, maar opeindig as ‘n breë permanente instelling.¹⁹² Ander gaan selfs so ver as om te beweer dat dit onwaarskynlik is dat regstellende aksie-programme tydelik van aard sal wees.¹⁹³ Daarom is dit moeilik om regstellende aksie-programme te beëindig, tensy dit gekoppel is aan ‘n spesifieke historiese diskriminerende praktyk.¹⁹⁴

Dit is wel waar dat indien standaard vir ‘n lang tydperk, of selfs permanent verlaag word, ‘n positiewe ekonomiese resultaat minder waarskynlik sal wees.¹⁹⁵ In só ‘n geval kan regstellende aksie die geneigdheid hê om lone van regstellende aksie bevoorreedes op te stoot.¹⁹⁶ Barker wys dan dat so ‘n situasie nadelig vir werkgewers kan wees, en selfs vir internasionale mededinging, indien daardie groep bevoorreedes die meerderheid uit maak.¹⁹⁷

Joubert verduidelik dat daar ook kritiek is teen regstellende aksie waar dit gebruik word “om gelyke verteenwoordiging van groepe te bewerkstellig”.¹⁹⁸ Teenstanders van regstellende aksie voel dat daar in sulke gevalle ingemeng word met die individuele vryheid en dat “die werkgewer verplig word om ekstra koste te absorbeer vir wat

¹⁸⁹ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹⁰ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹¹ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹² Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

¹⁹³ Barker *The South African Labour Market I* 266.

¹⁹⁴ Barker *The South African Labour Market I* 266.

¹⁹⁵ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹⁶ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹⁷ Barker *The South African Labour Market I* 265.

¹⁹⁸ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

eintlik ‘n sosiale strewe is’.¹⁹⁹ In dieselfde asem word ook gesê dat hierdie toepassing van regstellende aksie inmeng met die individuele talente van die werknemers, “volharding minag, [en] dat dit ondernemerskap uitbuit en penaliseer”.²⁰⁰ Onder hierdie vaandel is die kern van dié argument juis “dat dit die standarde in die geleerde beroepe en tegniese sfere sal erodeer.”²⁰¹

Daar word beweer dat die voordele wat regstellende aksie vir die aangewese groepe²⁰² teweegbring, in elk geval net toegeken word aan die persone in die groepe wat reeds beter af is ten opsigte van werkstatus as die res van die groep.²⁰³

‘n Verdere moontlike nadeel van regstellende aksie is dat die bevoorreedes dié maatreël kan beskou as ‘n reg waarvolgens hul aanspraak kan maak op hul verdiende en verskuldigde voorregte en regte.²⁰⁴ Dit kan dié persone wat nie hulp nodig het nie benadeel, deurdat die indruk geskep word dat ‘n persoon in ‘n posisie aangestel is, omdat hy ‘n lid van ‘n voorheen benadeelde groep is en nie op meriete nie.²⁰⁵

Hodges-Aeberhard wys daarop dat daar kritici is wat met hul politieke gemotiveerde argumente beweer:

[A]ffirmative action implies equal results, which make it anathema in certain laissez-faire cultures.²⁰⁶

Daar word aangevoer dat daar min bewyse in die vorm van data is om die werklike sukses van regstellende aksie te bewys en dat dit ‘n verwronge beeld en ondoeltreffende arbeidsmark teweegbring.²⁰⁷ ‘n Verdere baie algemene argument is dat regstellende aksie in teorie nie ‘n slegte idee is nie, maar dat regstellende aksie-maatreëls in die praktyk swak beplan word en dan gapings los vir persone om die resultate te knoei.²⁰⁸

¹⁹⁹ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²⁰⁰ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²⁰¹ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²⁰² Volgens die *Employment Equity Act* 55 van 1998 se a 1 wat aangewese groep (“designated groups”) omskryf as swart persone, vroue en gestremde persone.

²⁰³ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²⁰⁴ Anders gestel: “[T]he victims of discrimination might use affirmative action as a source of entitlement, in the same way that whites used the system of apartheid as a source of privilege.” Sien Barker *The South African Labour Market I* 266.

²⁰⁵ Barker *The South African Labour Market I* 266.

²⁰⁶ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²⁰⁷ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²⁰⁸ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

2 2 Die Voordele van Regstellende Aksie

Die Amerikaanse President, Lyndon B Johnson, het in sy toespraak van 1965 by die Universiteit van Harvard verklaar dat jy nie eenvoudig vir almal kan sê dat hulle nou gelyk is en dit daar laat nie:

*You do not take a person who for years has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say, "you're free to compete with all the others," and still justly believe that you have been completely fair. Thus it is not enough just to open the gates or opportunity. All our citizens must have the ability to walk through those gates We seek not ... just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result.*²⁰⁹ [sic]

In die wedloop vir werksgeleenthede sal die een 'atleet' dus 'n voorsprong gegee moet word ten einde die historiese agterstand uit te wis en sodoende vir almal 'n gelyke kans te gee om die wedloop regverdig te voltooi.²¹⁰

Diskriminerende gebruike teenoor sekere groepe word nie bloot uitgeskakel as die diskriminerende wetgewing geskrap word nie.²¹¹ 'n Mens kan dus nie bloot verwag dat almal nou ongehinderd op dieselfde vlak kan meeding nie. In die *Explanatory Memorandum* tot die *Employment Equity Bill* (EEB) word daar verklaar:

These disparities cannot be remedied simply by eliminating discrimination. Policies, programmes and positive action designed to redress the imbalances of the past are therefore needed.²¹²

Persone wat regstellende aksie verdedig verwerp die argument dat regstellende aksie in wese 'n vorm van omgekeerde diskriminasie is.²¹³ Op die argument dat regstellende aksie meebring dat 'n onskuldige generasie nou betaal vir hul voorgeslagte se wandade, antwoord Thomson dat dit waar is dat swart persone en vroue se posisie in 1973 beter was as 25 jaar vroeër, maar dit wis nie die feit uit dat onregte steeds teenoor die groepe gepleeg word nie.²¹⁴ Verder verduidelik sy dat die persone wat nie oorspronklike slagoffers van die werklike diskriminasie was nie

²⁰⁹ Cahn "Stephan Cahn on the History of Affirmative Action" 1.

²¹⁰ Cahn "Stephan Cahn on the History of Affirmative Action" 1.

²¹¹ Barker *The South African Labour Market I* 264.

²¹² *Explanatory Memorandum to the Employment Equity Bill*, GK 18481, 1 Desember 1997, 5.

²¹³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 194.

²¹⁴ Soos na verwys in Dupper 2004 (121) *SALJ* 198.

steeds die nagevolge daarvan ervaar weens 'n tekort aan selfvertroue en –respek.²¹⁵ Daarom ondersteun sy regstellende aksie ten gunste van die persone wat aanvanklik gely het as gevolg van diskriminerende praktyke in die verlede, sowel as vir diegene wat tans steeds in die naweë van diskriminasie hul pad moet oopwerk.²¹⁶ Geregtigheid, of ten minste gewone ordentlikheid, vereis volgens Thomson se redenasie dat regstellende aksie toegepas word.²¹⁷

Anders as die aanstootlike diskriminerende praktyke van die verlede, word 'n regstellende aksie-beleid nie gebruik om minagting teenoor 'n sekere groep – weens die idee dat hulle ondergeskik en moreel minder aanvaarbaar is vanweë hul ras of geslag – te bevorder nie.²¹⁸ Daarom word regstellende aksie – ten minste in die Suid-Afrikaanse konteks – nie gekenmerk deur die vooroordeel wat verteenwoordigend was van die diskriminerende apartheidsera-praktyke nie.²¹⁹ Regstellende aksie en diskriminasie val nie in dieselfde kategorie nie:

There is ... a morally significant difference between ... [the] offensive forms of discrimination and the remedial intent of affirmative action policies. For this reason, it is ... a misnomer, and indeed misleading, to refer to affirmative action policies as 'reverse discrimination'.²²⁰

Sommige skrywers, soos Joubert, redeneer “dat die doel van regstellende aksie is om geregtigheid of regverdigheid te bewerkstellig.”²²¹ Volgens hom is die uitgangspunt dan “dat niemand geregtig is op regstellende aksie nie.”²²² Die basis daarvoor is eerder meriete.²²³ Joubert wys dan verder daarop dat dit nie noodwendig beteken dat slegs diegene met formele kwalifikasies oor meriete beskik nie.²²⁴

Hulle is eerder diegene met die meeste potensiaal of meriete om iets aan die samelewing terug te gee. Meriete moet dan gewoonlik beoordeel word aan die hand van potensiaal ... die vermoë om te leer en die vermoë om aan te pas by nuwe omstandighede mag ... as meriete beskou word in

²¹⁵ Soos na verwys in Dupper 2004 (121) *SALJ* 198.

²¹⁶ Soos na verwys in Dupper 2004 (121) *SALJ* 198–199.

²¹⁷ Soos na verwys in Dupper 2004 (121) *SALJ* 199.

²¹⁸ Dupper 2004 (121) *SALJ* 194.

²¹⁹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 194.

²²⁰ Dupper 2004 (121) *SALJ* 194.

²²¹ Joubert 1994 (19) *TRW* 5.

²²² Joubert 1994 (19) *TRW* 5.

²²³ Joubert 1994 (19) *TRW* 5.

²²⁴ Joubert 1994 (19) *TRW* 5.

gevalle waar dit belangrik is. Toewyding en die vermoë om struikelblokke te oorwin, mag ook as meriete gesien word. So ook die besit van kennis, vaardighede en tegnieke waar die besit daarvan nodig is om sekere take te verrig.²²⁵

Regstellende aksie as 'n wyse om geregtigheid te bewerkstellig lok wel kritiek uit van diegene wat nie bevoordeel word nie, aangesien hulle glo “dat diegene wat wel bevoordeel word nie aan die vereistes vir die geleentheid voldoen nie, of dat hulle nie die beste is nie”.²²⁶ Só 'n gesindheid mag die bevoordeeldes minderwaardig laat voel.²²⁷ Die reaksies doen nie genoegsame afbreek aan die positiewe uitwerking van regstellende aksie om dié maatreël se toepassing heeltemal te sink nie. Dit dui slegs daarop dat die gesindheid van 'n gedeelte van die algemene publiek moontlik steeds nie genoegsaam verander het nie.

Dié wat voorstanders is van regstellende aksie, argumenteer dat 'n arbeidsbeleid realisties moet wees en voer aan dat 'n proaktiewe beleid noodsaaklik is aangesien die samelewing nie kleurblind is nie en ook steeds 'n onderskeid tref tussen mans en vroue se vermoëns.²²⁸ Hulle aanvaar dat die beplanning moontlik nie altyd perfek mag wees nie.²²⁹ Tog is enige maatreël beter as geen optrede²³⁰ teen ongelykhede en diskriminerende praktyke.

Joubert skryf dat regstellende aksie se taak is om die “diskriminasie in die verlede reg te stel”.²³¹ Hy verduidelik dat dit ook kan werk “vir die hede en die toekoms omdat dit teenswoordige en toekomstige diskriminasie teen lede van die groepe waarteen daar in die verlede gediskrimineer is (die beskermde of bevoorregte groepe), uitskakel.”²³²

As antwoord op die feit dat daar nie genoeg data oor regstellende aksie bekend is om die beweerde sukses te bewys nie, antwoord Hodges-Aeberhard:

[D]ata gathering is improving and ... cheating in any system, can be controlled by better monitoring and stronger penalties.²³³

²²⁵ Joubert 1994 (19) *TRW* 6.

²²⁶ Joubert 1994 (19) *TRW* 6.

²²⁷ Joubert 1994 (19) *TRW* 6.

²²⁸ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²²⁹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²³⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

²³¹ Joubert 1994 (19) *TRW* 3.

²³² Joubert 1994 (19) *TRW* 3.

²³³ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 248.

Uit 'n ekonomiese oogpunt is die argument dat die arbeidsmark nie reg funksioneer sonder regstellende aksie nie:

If discrimination is the result of ... perceived reality, intervention by government in the form of affirmative action might bring about a change in employers' perceptions that individuals from certain groups are less productive than those from others.²³⁴

Regstellende aksie dien “die belange van die samelewing”,²³⁵ omdat dit die verwydering van diskriminasie as oogmerk stel.²³⁶ Die lede van die groepe teen wie gediskrimineer is, sal verbeter deur die verwydering van diskriminasie en dit sal daartoe lei dat hulle 'n groter bydrae tot die samelewing maak.²³⁷ Dié benadering tot regstellende aksie sal dan weer “lei tot die verwydering van negatiewe persepsies (stereotipes) by die lede van die groep ten gunste van wie dit nie werk nie (die nie-beskermdes of nie-bevoorregte groep).”²³⁸ Joubert waarsku wel dat dit op die kort termyn moontlik doeltreffendheid kan benadeel vanweë die verhoogde kostes wat dit mag meebring.²³⁹

Een van die belangrikste eienskappe van regstellende aksie is dat dit in wese veronderstel is om 'n tydelike maatreël te wees. Sodra die oogmerk van gelykheid²⁴⁰ in die werkplek realiseer, val die rede vir regstellende aksie weg.²⁴¹ Verdere regstellende aksie pogings sal daarna neerkom op onbillike diskriminasie.²⁴² Die probleem met die beskouing van regstellende aksie is daarom nie of dit 'n tydelike of permanente maatreël is nie, maar eerder die onsekerheid oor hoe lank dit die samelewing gaan neem om 'n aanvaarbare vlak van gelykheid te bereik.²⁴³

Teen Suid-Afrika se diskriminerende agtergrond word dit algemeen aanvaar dat die staat en werkgewers regstellende aksie-maatreëls moet implementeer om die diskriminasie-erfenis aan te spreek.²⁴⁴ Regstellende aksie is egter tweesydig van aard deurdat dit ook toekomsgeoriënteerd is: Eerstens kan regstellende aksie aangewend

²³⁴ Barker *The South African Labour Market I* 265.

²³⁵ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²³⁶ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²³⁷ Joubert 1994 (19) *TRW* 4.

²³⁸ Joubert 1994 (19) *TRW* 4-5.

²³⁹ Joubert 1994 (19) *TRW* 5.

²⁴⁰ Of ten minste 'n sekere vlak van gelykheid.

²⁴¹ Basson et al *Essential Labour Law: Volume I* (2000) 322.

²⁴² Basson et al *Essential Labour Law* 322.

²⁴³ Basson et al *Essential Labour Law* 322.

²⁴⁴ Dupper 2004 (121) *SALJ* 189-190.

word om historiese benadeling te oorkom deur 'n gesindheidsverandering teenoor voorheen benadeelde persone te bewerkstellig.²⁴⁵ Tweedens is regstellende aksie 'n noodsaaklike instrument ter bevordering van die heropname van voorheen benadeelde persone in 'n demokratiese samelewing.²⁴⁶ Sodoende word daar gebreek met die oneindige siklus van armoede, ondergeskiktheid en sosiale ongelykheid.²⁴⁷

3 DEUR SUID-AFRIKA SE Oë

Na 10 jaar van demokrasie in Suid-Afrika is dit nodig om ondersoek in te stel na die beweerde verbeterde gelykheid wat regstellende aksie in ons land teweeg gebring het. Daar is drie vorme van gelykheid, nl. formele gelykheid (soms na verwys as gelyke behandeling),²⁴⁸ gelykheid van geleentede en substantiewe gelykheid (soms beskryf as gelyke uitkomst)²⁴⁹. Hierdie drie konsepte en hul verhouding tot regstellende aksie sal van nader beskou word in hoofstuk vier.

Vir eers kan daar met die volgende volstaan word. Die beskouing van gelykheid wat onderliggend is tot die Grondwet, streef daarna om uiteindelik gelykheid te bewerkstellig deur te vergoed vir die onregte van die verlede.²⁵⁰ Daarom is die Finale Grondwet²⁵¹ se taal dan ook geslags sensitief.²⁵²

Subartikels (3) en (4) van artikel 9 bevestig 'n formele benadering tot gelykheid.²⁵³ In die subartikels bepaal die Grondwet dat nóg die staat (a 9(3)), nóg 'n persoon (a 9(4)) “regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand [mag] diskrimineer op een of meer gronde ... met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.”²⁵⁴ Dit blyk dan uit a 9(3) dat die Grondwet 'n positiewe plig op die regering plaas om te verseker

²⁴⁵ Dupper 2004 (121) *SALJ* 206.

²⁴⁶ Dupper 2004 (121) *SALJ* 206.

²⁴⁷ Dupper 2004 (121) *SALJ* 206.

²⁴⁸ Basson et al *Essential Labour Law* 304.

²⁴⁹ Basson et al *Essential Labour Law* 304.

²⁵⁰ Van Niekerk “Affirmative action – three cases, two views” 1997 (7) *Contemporary Labour Law* 1.

²⁵¹ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

²⁵² Cristie 1994 (5) *SAHRY* 295.

²⁵³ McGregor “Affirmative Action: An Account of the Case Law” 2002 (14) *SA Merc LJ* 253.

²⁵⁴ Artikel 9(3) Wet 108 van 1996.

dat elke persoon ten volle en op gelyke vlak al sy of haar regte en vryhede kan geniet.²⁵⁵

Artikel 9(2) maak voorsiening vir substantiewe gelykheid:

Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.²⁵⁶

Subartikel (2) skep die moontlikheid van “wetgewing of ander maatreëls” ten einde substantiewe gelykheid te bevorder. Suid-Afrika se Grondwet breek dus weg van soveel ander lande se wetgewende bepalings deurdat dit uitdruklik voorsiening maak vir regstellende aksie-programme.²⁵⁷

In die aanhef van die *Employment Equity Act 55* van 1998 (EEA) word daar te kenne gegee dat diskriminerende wette en praktyke van die verlede aanleiding gegee het tot ongelykhede in die nasionale arbeidsmark.²⁵⁸ Daar word erken dat sulke ongelykhede sekere kategorieë persone benadeel het en dat hierdie benadeling nie bloot deur die verwydering van diskriminerende wette goedgemaak kan word nie.²⁵⁹ Ten einde die grondwetlike reg op gelykheid te bevorder en ware demokrasie uit te oefen²⁶⁰ het die EEA dan twee hoofelemente.²⁶¹ Eerstens verbied dit diskriminasie ten opsigte van alle werknemers.²⁶² Tweedens maak dit voorsiening vir regstellende aksie-maatreëls wat geïmplementeer moet word deur sogenaamde aangewese werkgewers.²⁶³ Deur só ‘n benadering te volg poog die EEA om ‘n diverse werksmag daar te stel wat oor die algemeen verteenwoordigend is van die mense van Suid-Afrika.²⁶⁴

²⁵⁵ Dupper “Affirmative Action and Substantive Equality: the South African Experience” 2002 (14) *SA Merc LJ* 275 281.

²⁵⁶ Artikel 9(2) Wet 108 van 1996.

²⁵⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 275.

²⁵⁸ Wet 55 van 1998 Aanhef.

²⁵⁹ Wet 55 van 1998 Aanhef.

²⁶⁰ Wet 55 van 1998 Aanhef.

²⁶¹ Barker *The South African Labour Market I* 267.

²⁶² Barker *The South African Labour Market I* 267.

²⁶³ Barker *The South African Labour Market I* 267.

²⁶⁴ Wet 55 van 1998 Aanhef.

4 REGSTELLEDE AKSIE SE RASIONAAL

Selfs in 'n omgewing waar regstellende aksie in die algemeen aanvaar word as 'n middel om diskriminerende praktyke van die verlede te oorkom, kan daar steeds wanpersepsies bestaan oor regstellende aksie as 'n vorm van diskriminasie.²⁶⁵

Regstellende aksie²⁶⁶ word deur die gewone man (of vrou) op straat beskou as 'n maatreël wat transformasie in die nuwe Suid-Afrika bevorder. In werklikheid is dit 'n maatreël wat by nadere beskouing meer gekompliseerd van aard is. Bhoola verwys na regstellende aksie²⁶⁷ as 'n strategie waarmee transformasie in die werkplek teweeggebring word.²⁶⁸ In die woord 'strategie' is 'n element van beplanning opgesluit en dit word heel gepas gedefinieer as die kuns om 'n sekere oogmerk "op die voordeligste wyse teweeg te bring".²⁶⁹ Die gebruik van die woord 'voordeligste' in die definisie bevat 'n duidelike ondertoon wat wys dat die mees geskikte strategie nie noodwendig altyd perfek is nie.

Die voorwoord tot die EEA gee dan die pas aan vir die wet (as strategiese werktuig) deur te herbevestig dat:

[A]s a result of apartheid and other discriminatory laws and practices, there are disparities in employment, occupation and income within the national labour market; and that those disparities create such pronounced disadvantages for certain categories of people that they cannot be redressed simply by repealing discriminatory laws ...²⁷⁰

Dit is in Suid-Afrika 'n werklikheid dat die erfenis van apartheid steeds werksverhoudinge en –strukture in die arbeidsmark kenmerk.²⁷¹ Die werkplek is steeds deurtrek met sosiale diskriminasie, wat ook vroue raak, ten spyte van die feit dat diskriminerende wetgewing geskrap is.²⁷²

Ten einde die Suid-Afrikaanse toepassing van regstellende aksie beter te verstaan is dit noodsaaklik om daarop te let dat die EEA regstellende aksie aanpak vanuit die

²⁶⁵ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 260.

²⁶⁶ Waarna soms ook verwys word as 'positiewe maatreëls'.

²⁶⁷ Soos in die EEA 55 van 1998 vervat.

²⁶⁸ Bhoola *Affirmative Action* in in Tompson & Benjamin *South African Labour Law: Volume I* (2003) CC1–B–4.

²⁶⁹ Odendal et al *Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* (1983) 1095.

²⁷⁰ EEA 55 van 1998 Aanhef.

²⁷¹ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–2.

²⁷² Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–2.

beskouing dat dit deurslaggewend is ten einde te verseker dat 'n groter vaardigheidspoel ten volle benut word om ekonomiese groei en mededinging te verseker.²⁷³ Bhoola verduidelik dat die impak van regstellende aksie wyd kan uitkring:

[T]he creation of a critical mass of persons from the designated groups in the workplace will contribute to diversity and fairness, which is likely to generate positive spin-offs through increased productivity and service delivery, lower absenteeism, economic efficiency and workplace harmony.²⁷⁴

Hiervolgens kan verklaar word dat billike indiensneming nie slegs 'n politieke noodsaaklikheid is nie, maar ook 'n ekonomiese een.²⁷⁵ Daarom beskou die meeste akademië regstellende aksie as 'n onontbeerlike element vir die 'oorlewing' van Suid-Afrikaanse besighede.²⁷⁶

Konsepte soos 'regstellende aksie' en 'billike indiensneming' word in die algemeen gebruik om te verwys na institusionele en sosiale meganismes wat transformasie in die werkplek moet bewerkstellig om dit sodoende meer vatbaar te maak vir aangewese groepe of bevoordeeldes.²⁷⁷ Daarom is dit 'n belangrike kenmerk van die EEA dat dit uitkoms-georiënteerd is om sodoende die bereiking van 'n toekomstige billike werkplek te bevorder.²⁷⁸

Regstellende aksie kan egter nie eenvoudig gelykgestel word aan billike indiensneming nie. Billike indiensneming omsluit 'n strewe na die genoemde uitkoms, sowel as die sistematiese eliminering van ongelykhede en die aanspreek van historiese diskriminerende patrone in die werkplek wat spesifieke groepe of persone as teikens benadeel het.²⁷⁹ Die EEA beskou regstellende aksie weer as 'n verpligte strategie wat werkgewers moet implementeer ten einde die genoemde uitkoms te bereik.²⁸⁰ Eersgenoemde konsep skep daarom die toneel vir verandering deur die verwydering van hindernisse, terwyl regstellende aksie die rolspelers daar plaas en

²⁷³ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-2 3.

²⁷⁴ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-3.

²⁷⁵ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-3.

²⁷⁶ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-3.

²⁷⁷ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-3.

²⁷⁸ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-3.

²⁷⁹ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-4.

²⁸⁰ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-4.

hulle tot en met die laaste bedryf bystaan in 'n poging om ongelykhede van die verlede aan te spreek en reg te stel.

Daar word deur Bhoola uitgewys dat regstellende aksie poog om die demografie van die werkplek te verander asook om die organisatoriese kultuur te wysig sodat dit meer akkommoderend ten opsigte van diversiteit kan wees.²⁸¹ Regstellende aksie²⁸² strek daarom verder as die eenvoudige versekering dat die deure van alle besighede nou moet oopstaan vir alle persone ongeag geslag of ras. Dit betree ook die werkplek daar waar die werknemers uit die aangewese groepe daaglik gekonfronteer word met die spoke van diskriminasie uit die verlede.

Met dié rasionaal as grondslag stel a 15 van die EEA sekere vereistes vir regstellende aksie:²⁸³

- (1) die verwydering van hindernisse wat toegang tot en bevordering in die werkplek van werknemers uit aangewese groepe belemmer;²⁸⁴
- (2) werkplek diversiteit;²⁸⁵
- (3) redelike akkommodasie maatreëls;²⁸⁶
- (4) voorkeur en numeriese mikpunte ter bereiking van die billike verteenwoordiging van aangewese groepe;²⁸⁷ en
- (5) maatreëls om werknemers vanuit aangewese groepe te behou, op te lei en te ontwikkel.²⁸⁸

Daar moet wel daarop gelet word dat aangewese werkgewers se verpligting om regstellende aksie-maatreëls in te span nie vereis dat absolute hindernisse vir voornemende en voortdurende indiensneming of bevordering van nie-aangewese werknemers, ingestel moet word nie:²⁸⁹

The retention of existing skills, primarily the domain of white male employees, appears to be the primary motivator for such a provision. It

²⁸¹ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–4.

²⁸² As 'n skepping van substantiewe gelykheid.

²⁸³ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–4 CC1–B–4.

²⁸⁴ Artikel 15(2)(a).

²⁸⁵ Artikel 15(2)(b).

²⁸⁶ Artikel 15(2)(c).

²⁸⁷ Artikel 15(2)(d)(i).

²⁸⁸ Artikel 15(2)(d)(ii).

²⁸⁹ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–17.

may also be motivated by the desire to avoid litigation similar to that initiated in the US concerning ‘trammeling’ of the rights of existing incumbents, and avoiding visiting the sins of the forefathers on their sons.²⁹⁰

5 VERSKEIE BENADERINGS TOT REGSTELLEDE AKSIE

Kanter²⁹¹ het al in 1976 geïdentifiseer²⁹² dat daar in die algemeen drie tipe regstellende aksie benaderings of modelle onderskei kan word: temperamentele, rolverwante of sosiaal-strukturele benaderings.²⁹³ Elk van hierdie modelle het verskillende onderliggende vermoedens wat aangewend word om vas te stel wat die oorsaak van ongelykheid in die werkplek is om sodoende te kan bepaal hoe die ingrypende beleid die beste geformuleer kan word.²⁹⁴

5.1 Temperamentele Benadering

Die is deur Kanter beskryf as die algemeenste benadering wat gebruik word om ondersoek in te stel na die redes vir voortgesette uitsluiting van vroue op hoë bestuursvlakke.²⁹⁵ Vroue se karakter, persoonlikheid en veral hulle ‘gebreke’ word onder ‘n vergrootglas geplaas.²⁹⁶ Kanter som die model se onderliggende vermoede goed op:

Women differ from men in their character, temperament, attitudes, self-esteem, language, gestures and interpersonal orientation, whether by nature, early socialisation, or accumulated learning as a result of coping with an inferior position.²⁹⁷

²⁹⁰ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–5.

²⁹¹ Kanter soos na verwys in Sheridan “Patterns in the policies: affirmative action in Australia” 1998 (13) *Women in Management Review* 243 244.

²⁹² Na aanleiding van ‘n ondersoek wat gefokus het op die implementering van regstellende aksie-programme in Amerika.

²⁹³ “These three models correspond, approximately, to concern with the individual, role and organisational levels as determinants of social life.” Sien Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 244.

²⁹⁴ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 244.

²⁹⁵ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

²⁹⁶ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

²⁹⁷ Kanter soos aangehaal in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

Gevolglik aanvaar die model dat vroue se agterstand in die werkplek daaraan toegeskryf kan word dat hulle nie soos mans is nie.²⁹⁸ Die regstellende aksie-beleid word dan so geformuleer dat dit poog om te kompenseer vir vroue se ‘gebreke’.²⁹⁹ Voorstanders van die model voer aan dat vroue moet deelneem aan kompenserende programme³⁰⁰ wat hulle sal help om hul ‘karaktergebreke’ te oorkom ten einde effektief te kan funksioneer in ‘n werksituasie’.³⁰¹

Kanter kritiseer die temperamentele benadering op veral twee gronde. Eerstens verklaar sy dat daar nie veel bewyse is wat aandui dat kompenserende opleidingsprogramme vir vroue enigsins ‘n werklike impak op organisatoriese strukture het nie.³⁰² Verder beskou sy dit as kommerwekkend dat die model tradisionele stereotipes sal versterk.³⁰³ Suid-Afrika se Konstitusionele Hof het self al met die *President of the Republic of South Africa v Hugo*³⁰⁴ gewys hoe maklik dit is om (in ‘n poging om substantiewe gelykheid te bevorder) eintlik meer skade te doen deur onbewustelik stereotipes van vroue te herbevestig.³⁰⁵ Verdere kritiek van akademië, soos Crawford, Hunter en Kaplan, is dat ingrepe wat vroue bystaan om meer soos mans te word in werklikheid faal om die kompleksiteit van sistemiese diskriminasie te begryp.³⁰⁶

5 2 Rolverwante Benadering

Hierdie benadering beskou die arbeidsverdeling tussen vroue en mans (veral in die familiekonteks) as die rede vir vroue se relatiewe laer posisie in die werkplek.³⁰⁷ Die ingryping wat met die benadering vereenselwig word is, volgens Kanter, die verandering van tradisionele persepsies van ‘geskikte’ rolle vir vroue en mans.³⁰⁸ So

²⁹⁸ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

²⁹⁹ Die sogenaamde gebreke word beskryf as ‘n ongeskikte temperament vir bestuursopdragte, lae selfbeeld en ‘n werkhouding wat verskil van die van mans. Sien Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰⁰ “Assertiveness training workshops” vir vroue wat beskou word as skugter is ‘n voorbeeld hiervan. Sien Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰¹ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰² Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰³ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰⁴ 1997 (4) SA 1 (CC), [1997] 6 BCLR 708 (CC).

³⁰⁵ Sien hoofstuk drie vir ‘n bespreking van *Hugo* supra nota 304 met betrekking op substantiewe gelykheid.

³⁰⁶ Soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰⁷ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³⁰⁸ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

‘n strategie is meestal gefokus op die persepsieverandering van individue se rolle.³⁰⁹

Optrede in lyn met die model kan neerkom op die volgende:

[I]mplementing policies which make it easier for women to juggle both family and work roles, such as child care, part-time work, flexible working hours and job sharing ...³¹⁰

Kanter erken dat dit belangrik is om tradisionele stereotipes aan te spreek, maar tog erken sy tereg dat die model ongeskik is vir die verbetering van vroue se werksgeleenthede.³¹¹ Geen werkgewer gaan ‘n deeltydse werknemer, of iemand wat weens familie verpligtinge hul werkslading met ‘n ander werknemer moet deel, as ambisieus genoeg vir ‘n bestuursposisie beskou nie. Dit sal bloot nie as ‘n slim besigheidstaktiek beskou word nie. Ander werknemers se werkslading sal verhoog word om te kompenseer vir die feit dat vroue die beroepsleer moet klim.

‘n Ander beskouing is weer dat so ‘n benadering daartoe kan lei dat vroue wat die arbeidsmark betree, sonder enige familieverantwoordelikhede, ook nie beter af sal wees wat hul werkstatus betref nie.³¹² Dit kom daarop neer dat hierdie model die organisatoriese wêreld te gereeld as homogeen beskou.³¹³ Daar word onbeskaamd aanvaar dat vroue in effek die verantwoordelikheid dra om rolveranderinge teweeg te bring.³¹⁴ Ongelukkig is so ‘n aanslag nie altyd effektief nie. Vroue kan aan die deur van geleenthede klop so veel soos hulle wil, maar dit gaan geen verandering teweegbring as niemand van binne af die deur vir hulle wil oopmaak nie. Verder word daar deur Marshall verduidelik dat pogings om vroue na nie-tradisionele beroepe te lok ook gekritiseer word weens die feit dat die ‘man as norm’ standaard geïmpliseer word.

5.3 Sosiaal-strukturele Benadering

Hierdie derde model fokus op die aard van die organisatoriese strukture en die organisasie se werk.³¹⁵ Dit wil voorkom asof Suid-Afrikaanse maatskappye (moontlik) onbewustelik) meer klem op hierdie benadering plaas. Beukes³¹⁶ wys

³⁰⁹ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³¹⁰ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245.

³¹¹ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 245–246.

³¹² Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³¹³ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³¹⁴ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³¹⁵ Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³¹⁶ Hoof Strategie: ABSA; SA 2014: *Suid-Afrika na 10 jaar van demokrasie* Kyknet (2004-07-25).

daarop dat ABSA se uitgangspunt (in die bevordering van transformasie en diversiteit) eerder is om te fokus op die mark wat hulle wil betree.³¹⁷

Die benadering plaas meer klem op mans en vroue se optrede,³¹⁸ soos waargeneem in 'n organisasie.³¹⁹ Dit word egter as redelik voorspelbaar beskou gesien indiensnemingsprosesse, dominante strukture en geslagsverhoudings binne 'n organisasie se onderskeie range.³²⁰ Volgens Kanter is hierdie faktore belangrike determinante in die bepaling van die motiveringsvlak wat vroue in hul werksomgewing ervaar:³²¹

[W]hether or not she will appear competent, confident and promotable, how productive she can be and whether or not she can be an effective leader.³²²

As vroue vasgevang voel in 'n posisie met min bevorderingsgeleenthede,³²³ het dit implikasies wat hul werkservaring betref.³²⁴ 'n Model wat sulke wanbalanse wil aanspreek moet fokus op 'n organisasie se eie praktyke.³²⁵ Aangesien 'n sosiaal-strukturele model institusionele partydigheid erken, word dit beskou as die effektiwste wyse waarmee probleme van segregasie in die werkplek³²⁶ aangespreek kan word.

5.4 Verdere Uitbreidings

Oppenheimer het in 1988 tot 1989 in sy ondersoek na regstellende aksie vyf basiese modelle identifiseer:³²⁷

- (1) streng kwotas ten gunste van vroue of minderhede;

³¹⁷ SA 2014: Suid-Afrika na 10 jaar van demokrasie Kyknet (2004-07-25).

³¹⁸ Soos weerspieël in die mark en betrokke demografie.

³¹⁹ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²⁰ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²¹ Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²² Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²³ “[W]hich is symptomatic of many traditional female occupations...”; Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²⁴ “Behaviour that is often characterized as “typically female” – low aspirations, lack of commitment, disengagement and an emphasis on social relations – can be understood with reference to the opportunity structures available to women within organizations”; Kanter soos na verwys in Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²⁵ “Kanter suggests that attempts to reduce the biases inherent in selection and promotion processes and increasing the general training opportunities to previously disadvantaged groups (as opposed to remedial training suggested under the “temperamental” model) fall into the “social structural” realm.” Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²⁶ Met spesifieke verwysing na die tekort van vroue in bestuursposisies; Sheridan 1998 (13) *Women in Management Review* 246.

³²⁷ Soos na verwys in Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 81.

- (2) stelsels wat ten koste van blanke mans voorkeur aan vroue en minderhede gee;
- (3) “self-examination plans” waarbinne ‘n late om ‘n sekere oogmerk binne ‘n bepaalde tyd te verwesenlik selfondersoek teweegbring ten einde te bepaal watter vorm van diskriminasie ‘n impak op die besluitnemingsproses gehad het;
- (4) uitreikplanne waarmee pogings aangewend word om vroue en minderhede in die beskikbare poel van kandidate in te sluit; en
- (5) die daarstel van ‘n regstellende verbondenheid om nie te diskrimineer nie.³²⁸

Aangesien Suid-Afrika se EEA slegs in die breë riglyne daarstel oor hoe ‘n regstellende aksie-beleid moet lyk, kan ‘n werkgewer in beginsel enigeen van die genoemde benaderings (of ‘n kombinasie) as grondslag vir ‘n regstellende aksie-beleid stel. Oppenheimer se voorstelle is egter meer kontroversieel as die van Kanter. ‘n Regstellende aksie-plan wat kwotas aanwend word veral nie in ‘n gunstige lig beskou nie, aangesien regstellende aksie in Suid-Afrika nie ‘n absolute hindernis in die werkplek vir blanke mans daar moet stel nie.

ANC-parlementslid en voormalige voorsitter van die Parlementêre Staande Komitee oor arbeid, Salie Manie, huldig die opinie dat die belangrikste uitdaging in Suid-Afrika is “om alle Suid-Afrikaners te laat insien hoe belangrik regstellende aksie werklik is”.³²⁹ Manie hou voor dat dit slegs kan gebeur wanneer daar eenstemmigheid is oor ‘n regstellende aksie metode en program.³³⁰

Ongeag watter aanslag in ‘n regstellende aksie-plan volg sal dit moontlik nooit kritiek geheel en al kan vryspring nie:

Because affirmative action is, by definition, discriminatory, it is inevitable that there will be conflict, no matter what form the affirmative policy takes. Interests and expectations of all races and both genders are at stake.³³¹

³²⁸ Soos na verwys in Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 81.

³²⁹ Soos aangehaal in Malan “Regstellende aksie moet nog ‘n lang pad loop” *Rapport* (2004-07-25) 21.

³³⁰ Soos na verwys in Malan *Rapport* (2004-07-25) 21.

³³¹ Rycroft “Obstacles to Employment Equity?: The Role of Judges and Arbitrators in the interpretation and implementation of Affirmative Action Policies 1999 (20) *ILJ* 1411 1414.

5 5 Suid-Afrika se Weergawe

Regstellende aksie-maatreëls word in a 15(1) van die EEA omskryf as:

[M]easures designed to ensure that suitably qualified people from designated groups have equal employment opportunities *and* are equitably represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer.³³² [eie beklemtoning]

Dit is reeds duidelik dat die EEA hier uiting gee aan die idee van substantiewe gelykheid, soos vervat in a 9(2)³³³ van die Grondwet.³³⁴ Alhoewel daar in a 15(1) verwys word na ‘gelyke geleentehede’ is die uitkoms van regstellende aksie-maatreëls nie daartoe beperk nie. Daar word verder vereis dat die maatreëls ook billike verteenwoordiging as uitkoms moet beoog. Die feit dat regstellende aksie-maatreëls nie slegs tot die bevordering van gelyke geleentehede beperk word nie dui op die aanwesigheid van die genoemde, breër benadering van substantiewe gelykheid.³³⁵

Krautil illustreer, met verwysing na dieretuin diere, dat gelyke geleentehede alleenstaande nie genoeg is nie:

Imagine your organisation is a giraffe house. Equal opportunity has been very effective widening the door of the giraffe house to let the elephant in, but home won’t be best for the elephant unless a number of major modifications are made to the inside of the house. Without these changes the house will remain designed for giraffes and the elephant will not “feel at home”.³³⁶

Regstellende aksie word deur beide akademici en politici voorgedra as die maatreël wat die kameelperd verplig om verandering binne in die ‘huis’ aan te bring ten einde die olifant ook tuis te laat voel.

³³² Artikel 15(1) EEA 55 van 1998.

³³³ In hoofstuk drie word daar verduidelik dat a 9(2) voorsiening maak vir maatreëls, soos die van regstellende aksie.

³³⁴ McGregor (2002) 14 *SA Merc LJ* 176.

³³⁵ Weens die verbinding tot substantiewe gelykheid is dit duidelik dat die wetgewer regstellende aksie-programme beoog het wat ‘n essensiële en integrale rol kan speel in die bereiking van gelykheid. Govender “Equality – The South African Perspective” 24 <http://law.wustl.edu/Conference/Equality/Gov-art4.html> (2004/04/10).

³³⁶ Kramar “Managing diversity: beyond affirmative action in Australia” 1998 (13) *Women in Management Review* (1998) 133 135.

Grogan wys daarop dat die a 15(1) omskrywing van regstellende aksie-maatreëls dit duidelik stel dat regstellende aksie-maatreëls nie veronderstel is om net toepassing te vind op die onderste vlakke van 'n organisasie se hiërargie nie.³³⁷

³³⁷ Grogan *Workplace Law* 250.

HOOFSTUK DRIE

GELYKHEID EN DISKRIMINASIE AS DIE TEENPOLE VAN REGSTELLE ENDE AKSIE

1 DIE TEENPOLE

‘n Mens sal moontlik nooit gelykheid kan waardeer of ‘n behoefte ontwikkel om dit na te streef of ‘n realiteit te maak indien jy nie self diskriminasie ervaar het, aanskou het of bewus gemaak is van hoe daar teen ander gediskrimineer is nie. Die mensdom het ‘n rede nodig om te smag na ‘n Utopia waar alles en almal in volmaakte harmonie saam ‘n bestaan kan maak.

Davis verduidelik dit soos volg:

A society committed to equality attempts to make the lives of all its citizens better by insisting that each person must be shown equal concern and respect ... [but] ... equality is not a principle which lives in abstraction. It depends upon comparison.³³⁸

Sedert die tyd van Plato is die mensdom se denke gestruktureer rondom ‘n reeks komplekse opponerende pare, byvoorbeeld die rasonele teenoor die irrasionele, sowel as kultuur teenoor die natuur.³³⁹ Daarom word daar opgemerk dat gelykheid en diskriminasie teenpole van mekaar is wat ‘n begrips-balans daarstel. Sonder die een se betekenis, is die ander net ‘n leë begrip of selfs nie eers ‘n begrips-bestaan waardig nie.

Diskriminasie word hiervolgens beskou as die differensiële behandeling van ‘n individu of ‘n groep individue op grond van ‘n sekere aspek van hulle persoon.³⁴⁰ Die afleiding is daarom dat ‘verskil’ aanleiding gee tot diskriminasie.³⁴¹

Van den Oorde se beskouing sluit by dié benadering aan:

³³⁸ Davis *Equality and Equal Protection* in Van Wyk (edit) et al *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (1994) 196.

³³⁹ Van Marle ‘Women On, and, In Law: “I’ve this creeping suspicion that things are not as they seem” (2001) 3 *De Jure* 435 437.

³⁴⁰ UNISA *Women & The Law In South Africa* 262.

³⁴¹ UNISA *Women & The Law In South Africa* 262.

[T]he opposition between equality and difference is closely related to the similar opposition between that which is inside the law and that which is outside.³⁴²

Beukes en Van Marle verduidelik en interpreteer Van den Oorde se argument verder:

A deconstruction of the opposition inside/outside of the law demonstrated that inside/outside, as well as centre/margins are peculiarly intertwined. The outside has always been and continues to be within. The outside forms a structural condition allowing us to speak of an inside. Inside/outside, centre/margins are constantly shifting.³⁴³

Die effek van die ineenstrengeling van dit wat as ‘binne’ beskou word en dit wat ‘buite’ op die periferie lê, op die verhouding tussen ‘gelykheid’ en ‘verskil’ is dat dit duidelik raak dat dit futiel is om ‘verskil’ na die periferie of ‘buitekant’ van die reg te probeer stoot ten einde eenheid en algemeenheid in die reg te skep.³⁴⁴

Daar word saam met die beskouing deur Beukes en Van Marle uitgewys dat:

Thinking differences does not reject equality, but allots it a different place in relation to difference.³⁴⁵

Dit kom neer op wat die twee skrywers bestempel as ‘n *double struggle*.³⁴⁶

Aangesien die mens diskriminasie ken en die negatiewe effekte daarvan wil verwyder om sodoende ‘n volmaakte vlak van gelykheid te bereik, wend nasies hulle tot sekere idees, konsepte, meganismes of maatreëls ten einde die probleem met die *double struggle* aan te spreek. Een so ‘n voorbeeld is die maatreël van regstellende aksie. Sonder die diskriminerende praktyke in die verlede wat die samelewing laat smag na gelykheid sou die konsep van regstellende aksie glad nie eers bestaan het nie.

Die posisie kan soos volg beskou word:

Affirmative action if put in the discourse of equality [and] difference ... *could* ensure transformation ... [and] achieve justice.³⁴⁷ [eie beklemtoning]

³⁴² Soos na verwys in Beukes & Van Marle “Affirmative action: a gender perspective” (1996) 21 *SAYIL* 154 160.

³⁴³ Beukes & van Marle (1996) 21 *SAYIL* 160.

³⁴⁴ Beukes & van Marle (1996) 21 *SAYIL* 160.

³⁴⁵ Beukes & van Marle (1996) 21 *SAYIL* 161.

³⁴⁶ Beukes & van Marle (1996) 21 *SAYIL* 161.

³⁴⁷ Beukes & Van Marle (1996) 21 *SAYIL* 161.

Dit word daarom gestel dat regstellende aksie beskou kan word as ‘n uitbreiding van die lang arm van die reg wat poog om daardie gaping, wat diskriminasie (as ‘n gevolg van ‘verskil’) en gelykheid altyd in teenpole hou, te oorbrug om sodoende dit waarteen gediskrimineer is of waarteen gediskrimineer word te beskerm. Daar moet wel in gedagte gehou word dat regstellende aksie transformasie kan bewerkstellig, maar nie transformasie waarborg nie. Die effektiwiteit van die maatreël hang af van die konteks waarin dit toepassing vind sowel as onderskeie (aangewese) werkgewers en instansies se toepassing daarvan.

‘n Nadere beskouing van die inhouds-betekenis wat aan onderskeidelik gelykheid en diskriminasie toegeken word, sowel as die ontwikkeling daarvan oor die jare, is daarom relevant ten einde te kan beoordeel wat regstellende aksie in werklikheid behels.

2 GELYKHEID

‘Gelykheid’ is ‘n konsep wat baie debatte aanvuur. Dworkin het opgemerk dat diegene wat dit loof óf daarop neersien verskil oor wat hulle loof en waarop hulle neersien.³⁴⁸

As daar dieper ondersoek ingestel word na wat ‘gelykheid’ werklik behels, verseker ‘n benadering soos die van De Vos dat realiteit nie uit die oog verloor word nie:

After all, equality is a notoriously complex and elusive construct. While most of us, when pressed, would confidently assert that we know what equality means, any close consideration of the concept will invariably bring us to many varying interpretations, dead-ends and confusions difficult to reconcile with our vast but previously unexamined certainties on the subject. And while there seems to be a broad consensus in modern democratic states that equality is a good thing – something like motherhood, apple pie and the right to vote – there is no agreement – not

³⁴⁸ Soos na verwys in “Equality” *Stanford Encyclopedia of Philosophy* 1 <http://plato.stanford.edu/entries/equality> (2004/07/07).

even within the liberal democratic discourse – on the nature and scope of this concept.³⁴⁹

Van die vroegste tye af het denkers opinies geformuleer oor die betekenis wat opgesluit lê in die idee van gelykheid. Daarom is dit nie verbasend dat daar al opgemerk is dat die beginsel van gelykheid een van die hoekstene van 'n demokratiese regstelsel is nie.³⁵⁰ 'n Groot gees, soos Aristoteles, het gefilosofeer oor gelykheid en bevind:

[T]hose things that are alike should be treated alike, while things that are unlike in proportion to their unlikeness! Equality and justice are synonymous: to be just is to be equal, to be unjust is to be unequal.³⁵¹

Die beskouing kan gesien word as die geskiedkundige basis van die idee van formele gelykheid, ook genoem proporsionele (of Aristoteles se) gelykheid.³⁵² Instinktief is die gevoel dat mense soos mense, behandel moet word. Ongelukkig kan daar vervolgens ook geredeneer word dat mans soos mans en vrouens soos vrouens behandel moet word.

Davis verduidelik dat Aristoteles se benadering problematies is in die sin dat dit geen riglyn daar stel ter bepaling van watter van die sogenaamde '*things*' gelyk is met die doel om gelykheid te bepaal nie.³⁵³ Aristoteles se idee van gelykheid hang dus af van 'n voorafgaande vraag, nl. die vasstelling van watter persone inderdaad gelyk is vir die doel van die ondersoek na gelykheid.³⁵⁴

Om daardie rede is daar in Amerikaanse regspraak die *similarly situated*-toets ontwikkel. Die grondwetlikheid van die registrasie van mans, ter uitsluiting van vroue vir militêre diensplig is in *Rostker v Goldberg*³⁵⁵ gehandhaaf. Hoofregter Rehnquist het bevind dat vroue in hul posisie onderskeibaar is vir die doel beoog met die vrywillige loting van mans, aangesien vroue anders as mans nie 'geskik' was om aan gevegsituasies deel te neem nie.³⁵⁶ Vroue en mans is dan die twee groepe wat teen

³⁴⁹ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* in Vande Lanotte (edit) et al *The Principle of Equality: A South African and a Belgian Perspective* (2001) 139 140.

³⁵⁰ Beukes & Van Marle (1996) 21 *SAYIL* 159.

³⁵¹ Soos aangehaal in Davis *Equality and Equal Protection* 197.

³⁵² Russel "Equality" 3 <http://www.philosophy.ubc.ca/faculty/russelj/400equality.htm> (2004/07/07).

³⁵³ Davis *Equality and Equal Protection* 197.

³⁵⁴ Davis *Equality and Equal Protection* 197.

³⁵⁵ 453 U.S. 57 (1981).

³⁵⁶ Davis *Equality and Equal Protection* 197.

mekaar opgeweeg is en die regter het daarvolgens bevind dat vroue weens hulle afwesigheid in oorlogsomstandighede nie *similarly situated* as mans was nie.

Die benadering in *Rotsker* skep die indruk dat vroue net kan hoop op hulle gelyke sosiale beloning as hulle soos mans optree, deurdat hulle mans se tradisionele rolle opneem:

Women are thus convinced to demand no more, and often substantially less, than the chance to assimilate themselves into existing educational, labor, and other social institutions – rather than to demand that the institutions change to meet women’s needs as they see them.³⁵⁷

Laasgenoemde gedeelte van die hof se aangehaalde opinie dui juis op die funksie van maatreëls soos regstellende aksie.

In sy minderheidsuitspraak het Marshall R oorweeg dat vroulike dienspligtiges sekere pligte net so goed soos manlike dienspligtiges verrig.³⁵⁸ Hy was van opinie dat daar geen getuienis was wat die hof se bevinding staaf dat vroue verhoed moet word om te registreer, aangesien hulle nie as geskik beskou word vir gevegsituasies – wat ‘n voorvereiste was vir die posisies waarvoor daar geloot is – nie.³⁵⁹ Hy was van mening dat hoofregter Rehnquist se klassifikasies aanleiding sou gee tot ongelyke behandeling van persone wat inderdaad in die relevante regs konteks gelyk was, aangesien vroue nie ‘ongeskik’ was vir alle militêre posisies nie.³⁶⁰

Daar word deur Davis uitgewys dat die Kanadese hof in *Mahe v The Queen*³⁶¹ die *similarly situated*-toets tereg gekritiseer het, omdat die toets ‘n idee van gelykheid aanvaar wat meganies is.³⁶² Daar word geen ruimte gelos vir die oorweging van die moontlike rede vir ‘n onderskeid of ‘verskil’ tussen individue of groepe individue nie.³⁶³

[S]ubtleties are found to justify a finding of similarity which reduces the test to a categorization game ... [T]he test is not helpful. After all, most

³⁵⁷ Harvard Law Review Note “Toward a Redefinition of Sexual Equality” 1981 (95) *Harv. L. Rev.* 487.

³⁵⁸ *Davis Equality and Equal Protection* 197.

³⁵⁹ *Davis Equality and Equal Protection* 197.

³⁶⁰ *Davis Equality and Equal Protection* 197.

³⁶¹ (1988) 42 DLR (4th) 514 546.

³⁶² *Davis Equality and Equal Protection* 197.

³⁶³ *Davis Equality and Equal Protection* 197.

laws are enacted for the specific purpose of offering or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment.³⁶⁴

Davis merk daarom op dat gelykheid as ‘n konsep nie gebruik kan word om die reg se vermoë, om differensiële behandeling aan verskillende individue toe te skryf, te ontnem nie.³⁶⁵ Gelykheid moet beskou word om eerder ooreenkoms as gelyksoortigheid³⁶⁶ te impliseer, aangesien die feit dat mense gelyk is nie beteken dat hulle identies is nie.³⁶⁷

Dit word uit bogenoemde opinies duidelik dat die beginsel van formele gelykheid fokus op die idee van gelyke behandeling. Daar is al hierna verwys as morele gelykheid wat beskryf word as die reg op behandeling as ‘n gelyke.³⁶⁸ Formele gelykheid aanvaar vooraf dat alle persone gelyke draers van regte is³⁶⁹ en word daarom ook na verwys as simmetriese gelykheid. Volgens dié siening is ongelykheid ‘n misstap wat uitgeskakel kan word deur dieselfde regte na almal uit te brei volgens dieselfde neutrale norm of standaard.³⁷⁰ Dit is blind vir enige sosiale of ekonomiese ongelykhede tussen individue en groepe.³⁷¹

Formele ‘geslagsgelykheid’ is gebaseer op dieselfde idee as rasgelykheid wat swart en wit persone op gelyke grondslag plaas.³⁷²

Just like blacks are not naturally different from whites, neither are women different from men. This sameness requires equal treatment.³⁷³

Die beskouing van formele gelykheid is volgens Amerikaanse regspraak deel van die liberale tradisie.³⁷⁴ Die kernbeginsel van formele gelykheid volgens die tradisionele liberale siening is dat elke individu vryheid van keuse het, asook die reg op gelyke

³⁶⁴ Davis *Equality and Equal Protection* 197.

³⁶⁵ Davis *Equality and Equal Protection* 197.

³⁶⁶ Soos die waarop Aristoteles se konsep van gelykheid die klem geplaas het aangesien die wat gelyksoortig/gelyk was gelyksoortig/gelyk behandel moes word en die wat ongelyk/verskillend was ongelyk/verskillend behandel moes word.

³⁶⁷ “Equality” *Stanford Encyclopedia of Philosophy* 2.

³⁶⁸ Russel “Equality” 3.

³⁶⁹ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* in Tompson & Benjamin *South African Labour Law: Volume 1* (2003) CC 1–13.

³⁷⁰ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–13.

³⁷¹ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–14.

³⁷² Lens “Supreme Court Narratives On Equality And Gender Discrimination In Employment: 1971-2002” 2004 (10) *Cardozo Women's L.J.* 501 520.

³⁷³ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 520.

³⁷⁴ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 520.

behandeling met ander.³⁷⁵ Die liberale teorie rakende gelykheid aanvaar dat elke individu, as gevolg van sy of haar kapasiteit vir rasonale denke, inherent vry en gelyk is.³⁷⁶ Hierna word ook verwys as die Lockeaanse opvatting van tradisionele gelykheid.³⁷⁷ Daar word aangeneem dat elke individu daarom oor dieselfde karaktereenskappe beskik en gevolglik gelyk is.³⁷⁸ Aanhangers van die liberale regsteorie sal aanvoer dat die doel met gelykheid is om te verseker dat ieder en elk as gelyk voor die reg beskou word.³⁷⁹

Kritiese feministe (se radikale teorie)³⁸⁰ hou voor dat die liberale konsep van 'n individu wat inherent vry en gelyk is misleidend is vanweë die feit dat dit werklike diskriminerende sosiale patrone en benadeling, op grond van onder andere ras, geslag en geloof, ignoreer:³⁸¹

By rendering these factors legally irrelevant, through its abstract concept of the individual, liberalism has failed to acknowledge the extent to which they sustain and perpetuate the patterns of disadvantage individuals actually experience in their lives.³⁸²

Die formele beskouing van die beginsel van gelykheid staan dus ook nie gunstig tot die toepassing van regstellende aksie nie.³⁸³ Volgens die klassieke liberale sin van formele gelykheid sal enige maatreël wat een party bo 'n ander bevoordeel groter ongelykheid tot gevolg hê en vir daardie rede word dit beskou as nadelig vir die bevordering van gelykheid.³⁸⁴

Liberalisme het wel die regsraamwerk daargestel waarbinne direkte diskriminasie gebaseer op faktore soos ras, geslag en geloof geëlimineer kan word deur middel van die gelyke beskerming van almal deur die reg, maar die vermoë daarvan om 'n

³⁷⁵ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 520.

³⁷⁶ Freeman "Formal Versus Substantive Equality and the Jurisprudence of the Constitutional Court" 2000 (63) *THRHR* 314 315.

³⁷⁷ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 143.

³⁷⁸ Freeman 2000 (63) *THRHR* 315.

³⁷⁹ Freeman 2000 (63) *THRHR* 315.

³⁸⁰ Louw "What is sexual equality (with particular reference to equality in the workplace)?" 1994 (35) *Codicillus* 19 20.

³⁸¹ Freeman 2000 (63) *THRHR* 315.

³⁸² Freeman 2000 (63) *THRHR* 315.

³⁸³ Van Niekerk 1997 (7) *CLL* 1.

³⁸⁴ Van Niekerk 1997 (7) *CLL* 1.

regsraamwerk daar te stel waarvolgens ander vorme van diskriminasie en benadeling geëlimineer kan word is al bevraagteken.³⁸⁵

Lens verduidelik die impak van formele gelykheid op vroue:

Overbroad generalizations or stereotypes about women used to justify differential treatment violate a woman's right to equality because it impinges upon individual autonomy. Equal treatment applies to groups as well, and similarly situated groups must be treated alike. This conception of equality emphasizes men and women's sameness and is wary of any gender related special accommodations because such distinctions have been used against women in the past.³⁸⁶

As die term gelykheid ten opsigte van vroue gebruik word, word dit meestal gekoppel aan die reg om gelyk aan mans te wees.³⁸⁷ Hierdie konnotasie van gelykheid het opgevlam as gevolg van die feit dat vroue skreiende ongelykhede, rakende onder andere gelyke geleenthede, lone, regte binne die gesin, burgerskap, sowel as toegang tot en genot van gesondheidsorg in die gesig gestaar het.³⁸⁸ Volgens die argument is vroue se gelykheid met mans daaraan gekoppel dat hulle geregtig is op dieselfde regte as mans.³⁸⁹

Dit kom dan neer op die Europese regsgemeenskap se beskouing van gelykheid waar 'n wyer en meer buigsame idee van positiewe optrede in beginsel gelykheid van geleenthede propageer.³⁹⁰ 'Gelykheid van geleenthede' het drie onderliggende beginsels: meriete, gelykheid van lewensgeleenthede en familievryheid.³⁹¹ Van Jaarsveld verduidelik dat die konsep van gelyke geleenthede vorm gekry het vanweë die multi-kulturele benadering tot en fokus op kultureel diverse leefstyle met die idee om kulturele pluralisme te bevorder.³⁹² Hiervolgens word erken dat 'ware gelykheid' nie bereik kan word indien individue die wedloop om gelykheid op verskillende

³⁸⁵ Freeman 2000 (63) *THRHR* 315.

³⁸⁶ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 520.

³⁸⁷ Ursua "Towards Substantive Equality" 2 <http://www.hku/ccpl/events/training/> (2004/06/01).

³⁸⁸ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁸⁹ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁹⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 279.

³⁹¹ Van Jaarsveld "Affirmative Action: A Comparison between South Africa and the United States" 2000 (42) *Managerial Law* 1 7.

³⁹² Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 7.

wegspringpunte begin nie.³⁹³ Die daarstel van 'n gelyke wegspringpunt is hier die oogmerk.³⁹⁴ Almal word dus gelyke geleentheid gegun.

Indien daar volstaan word met die teoretiese omskrywing van gelyke geleentheid is dit problematies aangesien dit aanleiding gee tot die gedagtegang dat vroue presies dieselfde as mans behandel moet word vir hulle om 'n gelyke status as mans te bereik.³⁹⁵ Anders gestel, indien vroue gelykheid wil 'besit' moet hulle alles doen wat mans doen.³⁹⁶ Dit impliseer dat daar volgens 'n manlike standaard teenoor vroue opgetree moet word.³⁹⁷

This obscures the way in which women are different from men. If rules of procedure, expected behaviour, processes by which a task is carried out, institutional arrangements etc. are the same for women and men, then women will be disadvantaged because of the difference between them.³⁹⁸

Die belang van individualisme word steeds deur die gelykheidsmodel van gelyke geleentheid erken.³⁹⁹ Ander benaderings is onderskeibaar aangesien die idee van gelyke geleentheid erken dat strukturele diskriminasie geleentheid vir individue belemmer as gevolg van hul 'groepslidmaatskap'.⁴⁰⁰ Daarom word daar deur aanhangers van dié beskouing aangevoer dat 'n geslagsgebaseerde beleid gebruik kan word as 'n tydelike herstellende maatregel.⁴⁰¹

[B]ut only in so far as they operate to equalize *the starting points* of the actors in the market. It is at this point that the primacy of the individual reasserts itself within the model.⁴⁰²

Scutt se voorbeeld verduidelik die benadering van gelyke geleentheid goed:

[T]he position of head of the Finance Department or Treasury is advertised. Women with economics, finance and other relevant qualifications and experience should be able to apply for the position, secure in knowledge that their applications will be taken seriously. As

³⁹³ Hepple, soos aangehaal in Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 279.

³⁹⁴ Fredman *Women and the Law* (1997) 384.

³⁹⁵ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁹⁶ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁹⁷ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁹⁸ Ursua "Towards Substantive Equality" 2.

³⁹⁹ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 279.

⁴⁰⁰ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 279.

⁴⁰¹ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 279.

⁴⁰² Fredman soos na verwys in Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 279.

applicants they must not be overlooked because a bias or prejudice exists in the making of the appointment.⁴⁰³

‘n Vrou kan dan onder die gelyke geleentheid beginsel nie oorgesien word bloot omdat die organisasie of die paneel glo dat ‘n vrou nie in beheer van finansies kan staan nie.⁴⁰⁴

Die beginsel wat vervat word in die beskouing van gelykheid as die realisering van gelyke geleentheid blyk duidelik uit die Europese Gemeenskap se *Equal Treatment Directive*⁴⁰⁵ se a 2(4):

[The Directive] shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities ...

Aangesien ‘gelyke geleentheid’ nie spesifiek omskryf word nie, is die taak aan die hof oorgelaat om die omvang van die model te bepaal.⁴⁰⁶ Die Europese Geregshof (ECJ) in *Kalanke v Bremen*⁴⁰⁷ beklemtoon dat maatreëls wat voordeel aan vroue gee, met die oogpunt om hul vermoë om op gelyke vlak met mans in die arbeidsmark te kompeteer te verbeter, toelaatbaar is.⁴⁰⁸ Wanneer dié oogmerk behaal is, moet individuele meriete weereens as deurslaggewend beskou word.⁴⁰⁹

Formele gelykheid se tekortkoming is al tereg deur die ECJ erken, maar hulle kleef steeds aan hul beskouing van gelykheid in die konteks van gelyke geleentheid.⁴¹⁰ In *Badeck*⁴¹¹ het die ECJ *obiter* tog met verwysing na ‘n maatreël wat, met inagneming van sekere kriteria soos kwalifikasies en vaardighede, voorsiening gemaak het vir buigsame kwota resultate verklaar:

Such criteria, although formulated in terms which are neutral as regards sex and thus capable of benefiting men too, in general favour women. They are manifestly intended to lead to an equality which is *substantive*

⁴⁰³ Scutt *Women and the Law* (1990) 111.

⁴⁰⁴ Scutt *Women and the Law* 111.

⁴⁰⁵ *Council Directive No 76/207/EEC* van 9 Februarie 1976.

⁴⁰⁶ Fredman soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 279.

⁴⁰⁷ [1995] IRLR 660 ECJ.

⁴⁰⁸ Fredman soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 279.

⁴⁰⁹ Fredman soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 279.

⁴¹⁰ Fredman soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 279.

⁴¹¹ Saak 158/97 (2000) E.C.R. I-1875.

rather than formal, *by reducing the inequalities which may occur in practice in social life.*⁴¹² [eie beklemtoning]

Die idee van gelyke geleentede inkorporeer tog in 'n kleiner mate 'n ooreenkoms met formele gelykheid.⁴¹³ Net soos die simmetriese formele model bly die gelyke geleentede benadering tog kleef aan die idee dat individualisme belangrik is.⁴¹⁴ Fredman verduidelik dat komponente van die konsep van gelyke geleentede erken dat strukturele diskriminasie die individue se kans in die lewe in 'n verwronge beeld kan verander, omdat hulle deur die lense van 'groepslidmaatskap' beskou word.⁴¹⁵ Daarom word aanvaar dat 'n geslags- of rasgebaseerde beleid aangewend kan word as 'n tradisionele herstellende maatreël.⁴¹⁶ Tog word sulke skendings van die neutraliteit en simmetrie van die reg net toegelaat vir sover dit werk om die wegspringpunte, van die deelnemers in die arbeidsmark, gelyk te stel.⁴¹⁷ Fredman verduidelik dat dit op dié stadium is wat die idee dat individualisme voorrang geniet herbevestig word.⁴¹⁸ Sodra die individu gelyke geleentede geniet, word hy of sy as vry beskou.⁴¹⁹ Fredman stel dit dat hulle dan verdien om op die basis van hul individuele kenmerke behandel te word, sonder dat daar ag geslaan word op geslag of ras.⁴²⁰

Dié model van gelykheid staan nie gunstig tot die idee van 'n beleid wat daarop gemik is om wanbalanse in die werksmag te korrigeer deur die daarstel van kwotas of teikens wat fokus op gelyke uitkomst nie.⁴²¹

Fredman merk vervolgens op:

Proponents of this model do not take much trouble to define 'equality of opportunity'. However, because they continue to stress the individual as the focus of legal rights their notion of equal opportunities is inevitably narrowly circumvented. Most importantly, equal opportunities policies

⁴¹² *Badeck supra nota 411 par 32.*

⁴¹³ *Fredman Women in the Law 384.*

⁴¹⁴ *Fredman Women in the Law 384.*

⁴¹⁵ *Fredman Women in the Law 384.*

⁴¹⁶ *Fredman Women in the Law 384.*

⁴¹⁷ *Fredman Women in the Law 384–385.*

⁴¹⁸ *Fredman Women in the Law 385.*

⁴¹⁹ *Fredman Women in the Law 385.*

⁴²⁰ *Fredman Women in the Law 385.*

⁴²¹ *Fredman Women in the Law 385.*

carry no guarantee that resources will be available to ensure a genuine equalisation of starting points.⁴²²

Dit wil dus voorkom asof die konsep van gelyke geleenthede, in aanslag, neerkom op 'n ad hoc uitbreiding van formele gelykheid. Weens daardie rede is daar min akademiese en regspraak wat werklik in besprekings aandag aan die idee van gelyke geleenthede afstaan. Gevolglik word dié beginsel in effek opgeneem in die konsep van formele gelykheid. Daarom is daar die opvatting dat daar slegs twee algemene vorme van gelykheid bestaan, nl formele- en substantiewe gelykheid.

Substantiewe gelykheid, as die teenoorgestelde benadering tot formele gelykheid, hou voor dat die reg op gelykheid groter gelykheid tussen groepe in die samelewing moet bewerkstellig.⁴²³ Dan sal die bevoordeling van een groep teenoor 'n ander in lyn wees met die oogmerk, indien die uitkoms groter gelykheid tussen die betrokke groepe is.⁴²⁴ 'n Breë beskouing van gelykheid word voorgelê. McGregor beskryf dit as gelyke uitkomst.⁴²⁵ Die klem val hier eerder op die resultate of die effek van 'n spesifieke reël, as die vorm daarvan.⁴²⁶ Substantiewe gelykheid erken dat spesiale behandeling ten opsigte van sekere persone in sekere omstandighede noodsaaklik word.⁴²⁷ Die rede vir só 'n benadering is om praktyke en wetgewing wat tot ongelykheid aanleiding gee te nagevolg te oorkom.⁴²⁸

Substantiewe gelykheid gaan 'n stap verder as formele gelykheid deurdat dit erken dat gelyke behandeling aanleiding kan gee tot aanvanklike ongelykheid, aangesien nie alle groepe met hul vooruitsig op 'n 'gelyke toekoms' oor dieselfde vlak van ondervinding en opleiding beskik nie.⁴²⁹ Lens verduidelik dat die belofte van gelykheid 'n leë een is, indien individue (of groepe individue) nie die reg het om by die regering aan te dring op materiële voorvereistes – wat mag wissel afhangende van die individu (of die groep individue) se sosiale stand – vir gelykheid nie.⁴³⁰ Onder die vaandel van substantiewe gelykheid is remedies, soos die van regstellende aksie wat

⁴²² Fredman *Women in the Law* 385.

⁴²³ Van Niekerk 1997 (7) *CLL* 1.

⁴²⁴ Van Niekerk 1997 (7) *CLL* 1.

⁴²⁵ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 253.

⁴²⁶ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* in Tompson & Benjamin *South African Labour Law: Volume I* (2003) CC 1–14.

⁴²⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–5.

⁴²⁸ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–5.

⁴²⁹ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 521.

⁴³⁰ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 519.

poog om die diskriminasie van die verlede reg te stel, nie bloot aanvaarbaar nie, maar ook noodsaaklik.⁴³¹ Substantiewe gelykheid erken verskille, met die oogmerk om daardie verskille te elimineer en die mededingingsveld gelyk te maak, ten einde gelyke uitkomst aan te moedig.⁴³²

Dupper verduidelik die Suid-Afrikaanse benadering tot substantiewe gelykheid soos volg:

The constitutional right to equality and the existing labour and equality legislation that elaborates on its content, envisage a two-pronged strategy to achieve the goal of substantive equality, namely (i) the more overarching one of the eliminating existing discrimination, and (ii) implementing a number of positive measures designed to protect and advance those people disadvantaged by past discrimination, that is, affirmative action measures.⁴³³

Die Konstitusionele Hof se benadering tot gelykheid (soos blyk uit *President of South Africa v Hugo*⁴³⁴) word deur Kende as pragmaties beskryf.⁴³⁵ Hy ondersteun dié beslissing omdat dit die saad van transformerende gelykheidsregspraak bevat.⁴³⁶ Kende kontrasteer die Konstitusionele Hof se substantiewe benadering as ondersteuning vir regstellende aksie-maatreëls, met die formalistiese benadering tot gelykheid in Amerikaanse regspraak.⁴³⁷

De Vos verklaar weer dat die Konstitusionele Hof die Lockeaanse opvatting van tradisionele (formele) gelykheid uitdruklik verwerp het ten gunste van 'n meer kontekstuele benadering tot gelykheid waarin die werklike impak van 'n beweerde skending van 'n individu (binne, sowel as buite verskillende relevante sosiale groepe) se reg op gelykheid ondersoek word in verhouding met die heersende sosiale, ekonomiese en politieke omstandighede in die land.⁴³⁸ Dié benadering kom ook na vore in O'Regan J se uitspraak in *Brink v Kitshoff NO*.⁴³⁹ So 'n ondersoek ontbloot 'n

⁴³¹ Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 519.

⁴³² Lens 2004 (10) *Cardozo Women's Law Journal* 519.

⁴³³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 189.

⁴³⁴ *Supra* nota 304.

⁴³⁵ Soos bespreek in Van Marle 'Women On, and, In Law: "I've this creeping suspicion that things are not as they seem'" 2001 (3) *De Jure* 438.

⁴³⁶ Soos bespreek in Van Marle 2001 (3) *De Jure* 438.

⁴³⁷ Soos bespreek in Van Marle 2001 (3) *De Jure* 438.

⁴³⁸ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 143–144.

⁴³⁹ [1996] 6 BCLR 752 (CC); 1996 (4) SA 197 (CC).

wêreld van sistematiese en deurdringende groepsgebaseerde ongelykheid wat in ag geneem moet word in die formulering van 'n toepaslike benadering tot die reg op gelykheid.⁴⁴⁰

*Hugo*⁴⁴¹ is 'n positiewe voorbeeld van waar die hof 'n benadering gevolg het wat die behoeftes van 'n spesifieke groep vroulike gevangenes aangespreek het in plaas van om bloot 'n liberale of formalistiese benadering te volg wat gebaseer is op die idee dat almal dieselfde is.⁴⁴²

Die Konstitusionele Hof het verklaar:

We need ... to develop a concept of unfair discrimination which recognises that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved.⁴⁴³

De Vos verduidelik dat benadeling wat hier uit die (substantiewe) gelykheidsbenadering van die Konstitusionele Hof blyk, nie gelykgestel moet word aan die anderste behandeling van individue wat vry en gelyk gebore is nie.⁴⁴⁴ Dit moet eerder gelykgestel word aan een of andere, direk of indirekte, nadelige impak wat die differensiasie op die klaer mag hê, in 'n situasie waar die nadeel net vasgestel kan word binne die konteks van die Suid-Afrikaanse geskiedenis.⁴⁴⁵

Van Marle wys wel uit dat wat die substantiewe gelykheidsaanslag in *Hugo*⁴⁴⁶ betref:

The court ... showed that they supported the president in releasing a group of women prisoners but in effect they also supported a certain view of sex and gender divisions.⁴⁴⁷

Sy verduidelik dat 'n samelewing wat besig is om te transformeer vanaf 'n outoritêre verlede na 'n demokratiese hede en toekoms hulself na die Grondwet en daarmee saam die Konstitusionele Hof wend vir die aangewese benadering tot

⁴⁴⁰ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 144.

⁴⁴¹ Supra nota 304.

⁴⁴² Van Marle 2001 (3) *De Jure* 443.

⁴⁴³ *Hugo* supra nota 304 par 41.

⁴⁴⁴ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 145.

⁴⁴⁵ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 145.

⁴⁴⁶ Supra nota 304.

⁴⁴⁷ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 444.

transformasie.⁴⁴⁸ Ongelukkig het die hof in *Hugo*⁴⁴⁹ meer gefokus op die daarstelling van 'n eie benadering tot substantiewe gelykheid, as die moontlike nadelige effekte wat die uitspraak tot gevolg kon bring.⁴⁵⁰

[T]he court instead of debunking the dichotomy between women as primary caretakers of children and men affirmed it as the “present reality”.⁴⁵¹

Cornell is van mening dat ‘individualiteit’ nooit beskou kan word as bloot gegewe nie.⁴⁵² Sy beweer dat ‘individualiteit’ gerespekteer moet word as deel van ‘n ‘projek’ wat vir ieder en elk toeganklik moet wees op ‘n gelyke basis.⁴⁵³ Daar word deur Cornell verklaar dat ‘n gelyke basis om onself te kan transformeer, na die geïndividualiseerde skepsels wat ons dink ons is, in die konsep van gelykheid vervat moet word.⁴⁵⁴ Haar argument is dat:

[L]egal reinforcement of rigid gender identity can be incredibly cruel, since many of us are different from imposed gender forms. Our emancipation from state-imposed sexual choices demands much greater social equality than we have now ... [S]tates can no longer force women to play the role of primary caretaker in families, either directly by law or indirectly by the manipulation of social institutions.⁴⁵⁵

Inisiatiewe wat daarop gemik is om vroue se regte te realiseer moet kompenseer en voorsiening maak vir verskille, ongelykhede en nadele.⁴⁵⁶ Dit beteken dat daar rekening gehou moet word met die wyses waarop vroue van mans verskil deurdat die verskille erken en aangespreek word in ‘n beleid, program of geregtelike tussentrede.⁴⁵⁷

⁴⁴⁸ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 444.

⁴⁴⁹ *Supra* nota 304.

⁴⁵⁰ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 444.

⁴⁵¹ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 444.

⁴⁵² Soos na verwys in Van Marle 2001 (3) *De Jure* 445.

⁴⁵³ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 445.

⁴⁵⁴ Soos na verwys in Van Marle 2001 (3) *De Jure* 445.

⁴⁵⁵ Cornell, *At the Heart of Freedom, Feminism, Sex And Equality* (1998) xi soos aangehaal in Van Marle 2001 (3) *De Jure* 446.

⁴⁵⁶ Ursua, “Towards Substantive Equality” 4.

⁴⁵⁷ Ursua, “Towards Substantive Equality” 4.

Alle benaderings wat die verskille tussen mans en vroue in ag neem, is egter nie onmiddellik voordelig vir vroue nie.⁴⁵⁸ Ursua, van die *Women's Legal Bureau*, wys daarop dat sulke benaderings in werklikheid diskriminerend in effek (indien nie in bedoeling) kan wees.⁴⁵⁹ 'n Substantiewe benadering wat vroue se regte bevorder erken dat die ongelyke magsverhouding tussen mans en vroue transformasie moet ondergaan ten einde die gelyke verspreiding van voordele tussen beide geslagte te realiseer.⁴⁶⁰ Ten einde dít 'n realiteit te maak moet 'n beleid, wet of program ten doel hê om omstandighede daar te stel wat op basiese sosiale, ekonomiese en kulturele vlak vroue in staat stel om met waardigheid te lewe.⁴⁶¹ Verder moet tydelike regstellende aksie-maatreëls ingestel word, wat vroue se spesifieke behoeftes erken en daarvoor voorsiening maak binne die konteks van die werkplek, opvoeding, finansiële dienste, politieke en ander lewensfere.⁴⁶² Sodoende sal vroue bygestaan word in die oorbrugging van hindernisse van 'n historiese aard.⁴⁶³ Ter opsomming kan daar dan verklaar word dat substantiewe gelykheid 'n plig op die staat lê om voorsiening te maak vir 'n breë benadering tot gelykheid wat gelyke geleenthede, gelyke toegang tot geleenthede en gelyke uitkomsteborg.⁴⁶⁴

Met inagneming van die verskillende vorme van gelykheid wat oor die jare ontwikkel het, is die veiligste uitgangspunt om te erken dat die ideaal van gelykheid as 'n absolute beginsel onmoontlik is. Daar is bloot te veel natuurlike verskille tussen mense. Met dié realiteit in ag genome moet Baird se redenasie tog ter harte geneem word:

Often political ideas are fine in theory but do not work in practice. With equality it may well be the other way around. The theory does not work – but building equality into political practice and institutions yields tremendous humanitarian results ...⁴⁶⁵

⁴⁵⁸ Ursua, "Towards Substantive Equality" 4.

⁴⁵⁹ Ursua, "Towards Substantive Equality" 4.

⁴⁶⁰ Ursua, "Towards Substantive Equality" 5.

⁴⁶¹ Ursua, "Towards Substantive Equality" 5.

⁴⁶² Ursua, "Towards Substantive Equality" 5.

⁴⁶³ Ursua, "Towards Substantive Equality" 5.

⁴⁶⁴ Ursua, "Towards Substantive Equality" 5.

⁴⁶⁵ Baird "Equality's progress: Vanessa Baird charts the passage of a troubled ideal – Keynotes" 2004 *New Internationalist* 3 <http://www.findarticles.com> (2004/07/07).

Al is daar dan nooit volkome eenstemmigheid oor gelykheid as ‘n konsep nie, kan alle hoop en tyd wat afgestaan word ter bevordering van gelykheid nie as heeltemal verlore beskou word nie.

3 ‘N GRONDWETLIKE BESKOUIING VAN GELYKHEID

Gegewe Suid-Afrika se lang geskiedenis van geïnstitusioneerde diskriminasie, onderdrukking en onderwerping van sekere samelewingsgroepe is dit nie verbasend dat die Grondwet (Interim (1993), sowel as Finaal (1996)) se taal ‘n duidelike onderstroming van die beginsel van gelykheid weerspieël nie.⁴⁶⁶ In die konteks van die Suid-Afrikaanse Grondwet is gelykheid ‘n grondbeginsel onderliggend tot die demokratiese samelewing.⁴⁶⁷ Die Aanhef van die Finale Grondwet verklaar dat dit aangeneem is as die oppergesag ten einde die “grondslag te lê vir ‘n demokratiese en oop samelewing waarin die regering gegrondves is op die wil van die bevolking en elke burger gelyk deur die reg beskerm word”.⁴⁶⁸ Artikel 1(a)⁴⁶⁹ en a 7(1)⁴⁷⁰ van die Finale Grondwet dien as goeie voorbeelde hiervan. Die Konstitusionele Hof het dan ook in *Minister of Finance v Van Heerden*⁴⁷¹ die belang van die grondwetlike beginsel van gelykheid herbevestig:

The Constitution commands us to strive for a society built on the democratic values of human dignity, the achievement of equality, the advancement of human rights and freedom. Thus the achievement of equality is not only a guaranteed and justiciable right in our Bill of Rights but also a core and foundational value; a standard which must inform all

⁴⁶⁶ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 139.

⁴⁶⁷ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 139.

⁴⁶⁸ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 139. Die aanhef van die Interim Grondwet het verwys na “[the] need to create a new legal order in which South Africans will be entitled to a common South African citizenship in a sovereign and democratic constitutional state in which there is equality between men and women and people of all races ...” Sien Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–11.

⁴⁶⁹ Dit verklaar dat die Republiek van Suid-Afrika een soewereine, demokratiese staat is wat gegrond is op die waardes, soos onder andere, die bereiking van gelykheid en nie-seksisme.

⁴⁷⁰ “Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.” Met a 7 bevestig die Handves van Menseregte self dat gelykheid die hoeksteen van ‘n demokratiese Suid-Afrika vorm.

⁴⁷¹ CCT 63/03.

law and against which all alw must be tested for constitutional consonance.⁴⁷²

Die drie waardes (gelykheid, vryheid en menswaardigheid) is van besondere belang in Suid-Afrika, aangesien apartheid juis gekenmerk is deur die ongelykheid, die ontneming van vryheid en die ontkenning van menswaardigheid.⁴⁷³ Gegewe Suid-Afrika se geskiedenis is dit nie verbasend dat ‘gelykheid’ die eerste substantiewe reg is wat in die Handves gelys word nie.⁴⁷⁴ Behalwe vir die spesifieke gelykheidsklousule,⁴⁷⁵ word die howe en ander tribunale ook aangemoedig om “die waardes wat ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, te bevorder”.⁴⁷⁶

Die duidelikste aanduiding van die Grondwet se substantiewe gelykheidsoogmerk word moontlik vervat in a 9(2), waar daar verklaar word dat gelykheid die “volle en gelyke *genieting* van alle regte en vryhede insluit.”⁴⁷⁷ Daarmee saam word dit duidelik gestel dat regstellende aksie nie beskou moet word as ‘n uitsondering op die formele beskouing van gelykheid nie.⁴⁷⁸ Dit moet eerder beskou word as ‘n wyse waarop gelykheid, in die substantiewe sin, bereik kan word.⁴⁷⁹ Die nastreef van volkome gelykheid (veral in ‘n land soos Suid-Afrika met ‘n diskriminasie besaaide geskiedenis) kan daarom beskou word as die motivering en rede vir die daarstel van seker maatreëls om die pad vorentoe meer gelyk te maak.

Die Interim Grondwet het met a 8(3) gepoog om ‘n mate van immuniteit aan regstellende aksie toe te ken deur dit te beskerm teen grondwetlike ondersoek.⁴⁸⁰ Die beginsel van regstellende aksie self kan dus nie as ongrondwetlik beskou word nie, solank as wat dit geklassifiseer kan word as ‘n maatreël:

[D]esigned to achieve the adequate protection and advancement of persons or groups or categories of persons disadvantaged by unfair

⁴⁷² *Van Heerden* supra nota 471 par 22. Sien ook Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–11 CC 1–12.

⁴⁷³ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–12.

⁴⁷⁴ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–11.

⁴⁷⁵ Artikel 9 van die Grondwet 108 van 1996.

⁴⁷⁶ Artikel 39(1)(a) en Artikel 36(1) van die Grondwet 108 van 1996. Sien De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 140.

⁴⁷⁷ Eie beklemtoning. Sien Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–15.

⁴⁷⁸ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–15. Sien hoofstuk vyf, waar die regsvergelende ondersoek na regstellende aksie daarop dui dat lande (wat nie grondwetlik vir sulke maatreëls voorsiening maak nie) regstellende aksie as ‘n uitsondering op die reg op gelykheid beskou.

⁴⁷⁹ Dupper, & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–15.

⁴⁸⁰ *Davis Equality and Equal Protection* 209.

discrimination, in order to enable their full and equal enjoyment of all rights and freedoms.⁴⁸¹

Dié bewoording sou dit wel vir die howe moontlik gemaak het om ondersoek in te stel of daar 'n rasonale verband bestaan tussen die middele wat aangewend is om die program te implementeer en die oogmerk⁴⁸² wat nagestreef moes word.⁴⁸³ Dié 'raselele verband'-benadering is onder die Interim Grondwet in *Public Servants Association of SA & others v Minister of Justice*⁴⁸⁴ toegepas.⁴⁸⁵

Die Finale Grondwet se a 9(2) – wat geskoei is op die substantiewe konsep van gelykheid – verwys na maatreëls wat “ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone of kategorieë persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is” in plaas van “adequate protection and advancement” van persone of kategorieë persone.⁴⁸⁶ Die Hooggeregshof het in *Stoman v Minister of Safety and Security*⁴⁸⁷ opgemerk dat dit betekenisvol is dat die Interim Grondwet se bewoording sterker en meer uitdruklik in sy spesifieke verwysing na “the adequate protection and advancement” van persone of kategorieë persone is, terwyl die Finale Grondwet nie spesifiek vereis dat die beskerming en bevordering genoegsaam moet wees nie.⁴⁸⁸ Volgens die hof blyk die Finale Grondwet se bewoording meer realisties en begripsbetroubaar te wees.⁴⁸⁹ Die *Stoman*-saak⁴⁹⁰ het verwys na die *Public Servants Association*-saak⁴⁹¹ en te kenne gegee dat daar steeds volgens die Finale Grondwet 'n rasonale verband moet wees tussen die regstellende aksie-maatreëls en die oogmerk wat dit streef te bereik.⁴⁹² Oor die werklike oogmerk van regstellende aksie is daar tans 'n debat wat onsekerheid skep of die klem op verteenwoordiging eerder as gelykheid moet val.

⁴⁸¹ Artikel 8(3)(a) van die Interim Grondwet van die Republiek van Suid Afrika 200 van 1993.

⁴⁸² Naamlik die fasilitering van die “volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede” (a 9(2) GW) vir alle geïdentifiseerde groepe. Sien Davis *Equality and Equal Protection* 210.

⁴⁸³ Davis *Equality and Equal Protection* 210.

⁴⁸⁴ 1997 (18) ILJ 241 (T).

⁴⁸⁵ Grogan *Workplace Law* (2001) 251.

⁴⁸⁶ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 283.

⁴⁸⁷ 2002 (3) SA 468 (T) 479.

⁴⁸⁸ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 283.

⁴⁸⁹ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 283.

⁴⁹⁰ Supra nota 487.

⁴⁹¹ Supra nota 484.

⁴⁹² Grogan *Workplace Law* 251.

Die insluiting van geslag in a 9 dui verder daarop dat die Grondwet erken dat daar ‘n beduidende verskil is tussen mans en vroue as dit kom by vaardighede.⁴⁹³ Hul sosiale rolle kan nie bloot verduidelik word deur middel van biologiese verskille nie,⁴⁹⁴ want soos Oakley opmerk:

[S]ex is a biological term; gender a psychological and cultural one.⁴⁹⁵

Dié onderskeid het eerder ‘n sosiale en politiese oorsprong.⁴⁹⁶ Die Grondwet se a 9(3), sowel as die EEA se a 6(1) tref wel die onderskeid tussen geslag (‘sex’) en geslagtelikheid (‘gender’). In die Afrikaanse taal kan die beginsel geslagsdiskriminasie wel gebruik word om na beide van die twee betekenisse te verwys.

Daarom maak die insluiting van geslag as ‘n verbode grond van diskriminasie dit vir die howe moontlik om sosiale impakte en magsverhoudings, wat diskriminasie tussen mans en vroue bevorder, te ondersoek.⁴⁹⁷

In *National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice*⁴⁹⁸ het die Konstitusionele Hof dan ook opgemerk dat a 9(2) die konsep van herstellende gelykheid erken:

Particularly in a country such as South Africa, persons belonging to certain categories have suffered considerable unfair discrimination in the past. It is insufficient for the Constitution merely to ensure, through its Bill of Rights, that statutory provisions which have caused such unfair discrimination in the past are eliminated. Past unfair discrimination frequently has ongoing negative consequences, the constitution of which is not halted immediately when the initial causes thereof are eliminated, and unless remedied, may continue for a substantial time and even

⁴⁹³ Davis *Equality and Equal Protection* 208.

⁴⁹⁴ Davis *Equality and Equal Protection* 208.

⁴⁹⁵ Soos aangehaal in Davis *Equality and Equal Protection* 208; In *Association of Professional Teachers & Another v Minister of Education & Others* 1995 (16) ILC 1048 (IC) 1080 verduidelik die hof ook die onderskeid met verwysing na Albertyn: “‘Sex’ would refer to the biological differences between men and women, whereas ‘gender’ encompasses a social and cultural evaluation: ‘Hence we might say that a person is female or male according to his or her sex, but man or woman according to his or her gender.’”

⁴⁹⁶ Davis *Equality and Equal Protection* 208.

⁴⁹⁷ Davis *Equality and Equal Protection* 208.

⁴⁹⁸ 1999 (1) SA 6 (CC).

indefinitely. Like justice, equality delayed is equality denied ... One could refer to such equality as ... restitutionary equality.⁴⁹⁹

In dié lig beskou moet die grondwetlike oogmerk van geslagsgelykheid nie blote lippetaal bly nie. Daarom word regstellende aksie in 'n Suid-Afrikaanse konteks belangrik geag. Die Grondwet beskou regstellende aksie-maatreëls nie as 'n beperking op die reg op gelykheid nie, maar beklemtoon eerder dat dit nodig is⁵⁰⁰ “ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder”.⁵⁰¹ Daarom verklaar McGregor dat die Grondwet regstellende aksie beskou as 'n middel wat uiteindelik 'n meer gelyke samelewing kan bevorder.⁵⁰² In lig van die Grondwet kan daar geargumenteer word dat die realisering van gelykheid regstellende aksie se onderliggende oogmerk is.⁵⁰³ Little wys wel daarop dat:

A Constitution may be self-executing in a legal sense, but it lacks the material existence to be self-enforcing in a physical sense. The reality is that the United States Constitution is violated numerous times every day, just as almost every law in the Republic of South Africa is violated somewhere every day. The critical requirement is that enough violations are detected and judicially reproved to leave the governed population with the sense that government respects its controlling document ...⁵⁰⁴

In ooreenstemming met Little se beskouing word die “governed population” se soeke na 'n mate van vordering ten opsigte van die regering se 1994 gelykheidsvoornemens vervul in die vorm van verdere wetgewing en regstellende aksie-maatreëls.

4 DIE EMPLOYMENT EQUITY ACT 55 VAN 1998 SE BENADERING TOT GELYKHEID

Met die koms van die nuwe demokratiese Suid-Afrika is die werkplek geïdentifiseer as een van die eerste areas waar verandering teweeggebring moes word:

⁴⁹⁹ *National Coalition for Gay & Lesbian Equality* supra nota 498 par 60–61.

⁵⁰⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 275.

⁵⁰¹ Artikel 9(2) Wet 108 van 1998.

⁵⁰² McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 253.

⁵⁰³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 191.

⁵⁰⁴ Little “Affirmative Action: Legal Bases and Risks in the United States and South Africa” 1994 (3) *Stell LR* 267.

Apartheid has left behind a legacy of inequality. In the labour market the disparity in the distribution of jobs, occupations and incomes reveals the effects of discrimination against black people, women and people with disabilities. These disparities are reinforced by social practices which perpetuate discrimination in employment against these disadvantaged groups ... These disparities cannot be remedied simply by eliminating discrimination. Policies, programmes and positive action designed to redress the imbalances of the past are therefore needed.⁵⁰⁵

Volgens die *Employment Equity Bill*⁵⁰⁶ is dit dan duidelik dat die ter sprake wetgewing (EEA) ontwerp is om daardie groepe, wat in die verlede benadeel is as gevolg van diskriminerende wette en sosiale praktyke, se posisie te bevorder.⁵⁰⁷ Daar moet nie gehandel word vanuit die siening dat vergelding vir die onregte van die verlede gesoek word nie.⁵⁰⁸

Maatreëls soos dié van regstellende aksie is nodig aangesien Suid-Afrika die hoogste vlak van ongelykhede in die wêreld het, soos blyk uit die *International Labour Organisation (ILO)*⁵⁰⁹ se 1996 *Country Review*.⁵¹⁰ Swart persone, vroue en gestremde persone kom te staan teenoor gewigtige nadele in die werkplek.⁵¹¹ So byvoorbeeld glo sekere werknemers dat vroue hulself nie genoegsaam laat geld ten einde in staat te wees om 'n bestuursposisie te beklee nie.⁵¹²

Onbillike diskriminasie (beide direk en indirek)⁵¹³ deur 'n werkgever deur middel van arbitrêre gronde word verbied.⁵¹⁴ Hoofstuk II van die EEA word spesifiek gewy aan diskriminasie in die werkplek. Die EEA lys 20 gronde, waarop daar nie teen 'n werknemer gediskrimineer mag word nie en dit sluit onder andere geslag in.⁵¹⁵ Regstellende aksie-maatreëls en begunstigende behandeling op grond van die

⁵⁰⁵ GK 18481, 1 Desember 1997, 5.

⁵⁰⁶ GK No 18481, 1 Desember 1997.

⁵⁰⁷ GK No 18481, 1 Desember 1997, 5.

⁵⁰⁸ GK No 18481, 1 Desember 1997, 5.

⁵⁰⁹ Die Internasionale Arbeidsorganisasie (IAO).

⁵¹⁰ Dit is natuurlik in teenstelling met al die ander lande, vir sover die IAO se data strek. Sien GK No 18481, 1 Desember 1997, 6.

⁵¹¹ GK No 18481, 1 Desember 1997, 6.

⁵¹² GK No 18481, 1 Desember 1997, 6.

⁵¹³ Beide die konsepte sal in afdeling 5 in meer besonderhede bespreek word.

⁵¹⁴ Barker *The South African Labour Market I* 267.

⁵¹⁵ Barker *The South African Labour Market I* 267; a 6(1) van die EEA 55 van 1998.

inherente vereistes van die werk word egter uitgesluit.⁵¹⁶ Artikel 6(2)(a) poog om regstellende aksie-maatreëls te isoleer teen enige aanval onder die vaandel van onbillike diskriminasie.⁵¹⁷ ‘n Werksapplikant word ook deur dié gedeelte van die EEA beskerm.⁵¹⁸

Die EEA omsluit beide ‘n formele, sowel as ‘n substantiewe benadering tot gelykheid in sy inhoud, maar regstellende aksie is die hoeksteen van die EEA se substantiewe gelykheidsbenadering.⁵¹⁹ Volgens a 2(b) van die EEA is die oogmerk van regstellende aksie om te verseker dat gelyke verteenwoordiging van sekere aangewese groepe⁵²⁰ in alle beroepe en vlakke in die werkplek bevorder word.⁵²¹ Hoofstuk III van die EEA word dan weer in sy geheel aan regstellende aksie gewy. Artikel 2(b) kan op sy beurt as gesag gebruik word om te argumenteer dat verteenwoordiging, eerder as gelykheid, die fokus van regstellende aksie moet wees. Verteenwoordiging word dus gesien as die plaasvervanger van gelykheid. Die vraag is egter hoe geldig is die idee van verteenwoordiging as ‘n plaasvervanger? Kan die daarstel van ‘n verteenwoordigende Suid-Afrikaanse arbeidsmark gelykheid tot so ‘n mate bewerkstellig dat regstellende aksie (as ‘n tydelike maatreeël) opgeskort kan word? Cooper erken dat daar onsekerheid oor die rol van billike verteenwoordiging in hierdie konteks is:

The notion that equality may be achieved through equitable representation has been criticized as reductionist in nature – equality, it is said, has come to be seen as a numbers game: the equitable representation of designated groups in all levels in the workforce.⁵²²

Sy verduidelik egter dat die konsep van billike indiensneming, soos vervat in die EEA, meer onvangryk van aard is.⁵²³ Die EEA fokus eerder op die bereiking van substantiewe gelykheid deur middel van billike behandeling en gelyke geleenthede.⁵²⁴ Beide die uitwissing van onbillike diskriminasie en die implementering van regstellende aksie is noodsaaklik ter bereiking van die EEA se oogmerke.⁵²⁵ Beide dié

⁵¹⁶ Barker *The South African Labour Market I* 267.

⁵¹⁷ Grogan *Workplace Law* 250.

⁵¹⁸ Barker *The South African Labour Market I* 267.

⁵¹⁹ Basson et al *Essential Labour Law* 321.

⁵²⁰ Die sg aangewese groepe, nl vroue, swart en gestremde persone volgens a 1 van die EEA.

⁵²¹ Basson et al *Essential Labour Law* 321.

⁵²² Cooper “The Boundaries of Equality in Labour Law” 2004 (25) *ILJ* 813 836.

⁵²³ Cooper 2004 (25) *ILJ* 836.

⁵²⁴ Cooper 2004 (25) *ILJ* 836.

⁵²⁵ Soos vervat in a 2 van die EEA.

benadering sluit dan ook billike verteenwoordiging in, maar is nie alleenlik daartoe beperk nie, aangesien gelykheidsmaatreëls kwantitatiewe, sowel as kwalitatiewe aspekte insluit.⁵²⁶ Aangesien die substantiewe benadering tot gelykheid steun op proaktiewe maatreëls ten einde hindernisse in die werkplek uit te wis, argumenteer Cooper dat die kwalitatiewe impak van verhoogde verteenwoordiging van aangewese groepe nie uit die oog verloor moet word nie.⁵²⁷

Daar sal gelet word dat a 9(2) van die Grondwet verwys na “persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.” Die EEA daarteenoor gebruik egter nie presies dié omskrywing van aangewese persone nie. In die Wet word hulle meer spesifiek omskryf.⁵²⁸ Artikel 15(1) bepaal:

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

Hieruit blyk dit dat die EEA twee vereistes stel, nl. dat die persoon uit ‘n aangewese groep moet kom en toepaslik gekwalifiseerd moet wees. In a 1 van die EEA word aangewese groepe spesifiek omskryf as swart persone, vrouens en gestremde persone.

As daar bepaal word of ‘n persoon toepaslik gekwalifiseerd⁵²⁹ is, is a 20 van die EEA relevant. Volgens a 20(3) kan ‘n persoon as toepaslik gekwalifiseerd beskou word indien hy oor enige een of ‘n kombinasie van formele kwalifikasies, vorige opleiding, relevante ondervinding óf die kapasiteit om binne ‘n redelike tydperk die nodige vaardighede vir die werk te bekom, beskik. Volgens a 20(4) moet ‘n werkgewer die a 20(3) faktore in ag neem wanneer hy of sy bepaal of ‘n persoon toepaslik gekwalifiseerd is en oor die nodige bekwaamheid beskik om die werk te kan verrig. Die werkgewer mag egter nie onbillik teen ‘n persoon diskrimineer bloot omdat hy te kort skiet wat ondervinding betref nie.⁵³⁰

Artikel 15(1) verwys daarna dat regstellende aksie-maatreëls daargestel word om te verseker dat toepaslik gekwalifiseerde persone vanuit aangewese groepe billike

⁵²⁶ Cooper 2004 (25) *ILJ* 836.

⁵²⁷ Cooper 2004 (25) *ILJ* 836.

⁵²⁸ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵²⁹ Volgens a 15(1) van die EEA word regstellende aksie-maatreëls ontwerp om te verseker dat persone uit die aangewese groepe gelyke werksgeleenthede gegun word.

⁵³⁰ Artikel 20(5) van die EEA.

verteenwoordiging geniet in alle kategorie en vlakke van die arbeidsmark. Die EEA self definieer nie wat bedoel word met ‘billike verteenwoordiging’ nie, maar bevat wel ‘n aanwysing na die betekenis daarvan as dit kom by die toepassing van die EEA.⁵³¹ In die verband gee a 42 aan die direkteur-generaal ‘n aantal faktore wat hy in ag kan neem wanneer hy vasstel of ‘n werkgewer aan die bepalings van die EEA gehoor gee.⁵³²

Ten einde uiting te gee aan a 9(2) van die Grondwet plaas die EEA ‘n positiewe plig op aangewese werkgewers om regstellende aksie-maatreëls te implementeer om die benadeling wat aangewese werknemers in die werkplek ervaar reg te stel.⁵³³

Aangewese werkgewers word deur a 1 van die EEA geïdentifiseer as werkgewers wat 50 of meer werknemers in diens het. Werkgewers wat minder as 50 werknemers in diens het, mag ook gebonde wees aan die EEA as hulle omset gelyk of meer is as die toepaslike jaarlikse omset van klein besighede.⁵³⁴ Munisipaliteite, staatsorgane en enige werkgewer wat gebonde is in terme van ‘n kollektiewe ooreenkoms⁵³⁵ is ook gebonde aan hoofstuk III van die EEA.⁵³⁶

⁵³¹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵³² “42. ... the Director-General or any person or body applying this Act must, in addition to the factors stated in section 15, take into account all of the following:

- (a) The extent to which suitably qualified people from and amongst the different designated groups are equitably represented within each occupational category and level in that employer’s workforce in relation to the—
 - (i) demographic profile of the national and regional economically active population;
 - (ii) pool of suitably qualified people from designated groups from which the employer may reasonably be expected to promote or appoint employees;
 - (iii) economic and financial factors relevant to the sector in which the employer operates;
 - (iv) present and anticipated economic and financial circumstances of the employer; and
 - (v) the number of present and planned vacancies that exist in the various categories and levels, and the employer’s labour turnover;
- (b) progress made in implementing employment equity by other designated employers operating under comparable circumstances and within the same sector;
- (c) reasonable efforts made by a designated employer to implement its employment equity plan;
- (d) the extent to which the designated employer has made progress in eliminating employment barriers that adversely affect people from designated groups; and
- (e) any other prescribed factor.”

⁵³³ Dupper 2004 (121) *SALJ* 191.

⁵³⁴ Soos uiteengesit in Bylaag 4 van die EEA. Die syfers kan wissel van sektor tot sektor. Sien Dupper 2004 (121) *SALJ* 191.

⁵³⁵ Wat hulle as aangewese werkgewers omskryf.

⁵³⁶ Waarin regstellende aksie en die meegaande voorskrifte uiteengesit is. Sien Dupper 2004 (121) *SALJ* 191.

Van elke aangewese werkgewer word vereis om vyf stappe te neem ten einde billike indiensneming te bewerkstellig. Eerstens moet die werkgewer ingevolge a 15 regstellende aksie-maatreëls implementeer en dan genoegsame verteenwoordiging van persone uit die aangewese groepe⁵³⁷ verseker.⁵³⁸ Tweedens moet die werkgewer met die werknemers konsulteer oor 'n aantal billike indiensnemings-aangeleenthede (soos bepaal in aa 16 en 17).⁵³⁹ Artikel 19 vereis derdens dat die werkgewer 'n ontleding van die werksbeleid, -praktyke, -prosedures en -omgewing inisieer ten einde hindernisse in die werkplek te identifiseer.⁵⁴⁰ Volgens a 20 moet daar vierdens 'n billike indiensnemingsplan opgestel word.⁵⁴¹

Verder stel die EEA, net soos die aanvanklike wetsontwerp, nie 'n kwotastelsel daar nie. Dit lê eerder 'n grondslag waarop konsultasie⁵⁴² tussen die werkgewer, werknemer en vakbonde kan plaasvind:

[S]o that parties will set numerical goals and put in place measures to achieve equality which are appropriate to their own workplaces and experiences, without undermining the goal of a more representative and diverse workforce.⁵⁴³

Werkgewers moet dan ook jaarliks óf halfjaarliks aan die direkteur-generaal van die Departement van Arbeid rapporteer oor die vordering wat gemaak is rakende die implementering van die billike indiensnemingsplan (a 21).⁵⁴⁴ Wat die afdwinging van die EEA se bepalings in die werkplek betref, is a 53 van belang aangesien dit tot gevolg het dat alle werkgewers wat meeding om staatskontrakte die nodige stappe moet neem om aan die EEA se bepalings te voldoen.⁵⁴⁵

⁵³⁷ Soos in a 1 van die EEA omskryf.

⁵³⁸ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵³⁹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵⁴⁰ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵⁴¹ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵⁴² Soos blyk uit stap twee hierbo genoem waarop a 16 en 17 van die EEA toepassing vind.

⁵⁴³ GK No 18481, 1 Desember 1997, 12.

⁵⁴⁴ Dupper 2004 (121) *SALJ* 192.

⁵⁴⁵ “53. (1) Every employer that makes an offer to conclude an agreement with any organ of the state for the furnishing of supplies or services to that organ of state or for the hiring or letting of anything—

(a) must—

(i) if it is a designated employer, comply with Chapter II and III of this Act; or
(ii) if it is not a designated employer, comply with Chapter II of this Act;

(b) Attach to that offer either—

(i) a certificate in terms of subsection (2) which is conclusive evidence that the employer complies with the relevant Chapters of this Act; or

Die EEA is dus ‘n gedetailleerde meganisme daargestel om diskriminasie in die werkplek teen te werk en te elimineer.⁵⁴⁶

5 DISKRIMINASIE

5.1 Die Anti-diskriminasie Beginsel

In 2003 het die IAO⁵⁴⁷ se diskriminasieverslag – getiteld *Time for Equality at Work* – verklaar dat diskriminasie in die werkplek ‘n aanhoudende globale probleem bly, aangesien nuwe, meer subtiele vorme gedurig na vore kom.⁵⁴⁸ Die verslag het getoon dat die tyd vir gelykheid in die werkplek nog nie aangebreek het indien stappe nie geneem word nie.⁵⁴⁹ Somavia, die direkteur-generaal, het opgemerk:

Every day, around the world, discrimination at work is an unfortunate reality for hundreds of millions of people.⁵⁵⁰

Somavia meen wel dat die feit dat diskriminasie steeds in die werkplek teenwoordig is nie noodwendig net negatiewe reaksies ontlok nie, want vordering is al gemaak:⁵⁵¹

Today, formal condemnation of discrimination is virtually universal and action to stop discrimination at work has been taken in many places. Still, discrimination remains a constantly evolving ‘moving target’ and we have a long way to go on the road to equality.⁵⁵²

Volgens die verslag kan die blaam vir voortdurende diskriminasie op ingesteldhede soos vooroordeel, stereotipering en partydigheid geplaas word.⁵⁵³ Dié ingesteldhede

-
- (ii) a declaration by the employer that it complies with the relevant Chapters of this Act, which, when verified by the Director-General, is conclusive evidence of compliance.

...

(4) A failure to comply with the relevant provisions of this Act is sufficient ground for refection of any offer to conclude an agreement referred to in subsection (1) or for the cancellation of the agreement.” Sien infra hoofstuk vyf vir die rol van regstellende aksie by staatskontrakte in Amerika.

⁵⁴⁶ Basson et al *Essential Labour Law* 303.

⁵⁴⁷ Internasionale Arbeidsorganisasie, ook genoem die “International Labour Organisation” (ILO).

⁵⁴⁸ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1
<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/features/03/disc1.htm> (2004/07/22).

⁵⁴⁹ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

⁵⁵⁰ Soos aangehaal in ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

⁵⁵¹ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

⁵⁵² ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

⁵⁵³ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

oorleef al dekades van geregtelike aansprekingspogings, sowel as regerings en werkgewers se maatreëls teen ongelyke behandeling in die werkplek.⁵⁵⁴

Alle belangrike menseregteverdrae erken die reg om nie op irrelevante gronde teen gediskrimineer te word nie.⁵⁵⁵ Een so 'n verdrag is die *Universal Declaration of Human Rights* van 1948 wat dié reg in a 2 erken:

Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.⁵⁵⁶

Die IAO se *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 111 van 1958, is een van die vroegste deklarasies wat oor diskriminasie handel.⁵⁵⁷ Dit definieer die konsep van diskriminasie in a 1 om die volgende in te sluit:⁵⁵⁸

- (a) any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation,⁵⁵⁹
- (b) such other distinction, exclusion or preference which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation as may be determined by the Member concerned after consultation with representative employers' and workers' organisations where such exists, and with other appropriate bodies.⁵⁶⁰

Dit is opvallend dat die IAO se beskouing van diskriminasie gekoppel word aan die skending van individue se 'gelyke geleentheid' (volgens die Europese beskouing) of 'gelyke behandeling' (wat neerkom op formele gelykheid). Die belangrikste bepaling in die konvensie, rakende die billike indiensnemings-debat, is a 5(2):

⁵⁵⁴ ILO "Workplace discrimination, a picture of hope and concern" 1.

⁵⁵⁵ Smit "A comparative perspective of gender discrimination in the workplace" 1998 (3) *TSAR* 495.

⁵⁵⁶ Soos aangehaal in Smit 1998 (3) *TSAR* 495.

⁵⁵⁷ Rycroft "Preventing and Proving Work-place Discrimination" 1991 (12) *ILJ* 722.

⁵⁵⁸ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 722.

⁵⁵⁹ *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 1958 (No. 111).

⁵⁶⁰ *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 1958 (No. 111).

Any Member may, after consultation with representative employers' and workers' organizations, where such exist, determine that other special measures designed to meet the particular requirements of persons who, for reasons such as sex, age, disablement, family responsibilities or social or cultural status, are generally recognized to require special protection or assistance, shall not be deemed to be discrimination.⁵⁶¹

Die laaste frase in die artikel maak dit duidelik dat die belangrikste internasionale instrument aangaande gelykheid in die werkplek nie werklike ruimte laat vir ideologiese verwarring rakende die beginsel van gelykheid nie.⁵⁶² Dit is dan ook duidelik dat regstellende aksie (as beginsel wat verbind is tot substantiewe gelykheid met die fokus op gelyke uitkomst) nie deur die konvensie beskou word as 'n vorm van diskriminasie nie.⁵⁶³

Die IAO het bevestig dat vroue by verre die groep is waarteen die meeste gediskrimineer word.⁵⁶⁴ Meer as een wyse van geslagsdiskriminasie word wel erken.⁵⁶⁵ In 'n saak rakende geslagsdiskriminasie word eise hoofsaaklik gegrond op direkte diskriminasie, indirekte diskriminasie en verontregting.⁵⁶⁶ Dit kan dus blatant en ooglopend direk wees, of indirek op 'n meer subtiële vorm te voorskyn kom.⁵⁶⁷

Die konsep van geslagsdiskriminasie word eenvoudig gesien as die minder voordelige, ongelyke of differensiële behandeling van 'n vrou of 'n man alleenlik op grond van geslag.⁵⁶⁸ Beginsels soos die van gelykheid en anti-diskriminasie is essensieel in die bevordering van vroueregte.⁵⁶⁹ Wanneer dié beginsels bespreek word is dit noodsaaklik om te verwys na die *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women* (CEDAW) van 1997.⁵⁷⁰ CEDAW gee 'n meer gedetailleerde beskrywing van die konsep geslagsdiskriminasie:

⁵⁶¹ Soos aangehaal in Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 267.

⁵⁶² Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 267.

⁵⁶³ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 267.

⁵⁶⁴ ILO "Workplace discrimination, a picture of hope and concern" 2.

⁵⁶⁵ UNISA *Women & The Law In South Africa* 140.

⁵⁶⁶ Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁵⁶⁷ UNISA *Women & The Law In South Africa* 141.

⁵⁶⁸ UNISA *Women & The Law In South Africa* 137.

⁵⁶⁹ Dairiam "Equality and Non-discrimination: The Two Essential Principles for the Promotion and Protection of the Human Rights of Women" 1 *Centre for Comparative and Public Law and the Women's Studies Research Centre* <http://www.hku.hk/ccp/pub/conferences/20042002.doc> (2004/11/09).

⁵⁷⁰ Dairiam "Equality and Non-discrimination: The Two Essential Principles for the Promotion and Protection of the Human Rights of Women" 1-2.

[T]he term ‘discrimination against women’ shall mean any discrimination, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect of or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on the basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.⁵⁷¹

Suid-Afrika het CEDAW in 1995 geratifiseer.⁵⁷² Om dit te kon doen moes die parlement in 1993 die *General Law Fourth Amendment Act*⁵⁷³ aanneem, waarvolgens alle vorme van wetgewende diskriminasie teen vroue verwyder is.⁵⁷⁴

In *Brink v Kitshoff NO*⁵⁷⁵ het O’Regan R die Suid-Afrikaanse posisie uiteengesit:

Although our history is one in which the most visible and most vicious of discrimination has been racial, other systematic motifs of discrimination were and are inscribed on our social fabric ... Although in our society, discrimination on grounds of sex has not been as visible, nor as widely condemned, as discrimination on grounds of race, it has nevertheless resulted in deep patterns of disadvantage ... That all such discrimination needs to be eradicated from our society is a key message of the Constitution.⁵⁷⁶

Diskriminerende praktyke word aangetref op alle diensvlakke, vanaf werwing tot onderrig dwarsdeur tot by vergoeding en beroepsegregasie.⁵⁷⁷ Lande het ongelukkig eers in die 1960’s en 1970’s begin om wetgewing, wat diskriminasie spesifiek in die werkplek aanspreek, op die boeke te plaas.⁵⁷⁸ Sulke stappe is noodsaaklik aangesien die gevolge van diskriminasie verreikend is.⁵⁷⁹ Diskriminasie kan armoede bestendig, ontwikkeling, produktiwiteit en mededinging onderdruk en politieke onstabieleit laat

⁵⁷¹ UNISA *Women & The Law In South Africa* 137; Smit 1998 (3) *TSAR* 495.

⁵⁷² Dugard *International Law: A South African Perspective* (2001) 250.

⁵⁷³ Wet 132 van 1993.

⁵⁷⁴ Dugard *International Law* 250.

⁵⁷⁵ *Brink* supra nota 439.

⁵⁷⁶ *Brink* supra nota 439 soos aangehaal in Liebenberg en O’Sullivan “South Africa’s New Equality Legislation: A Tool for Advancing Women’s Socio-Economic Equality?” 13.

⁵⁷⁷ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁷⁸ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 722.

⁵⁷⁹ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

opvlam.⁵⁸⁰ Die aanslag op diskriminasie in die werkplek word ongelukkig deur die IAO beskryf as “uneven en patchy”.⁵⁸¹

Aangesien die aanwesigheid van diskriminasie in die arbeidsmark nie teengewerk kan word indien die werkplek nie tot ‘n mate gereguleer word nie,⁵⁸² word wetgewing ingespan in die stryd teen diskriminasie. Die oogmerk met wetgewing as ‘n vorm van geregtelike tussentrede in die werkplek en toetrede tot die stryd teen diskriminasie word deur Rycroft beskryf as een van “unashamed social engineering”.⁵⁸³ Sulke stappe beoog die deflektering en vermindering van die gevolge van vooroordeel, sowel as ‘n verandering van mense se algemene sosiale patrone rakende hul houdings en optrede wat die werkplek binnedring.⁵⁸⁴

Wetgewing van dié soort word gebaseer op die beginsel van anti-diskriminasie.⁵⁸⁵ O’Regan hou die volgende definisie vir anti-diskriminasie wetgewing voor:

[L]egislation [that] provides remedies for people who have been treated differently and disadvantageously, where the discrimination occurs on a prohibited ground, for example, sex or colour.⁵⁸⁶

Op nasionale vlak word anti-diskriminasie wetgewing gewoonlik aangetref in ‘n grondwet, aparte wetgewing of beide.⁵⁸⁷

Onderliggend tot anti-diskriminasie wetgewing is ‘n vergelykende reg op gelyke behandeling wat vereis dat die regte van lede, vanuit ‘n beskermde groep, vasgestel moet word met inagneming van die regte van ander.⁵⁸⁸

Wat gewoonlik opvallend is by wetgewing van die aard, is die taalgebruik.⁵⁸⁹ Vir die persone wat hulself beywer vir die verwydering van verskanste sosiale patrone van benadeling is dit vreemd dat wetgewing die anti-diskriminasie beginsels in neutrale

⁵⁸⁰ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

⁵⁸¹ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁸² ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁸³ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 723.

⁵⁸⁴ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 723.

⁵⁸⁵ O’Regan *Equality at work and the limits of the law: Symmetry and individualism in anti-discrimination legislation* in Murray (edit) *Gender and the New South African Legal Order* (1994) 64 66.

⁵⁸⁶ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁸⁷ Smit 1998 (3) *TSAR* 496.

⁵⁸⁸ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁸⁹ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

terme uitdruk.⁵⁹⁰ Dit word so bewoord dat dit mans en blanke persone net so veel beskerming bied as vroue en swart persone.⁵⁹¹

O'Regan verklaar dat só 'n taalkundige poging tot gelykmatigheid, die area van kommer op differensiële behandeling van individue fokus.⁵⁹² So 'n fokus beteken dat die wetgewing te 'swak' sal wees om verandering te bewerkstellig in areas waar sosiale patrone van benadeling heers, as 'n mens – moontlik naïewelik, volgens O'Regan – aanvaar dat die wetgewing met daardie oogmerk ontwerp is.⁵⁹³

Daar is verder diegene wat 'n siniese beskouing van die beginsel van anti-diskriminasie handhaaf.⁵⁹⁴

[It] serves more to rationalize the continued presence of ... discrimination ... than it has to solve the problem.⁵⁹⁵

Tog is die anti-diskriminasie beginsel belangrik en noodsaaklik. Almal trek voordeel uit die eliminerings van diskriminasie in die werkplek: individue, ondernemings en die samelewing in geheel.⁵⁹⁶ Billikheid en geregtigheid in die werkplek bevorder werknemers se selfvertroue en moraal.⁵⁹⁷ 'n Meer gemotiveerde en produktiewe werksmag lei weer tot verhoogde produktiwiteit en mededinging van besighede.⁵⁹⁸

Daar is 'n definitiewe onderskeid tussen diegene vanuit benadeelde groepe wat beskerm word deur anti-diskriminasie wetgewing en dié sonder wetgewende beskerming, as die gevolge van diskriminasie in ag geneem word:

[M]any who suffer from discrimination ... face a persistent “equality gap” that divides them from dominant groups who enjoy a better life, *or even from their own peers who have benefited from anti-discrimination laws and policies.*”⁵⁹⁹ [eie beklemtoning]

⁵⁹⁰ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁹¹ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁹² O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁹³ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 66.

⁵⁹⁴ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 723.

⁵⁹⁵ Freeman soos aangehaal in Rycroft 1991 (12) *ILJ* 723.

⁵⁹⁶ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁹⁷ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁹⁸ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 2.

⁵⁹⁹ ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern” 1.

Die Konstitusionele Hof plaas die anti-diskriminasie beginsel in die hart van die benadering tot gelykheid.⁶⁰⁰ Kritiek, (van onder andere juriste soos Westen en Fagan) dat ‘gelykheid’ ‘n leë, komplekse en ontwykende konsep is het moontlik daartoe gelei dat die hof die bewustelike besluit geneem het om hul gelykheidsregspraak op die anti-diskriminasie beginsel te baseer.⁶⁰¹ Daar moet hier net opgemerk word dat die anti-diskriminasie beginsel in verskillende lande verbind word tot enige een van die drie genoemde vorme van gelykheid wat in die land voorgehou word as die beste benadering. So merk Dupper dan op dat een van die sentrale verskille tussen die VSA se gelykheidsregspraak en die ontluikende gelykheidsregspraak van Suid-Afrika juis die feit is dat verskillende opvattinge van gelykheid die twee jurisdiksies se anti-diskriminasie wetgewing ondersteun.⁶⁰²

In the United States, the abstract principles of formal equality characterize anti-discrimination law, while the South African Constitution unequivocally embraces substantive equality as a foundational value of the new democratic order.⁶⁰³

Dupper verduidelik met dieselfde insig dat ‘n verbondenheid tot gelyke uitkomst eerder as gelyke geleentheid in die Wet op Arbeidsverhoudinge⁶⁰⁴ en die EEA⁶⁰⁵ se anti-diskriminasie bepalings te vinde is.⁶⁰⁶ Dit spreek vanself dat die ontwikkeling van eiesoortige Suid-Afrikaanse gelykheidsregspraak deur die howe sal geskied deur die aanwending van substantiewe gelykheid as die toonaangewer.⁶⁰⁷

5 2 Onbillike Diskriminasie

Diskriminasie is ‘n besondere vorm van differensiasie⁶⁰⁸ wat anti-diskriminasie wetgewing poog te verwyder of te verhoed. Anders as blote differensiasie, is diskriminasie differensiasie op onregmatige gronde.⁶⁰⁹ So stel a 9(3)⁶¹⁰ van die

⁶⁰⁰ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 141.

⁶⁰¹ De Vos *The Role of Equality in the South African Legal System* 141.

⁶⁰² Dupper “Part-time Employees and the Pursuit of (Substantive) Equality: A Comparative Study of the Potential and Limitations of Discrimination Law” 2002 (14) *SA Merc LJ* 221.

⁶⁰³ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 221.

⁶⁰⁴ Wet 66 van 1995.

⁶⁰⁵ Wet 55 van 1998.

⁶⁰⁶ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 221.

⁶⁰⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 221.

⁶⁰⁸ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* (2000) 193.

⁶⁰⁹ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶¹⁰ “Die staat [en geen persoon volgens a 9(4)] mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap,

Grondwet,⁶¹¹ sowel as a 6(1)⁶¹² van die EEA gronde waarop daar nie direk of indirek teen enige persoon onbillik gediskrimineer mag word nie. Dié artikels is in lyn met beide die liberale, sowel as die radikale teorieë van gelykheid in sover hulle aanvaar dat direkte, sowel as indirekte diskriminasie voorkom moet word.⁶¹³ Differensiasie op gronde analoog aan die gelys in a 9(3) kan ook op diskriminasie neerkom.⁶¹⁴ Analoë gronde is daardie gronde wat gebaseer is op eienskappe of karaktertrekke wat die potensiaal het om 'n persoon se fundamentele menswaardigheid aan te tas.⁶¹⁵

Die gelykheidsklousule plaas egter nie 'n verbod op diskriminasie nie, maar eerder op onbillike diskriminasie.⁶¹⁶ 'Onbillike diskriminasie' is 'n vreemde konsep aangesien die meeste konstitusionele en wetgewende instrumente wat diskriminasie onwettig verklaar dit bloot aan die woord 'diskriminasie' oorlaat om met sy negatiewe konnotasie self tot die afleiding van onbillikheid te lei:

Commentators initially subscribed to the view that the term 'discrimination' in the Constitution has a neutral meaning similar to differentiation or classification, and that the pejorative moment lies in the word 'unfair'. However, the term has been interpreted by the Constitutional Court on several occasions, and a different view has emerged. The conclusion drawn by the Constitutional Court is that the word 'discrimination' itself is used in a pejorative - and not a neutral sense ...⁶¹⁷

In *Prinsloo v Van der Linde & Another*⁶¹⁸ het die Konstitusionele Hof soos volg verklaar:

The proscribed activity is not stated to be “unfair *differentiation*” but is stated to be “unfair *discrimination*”. Given the history of this country we are of the view that “discrimination” has acquired a particular pejorative

huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.”

⁶¹¹ Wet 108 van 1996.

⁶¹² “No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.”

⁶¹³ Louw 1994 (35) *Codicillus* 20.

⁶¹⁴ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193; *Harksen v Lane NO* 1998 (1) SA 300 (CC) par 46.

⁶¹⁵ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶¹⁶ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶¹⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-27.

⁶¹⁸ [1997] 6 BCLR 759 (CC); 1997 (3) SA 1012 (CC).

meaning relating to the unequal treatment of people based on attributes and characteristics attaching to them.⁶¹⁹

Dit beteken dat die woord ‘onbillik’ meer verrig as om bloot te onderskei tussen verskillende vorme van differensiasie.⁶²⁰ Die byvoeging van die begrip ‘onbillike’ maak die onderskeid tussen toelaatbare en ontoelaatbare diskriminasie moontlik, aangesien diskriminasie self ‘n negatiewe konnotasie het.⁶²¹

In *Harksen v Lane NO*⁶²² het die Konstitusionele Hof die verskillende stadiums uiteengesit wat ter sprake is wanneer daar ondersoek ingestel word na ‘n moontlike skending van die gelykheidsklousule.⁶²³ Dit kom in effek neer op twee afsonderlike toetste.⁶²⁴ Die eerste toets bepaal of daar ‘n rasionale basis vir die handeling of

⁶¹⁹ *Prinsloo* supra nota 618 par 31 soos aangehaal in Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-27.

⁶²⁰ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-27.

⁶²¹ In *Leonard Dingler Employee Representation Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others* 1998 (19) ILJ 285 (LC); [1997] 11 BCLR 1438 (LC) het die Arbeidshof verduidelik dat die wetgewer, met a 6(1) van die EEA en a 9(3) van die Finale Grondwet, erken dat diskriminerende maatreëls nie altyd onbillik is nie. Verder is die idee van toelaatbare diskriminasie ook inslag met die substantiewe (eerder as formele) benadering tot gelykheid, wat op sy beurt weer in voeling is met die Grondwet wat funksioneer as die pasaangewer vir wetgewing. Sien Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-27.

⁶²² Supra nota 614.

⁶²³ Artikel 9 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996. In *Harksen* supra nota 614 gee die Konstitusionele Hof ‘n uiteensetting van die oorwegings ter sprake wanneer daar bepaal word of ‘n onbillike diskriminerende handeling wat inbreuk maak op die gelykheidsklousule ter sprake is. Die verskillende stadia van die ondersoek word soos volg uiteengesit in Currie & De Waal *The New Constitutional & Administrative Law* 349–350:

“(a) Does the provision differentiate between people or categories of people? If so, does the differentiation bear a rational connection to a legitimate government purpose? If it does not then there is a violation of s 9(1). Even if it does bear a rational connection, it might nevertheless amount to discrimination.

(b) Does the differentiation amount to unfair discrimination? This requires a two stage analysis:

(b)(i) Firstly, does the differentiation amount to ‘discrimination’. If it is on a specified ground, then discrimination will have been established. If it is not on a specified ground, then whether or not there is discrimination will depend upon whether, objectively, the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner.

(b)(ii) If the discrimination amounts to ‘discrimination’, does it amount to ‘unfair discrimination’? If it has been found to have been on a specified ground, then unfairness will be presumed. If on an unspecified ground, unfairness will have to be established by the complainant. The test of unfairness focuses primarily on the impact of the discrimination on the complainant and others in his or her situation.

If, at the end of this stage of the enquiry, the differentiation is found not to be unfair, then there will be no violation of s 9(3) and (4).

(c) If the discrimination is found to be unfair then a determination will have to be made as to whether the provision can be justified under the limitation clause.” Sien ook Liebenberg en O’Sullivan “South Africa’s New Equality Legislation: A Tool for Advancing Women’s Socio-Economic Equality?” 12 <http://www.uct.ac.za/depts/lrgu/equality.htm> (2004/01/28).

⁶²⁴ Currie & De Waal *The New Constitutional & Administrative Law* 350.

wetgewing bestaan, terwyl die tweede toets vasstel of daar die diskriminasie in werklikheid onbillik was.⁶²⁵

Volgens die Konstitusionele Hof is die impak van die diskriminasie op die slagoffer die bepalende faktor wat dit as onbillik sal klassifiseer.⁶²⁶ Na aanleiding van die hof se beskouing in *Prinsloo*⁶²⁷ kom onbillike diskriminasie in beginsel op die volgende neer:⁶²⁸

[T]reating people differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, who are inherently equal in dignity.⁶²⁹

De Waal, Currie en Erasmus wys daarop dat die Konstitusionele hof in *Harksen*⁶³⁰ sekere faktore geïdentifiseer het wat in ag geneem moet word wanneer daar bepaal word of die diskriminasie 'n onbillike effek teweegbring.⁶³¹

Eerstens moet die klaer se sosiale posisie vasgestel word, sowel as of hy of sy slagoffers was van diskriminerende patrone in die verlede.⁶³² Differentiële optrede wat 'n persoon se reeds nadelige posisie belas sal meer geredelik as onbillik beskou word.⁶³³ Daar moet tweedens gekyk word na die aard van die diskriminerende wetgewing of handeling tesame met die doel wat daarmee beoog word.⁶³⁴ Laastens moet die omvang waartoe die klaer se regte geskend is in ag geneem word.⁶³⁵ Hierdie is nie 'n geslote lys nie, maar die hof is van mening dat die objektiewe oorweging van hierdie faktore van hulp kan wees ten einde akkuraatheid en ontwikkeling tot die grondwetlike toets vir onbillikheid te leen.⁶³⁶

Daar moet in ag geneem word dat differensiasie op een of ander van die gelyste gronde vermoed word onbillik te wees.⁶³⁷ Dieselfde vermoede geld nie in die geval

⁶²⁵ Currie & De Waal *The New Constitutional & Administrative Law* 350.

⁶²⁶ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶²⁷ Supra nota 618.

⁶²⁸ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶²⁹ *Harksen* supra nota 614 par 31.

⁶³⁰ Supra nota 614.

⁶³¹ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶³² De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶³³ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶³⁴ 'n Belangrike oorweging sal wees of die primêre rede van die wetgewing of handeling 'n waardige of belangrike sosiale doel verrig. De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶³⁵ Daar sal vasgestel moet word of daar 'n skending van sy of haar fundamentele reg op menswaardigheid was. De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 193.

⁶³⁶ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 194.

⁶³⁷ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 194.

van differensiasie op analoë gronde nie.⁶³⁸ Só 'n vermoede van onbillike diskriminasie beteken nie dat die diskriminasie in werklikheid onbillik is nie, met die gevolg dat die weg oopstaan vir die respondent om die teendeel te bewys.⁶³⁹ As 'n analoë grond betrokke is, val die taak op die applikant om die onbillikheid van die diskriminasie te bewys.⁶⁴⁰

5 3 Verskillende Vorme van Diskriminasie en Regverdiging

Soos reeds genoem is sekere vorme van diskriminasie meer ooglopend en makliker identifiseerbaar as ander subtieler vorme. Gevolglik word daar onderskei tussen direkte en indirekte diskriminasie. Die onderskeid is in der waarheid te vinde in die aard van dié twee vorme van diskriminasie.⁶⁴¹

Daar word in beginsel aanvaar dat direkte diskriminasie redelik maklik identifiseerbaar is.⁶⁴² In *International Brotherhood of Teamsters v United States*⁶⁴³ het die Hooggeregshof van Amerika die konsep van direkte diskriminasie verduidelik:

Disparate treatment [direct discrimination] ... is the most easily understood type of discrimination. The employer simply treats some people less favourably than others because of their race, colour, religion, sex, or national origin ...⁶⁴⁴

In die VSA word direkte diskriminasie beskou as 'n geval waar iemand minder voordelige behandeling ontvang op grond van 'n verbode diskriminasie grond.⁶⁴⁵ In Brittanje is die posisie soortgelyk.⁶⁴⁶

Direkte diskriminasie word in Suid-Afrika geag aanwesig te wees, waar persone nie as individue behandel word nie:⁶⁴⁷

It occurs when characteristics which are generalised assumptions about groups of people are assigned to each individual who is a member of that

⁶³⁸ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 194.

⁶³⁹ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 194.

⁶⁴⁰ Dit kan gedoen word deur te wys dat sy of haar menswaardigheid geskend is. De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 194.

⁶⁴¹ McGregor "Elements of an employment discrimination case" 2002 (10) *Juta's Business Law* 98 105. Sien ook Kentridge *Measure for measure: Weighing up the cost of a feminist standard of equality at work* in Murray (edit) *Gender and the New South African Legal Order* (1994) 84 92.

⁶⁴² Basson et al *Essential Labour Law* 308.

⁶⁴³ 431 U.S. 324 (1977).

⁶⁴⁴ Soos aangehaal in Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-33.

⁶⁴⁵ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-33.

⁶⁴⁶ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-33.

⁶⁴⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-33.

group, irrespective of whether that particular individual displays the characteristics in question.⁶⁴⁸

Dit is aanwesig waar wetgewing of 'n handeling ooglopend diskriminerend is.⁶⁴⁹ Waar daar dan 'n onderskeid getref word tussen werknemers op grond van een of meer van die gelyste gronde in a 6 van die EEA is direkte diskriminasie teenwoordig.⁶⁵⁰ 'n Voorbeeld hiervan in die konteks van geslagsdiskriminasie sal wees waar 'n finansiële instelling 'n lening aan 'n vrou weier, maar in soortgelyke omstandighede bereid is om dit aan 'n man toe te staan.⁶⁵¹ Daar word dan direk teen die vrou gediskrimineer deurdat die lening haar bloot geweier word as gevolg van haar geslag en nie weens sekere omstandighede wat haar op objektiewe gronde diskwalifiseer nie.⁶⁵²

Direkte geslagsdiskriminasie is daarom aanwesig waar een persoon, op grond van geslag of huwelikstatus, minder voordelige behandeling ontvang as wat die werkgewer 'n ander persoon, van 'n ander geslag of huwelikstatus sal behandel.⁶⁵³

Alhoewel direkte diskriminasie beskryf word as maklik identifiseerbaar het die bewys daarvan al baie probleme daarmee saamgebring. Uit 'n regs oogpunt het die bewys van direkte diskriminasie getuienis van die 'verkeerde' denke van die oortreder vereis, wat meestal te voorskyn kom in die vorm van opset.⁶⁵⁴ Dit is problematies aangesien die bewys van direkte diskriminasie dan primêr afhanklik is van omstandighedsgetuienis.⁶⁵⁵ Bewys van direkte diskriminasie word dan in effek gelewer deur afleidings wat gemaak word.⁶⁵⁶ As 'n algemene reël word soortgelyke feite getuienis as irrelevant beskou en sluit dan vergelykende beskouings rakende die handeling van oortreders in ander omstandighede uit.⁶⁵⁷

⁶⁴⁸ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-34.

⁶⁴⁹ Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* Volume 1 (2001) 356. "In the United States, a further distinction is drawn between laws that are 'facially' discriminatory, and laws that are discriminatory 'as applied'. The latter conveys that the source of the discrimination lies in the administrative application of the statute and not the law itself." Sien De Waal "Equality and the Constitutional Court" 2002 (14) *SA Merc LJ* 141 152.

⁶⁵⁰ Basson et al *Essential Labour Law* 308.

⁶⁵¹ *UNISA Women & The Law In South Africa* 141.

⁶⁵² *UNISA Women & The Law In South Africa* 141.

⁶⁵³ Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁶⁵⁴ Garbers "Proof and Evidence of Employment Discrimination under the Employment Equity Act 55 of 1998" 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁵⁵ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁵⁶ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁵⁷ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

‘n Verandering in die beskouing van en benadering tot direkte diskriminasie het daarom ingetree en die gevolg was dat daar ‘n beweging na die idee van gelyke behandeling was, ten koste van die idee van individuele opset.⁶⁵⁸ Dit alles dui daarop dat die konsep van direkte diskriminasie gewortel is in ‘n formele benadering tot gelykheid.

Daar is gebreek met die vroeëre subjektiewe norm met die gevolg dat dit moontlik is om ‘n vergelyking te tref tussen beskermd en onbeskermd klasse persone.⁶⁵⁹ ‘n Oortreder se subjektiewe rede vir die diskriminasie is nou irrelevant.⁶⁶⁰ Die resultaat is dat die aanwesigheid van differensiële behandeling as ‘n sterk aanduiding van die bewys van diskriminasie beskou word.⁶⁶¹

In sommige gevalle word daar ‘n werklike feitelike vergelyker vereis, terwyl die behandeling van ‘n hipotetiese persoon in ander gevalle ter vergelyking as genoegsaam beskou sal word.⁶⁶² Waar direkte geslagsdiskriminasie ter sprake is, is die deurslaggewende vraag dan of geslag (objektief gesproke) die rede is vir die oortreder se beweerde gedrag.⁶⁶³ Hepple sit die toets ter bepaling van direkte diskriminasie uiteen:

[T]he correct approach is to ask whether, but for his or her sex, the plaintiff would have been treated differently.⁶⁶⁴

In *Association of Professional Teachers & Another v Minister of Education & Others*⁶⁶⁵ is ‘n onderwyseres, Mev Rademan, ‘n huissubsidie geweier ingevolge ‘n beleid waarvolgens getroude onderwyseresse nie huissubsidies toegestaan is, tensy hul mans weens mediese ongeskiktheid nooit in staat sou wees om te werk nie. Dieselfde lot het egter nie mans in die onderwys beval nie.⁶⁶⁶ Die hof het verklaar dat die diskriminasie nie opsetlik hoef te gewees het nie.⁶⁶⁷ In die saak het Landman P verklaar dat dit belangriker is om te kyk na die effek van die diskriminasie.⁶⁶⁸ Met

⁶⁵⁸ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁵⁹ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁶⁰ Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁶⁶¹ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁶² Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁶⁶³ Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁶⁶⁴ Hepple et al *Labour Law and Industrial Relations in Great Britain* (1992) 185.

⁶⁶⁵ *Supra* nota 495.

⁶⁶⁶ *Association of Professional Teachers* *supra* nota 495 1052–1056 van die uitspraak vir volledige feite.

⁶⁶⁷ *Association of Professional Teachers* *supra* nota 495 1089.

⁶⁶⁸ *Association of Professional Teachers* *supra* nota 495 1089.

verwysing na die feite het hy toe bevind dat die beleid se effek direk diskriminerend is:

[T]he *effect* of this policy is directly to disadvantage a person on the basis of her sex and marital status or, as here, a combination of them coupled with the employment ability of her male spouse. No matter how well-intentioned a practice or policy, which distinguishes on the basis of sex, such a policy and practice ... unfairly discriminates ... The fact that the policy was motivated by, inter alia, the perception that married men are primarily the breadwinner and that married men (and not married women) should therefore be financially assisted in obtaining ownership of a house, does not remove the discriminatory nature of this distinction. Moreover, this perception takes no notice of the fact that many women may well be, and are in fact, the so-called principle breadwinners and not their husbands.⁶⁶⁹

Hierdie benadering tot direkte diskriminasie is die een wat deesdae gevolg word.⁶⁷⁰ Weens die klemverskuiwing na die formele gelykeheidsbasis van ‘gelyke behandeling’ word opset nie meer as ‘n vereiste gestel ten einde ‘n diskriminasie bevinding te kan lewer nie. Tog is daar steeds tekortkominge in die ‘gelyke behandeling’ opvatting van direkte diskriminasie.⁶⁷¹ Eerstens bly dit steeds moeilik om direkte diskriminasie te bewys waar die werkgewer nie openlik persone ongelyk behandel het en sy redes vir sy optrede bekendmaak het nie.⁶⁷² In ander gevalle waar die werkgewer openlik tussen werknemers diskrimineer kan die bewys van direkte diskriminasie maklik wees.⁶⁷³ Die tweede probleem is dat alhoewel die bewys van differensiële behandeling ‘n saak van direkte diskriminasie kan versterk is die teendeel nie noodwendig waar nie.⁶⁷⁴ Derdens kan direkte diskriminasie beskryf word as fundamenteel individualisties.⁶⁷⁵ In die gevalle waar individuele opset afwesig is dra die konsep van direkte diskriminasie min by tot begrip vir en die aanspreek van

⁶⁶⁹ *Association of Professional Teachers* supra nota 495 1089–1090.

⁶⁷⁰ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷¹ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷² Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷³ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷⁴ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷⁵ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

groepsgebaseerde en geïstitutionaliseerde diskriminasie.⁶⁷⁶ Ander vorme van diskriminasie steek in ‘n moderne wêreld kop uit:

[A]s societies continued to outlaw direct discrimination on the basis of unequal treatment, it soon became apparent that it is quite possible to discriminate effectively by doing exactly what was expected – treating people equally.⁶⁷⁷

Nuwe vorme van diskriminasie kan daarom nie aangespreek word deur bloot te volstaan met die oorspronklike klassifikasie van direkte diskriminasie nie. Weens daardie feit is die ontwikkeling van die konsep van indirekte diskriminasie van belang.

Diskriminasiegevalle wat nie as direkte diskriminasie geklassifiseer kan word nie, kan gewoonlik onder indirekte diskriminasie tuisgebring word. Anders as direkte diskriminasie, is vorme van indirekte diskriminasie te vinde waar ‘n werkgewer arbeidspraktyke, wat op die oog af neutraal en billik voorkom, op so ‘n wyse implementeer dat dit lede vanuit benadeelde groepe op ‘n disproporsionele wyse affekteer, in omstandighede waar dit nie geregverdig kan word nie.⁶⁷⁸

Indirekte diskriminasie kan geklassifiseer word as ‘n konsep wat saamval met die idee van ‘gelyke geleentede’ as ‘n gelykheidsmodel, in teenstelling met direkte diskriminasie wat weer meer leen tot die idee van ‘gelyke behandeling’. Die afleiding kan gemaak word dat die IAO se definisie van diskriminasie⁶⁷⁹ daarom na beide gelyke geleentede en –behandeling verwys.

Indirekte diskriminasie vind sy oorsprong in die Amerikaanse afwyking van die normale diskriminasie model⁶⁸⁰ as ‘n reaksie op studies van hul arbeidsmark wat getoon het dat die verbod op direkte diskriminasie nie daarin geslaag het om ‘n noemenswaardige verbetering in die sosio-ekonomiese omstandighede van swart persone te bewerkstellig nie.⁶⁸¹ As antwoord op die gaping wat ontstaan het tussen die geïndividualiseerde aard van direkte diskriminasie as regs-konsep en die

⁶⁷⁶ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷⁷ Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 137.

⁶⁷⁸ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-33.

⁶⁷⁹ Soos vervat in a 1 van die *Discrimination (Employment and Occupation) Convention* 111 van 1958.

⁶⁸⁰ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸¹ Dupper “Proving Indirect Discrimination in Employment: A South African View” 2000 (21) *ILJ* 747.

geïnstusionaliseerde en groepsgebaseerde aard van diskriminasie as realiteit het indirekte diskriminasie as ‘n ‘nuwe’ tipe diskriminasie ontwikkel.⁶⁸²

Aanvanklik is diskriminasie in die VSA beskou as die openbare tentoonstelling van blanke vooroordeel.⁶⁸³ Die uitwissing van daardie vooroordeel was daarom ‘n voorvereiste vir die realisering van ‘n gemeenskap waar almal gelyke geleenthede gegun sou word.⁶⁸⁴ Later het die sogenaamde ‘slagoffer-perspektief’ meer prominent na vore gekom.⁶⁸⁵ Dit was nie meer goed genoeg dat diskriminasie slegs deur wetgewing onwettig verklaar is nie.⁶⁸⁶ Die effektiwiteit van daardie wetgewing moes getoets word teen die enigste relevante maatstaf vir sukses, naamlik resultate.⁶⁸⁷ ‘n Nuwe tendens wat geneig het om die konsep van diskriminasie tot buite die grense van direkte diskriminasie uit te brei het in ‘n aantal Amerikaanse laerhof beslissings kop uitgesteek.⁶⁸⁸

Die onvermydelike het gevolg en die diskriminasie kwessie het die Amerikaanse Hooggeregshof uiteindelik in *Griggs v Duke Power Co*⁶⁸⁹ bereik.⁶⁹⁰ Duke Power maatskappy het ‘n hoërskool diploma en bevredigende punte op twee aanlegtoetse vereis vir sowel indiensneming as verplasing tussen departemente.⁶⁹¹ Beide die vereistes het die gevolg gehad dat aansienlik meer swart, as blanke, applikante gediskwalifiseer is.⁶⁹² Hoofregter Burger het verduidelik dat *Title VII*⁶⁹³ ten doel het om gelyke werkseleenthede te verseker en hindernisse, wat in die verlede seker groepe bevoordeel het ter uitsluiting van ander, te verwyder.⁶⁹⁴ Saam met die verduideliking het hy erkenning gegee aan die idee van indirekte diskriminasie.⁶⁹⁵

⁶⁸² Garbers 2000 (12) *SA Merc LJ* 138.

⁶⁸³ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸⁴ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸⁵ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸⁶ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-36.

⁶⁸⁸ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-37.

⁶⁸⁹ 91 S.Ct 849 U.S.N.C. 1971; 401U.S.424 (1971).

⁶⁹⁰ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-37.

⁶⁹¹ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-37.

⁶⁹² *Griggs* supra nota 689 431.

⁶⁹³ Title VII of the Civil Rights Act of 1964; dit verbied enige vorm van diskriminasie in die werkplek wat gebaseer is op ras, kleur, geloof, geslag of herkoms.

⁶⁹⁴ *Griggs* supra nota 689 429–430.

⁶⁹⁵ Dit staan in Amerikaanse regspraak ook bekend as “disparate impact”.

Under the Act, practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to ‘freeze’ the status quo of prior discriminatory practices.⁶⁹⁶

Met die ‘nuwe’ konsep van indirekte diskriminasie in hand het die hof bevind dat die vereistes wat die maatskappy daargestel het ‘n disproporsionele impak op die swart werknemers gehad het.

Om aan alle persone gelyke geleentheid te gun volgens ‘n neutrale norm of standaard mag op die oog af regverdig voorkom. Tog kan ‘n neutrale reël juis diskriminerend wees weens die feit dat dit nie ‘n onderskeid tref tussen individue van voorheen benadeelde groepe en die persone wat weens diskriminerende praktyke van die verlede voordele gegun is waarop hulle nie alleen geregtig was nie. Soos blyk uit navorsing wat gedoen is onder blanke engelssprekende manlik bestuurders word daar gewoonlyke op subtile wyses indirek in die werkplek teen vroue gediskrimineer.⁶⁹⁷ In die genoemde studie is daar spesifiek gekyk na die bevordering van vroue. Die studie het gewys dat die manlike bestuurders onseker was oor die vermoëns en vaardighede van hul vrouelike eweknieë, weens laasgenoemde groep se agterstand⁶⁹⁸ wat teweeggebring is deur hulle laat toetred (of toelating) tot die arbeidsmark. ‘n Neutrale vereiste, soos ervaring van ‘n sekere aantal jaar, kan in so ‘n milieu ‘n bekwaame vrou se bevorderingsgeleentheid kelder, indien dit as ‘n deurslaggewende oorweging (ten koste van vermoë en vaardigheid) beskou word.

Persepsies soos dié wat in die genoemde studie geïdentifiseer is, kan beskou word as die onderbou waarop die differensiasie tussen mans en vroue gebaseer is.⁶⁹⁹ Dit bring mee dat vroue nie in diens geneem of bevorder word nie en lei daartoe dat hulle minder voordele ontvang as wat toegestaan sou word indien hulle mans was.⁷⁰⁰ Die gevaar verbonde aan vooroordele en partydige standpunte is dat dit ‘n omgewing kan skep wat indirekte diskriminasie bevorder.⁷⁰¹

⁶⁹⁶ Griggs supra nota 689 430.

⁶⁹⁷ Human “Managing workforce diversity: a critique and example from South Africa” 1996 (17) *International Journal of Manpower* 55.

⁶⁹⁸ Human 1996 (17) *International Journal of Manpower* 55.

⁶⁹⁹ *Association of Professional Teachers* supra nota 495 1081.

⁷⁰⁰ *Association of Professional Teachers* supra nota 495 1081.

⁷⁰¹ Human 1996 (17) *International Journal of Manpower* 55.

Smit verduidelik dat 'n handeling of beleid indirek diskrimineer wanneer dit billik in vorm is, maar 'n ongelyke impak het.⁷⁰² Hepple som die posisie goed op:

Fewer women ... may be selected for a job or for promotion, not because the employer treats them less favourably, but because other factors make it more difficult for them to comply with the criteria for selection or promotion. Sexually ... neutral rules may have a disproportionate impact on women ...⁷⁰³

Die idee dat indirekte diskriminasie meestal kan voorkom in 'n omgewing waar die idee van gelyke geleenthede toegepas word, kom duidelik na vore as daar gekyk word na een van die sprekers by die 2002 konferensie, *Equality and Non-discrimination*, se opmerking aangaande diskriminasie:

[N]eutral laws and policies treating men and women at par may seem to be non-discriminatory, but could be discriminatory because women may be at a disadvantage as compared to men due to existing inequalities. This approach helps us to identify the weaknesses of ... so-called neutral laws and policies. Opportunities presented through ... [a] gender-neutral policy or law, may actually discriminate against women.⁷⁰⁴

Wetgewing sal dan diskriminerend wees as dit lengte en gewig vereistes stel vir die lede van die polisie wat vroue dan diskwalifiseer.⁷⁰⁵ Dit was byvoorbeeld die geval in die reeds genoemde 1946 regulasie van die *Durban City Police* wat met sekere borsmate en lengte vereistes beoog het dat slegs mans vir werk sou aansoek doen.⁷⁰⁶ Indirekte diskriminasie skuil daarom in sekere werksvereistes wat op die oog af nie diskriminerend van aard blyk te wees nie en op gelyke vlak van toepassing is op alle werknemers en applikante.⁷⁰⁷

Weens die moontlikheid van sluimerende indirekte diskriminasie in neutrale reëls moet daar ag geslaan word op Van Jaarsveld se waarskuwing dat daar eers vasgestel moet word wat die nodige dominante waardes en sosiale oogmerke is.⁷⁰⁸ Anders kan

⁷⁰² Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁷⁰³ Hepple et al *Labour Law and Industrial Relations in Great Britain* 186.

⁷⁰⁴ Dairiam "Equality and Non-discrimination: The Two Essential Principles for the Promotion and Protection of the Human Rights of Women" 4.

⁷⁰⁵ Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* 356.

⁷⁰⁶ Loveday 1997 (2) *TSAR* 256.

⁷⁰⁷ Rycroft 1991 (12) *ILJ* 724.

⁷⁰⁸ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 7.

die gevolg 'n beleid wees wat gebaseer word op gelyke geleentheid, maar as gevolg van verskillende sosiale beleidspunte bloot meer voortdurende ongelykheid meebring.⁷⁰⁹

Dit wil voorkom asof gebruike wat vroue inherent benadeel relatief diep gewortel is in baie lande.⁷¹⁰ 'n Aanduiding van hoe indirekte diskriminasie ongesiens die wêreld binnekuip, beklemtoon in der waarheid die moeilike taak wat Suid-Afrikaanse besighede en maatskappye in die gesig staar, indien hulle hulself werklik beywer vir die uitwissing van seksisme.⁷¹¹

By die bepaling van indirekte geslagsdiskriminasie se aanwesigheid word daar oorweging geskenk aan vier vrae:⁷¹²

- a) Is die vereiste of voorwaarde op gelyke wyse van toepassing gemaak op persone van beide geslagte? Indien 'ja',
- b) is die vereistes of voorwaardes van so 'n aard dat aansienlik minder vroue (of mans) daaraan kan voldoen in verhouding met daardie persone van die teenoorgestelde geslag? Indien 'ja',
- c) vind die vereiste of voorwaarde toepassing ten nadele van die klaer aangesien sy of hy nie in staat is om daaraan te voldoen nie? Indien 'ja';
- d) kan die werkgewer bewys dat die vereiste of voorwaarde geregverdig is ongeag die geslag van die betrokke persoon?⁷¹³

Die reg om nie, op grond van geslag, teen gediskrimineer te word nie word gewoonlik op twee gronde geregverdig, nl. dat geslag irrelevant is as dit by die persoon se vermoë kom of dat dit onbillik is om iemand minder gunstig te behandel as gevolg van 'n onveranderbare eienskap van sy of haar persoonlikheid.⁷¹⁴

Een van die bekendste indirekte diskriminasie-sake, die Amerikaanse saak van *Dothard v Rawlinson*,⁷¹⁵ dien as 'n goeie voorbeeld waar daar aan die genoemde oorwegings aandag geskenk is. Die saak het daaroor gehandel dat die Staat van

⁷⁰⁹ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 7.

⁷¹⁰ Human 1996 (17) *International Journal of Manpower* 55.

⁷¹¹ Human 1996 (17) *International Journal of Manpower* 55.

⁷¹² Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁷¹³ Smit 1998 (3) *TSAR* 494.

⁷¹⁴ Smit 3 (1998) *TSAR* 495.

⁷¹⁵ 433 U.S. 321 (1977).

Alabama lengte- en gewigvereistes gestel het vir die aanstel van tronkbewaarders.⁷¹⁶ Die hooggeregshof het wel by monde van Stewart R aanvaar dat dit *prima facie* ‘n geval van geslagsdiskriminasie was, aangesien die lengte voorskrif 33.29% van Amerikaanse vroue tussen die ouderdom van 18 en 79 jaar sou verhoed om as ‘n tronkbewaarder te kwalifiseer.⁷¹⁷ Verder sou 22.29% van die vroue as gevolg van die minimum gewigvereiste uitgesluit word, terwyl slegs 1.28% en 2.35% van mans as gevolg van onderskeidelik die lengte- en gewigsvoorskrifte nie geskik sou wees vir ‘n moontlike aanstelling as ‘n tronkbewaarder nie.⁷¹⁸

Daar is verder beslis dat die distriks-hof tereg bevind het dat *Title VII* die toepassing van statutêre lengte- en gewigsvereistes verhoed.⁷¹⁹ Daar is met verwysing na *Griggs*⁷²⁰ verduidelik dat die Amerikaanse Kongres *Title VII* vir ‘n spesifieke doel op die wetboek geplaas het:

[For] the removal of artificial, arbitrary and unnecessary barriers to employment when the barriers operate invidiously to discriminate on the basis of racial or other impermissible classification.⁷²¹

Dit het in hierdie saak gegaan oor diskriminasie op grond van ‘n “other impermissible classification”, naamlik geslag. Daar was nie ‘n opsetlike diskriminerende motief in die statutêre voorskrifte rakende lengte en gewig nie.⁷²² Dit was eerder ‘n geval waar oënskynlike neutrale kwalifikasiestandaarde in effek disproporsioneel te werk gegaan het om vroue te diskwalifiseer as geskikte applikante by die Alabama Board of Correction.⁷²³ Hierdie was ‘n tipiese geval van indirekte diskriminasie. Tog het die hof bevind dat mans en vroue nie eenders geplaas was ten einde die pligte te kan uitvoer wat verlang word van ‘n tronkbewaarder in ‘n tronk uitsluitlik vir mans nie.⁷²⁴ Die hof het verduidelik dat daar drie stadiums is waar die bewyslas in so ‘n saak kan skuif. Eerstens moet die eiser aantoon dat ‘n oënskynlik neutrale standaard ‘n diskriminerende impak het.⁷²⁵ Daarna moet die werkgewer bewys dat die vereiste

⁷¹⁶ *Dothard* supra nota 715.

⁷¹⁷ *Dothard* supra nota 715.

⁷¹⁸ *Dothard* supra nota 715.

⁷¹⁹ *Dothard* supra nota 715.

⁷²⁰ Supra nota 689 424 431.

⁷²¹ *Dothard* supra nota 715 327.

⁷²² *Dothard* supra nota 715 328.

⁷²³ *Dothard* supra nota 715 329.

⁷²⁴ Rabe “Equality, Affirmative Aation, and Justice” (2001) 57.

⁷²⁵ *Dothard* supra nota 715 329.

standaard onmiskenbaar gekoppel word aan die ter sprake werk.⁷²⁶ In daardie geval staan dit die eiser vry om te wys dat daar ander minder diskriminerende wyses bestaan wat die werkgewer se regmatige belang van effektiewe en betroubare knapheid kan dien.⁷²⁷

Regter Stewart verduidelik dat die argument dat 'n sekere tipe werk te gevaarlik is vir 'n vrou in normale gevalle weerlê word met die antwoord dat dit *Title VII* se doel is om individuele vroue toe te laat om hul eie besluite te maak.⁷²⁸ In dié saak redeneer Stewart R dat daar egter meer op die spel is:⁷²⁹

The essence of a correctional counselor's job is to maintain prison security. A woman's relative ability to maintain order in a male, maximum-security, unclassified penitentiary of the type Alabama now runs could be directly reduced by her womanhood ... In a prison system where violence is the order of the day, where inmate access to guards is facilitated by dormitory living arrangements, where every institution is understaffed, and where a substantial portion of the inmate population is

⁷²⁶ *Dothard* supra nota 715 329. Dit is belangrik om daarop te let dat die EEA nie 'n onderskeid tref tussen direkte en indirekte diskriminasie wat moontlike regverdigingsgronde betref nie. In daardie opsig verskil Suid-Afrika van ander lande waar strengere regverdigingstoetse in direkte as indirekte diskriminasie sake vir werkgewers gestel word. "In the USA ... the BFOQ (bona fide occupational qualification defence) is available in cases of direct discrimination, while a relatively more lenient 'business necessity' defence is available in cases of indirect discrimination. Similarly, in the United Kingdom, justification for direct discrimination is linked to the GOQ (genuine occupational qualification) while a more lenient 'general justification' is available in cases of indirect discrimination." (Sien Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-53.) Wat die Amerikaanse BFOQ betref is daar in *Dothard* (supra nota 715) verwys na Regulasie 204, wat 'n uitsondering op a 703(e) van *Title VII* daarstel: "[It] permits sex-based discrimination 'in those certain instances where ... sex ... is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise.'" Die hof erken dat die BFOQ as 'n eng uitsondering op die algemene verbod op diskriminasie gesien moet word. (Sien *Dothard* supra nota 715 333-334.) Op die oog af wil dit voorkom asof die 'inherente vereiste van die werk'-verweer wat a 6(2)(b) van die EEA daarstel ooreenkomste toon met die VSA en die Verenigde Koninkryk se streng regverdigingstoetse in geval van direkte diskriminasie. (Sien Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-53 CC 1-54.) Dit is interessant om daarop te let die wyse waarop die Suid-Afrikaanse "an inherent requirement of the job" verwoord is, daarop kan dui dat slegs een inherente werksvereiste genoegsaam kan wees om 'n persoon uit te sluit. (Sien Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-54.) Dit wil voorkom asof die BFOQ en GOQ verweer in ander jurisdiksies eng geformuleer en geïnterpreteer is. Die Nywerheidshof het egter al in *Association of Professional Teachers* (supra nota 495) opgemerk dat die 'inherente vereiste van die werk'-verweer slegs toegelaat moet word in beperkte omstandighede. "In South Africa there are relatively few cases involving the 'inherent requirement of a job' to justify discrimination. Two reasons may be advanced for this. First, it would seem that the inherent strictness of this defence acts as a bar to its use. Second, as our law allows a relatively relaxed 'general fairness' defence in conjunction with 'an inherent requirement of a job', employers will seek to justify their actions in terms of the, relatively speaking, 'easier' standard of 'fairness'." (Sien Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-59.)

⁷²⁷ *Dothard* supra nota 715 329.

⁷²⁸ *Dothard* supra nota 715 335.

⁷²⁹ *Dothard* supra nota 715.335.

composed of sex offenders mixed at random with other prisoners, there are few visible deterrents to inmate assaults on women custodians.⁷³⁰

Alhoewel die hof in beginsel ‘geen kontak’ posisies as tronkbewaarders vir vroue, soos Dianne Rawlinson, oopgestel het is daar steeds bevind dat ‘n werkgewer in sekere situasies kan bewys dat geslag onmiskenbaar gekoppel word aan ‘n bepaalde werk.⁷³¹

In *Lagadien v University of Cape Town*⁷³² moes die Arbeidshof oorweeg of daar teen die applikant gediskrimineer is op grond van akademiese- en tersiêre kwalifikasies, aangesien sy voorgehou het dat sy oor dieselfde vaardighede beskik het as die persoon wat uiteindelik aangestel is. Regter Jammy het met verwysing na Du Toit, verklaar dat indirekte diskriminasie teweeggebring word deur ‘n standaard wat nie in die omstandighede geregverdig kan word nie⁷³³ en toepassing vind ter nadele van die klaer.⁷³⁴ Die rede hiervoor is dat die geaffekteerde klaer gewoonlik geen beheer het oor die afwesigheid van of nie-voldoening aan ‘n vereiste eienskap of omstandighede nie, met die gevolg dat dit nie uit die klaer se eie beweging in sy of haar guns verander kan word nie:

An employer may be guilty of indirect discrimination if the use of an apparently neutral criterion has a significant adverse impact on a particular group and the criterion is not sufficiently relevant to workplace needs to justify the impact. Examples of such criteria are educational qualifications and physical characteristics (such as height) in situations where the employer is unable to justify the required standard.⁷³⁵

In die Suid-Afrikaanse arena het die Interim Grondwet⁷³⁶ die eerste werklike verbod op indirekte diskriminasie vervat.⁷³⁷ Artikel 9(3) en (4) van die Finale Grondwet⁷³⁸ het weer die verbod op indirekte diskriminasie ingesluit.⁷³⁹ Die Grondwet se algemene benadering is weer op sy beurt deur a 187 van die Wet op

⁷³⁰ *Dothard* supra nota 715 335–336.

⁷³¹ Harvard Law Review Note 1981 (95) *Harv. L. Rev.* 494.

⁷³² 2000 (21) ILJ 2469 (LC).

⁷³³ ‘n StandAard sonder ‘n BFOQ uitsondering.

⁷³⁴ *Lagadien* supra nota 732 2476.

⁷³⁵ Du Toit soos aangehaal in *Lagadien* supra nota 732 2476.

⁷³⁶ Wet 200 van 1993.

⁷³⁷ Naidu “Indirect discrimination: A review of South African cases” 1998 (6) *Juta’s Business Law* 32.

⁷³⁸ Wet 108 van 1996.

⁷³⁹ Naidu 1998 (6) *Juta’s Business Law* 32.

Arbeidsverhoudinge⁷⁴⁰ oorgeneem en uitgebrei.⁷⁴¹ Die EEA het verder ‘n hele hoofstuk aan diskriminasie gewy.⁷⁴² Indirekte diskriminasie word egter nêrens in wetgewing gedefinieer of verbind tot ‘n spesifieke prosedure ter bewys daarvan nie.⁷⁴³ Die hof beskik in effek oor ‘n diskresie om die beginsel van indirekte diskriminasie te ontwikkel, met inagneming van relevante wetgewing.⁷⁴⁴ Ongelukkig verhoed die implementering van regstellende aksie in die werkplek moontlik die effektiewe uitoefening van die hof se diskresie. Dit wil voorkom asof ‘n werknemer selde in ‘n diskriminasieklag op indirekte diskriminasie steun, soos duidelik blyk uit die feit dat baie min gerapporteerde diskriminasiesake werklik die fokus op indirekte diskriminasie plaas.

Die voorkoms van gevalle van indirekte diskriminasie is hoofsaaklik die resultaat van die bestaan van sosiale strukture in die samelewing.⁷⁴⁵ Sulke strukture het dan ‘n negatiewe impak op sekere groepe waardeur ‘n hoër persentasie van ‘n relevante groep benadeel word.⁷⁴⁶ ‘n Verbod op indirekte diskriminasie is daarop gemik om sulke strukturele ongelikhede in die samelewing aan te spreek.⁷⁴⁷ By indirekte diskriminasie moet die disproporsionele impak van ‘n klaarblyklik neutrale beleid of gebruik bewys word.⁷⁴⁸ Dit is daarom belangrik om te bepaal watter gepaste groep persone ter vergelyking in oënskou geneem moet word.⁷⁴⁹ In die algemeen sal die geskiktheid van ‘n vergelykende groep afhang van die aard van die vereistes en voorwaardes wat ingestel is, sowel as die ter sprake indiënsnemingsbeleid of praktyk.⁷⁵⁰ As dit by die vasstelling van die grootte van die verwydering tussen die vergelykende groepe kom, wil dit voorkom asof die Suid-Afrikaanse hof grotendeels in die Verenigde Koninkryk se voetspore volg met ‘n “common-sense, factual and case-by-case approach” in die bepaling van indirekte diskriminasie.⁷⁵¹

Regstellende aksie is ‘n herstellende maatreël wat daarop gemik is om werksomstandighede te realiseer waar werklike en nie bloot teoretiese uitoefening van

⁷⁴⁰ Wet 66 van 1995.

⁷⁴¹ Naidu 1998 (6) *Juta's Business Law* 32.

⁷⁴² Hoofstuk II van die EEA 55 van 1998.

⁷⁴³ Naidu 1998 (6) *Juta's Business Law* 32.

⁷⁴⁴ Naidu 1998 (6) *Juta's Business Law* 32.

⁷⁴⁵ *Rabe Equality* 322.

⁷⁴⁶ *Rabe Equality* 322.

⁷⁴⁷ *Rabe Equality* 322.

⁷⁴⁸ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 147.

⁷⁴⁹ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 167.

⁷⁵⁰ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 147–148.

⁷⁵¹ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 149.

alle regte realiseerbaar is.⁷⁵² Hierdie maatreël fokus op die aanspreek van sowel werklike as sosiale diskriminasie wat deur sekere samelewingsgroepe verduur word.⁷⁵³ Artikel 15(2) van die EEA maak dan juis voorsiening vir die feit dat regstellende aksie-maatreëls⁷⁵⁴ daarop gemik moet wees om hindernisse in die werkplek (wat kan aanleiding gee tot vorme van onbillike diskriminasie) te identifiseer en te elimineer.⁷⁵⁵ Verder word daar bepaal dat sulke maatreëls ontwerp moet word “to further diversity in the workplace based on equality dignity and respect of all people”.⁷⁵⁶ Sodoende word daar voorsiening gemaak dat regstellende aksie-maatreëls ook ‘n verandering in die breër samelewing se benadering tot alle groepe persone moet bewerkstellig. Deur middel van die bevordering van gelyke waardigheid en respek vir alle mense word strukturele ongelykhede in die samelewing in teorie aangespreek.

Aangesien die indirekte beskouing van diskriminasie verder strek as die formele konsep van gelykheid, in die ondersoek na die impak van die reëls wat werkgewers aanneem, het dit die potensiaal om substantiewe verandering teweeg te bring.⁷⁵⁷ Die ontwikkeling van die konsep indirekte diskriminasie (in die Suid-Afrikaanse konteks) deel vervolgens die bevordering van substantiewe verandering met die maatreël van regstellende aksie.

Die feit dat indirekte diskriminasie selde op die voorgrond geplaas word is moontlik te verwagte, gegewe die feit dat regstellende aksie die aanspreek van indirekte diskriminasie inkorporeer in die toepassing van sulke maatreëls. Regstellende aksie se rol in Suid-Afrika bied daarom ‘n verklaring vir die feit dat die verbod op indirekte diskriminasie nie genoegsame aandag geniet nie:

However, [it must be kept in mind that] affirmative action has its limits.⁷⁵⁸

Regstellende aksie as ‘n herstellende maatreël gaan nie oornag die sosiale impak van indirekte diskriminasie uitwis nie.⁷⁵⁹ Verder is die verpligting om regstellende aksie-

⁷⁵² Rabe *Equality* 339.

⁷⁵³ Rabe *Equality* 339.

⁷⁵⁴ Soos geïmplementeer deur aangewese werkgewers.

⁷⁵⁵ Artikel 15(2)(a).

⁷⁵⁶ Artikel 15(2)(b).

⁷⁵⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 190

⁷⁵⁸ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 140.

⁷⁵⁹ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 140.

maatreëls te implementeer beperk tot aangewese werkgewers.⁷⁶⁰ Daarmee saam sal regstellende aksie nooit in staat wees om alle individuele diskriminasie uit te wis nie.⁷⁶¹ Die implikasie is dan dat:

[L]itigation will remain an important mechanism for many people to enforce their right not to be discriminated against and that it remains important who wants to bring a discrimination case to court in South Africa.⁷⁶²

Die oorgrote meerderheid gerapporteerde Suid-Afrikaanse diskriminasie sake handel oor gevalle van direkte diskriminasie,⁷⁶³ met slegs 'n beperkte aantal sake wat oorweging skenk aan indirekte diskriminasie:⁷⁶⁴ *Leonard Dingler Employee Representative Council v Leonard Dingler*,⁷⁶⁵ *Kadiaka v Amalgated Beverage Industries*,⁷⁶⁶ *Lagadien v University of Cape Town*,⁷⁶⁷ *City Council of Pretoria v Walker*,⁷⁶⁸ *SADTU obo Makua/Mpumalanga Education Department*,⁷⁶⁹ en *Adriaanse/Swartklip Products*.⁷⁷⁰

Die Konstitusionele Hof het in *Walker*⁷⁷¹ te make gehad met 'n geval waar "blanke areas" water en elektrisiteit moes betaal volgens werklike gebruik, terwyl persone in "swart areas" 'n eenvormige bedrag per huishouding moes betaal. Die meerderheid het by monde van Langa AP eenvoudig aanvaar dat die aanwesige geografiese differensiasie indirekte diskriminasie daarstel op grond van ras.⁷⁷²

It is sufficient for the purposes of this judgment to say that this conduct which differentiated between the treatment of residents of townships which were historically black areas and whose residents are still overwhelmingly black, and residents in municipalities which were historically white areas and whose residents are still overwhelmingly

⁷⁶⁰ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 140.

⁷⁶¹ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 140.

⁷⁶² Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 140.

⁷⁶³ McGregor "An Overview of Employment Discrimination Case Law" 2002 (14) *SA Merc LJ* 157 171.

⁷⁶⁴ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 172.

⁷⁶⁵ *Supra* nota 621.

⁷⁶⁶ 1999 (20) *ILJ* 373 (LC).

⁷⁶⁷ *Supra* nota 732.

⁷⁶⁸ 1998 (2) *SA* 363 (CC).

⁷⁶⁹ 1999 (5) *BALR* 638 (IMMSA).

⁷⁷⁰ 1999 (6) *BALR* 649 (CCMA).

⁷⁷¹ *Supra* nota 768.

⁷⁷² Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 149.

white constituted indirect discrimination on the grounds of race. The fact that the differential treatment was made applicable to geographical areas rather than to persons of a particular race may mean that the discrimination was not direct, but it does not in my view alter the fact that in the circumstances of the present case it constituted discrimination, albeit indirect, on the grounds of race.⁷⁷³

Regter Sachs het in sy minderheidsuitspraak verklaar dat blote toeval in die omstandighede tussen ras en differensiasie, sonder enige werklike negatiewe impak wat aan ras gekoppel kan word, nie genoegsaam is om indirekte diskriminasie daar te stel nie.⁷⁷⁴ Volgens Sachs R se opinie moet die relevante maatreëls aanleiding gee tot “identifiable disabilities, burdens or inconveniences, or threaten to touch on or reinforce patterns of disadvantage, or in some proximate and concrete manner threaten the dignity or equal concern or worth of the persons affected.”⁷⁷⁵ Gevolglik was die regter van mening dat daar geen vorm van diskriminasie (direk of indirek) op grond van ras aanwesig was bloot omdat blanke persone in een area en swart persone in ‘n ander woonagtig was nie.⁷⁷⁶

In *SADTU*⁷⁷⁷ het die arbiter ‘n aanklag van indirekte diskriminasie verwerp aangesien hy nie oortuig was dat die Ben Viljoen beheerliggaam rugby en atletiek as kortlyskriteria daargestel het met die oogmerk om swart kandidate van ‘n onderwyspos uit te sluit nie.⁷⁷⁸ Die arbiter het verder bygevoeg:

I can imagine many groups who may feel disadvantaged by such a criterion such as women, disabled people, older people and others...⁷⁷⁹

Die arbiter het dus geredeneer dat die relevante kriteria nie indirekte diskriminasie daar kan stel nie, aangesien dit nie so deur die beheerliggaam bedoel is nie. In *Walker*⁷⁸⁰ het die hof egter uitdruklik bevind:

In many cases, particularly those in which indirect discrimination is alleged, the protective purpose would be defeated if the persons

⁷⁷³ Supra nota 768 378.

⁷⁷⁴ Rabe *Equality* 326.

⁷⁷⁵ Supra nota 768 407.

⁷⁷⁶ Supra nota 768 404.

⁷⁷⁷ Supra nota 769.

⁷⁷⁸ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 152.

⁷⁷⁹ Supra nota 769 648 soos aangehaal in Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 152–153.

⁷⁸⁰ Supra nota 768.

complaining of discrimination had to prove not only that they were unfairly discriminated against but also that the unfair discrimination was *intentional*. This problem would be particularly acute in cases of indirect discrimination where there is almost always some purpose other than a discriminatory purpose involved in the conduct or action to which objection is taken.⁷⁸¹ [eie beklemtoning]

In *Adriaanse*⁷⁸² het die kommissaris bevind dat indirekte diskriminasie aanwesig was, aangesien 'n standerd agt kwalifikasie voorgehou is as 'n vereiste vir 'n permanente aanstelling, waar minder as die helfte van die applikante nie oor die vereiste kwalifikasie beskik het nie.⁷⁸³ Met *Griggs*⁷⁸⁴ as riglyn het die kommissaris verder bevind dat die werkgewer nie kon aantoon dat die standerd agt vereiste "sufficiently relevant to the workplace needs"⁷⁸⁵ was nie.⁷⁸⁶

Ongeag die feit dat regstellende aksie indirekte diskriminasie aanspreek, plaas dit terselfdertyd 'n kommerwekkende beperking op die ontwikkeling van die verbod op indirekte diskriminasie. Daar kan ongelukkig ook nie blindelings aanvaar word dat wetgewing werknemers sal aanmoedig om diskriminasiegevalle te rapporteer nie, ongeag die feit dat dit sekerlik by werkplekke aanwesig is.⁷⁸⁷ Howe moet daarom die beperkte geleentheid wat voorkom gebruik om Suid-Afrika se infantiele konsep van indirekte diskriminasie (in teenstelling 33 jaar van Amerikaanse regspraak) te ontwikkel.⁷⁸⁸

It is at least arguable that the concept of indirect discrimination could have been employed in a number of cases in which it was not. While the result in all cases may have been the same, it would nevertheless have forced the courts to begin to grapple with this important but to date undervalued concept of discrimination. Greater awareness of indirect discrimination may also lead to a situation in which some employers may voluntarily amend their employment practices so as not to infringe legislative provisions ... [I]ndirect discrimination should [maybe rather] be seen as

⁷⁸¹ Supra nota 768 383.

⁷⁸² Supra nota 770.

⁷⁸³ Supra nota 770 654. Sien Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 152.

⁷⁸⁴ Supra nota 689.

⁷⁸⁵ *Griggs* supra nota 689 431 436 soos aangehaal in 1999 (6) *BALR* 649 (CCMA) 654.

⁷⁸⁶ Garbers 2002 (12) *SA Merc LJ* 152.

⁷⁸⁷ Naidu 1998 (6) *Juta's Business Law* 34.

⁷⁸⁸ Naidu 1998 (6) *Juta's Business Law* 34.

adjunct to other redistributive strategies (such as ... affirmative action measures) and , if properly utilised, a strategy that could contribute significantly to transformation of South-African workplaces.⁷⁸⁹

Sover die bestryding van die verskillende vorme van diskriminasie in die werkplek strek, moet Somavia se woorde in gedagte gehou word:

Eliminating discrimination at work is everybody's responsibility. The State has the obligation of banning discriminatory practices and establishing sound laws and institutions and policies that promote equal opportunities at work. Employers and workers organizations, individually and together, should identify and combat discriminatory practices at the workplace. Most importantly, the voice of discriminated workers and employers need to be heard, no matter where they work.⁷⁹⁰

Suid-Afrika poog wel om diskriminasie op alle vlakke die stryd aan te sê. In *Association of Professional Teachers*⁷⁹¹ het die hof dit duidelik laat blyk dat Suid-Afrika se transformasieproses groot waarde heg aan vryheid, menswaardigheid en gelykheid as belangrike elemente ter bereiking van 'n nuwe politieke sosiale en regsorde [vry van diskriminasie] as uiteindelijke resultaat.⁷⁹² Die taak word die wetgewende, uitvoerende en regsprekende magte opgelê, maar dit word gedeel deur die burgers wie se vryheid, menswaardigheid en gelykheid beskerm word.

⁷⁸⁹ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1-44.

⁷⁹⁰ ILO "Workplace discrimination, a picture of hope and concern" 4.

⁷⁹¹ Supra nota 495.

⁷⁹² *Association of Professional Teachers* supra nota 495 1076.

6 REGSTELLEDE AKSIE SE VERBAND MET GELYKHEID EN DISKRIMINASIE

Affirmative action programs seem to encourage ... a popular misunderstanding which is that they assume that ... [designated] groups are entitled to proportionate shares of opportunities ... That is a plain mistake: the programs are not based on the idea that those who are aided are entitled to aid, but only on the strategic hypothesis that helping them is now an effective way of attacking a national problem.

Arthur & Shaw⁷⁹³

6.1 Die Algemene Beskouing

As die uiteindelijke oogmerk van anti-diskriminasie wetgewing die uitskakeling van diskriminasie en die bevordering van substantiewe gelykheid is, dan sal dit nie bloot genoeg wees om ag te slaan op die biologiese verskille tussen mans en vroue nie. Alle verskille tussen mans en vroue moet erken en akkommodeer word.

Die 2003 IAO verslag lewer kommentaar op die impak van anti-diskriminasie wetgewing:

So far ... outlawing discrimination at work has failed to eliminate the practice. Still ... laws banning discrimination are an indispensable, but *insufficient*, step ... [A] mix of policies and instruments [like affirmative action] is essential whatever the form of discrimination.⁷⁹⁴ [eie beklemtoning]

In praktyk beteken dit dat remediërende aksie geneem moet word waar bestaande sosiale optredes en praktyke diskriminasie teen sekere groepe (soos vroue) aanvuur.⁷⁹⁵ Die gelyktydige bestaan van 'n verbod op diskriminasie⁷⁹⁶ en 'n verbondenheid tot regstellende aksie gee so uitdrukking aan die oogmerk van fundamentele substantiewe gelykheid.⁷⁹⁷

⁷⁹³ Arthur & Shaw *Readings in the Philosophy of Law* (2001) 639.

⁷⁹⁴ ILO "Workplace discrimination, a picture of hope and concern" 3–4.

⁷⁹⁵ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* (1992) 6.

⁷⁹⁶ Soos aangetref in a 9(3) en (4) van die Grondwet 108 van 1996 en a 6 (Hoofstuk II) van die EEA.

⁷⁹⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–5.

Volgens die Australiese aanslag brei regstellende aksie uit op die anti-diskriminasie beginsel en die idee van gelyke geleentheid:⁷⁹⁸

It aims to overcome past discrimination which bars the group discriminated against from competing on a level of formal equality with a favoured group or groups.⁷⁹⁹

Uit dié aanhaling van Scutt blyk dit dan dat formele gelykheid as konsep nie kan funksioneer sonder om diskriminasie teweeg te bring, voordat alle groepe nie deur 'n maatreël, soos regstellende aksie, op gelyke vlak geplaas is nie. Daarom poog Australië se gelyke geleentheid- en anti-diskriminasiewetgewing om te verseker dat alle persone (met die nodige kwalifikasies vir 'n spesifieke werk) oorweeg sal word sonder dat onnodige en diskriminerende oorwegings 'n rol speel.⁸⁰⁰

Dikwels gebeur dit egter dat vroue te kort skiet as dit kom by ondervinding of kwalifikasies in arbeidsmark-areas waar mans domineer. Weens dié feit het lande, soos Suid-Afrika en Australië, wetgewing wat regstellende aksie as 'n maatreël daarstel:

This recognises that past discrimination has prevented women from gaining experience or qualifications and that present discrimination may result in a failure to properly or adequately acknowledge those women who *do* have the experience and qualifications necessary to the job.⁸⁰¹

Die vraag is egter nou hoe ver strek die arm van regstellende aksie? Kan daar geargumenteer word dat 'n klaer vanuit 'n voorheen benadeelde groep se reg op gelykheid geskend word as 'n regstellende aksie-maatreël nie ten gunste van hom of haar toegepas word nie? Indien wel sal regstellende aksie dan met die een hand beskerm en met die ander self 'n hou toedien?

6 2 Twee Uiteenlopende Benaderings

Twee sake het onlangs die fokus laat val op die vraag of 'n persoon (as lid van 'n aangewese groep) wat aansoek doen vir 'n bepaalde werk 'n reg op regstellende aksie het, gesien in die lig van die grondwetlike reg op gelykheid en die EEA se beskouing van diskriminasie.

⁷⁹⁸ Scutt *Women and the Law* 111.

⁷⁹⁹ Scutt *Women and the Law* 111.

⁸⁰⁰ Scutt *Women and the Law* 111.

⁸⁰¹ Scutt *Women and the Law* 111.

In die eerste van die twee sake, *Harmse v City of Cape Town*,⁸⁰² het Mnr Harmse, ‘n swart persoon (soos omskryf in die EEA se definisie van aangewese groepslede), aansoek gedoen om drie poste. Hy is nie vir enige van die posisies op ‘n kortlys geplaas nie. Mnr Harmse het beweer dat hy oorgesien is omdat hy swart is, aangesien al die kandidate op die kortlys blanke persone was. Gevolglik het hy toe die Arbeidshof genader en onder andere aangevoer dat daar, weens sy ras, politieke oortuigings en gebrek aan die nodige ondervinding, onbillik teen hom gediskrimineer is.

Regter Waglay het in sy uitspraak ingegaan op wat (na sy mening) die relevante EEA artikels se impak is. Hy het verklaar dat as slegs a 6(a)⁸⁰³ van nader beskou word, dan kan daar tot die gevolgtrekking gekom kan word dat regstellende aksie niks meer as ‘n verweer teen ‘n klag van onbillike diskriminasie daarstel nie.⁸⁰⁴ In die uitspraak word daar bevestig dat regstellende aksie wel kan dien as ‘n verweer vir ‘n werkgewer wie se werknemer ‘n klag van onbillike diskriminasie teen hom bring.⁸⁰⁵

Die regter verduidelik verder dat die EEA (in geheel geles) by hom die indruk geskep het dat regstellende aksie meer is as bloot net ‘n verweer.⁸⁰⁶ Dit moet volgens hom nie beperk word tot ‘n regverdigingsgrond van diskriminasie in die werkplek nie.⁸⁰⁷ Hierdie gevolgtrekking strek vanuit die regter se beskouing dat a 5 (in hoofstuk II van die EEA) die verbod op onbillike diskriminasie met regstellende aksie (hoofstuk III) in verband bring. Waglay R verklaar dat a 5 gebiedend is aangesien dit ‘n positiewe plig op alle werkgewers plaas om gelyke geleentheid in die werkplek te bevorder deur middel van die verwydering van onbillike diskriminasie in enige indiensnemingsbeleid of -praktyk. Die regter verduidelik dan dat regstellende aksie juis ‘n voorbeeld is van ‘n maatreël waarvolgens ‘n werkgewer onbillike diskriminasie kan aanspreek op ‘n wyse wat versoenbaar is met die oogmerke van die EEA.⁸⁰⁸ Tog erken Waglay R dat daar geen omskrywing van regstellende aksie-maatreëls in hoofstuk II te vinde is nie:

⁸⁰² [2003] 6 BLLR 557 (LC).

⁸⁰³ “It is not unfair discrimination to-

(a) take affirmative action measures consistent with the purpose of the Act ...”

⁸⁰⁴ *Harmse* supra nota 802 par 33.

⁸⁰⁵ *Harmse* supra nota 802 par 33.

⁸⁰⁶ *Harmse* supra nota 802 par 33.

⁸⁰⁷ *Harmse* supra nota 802 par 33.

⁸⁰⁸ *Harmse* supra nota 802 par 32.

It is in Chapter III of the Act and in section 15 that we find a definition of “affirmative action measure” ... The definition ... indicates a role of affirmative action that goes beyond the passivity of its status as a defence. Affirmative action measures include measures to “*eliminate* employment barriers”, to “*further* diversity” in the workplace and to *ensure* “equitable representation”.⁸⁰⁹ [eie beklemtoning]

Dit is interessant om daarop te let dat ‘elimineer’, ‘bevorder’ en ‘verseker’ al drie werkwoorde is wat op ‘n aksie daarstel wat geneem moet word. Volgens Waglay R dui die genoemde ‘rolle’ daarop dat regstellende aksie meer behels as ‘n “defensive posture”.⁸¹⁰

It includes pro-activeness and self-activity on the part of the employer.⁸¹¹

Die regter bevind dat die EEA die werkgewer verplig om maatreëls te neem ten einde onbillike diskriminasie in die werkplek te elimineer.⁸¹²

Billike werksomstandighede is *deels* die voorsiening van gelyke geleenthede en *inderdaad* die voordelige behandeling van persone wat binne die wet se geïdentifiseerde groep val.⁸¹³ Daar word in die uitspraak verduidelik dat dit uit a 4 en a 15 van die EEA blyk dat regstellende aksie-maatreëls slegs geneem kan word ten opsigte van toepaslik gekwalifiseerde persone vanuit ‘n aangewese groep.⁸¹⁴ Regter Waglay het met verdere oorweging verklaar dat daar ‘n eisorsaak kan bestaan indien die gronde waarop die applikant steun en beweer, onafhanklik van aangeleenthede rakend diensbillikheidsplanne gekategoriseer kan word as onbillike diskriminasie.⁸¹⁵

Alleenstaande dui a 6 van die EEA daarop dat regstellende aksie net ‘n verweer (skild) vir die werkgewer teen ‘n klag van onbillike diskriminasie is, maar tog vereis die wet dat die werkgewer maatreëls daar moet stel wat diskriminasie in die werkplek beveg.⁸¹⁶ Uit die uitspraak word die idee geskep dat die ‘maatreëls’ daarop kan dui dat regstellende aksie ook ‘n swaard in die hande van werknemers kan wees.

⁸⁰⁹ Harmse supra nota 802 par 33.

⁸¹⁰ Harmse supra nota 802 par 33.

⁸¹¹ Harmse supra nota 802 par 33.

⁸¹² Harmse supra nota 802 par 33.

⁸¹³ Harmse supra nota 802 par 38.

⁸¹⁴ Harmse supra nota 802 par 38.

⁸¹⁵ Volgens die regter dui a 6 en a 20(3) tot 20(5) op hierdie benadering. Sien Harmse supra nota 802 par 43.

⁸¹⁶ Harmse supra nota 802 par 44.

Regter Waglay se benadering is gegrond op die idee dat regstellende aksie se wortels in die Grondwet lê, aangesien a 9(2) van die Grondwet die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede insluit.⁸¹⁷ Artikel 9(4) bepaal weer dat nasionale wetgewing verorden moet word om onbillike diskriminasie aan te spreek.⁸¹⁸ Regter Waglay redeneer dat die EEA uit hierdie grondwetlike opdrag ‘gebore’ is.⁸¹⁹ Die regter verklaar tereg dat a 9 verder strek as blote formele gelykheid en in werklikheid die konsep van substantiewe gelykheid aangryp en bevorder.⁸²⁰ Hiervolgens merk hy op:

In the absence of the full development of the concept of substantive equality our society will continue to be characterised by deep-rooted inequality and injustice.⁸²¹

Vervolgens maak Waglay R die konneksie dat aangewese persone en groepe persone wat gebuk gaan onder onbillike diskriminasie, as deel van die grondwetlike reg op gelykheid, deur wetgewing en ander maatreëls beskerm en bevorder moet word.⁸²² Die belangrikste gedeelte van Waglay R se *Harmse*-bevinding⁸²³ is ongetwyfeld die volgende:

Affirmative action is indeed a defence to be deployed by an employer against claims that it has discriminated unfairly against an employee. In this sense, it serves as a shield. However, having regard to the fact that the Act requires an employer to take measures to eliminate discrimination in the workplace it also serves as a sword.⁸²⁴

Die beginsel in die *Harmse*⁸²⁵ uitspraak is dat regstellende aksie meer as skild in die vorm van ‘n verweer is, want (so word geargumenteer) as dit enigsins ‘n skild is, is dit ondenkbaar dat dit slegs beskikbaar moet wees vir die werkgewers wat reeds al die mag in hande het.⁸²⁶ Daar is aangevoer dat die gevolg sou wees dat werknemers aan

⁸¹⁷ *Harmse* supra nota 802 par 45.

⁸¹⁸ *Harmse* supra nota 802 par 45.

⁸¹⁹ *Harmse* supra nota 802 par 45.

⁸²⁰ *Harmse* supra nota 802 par 45.

⁸²¹ *Harmse* supra nota 802 par 45.

⁸²² *Harmse* supra nota 802 par 46.

⁸²³ Supra nota 802.

⁸²⁴ *Harmse* supra nota 802 par 44.

⁸²⁵ Supra nota 802.

⁸²⁶ *Harmse* supra nota 802 par 46.

die genade van werkgewers oorgelaat word, met geen remedie indien die werkgewer weier om substantiewe gelykheid te bevorder nie.⁸²⁷

Dit kom daarop neer dat regstellende aksie 'n onbillike diskriminasie eisoorzaak daar kan stel waar 'n werkgewer versuim om gelykheid te bevorder deur middel van regstellende aksie-maatreëls en sodoende 'n werknemer se a 9 regte skend.⁸²⁸ Die regter se uitspraak skep die idee dat werknemers soms 'n legitieme verwagting van regstellende aksie kan hê. Met sy uitlatings in *Harmse*⁸²⁹ het Waglay R die swaardskild debat ontketen.

Na *Harmse*⁸³⁰ is daar gespekuleer oor die moontlikhede en gevolge wat regstellende aksie as 'n swaard kan inhou. Toe volg *Dudley v City of Cape Town*⁸³¹ waar die Arbeidshof, by monde van Tip WR, die rol van regstellende aksie weer kon beredeneer. Die feite is kortliks die volgende. Dr Lilian Dudley ('n swart vrou) het aansoek gedoen vir die pos van Direkteur: Stadsgesondheid. Op daardie stadium het sy die pos van interim gesondheidsbestuurder bekleed. Na die aansoekprosedure en onderhoude is Dudley se naam, saam met onder andere Dr Toms ('n blanke man) op die lys van kandidate geplaas wat deur die Stadsbestuurder (in oorleg met die uitvoerende bestuurspan) oorweeg sou word. Toms is uiteindelik aangestel. Dudley het hierna 'n skriftelike versoek gerig vir alle inligting rakende die keuse van Toms bo haar. Sy het daarna 'n verdere klag gelê. Die dispuut is na die KVBA vir versoening verwys. Die verrigtinge was egter onsuksesvol en 'n sertifikaat is uitgereik om dit te bevestig. Dudley het toe die Arbeidshof genader en onder andere beweer dat die respondent gefaal het in die verpligting om regstellende aksie-maatreëls toe te pas en dat dit neergekom het op diskriminasie.⁸³² Verder is aangevoer dat haar reg op gelykheid, soos uiteengesit in a 9 van die Grondwet, deur die werkgewer geskend is, omdat sy nie aangestel is nie.⁸³³

Watkins verduidelik dat die hof (anders as in *Harmse*)⁸³⁴ erken het dat die EEA, wat onbillike diskriminasie en regstellende aksie betref, twee verskillende prosesse

⁸²⁷ *Harmse* supra nota 802 par 46.

⁸²⁸ *Harmse* supra nota 802 par 47; "Worklaw Newsletter: *Harmse v City of Cape Town* (2003) 21 *ILJ* 1130 (LC)" www.worklaw.co.za/newsletter/arcnewsletter/sepcase1.asp (2001/04/13).

⁸²⁹ Supra nota 802.

⁸³⁰ Supra nota 802.

⁸³¹ [2004] 5 BLLR 413 (LC).

⁸³² Watkins "Case Law & Legislation Review" <http://www.workinfo.com> (2001/04/13).

⁸³³ Watkins "Case Law & Legislation Review".

⁸³⁴ Supra nota 802.

daarstel.⁸³⁵ ‘n Hoofstuk II dispuut (onbillike diskriminasie) moet volgens a 10 na die KVBA verwys word, terwyl a 15⁸³⁶ en a 42⁸³⁷ faktore daarstel waarvolgens ‘n werkgewer se voldoening aan hoofstuk III se bepalings (regstellende aksie) deur die direkteur-generaal van die Departement van Arbeid beoordeel word.

Die onderskeid word verder verduidelik en Tip WR verklaar dat die verbod op onbillike diskriminasie direk afdwingbaar is deur ‘n individuele lid van ‘n geaffekteerde groep.⁸³⁸ Dit is uiteindelik ‘n regspraak of ‘n spesifieke geval neerkom op diskriminasie, wat oorweeg word deur die Arbeidshof of arbiter.⁸³⁹

Aan die ander kant wys *Dudley*⁸⁴⁰ daarop dat regstellende aksie se aard, soos blyk uit hoofstuk III van die EEA se struktuur, dit net daartoe verleen om werking te vind binne ‘n kollektiewe omgewing.⁸⁴¹ Dit blyk inherent uit die aard van die werkgewer se a 13(2) verpligtinge.⁸⁴² Verder kwalifiseer a 13(1) die werkgewer se verpligtinge as daardie wat ingevolge die Wet opgelê word.⁸⁴³ Artikel 16 verseker dat ‘n reeks belange in die wet gereflekteer word,⁸⁴⁴ terwyl aangeleenthede waarvoor gekonsulteer moet word, in a 17 aangetref word.⁸⁴⁵ Hieronder val die a 21(1)⁸⁴⁶ en (2)⁸⁴⁷ vereiste verslag (rakende die vordering met regstellende aksie-maatreëls) wat die aangewese werkgewers moet indien. Werknemers self word deur a 19 by twee belangrike sentrale aspekte betrek, nl. die identifisering van ongunstige werkplekhindernisse en die vasstelling van die mate waarin aangewese groepe onderverteenvoerdig is.⁸⁴⁸ Artikel 20 en 21 laat weereens duidelik blyk dat werknemers gekonsulteer moet word. Dit alles dui volgens die Tip WR baie duidelik op die volgende:

⁸³⁵ Watkins “Case Law & Legislation Review”.

⁸³⁶ Sien hoofstuk twee.

⁸³⁷ Supra nota 532.

⁸³⁸ *Dudley* supra nota 831 par 42.

⁸³⁹ *Dudley* supra nota 831 par 42.

⁸⁴⁰ Supra nota 831.

⁸⁴¹ *Dudley* supra nota 831 par 43.

⁸⁴² “Those are: consultation, analysis, preparation of an employment equity plan and reports to the Director-General on progress in the implementation of the plan.” Sien *Dudley* supra nota 831 par 43.

⁸⁴³ *Dudley* supra nota 831 par 43.

⁸⁴⁴ *Dudley* supra nota 831 par 44.

⁸⁴⁵ *Dudley* supra nota 831 par 45.

⁸⁴⁶ Hierdie subartikel is van toepassing op aangewese werkgewers met minder as ‘n 150 werknemers in diens. Die eerste verslag moet by die direkteur-generaal ingedien word binne 12 maande nadat die werkgewer ‘n aangewese werkgewer geword het. Daarna moet die aangewese werkgewer elke twee jaar ‘n verslag indien.

⁸⁴⁷ Hierdie subartikel is van toepassing op aangewese werkgewers met meer as ‘n 150 werknemers in diens. Die eerste verslag moet by die direkteur-generaal ingedien word binne 6 maande nadat die werkgewer ‘n aangewese werkgewer geword het. Daarna moet die aangewese werkgewer een keer ‘n jaar ‘n verslag indien.

⁸⁴⁸ *Dudley* supra nota 831 par 46.

The above survey of the provisions of Chapter III displays very clearly that its essential nature is programmatic and systematic. Importantly, its methodology is uncompromisingly *collective*.⁸⁴⁹ [eie beklemtoning]

Sover dit afdwinging betref val enige aangeleentheid wat binne die bepalings van hoofstuk III voorkom binne die raamwerk van hoofstuk V.⁸⁵⁰ Deel A van die EEA se hoofstuk V handel spesifiek met die beheer oor en handhawing van regstellende aksie.⁸⁵¹ Nêrens in die EEA word daar uitdruklik voorsiening gemaak vir direkte toegang tot die Arbeidshof vir 'n werknemer wat verontreg voel nie.⁸⁵² Indien dit die wetgewer se bedoeling was dat individue 'n aangeleentheid rakende regstellende aksie direk na die Arbeidshof kon neem, sou a 50(1) tog só 'n opsie ingesluit het.⁸⁵³ In daardie artikel word bepaal ten opsigte van watter aangeleenthede die Arbeidshof by magte is om 'n geskikte bevel te maak.⁸⁵⁴ Daar is egter geen só 'n mag spesifiek wat regstellende aksie betref nie en 'n fundamentele kenmerk van die EEA blyk uit al die genoemde oorwegings:

[N]amely its underlying policy decision that affirmative action is to be collective in nature, that it is to be participative and programmatic, and that it is to be essentially *self-regulatory*.⁸⁵⁵ [eie beklemtoning]

Die regter het ook verklaar dat a 9(2) die oogmerk van ware substantiewe gelykheid identifiseer. In die konteks van die werkplek word substantiewe gelykheid, volgens die hof se bevinding, vertaal na gelyke uitkomstes in verhouding met prosesse soos aanstelling en bevorderings.⁸⁵⁶

In *Dudley*⁸⁵⁷ is daar wel bevind dat daar in die EEA 'n onderskeid in aanslag is, wat die verbod op diskriminasie en regstellende aksie betref. Dit beteken egter nie dat daar geen verband tussen die twee konsepte is nie:

Just as section 9(2) of the Constitution notes that the need for positive measures arises from past discrimination, so section 15(2) of Chapter III

⁸⁴⁹ *Dudley* supra nota 831 par 49.

⁸⁵⁰ *Dudley* supra nota 831 par 55.

⁸⁵¹ *Dudley* supra nota 831 par 53.

⁸⁵² *Dudley* supra nota 831 par 58.

⁸⁵³ *Dudley* supra nota 831 par 64.

⁸⁵⁴ *Dudley* supra nota 831 par 64.

⁸⁵⁵ *Dudley* supra nota 831 par 67.

⁸⁵⁶ *Dudley* supra nota 831 par 70–71.

⁸⁵⁷ *Supra* nota 831.

notes that barriers ‘including unfair discrimination’ must be identified and eliminated. Those are amongst the measures that must be *consulted* upon and that must find their way into the employment equity plan.⁸⁵⁸ [eie beklemtoning]

Daar is dus in hoofstukke II en III van die EEA ‘n verskil in benadering wat die genoemde twee konsepte betref, want die doel en toepassing daarvan is onderskeibaar.⁸⁵⁹ Regter Tip stel dit baie duidelik dat die logiese vereiste, dat regstellende aksie-maatreëls die verwydering van onbillike diskriminasie moet aanspreek, nie op sig self ‘n brug tussen die twee hoofstukke skep nie.⁸⁶⁰

Gesien die regter se benadering tot regstellende aksie is die bevinding nie onverwags nie:

[I]f due affirmative action measures have not been applied by a designated employer that gives rise to an enforcement issue under Chapter III and not an unfair discrimination claim under Chapter II.⁸⁶¹

In beide *Harmse*,⁸⁶² sowel as *Dudley*⁸⁶³ is die uitspraak die gevolg van eksepsie verrigtinge.⁸⁶⁴ Die meriete van beide sake is nie deur die Arbeidshof oorweeg nie.⁸⁶⁵

Dit beteken egter nie dat sulke sake nie as belangrike geag moet word nie:

[E]xception proceedings (such as **Harmse** and **Dudley**) are often about the limits of the law and may well lead to the recognition of new causes of action where none previously existed or, at least, where nobody thought they previously existed ... If anything the fact that these cases were decided on exception makes them even more important ... [because] exception proceedings ... lead to generally applicable and authoritative interpretation and precedent.⁸⁶⁶

⁸⁵⁸ *Dudley* supra nota 831 par 72.

⁸⁵⁹ *Dudley* supra nota 831 par 72.

⁸⁶⁰ *Dudley* supra nota 831 par 72.

⁸⁶¹ *Dudley* supra nota 831 par 75.

⁸⁶² Supra nota 802.

⁸⁶³ Supra nota 831.

⁸⁶⁴ In die geval van ‘n eksepsie word die hof genader om te beslis of daar ‘n genoegsame regsbasis is, waarvolgens die applikant toegelaat moet word om sy of haar saak verder te voer. Sien Garbers “Is there a right to affirmative action appointment?” 2004 (13) *CCL* 61 63

⁸⁶⁵ Garbers 2004 (13) *CCL* 63.

⁸⁶⁶ Garbers 2004 (13) *CCL* 63.

Die vraag is nou net watter regter se benadering as korrek voorgelou moet word? Is regstellende aksie bloot die werkgewer se skild teen 'n onbillike diskriminasie aanslag van die werknemer of kan die werknemer die regstellende aksie swaard as sy of haar eie wapen inspan teen 'n werkgewer wat nie genoeg doen om onbillike diskriminasie in die werkplek te beveg nie?

6 3 Net 'n Skild of ook 'n Swaard?

In *Dudley*⁸⁶⁷ stel Tip WR dit dat Waglay R in *Harmse*⁸⁶⁸ nie die onderskeid tussen hoofstukke II en III van die EEA genoegsaam gehandhaaf het soos wat die korrekte interpretasie van die wet vereis nie. Dit mag wees dat Waglay R gesien het dat die Departement van Arbeid (deur pligte van die direkteur-generaal) nie regstellende aksie alleen kan handhaaf nie en toe in sy uitspraak gepoog het om die probleem aan te spreek deur die EEA as geheel te interpreteer.⁸⁶⁹

'n Belangrike punt wat aangespreek moet word is daarom die interpretasie van die EEA in *Harmse*.⁸⁷⁰ Regter Waglay se sistematiese benadering tot die interpretasie van die wet is in beginsel korrek. *Janse van Rensburg v The Master*⁸⁷¹ stel dit dat 'n wet in sy geheel geïnterpreteer moet word:

[I]t calls for the interpretation of individual legislative provisions in relation to and in the light of other provisions and components of the legislative text of which they form part, drawing on the “system” or “logic” or “scheme” of the text as a whole.⁸⁷²

Von Savigny verwys na hierdie prosedure van intra-tekstuele kontekstualisasie as logiese interpretasie.⁸⁷³ Sistematiese interpretasie word weer op sy beurt gekoppel aan 'n oogmerk-georiënteerde beskouing van 'n wet.⁸⁷⁴ Dit kom neer op 'n holistiese

⁸⁶⁷ Supra nota 831.

⁸⁶⁸ Supra nota 802.

⁸⁶⁹ Dupper “Regstellende Aksie (Suid-Afrika)” Lesing: Gevorderde Arbeidsreg (Universiteit van Stellenbosch) 3 Oktober 2003.

⁸⁷⁰ Supra nota 802.

⁸⁷¹ 2001 (3) SA 519 (W) soos na verwys in Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* (2002) 225 vt 1.

⁸⁷² Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 225 met verwysing na *Janse van Rensburg v The Master* (supra nota 871) in vt 1.

⁸⁷³ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 225.

⁸⁷⁴ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 226.

beskouing van die wet se teks.⁸⁷⁵ Hiervolgens is dit die interpreteerder se taak om op 'n doelgerigte wyse sin te maak uit 'n wetsbepaling.⁸⁷⁶

Dit het gebruiklik geword om in 'n wet 'n gedeelte te wy aan die oogmerk of doelwit daarvan, wat dan as riglyn dien by die interpretasie of toepassing van die wet.⁸⁷⁷

Gevollik beteken dit dat:

[S]pecific provisions of a statute always have to be read and reconciled with interpretive directives such as statements of the objects of an act, interpretive guidelines, guiding principles and/or provisions piloting the application of an act ... [T]hese directives are not ... made subject to the “unless” of a contrary intention appearing or of a context indicating otherwise.⁸⁷⁸

Die oogmerk, soos in die wet uiteengesit, moet altyd die riglyn wees waarvolgens die wet in sy geheel beskou word. In die geval van die EEA word die oogmerk van die wet aangetref in a 2.⁸⁷⁹ In a 2 word die leser op twee belangrike punte gewys.⁸⁸⁰ Eerstens word die onderskeid tussen gelykheid van geleenthede en substantiewe gelykheid duidelik gehandhaaf.⁸⁸¹ Dit is 'n sterk aanduiding dat die opstellers van die EEA bewus was van die onderskeie benaderings tot gelykheid.⁸⁸² Tweedens word gelykheid van geleenthede en billike behandeling in a 2(a) spesifiek gekoppel aan die eliminerings van onbillike diskriminasie, sonder enige melding van regstellende aksie.⁸⁸³ Regstellende aksie word daarna afsonderlik in a 2(b), met verwysing na regverdigte verteenwoordiging, genoem.⁸⁸⁴ Dit is daarom duidelik dat die eliminerings van onbillik diskriminasie as oogmerk meer ingeperk word as regstellende aksie.⁸⁸⁵ Die gevolg is dat twee afsonderlike konsepte daargestel word.⁸⁸⁶

⁸⁷⁵ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 226.

⁸⁷⁶ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 227.

⁸⁷⁷ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 243.

⁸⁷⁸ Du Plessis *Re-Interpretation of Statutes* 243.

⁸⁷⁹ Garbers “The right of a job candidate to affirmative action selection: a landmark case?” 2003 (12) *CLL* 91 95.

⁸⁸⁰ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸¹ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸² Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸³ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸⁴ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸⁵ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁸⁸⁶ Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

Volgens die redenasie in *Harmse*⁸⁸⁷ impliseer die breë grondwetlik idee van gelykheid dat die eliminerings van onbillike diskriminasie,⁸⁸⁸ regstellende aksie insluit.⁸⁸⁹ Cooper argumenteer op 'n soortgelyke wyse dat beide a 2(a) en (b) geïnterpreteer moet word met die idee om uiting te gee aan die substantiewe beskouing van gelykheid:⁸⁹⁰

The overall objective of the EEA is the achievement of substantive equality in the workplace, thus reflecting the approach in constitutional jurisprudence.⁸⁹¹ Its main thrust is transformative in nature – as such is both retrospective and prospective. It looks to eradicating inequality in all forms, including systemic inequality. This is reflected in the purpose of the Act which is to achieve employment equity in the workplace [through the elimination of unfair discrimination and the implementation of affirmative action measures] ...⁸⁹²

Hierdie tipe argument wat ook deur Waglay R gevolg is, ignoreer geheel en al die woorde en struktuur van die EEA.⁸⁹³ Regter Tip is heel moontlik geregverdig in sy kritiek oor die wyse wat die hof in *Harmse*⁸⁹⁴ hoofstukke II en III laat oorvleuel.

Soos vroeër in hierdie hoofstuk verduidelik, is daar drie vorme van gelykheid: gelyke behandeling (formele gelykheid), gelykheid van geleenthede en gelyke uitkomst (substantiewe gelykheid). Cooper verklaar dat daar deurentyd in die EEA van die konsep van gelyke geleenthede melding gemaak word met betrekking tot die uitwissing van onbillike diskriminasie.⁸⁹⁵ Alhoewel a 2(b) nie van dié konsep melding maak nie, word dit wel genoem in die definisie van regstellende aksie (a 15) as een van die oogmerke van sulke maatreëls.⁸⁹⁶ Cooper steun verder op *Convention* 111 van 1958,⁸⁹⁷ waarvolgens die IAO die bevordering van gelyke geleenthede as afhanklik beskou van beide die uitwissing van diskriminasie en die implementering van spesiale

⁸⁸⁷ Supra nota 802.

⁸⁸⁸ Soos aangetref in a 2(a) en a 5 van die EEA.

⁸⁸⁹ Garbers 2003 (12) *CLL* 96.

⁸⁹⁰ Cooper 2004 (25) *ILJ* 821.

⁸⁹¹ Dit wil egter na *Van Heerden* (supra nota 471) voorkom Konstitusionele Hof 'n onderskeid tussen onbillike diskriminasie en regstellende aksie handhaaf, soortgelyk aan die in *Dudley* (supra nota 831).

⁸⁹² Cooper 2004 (25) *ILJ* 821.

⁸⁹³ Garbers 2003 (12) *CLL* 96.

⁸⁹⁴ Supra nota 802.

⁸⁹⁵ Soos by. In a 2(a) van die EEA. Sien Cooper 2004 (25) *ILJ* 821.

⁸⁹⁶ Cooper 2004 (25) *ILJ* 821–822.

⁸⁹⁷ Sien hoofstuk drie se “Anti-Diskriminasie”-bespreking waar *Convention* 111 bespreek word.

maatreëls ten einde ongelykheid aan te spreek.⁸⁹⁸ Regstellende aksie-maatreëls word dus hierby ingereken.⁸⁹⁹ Die argument strek verder tot die onderskeid tussen formele en substantiewe gelykheid. Volgens Cooper moet die EEA gesien word as wetgewing wat uiting gee aan die substantiewe, in plaas van formele, beskouing van gelykheid:⁹⁰⁰

[U]nder a substantive conception of equality the notion is interpreted as inclusive of special or positive measures to correct past disadvantage without which true equality can never be achieved.⁹⁰¹

Hierdie argument van Cooper hou egter nie rekening met die feit dat die verskillende opvattinge van gelykheid – wat werkgewers se verpligtinge betref – in trappe van vergelyking toepassing vind nie.⁹⁰² Cooper koppel beide gelykheid van geleentede en substantiewe gelykheid aan regstellende aksie. Dit is in werklikheid slegs die laaste vorm van gelykheid (substantiewe gelykheid) wat ‘n definitiewe plig vir die werkgewer daarstel.⁹⁰³ Artikel 5 (Hoofstuk II van die EEA) vereis wel dat werkgewers positiewe stappe moet neem ten einde gelyke geleentede te bevorder deur middel van die uitwissing van onbillike diskriminasie in enige indiensnemingsbeleid of –praktyk.⁹⁰⁴ Die strekking van die ‘stappe’ is egter in omstredenheid gewikkel.⁹⁰⁵ Volgens *Harmse*⁹⁰⁶ sluit sulke positiewe stappe regstellende aksie in wat die aanspreek van huidige en historiese onbillike diskriminasie moontlik maak.⁹⁰⁷ In teenstelling hiermee het die hof in *Dudley*⁹⁰⁸ bevind dat a 5 daarop gemik is om slegs formele (en nie substantiewe) ongelykhede aan te spreek, wat daarop neerkom dat dit regstellende aksie-maatreëls uitsluit.⁹⁰⁹ Die onderskeid tussen die verskillende konsepte van gelykheid is dus belangrik wanneer daar gekyk word na die Grondwet en die EEA se ooreenstemmende benaderings.⁹¹⁰ In

⁸⁹⁸ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁸⁹⁹ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰⁰ “Under a formal conception of equality, the notion of equal opportunity is seen as merely requiring that everyone be treated according to a neutral standard ...” Sien Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰¹ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰² Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹⁰³ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹⁰⁴ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰⁵ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰⁶ *Supra* nota 802.

⁹⁰⁷ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹⁰⁸ *Supra* nota 831.

⁹⁰⁹ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹¹⁰ Garbers 2003 (13) *CCL* 64.

*Dudley*⁹¹¹ blyk dit die hof se uitgangspunt te wees. Cooper hou egter voor dat *Dudley*⁹¹² se benadering nie korrek is nie:⁹¹³

[T]he purpose of the EEA, in line with the constitutional equality provision, gives expression to a substantive notion of equality⁹¹⁴ ... Substantive equality is a holistic concept and as such it suffuses the entire EEA. For that reason the *Dudley* court's distinguishing between chapters 2 and 3 on the basis that chapter 2 deals with formal equality and chapter 3 substantive equality is, respectfully, incorrect.⁹¹⁵

Die grondwet erken dié onderskeid deurdat, soos reeds gewys, die idee van substantiewe gelykheid die basis vorm van die gelykheidsklousule in a 9(2)⁹¹⁶ wat voorsiening maak vir maatreëls soos regstellende aksie, in teenstelling met a 9(3) en (4)⁹¹⁷ wat onbillike diskriminasie afsonderlik aanspreek.⁹¹⁸ Artikel 9(3) en (4) weerspieël ook die beginsel van gelyke behandeling wat gekoppel word aan formele gelykheid.⁹¹⁹

Die hof het in *Dudley*⁹²⁰ aanvaar dat hoofstuk III van die EEA die fokus duidelik op gelyke uitkomst plaas, terwyl die verwydering van diskriminerende hindernisse meer saam met gelykheid van geleentheid val.⁹²¹ Hoofstuk II van die EEA gee daarom effek aan a 9(3) en (4) se verbod op onbillike diskriminasie. 'n Begrip van die onderskeie beginsels wat die grondslag van die twee genoemde EEA hoofstukke vorm is nodig wanneer die impak van sekere afsonderlike bepalings oorweeg word. Regter Waglay sou met die onderskeid in gedagte moontlik nie die fout begaan het om a 5 van die EEA – wat onder hoofstuk II (met die gelykheid van geleentheid aanslag) val – te beskou binne die konteks van gelyke uitkomst nie.⁹²²

⁹¹¹ Supra nota 831.

⁹¹² Supra nota 831.

⁹¹³ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹¹⁴ Cooper 2004 (25) *ILJ* 822.

⁹¹⁵ Cooper 2004 (25) *ILJ* 846.

⁹¹⁶ “Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.”

⁹¹⁷ “Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand ... diskrimineer nie.”

⁹¹⁸ Garbers 2003 (13) *CCL* 64.

⁹¹⁹ Basson et al *Essential Labour Law* 304.

⁹²⁰ Supra nota 831.

⁹²¹ Garbers 2003 (13) *CCL* 64.

⁹²² Garbers 2003 (13) *CCL* 66.

In die verduidelikende memorandum tot die *Employment Equity Bill*⁹²³ is daar verklaar dat ‘billike indiensneming’⁹²⁴ neerkom op die bevordering van gelykheid in die werkplek.⁹²⁵ ‘Billike indiensneming’ is ook al beskryf as ‘n breë begrip wat beoog om ‘n beeld van die arbeidsmark te weerspieël wat beide sosiaal billik en nie-diskriminerend is.’⁹²⁶ Die konsep self omsluit gevolglik twee aparte benaderings wat op verskillende roetes onderweg is na die uiteindelijke oogmerk van gelykheid. Die eerste roete is die nasionale pad waar ‘gelyke geleenthede’ as sinoniem vir “non-discrimination” aangetref word.⁹²⁷ Die ander roete is ‘n grondpad wat ‘n sterker vereiste soos ‘sosiale billikheid’ in die arbeidsmark benodig om die bereiking van die uiteindelijke bestemming moontlik te maak.⁹²⁸ Met laasgenoemde konsep word daar geïmpliseer dat voordele in die breë en gelykmatig verdeel moet word.⁹²⁹ Daarvoor word regstellende aksie ingespan as ‘n tipe ewenaarslot. Die transformasie-voertuig word met die samewerking van die agterste twee wiele ekstra krag gegee om vorentoe te beur oor die rowwe terrein.

Soos in *Harmse*⁹³⁰ word daar gereeld verkeerdelik geredeneer dat a 9(2) regstellende aksie geheel en al deel maak van die reg op gelykheid.⁹³¹ Tog moet daar gewaak word teen die neiging om regstellende aksie aan die idee van gelykheid gelyk te stel.⁹³² Die Grondwet self verklaar dat maatreëls wat historiese benadeling aanspreek geneem mag word.⁹³³ Daar word so Grondwetlike voorsiening gemaak vir sulke maatreëls.⁹³⁴ Anders gestel:

The Constitution allows for a duty to implement affirmative action to be imposed, but does not impose that duty itself.⁹³⁵

Netso het Regter Moseneke in *Minister of Finance v Van Heerden*⁹³⁶ verklaar dat herstellende maatreëls, soos soms na verwys as regstellende aksie, volgens die Grondwet geneem *mag* word om die bereiking van gelykheid te bevorder.⁹³⁷

⁹²³ GK No 18481, 1 Desember 1997.

⁹²⁴ “employment equity”.

⁹²⁵ “equality in employment”; GK No 18481, 1 Desember 1997, 5.

⁹²⁶ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 138.

⁹²⁷ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 138.

⁹²⁸ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 138–139.

⁹²⁹ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 139.

⁹³⁰ *Supra* nota 802.

⁹³¹ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹³² Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹³³ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹³⁴ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹³⁵ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

Al word daar selfs aanvaar dat regstellende aksie 'n belangrike rol vervul in die verwesenliking van gelykheid, beteken dit nie dat regstellende aksie en gelykheid een en dieselfde is nie.⁹³⁸ Die een is 'n maatreël en die ander is 'n waarde.⁹³⁹ 'n Maatreël is per definisie tydelik en pragmaties van aard, terwyl 'n waarde verewig word.⁹⁴⁰ Suid-Afrika se Grondwet self tref hierdie onderskeid. Die blote gebruik van die woord "maatreëls" in a 9(2) verhoed die algemene gelykstelling van regstellende aksie (as 'n maatreël) met die konsep van gelykheid (as 'n waarde).⁹⁴¹ Daarom kan daar nie bevind word dat daar 'n reg tot regstellende aksie is nie.⁹⁴²

In *George v Liberty Life Association of South Africa Ltd*⁹⁴³ het Landman R baie duidelik uiteengesit dat regstellende aksie nie die status van 'n waarde dra nie:

Without denigrating the importance of the concept of 'affirmative action' I would not be inclined to view it as a universal value. It should be stressed that affirmative action is ... as termed in our ... Constitution, a 'measure' to achieve a goal ... it is a means to an end and not an end in itself.⁹⁴⁴

Selfs in Suid-Afrika se buurland, Namibië, word regstellende aksie se status nie tot die van 'n waarde verhef nie. In *KAUESA v Minister of Home Affairs & Others*⁹⁴⁵ het die hooggeregshof van Namibië bevind dat die feit dat die Namibiese Grondwet vir regstellende aksie voorsiening maak, dit nie die verhewe status van 'n fundamentele reg gee nie.⁹⁴⁶ Die hof het ook bevind dat regstellende aksie-maatreëls nie van so 'n aard of graad moet wees dat dit die menswaardigheid van ander skend nie.⁹⁴⁷

Hierdie beskouing van regstellende aksie is in lyn met die Minister van Arbeid, Mdladlana se aanslag is sy toespraak met die inwerkingstelling van hoofstuk II van die EEA:

⁹³⁶ Supra nota 471.

⁹³⁷ Supra nota 471 par 28, eie beklemtoning.

⁹³⁸ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹³⁹ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹⁴⁰ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹⁴¹ Garbers 2003 (12) *CLL* 94.

⁹⁴² Garbers 2003 (12) *CLL* 95.

⁹⁴³ 1996 (17) ILJ 571 (IC).

⁹⁴⁴ *George* supra nota 943 592.

⁹⁴⁵ [1994] 3 BCLR 1 (NmH).

⁹⁴⁶ Soos na verwys in McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 271 vt 103.

⁹⁴⁷ Soos na verwys in McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 271 vt 103.

The Constitution of South Africa guarantees to everyone the fundamental right of *equality* ... [and it] also recognises that *measures* to ensure freedom from discrimination are necessary to remedy the inequalities that have defined our society.⁹⁴⁸ [eie beklemtoning]

Gelykheid as waarde is die uiteindelik ‘prys’ waarna daar gestrewe word.⁹⁴⁹ Die verpligting om regstellende aksie te implementeer en die verbod op onbillike diskriminasie is bloot meganismes wat ingespan word ter bereiking van gelykheid.⁹⁵⁰ Eersgenoemde is egter ‘n groeps-gebaseerde verpligting, terwyl die ander as ‘n individuele remedie beskikbaar is.⁹⁵¹

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof die verduidelikende memorandum tot die EEB ondersteuning bied vir die benadering in *Harmse*.⁹⁵² Daarin word te kenne gegee dat die wetsontwerp daargestel is om te poog om werknemers se reg om nie teen gediskrimineer te word nie, af te dwing.⁹⁵³ As daar hiermee volstaan word en regstellende aksie by implikasie beskou word as ‘n maatreël waarmee dié oogmerk bereik word, sou ‘n reg tot regstellende aksie daaruit afgelei kon word. Die memorandum gaan egter verder. Dit word verduidelik dat daar voortgebou moet word op die bestaande rol van kollektiewe onderhandeling en arbeidsmark instellings, soos onder die Wet op Arbeidsverhoudinge⁹⁵⁴ gevestig.⁹⁵⁵ Spesifieke aandag word hiermee saam aan die belangrike rol van konsultasie, as ‘n ‘instrument’ in die ontwikkeling van billike indiensnemingsplanne, geskenk.⁹⁵⁶

Die aanslag van die memorandum beaam dat Tip WR op die regte pad was met die verduideliking dat hoofstuk II se inhoud die basis kan vorm van individueel afdwingbare aksies, terwyl hoofstuk III se fokus op regstellende aksie beskou moet word as ‘n ‘span-poging’ ten einde gelykheid in die werkplek te verwesenlik.

⁹⁴⁸ “Address by the Minister of Labour, Membathisi Mdladlana, at the Launch of the Commission for Employment Equity and Chapter Two of the Employment Equity Act” <http://www.labour.gov.za/docs/sp/1999/sp0809.html> (2004/02/13).

⁹⁴⁹ Garbers 2004 (13) *CCL* 65.

⁹⁵⁰ Garbers 2004 (13) *CCL* 65–66.

⁹⁵¹ Garbers 2004 (13) *CCL* 66.

⁹⁵² *Supra* nota 802.

⁹⁵³ GK No 18481, 1 Desember 1997, 13.

⁹⁵⁴ Wet 66 van 1995.

⁹⁵⁵ GK No 18481, 1 Desember 1997, 13.

⁹⁵⁶ GK No 18481, 1 Desember 1997, 13.

McGregor verklaar vervolgens dat die toepassing van regstellende aksie slegs 'n 'skild' of 'n verweer daarstel.⁹⁵⁷ Sy voer aan dat die werkgewer dit as 'n verweer mag opper wanneer hy of sy gekonfronteer word met 'n klag van omgekeerde diskriminasie weens die toepassing van regstellende aksie ter beskerming en bevordering van groepe of kategorieë werknemers wat benadeel is weens onbillike diskriminasie in die verlede.⁹⁵⁸ Daar word sterk op die beslissing van *Ntai & Others v SA Breweries Ltd*⁹⁵⁹ gesteun.⁹⁶⁰ In daardie saak is daar opgemerk dat 'n anti-diskriminasiebepaling in 'n wet nie geïnterpreteer kan word om aan diskriminasie slagoffers 'n 'reg' op regstellende aksie te gee nie.⁹⁶¹ Die hof het dit duidelik verwoord dat regstellende aksie bloot as 'n 'skild' beskou moet word:

[A] legislative provision such as chapter 2 of the EEA ... is needed to provide possible remedies ... Affirmative action ... remains but a shield or defence in the hands of an employer that wishes to legitimately and lawfully apply such "reverse discrimination" ...⁹⁶²

Daarom is dit McGregor se opinie dat selfs al plaas die EEA 'n plig op aangewese werkgewers om regstellende aksie-maatreëls te implementeer, het werknemers steeds nie 'n reg daartoe nie.⁹⁶³ Die aard van regstellende aksie bly volgens haar (in die konteks van onder andere die EEA) 'n verweer en niks meer nie.⁹⁶⁴

Dupper en Garbers verduidelik ook dat regstellende aksie in aard bloot 'n 'skild' is en nie 'n swaard vir die gebruik van individue nie.⁹⁶⁵ Dit beteken volgens die skrywers bloot dat, in geval van indiensneming of bevordering, 'n applikant nie kan steun op regstellende aksie ten einde die werkgewer te verplig om hom of haar aan te stel of te bevorder nie.⁹⁶⁶

Regter Landman het in *Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape)*⁹⁶⁷ sy opinie duidelik verwoord:

⁹⁵⁷ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁵⁸ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁵⁹ 2000 (21) *ILJ* 2723 (LC).

⁹⁶⁰ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁶¹ *Ntai* supra nota 959 soos na verwys in McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁶² *Ntai* supra nota 959 soos na verwys in McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁶³ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 270.

⁹⁶⁴ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 271.

⁹⁶⁵ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC-59.

⁹⁶⁶ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC-59.

⁹⁶⁷ 1999 (20) *ILJ* 330 (LC).

Affirmative Action ... is a defence against the principle injunction not to discriminate in employment. But does this mean that affirmative action is then merely a shield for an enlightened employer or does it serve as a sword for a disadvantaged person? ... [I]n my opinion ... an applicant for employment derives no right from a contractual or negotiated affirmative action policy ... From an equity and labour relations point of view an employer should be bound by such a policy. Juridically it seems to me that this policy does not give a right to an applicant for employment, at least one who has no existing relationship with the employer.⁹⁶⁸

Wat hierdie saak in werklikheid sê is dat 'n applikant wat per toeval in 'n aangewese groep val en aansoek doen vir 'n bepaalde werk nie bloot kan verklaar: "Ek is swart/ 'n vrou/ gestremde en die persoon wat aangestel is, is 'n blanke man, dus is daar teen my gediskrimineer."⁹⁶⁹ So 'n teleurgestelde applikant kan ook nie beweer dat hy of sy onbillik behandel is, bloot omdat 'n werkgewer wat verklaar dat hy of sy voldoen aan regstellende aksie vereistes in die spesifieke geval nie regstellende aksie toegepas het nie.⁹⁷⁰ In die Kaapse Hoë Hof uitspraak van *Van Heerden v The Speaker of Parliament and Others*⁹⁷¹ het Thring R 'n soortgelyke benadering as Swart R in *Public Servants Association of South Africa v Minister of Justice*⁹⁷² wat daarop neerkom dat 'n regstellende aksie-maatreël wat nie bloot differensieer nie, maar diskrimineer op grond van een van die a 9(3) gelyste gronde⁹⁷³ van die Grondwet oortuigend geregverdig moet word, weens 'n vermoede dat die diskriminasie onbillik is.⁹⁷⁴

In *Minister of Finance v Van Heerden*⁹⁷⁵ het die meerderheid van die Konstitusionele Hof by monde van Moseneke R verklaar dat só 'n beskouing van regstellende aksie nie korrek is nie:

⁹⁶⁸ *Abbott* supra nota 967 par 12 en 13.

⁹⁶⁹ "Shield, not sword: Discrimination in appointments" 1999 (15) *Employment Law* (1999) 4 5.

⁹⁷⁰ 1999 (15) *Employment Law* 5.

⁹⁷¹ Saak No. 7067/01, 12 Junie 2003, ongerapporteer.

⁹⁷² Supra nota 484.

⁹⁷³ Naamlik ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.

⁹⁷⁴ *Van Heerden* supra nota 471 par 32.

⁹⁷⁵ Supra nota 471. Hierdie was 'n aansoek om verlof tot appèl, na die Konstitusionele hof, van die Kaapse Hooggeregshof beslissing wat bevind het dat Reël 4.2.1 van die *Political Office Bearers Pension Fund* diskriminerend en ongrondwetlik is. Die respondent het in die Hoë Hof aangevoer dat

Remedial measures are not a derogation from, but a substantive and composite part of, the equality protection envisaged by the provision of section 9 and of the Constitution as a whole. Their primary object is to promote the achievement of equality. To that end, differentiation aimed at protecting or advancing persons disadvantaged by unfair discrimination is warranted provided the measures are shown to conform to the internal test⁹⁷⁶ set by a 9(2).⁹⁷⁷

Beide Moseneke R en Mokgoro R het in casu erken dat daar tussen a 9(2),⁹⁷⁸ (3) en (4)⁹⁷⁹ van die Grondwet 'n interaksie aanwesig is.⁹⁸⁰ Regter Moseneke verduidelik egter dat 'n herstellende maatreël wat gebaseer is op 'n diskriminerende grond, soos vervat in a 9(3), nie onderhewig gestel kan word aan die vermoede dat dit onbillik diskriminerend is, solank as wat dit aanvaarbaar is volgens a 9(2) se standaard nie.⁹⁸¹

To hold otherwise would mean that the scheme of section 9 is internally inconsistent or that the provisions of section 9(2) are a mere interpretative aid or even surplusage⁹⁸² ... Such an approach, at the outset, tags section 9(2) measures as a suspect category that may be permissible only if shown not to discriminate unfairly. Secondly, such presumptive unfairness would unduly require the judiciary to second guess the legislature and the executive concerning the appropriate measures to overcome the effect of unfair discrimination.⁹⁸³

die reël arbitrêr, onredelik en onbillik diskriminerend is weens die onderskeid wat dit tref met betrekking tot werknemers se bydraes. Die applikant het die maatreël verdedig as "limited affirmative action". Die Hooggeregshof het bevind dat 'n persoon wat op a 9(2) van die Grondwet steun, om 'n diskriminerende maatreël te regverdig, die onus dra om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die maatreël ingestel is vir die bevordering van gelykheid. Gevolglik het die Hooggeregshof bevind dat die ter sprake reël nie ontwerp is vir die bevordering van 'n voorheen benadeelde groep nie, aangesien dit arbitrêr, oorhaastig en onbillik diskriminerend is.

⁹⁷⁶ Naamlik dat maatreëls, soos regstellende aksie, ontwerp moet word "vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is."

⁹⁷⁷ *Van Heerden* supra nota 471 par 32.

⁹⁷⁸ Wat voorsiening maak vir maatreëls soos regstellende aksie.

⁹⁷⁹ Waar direkte en indirekte diskriminasie verbied word.

⁹⁸⁰ *Van Heerden* supra nota 471 par 77.

⁹⁸¹ *Van Heerden* supra nota 471 par 33.

⁹⁸² Van Reenen argumenteer dat die substantiewe beskouing van gelykheid wat uit die onderskeie bepalings van die Grondwet duidelik blyk, a 9(2) 'n oortollige interpretatiewe hulpmiddel maak, aangesien herstellende maatreëls vanselfsprekend deel uitmaak van die idee van gelykheid, soos vervat in a 9(1). Sien *Van Heerden* supra nota 471 voetnoot 50.

⁹⁸³ *Van Heerden* supra nota 471 par 33.

Die Konstitusionele Hof het dus in *Van Heerden*⁹⁸⁴ verkies om onbillike diskriminasie en regstellende aksie apart te hou, presies soos wat die uiteensetting van die EEA doen. Só 'n benadering tot regstellende aksie beteken dat die Konstitusionele Hof nou vir hulself 'n 'catch 22' situasie geskep het, aangesien die hof gebonde gaan wees aan die *Van Heerden*-interpretasie (wat betref die onderskeid tussen onbillike diskriminasie en regstellende aksie) indien 'n *Dudley*-situasie voor die hof kom.

Volgens *Van Heerden*⁹⁸⁵ wil dit dus voorkom as *Dudley*⁹⁸⁶ grondwetlik die korrekte beslissing is. Dit bevestig in effek die *Dudley*-beskouing van die EEA. Waar die verbod op diskriminasie se regterhand nie ver genoeg strek om diskriminasie uit die werkplek te verwyder nie, poog die linkerhand van regstellende aksie om dit vanuit 'n ander hoek te verwyder. Samewerking is daarom moontlik en in werklikheid noodsaaklik, maar die een benadering kan nie aangewend word in 'n aanval op die ander nie. Dit kom duidelik na vore in Mokgoro R se opmerking dat a 9(2) maatreëls nie getoets moet word teen a 9(3) se bepalings nie.⁹⁸⁷

Dit wil voorkom asof die openbare mening van die algemene publiek ook die idee weerspieël dat "[n]iemand iets teen regstelling of gelykheid het nie."⁹⁸⁸ Die uitwerking van regstellende aksie in Suid-Afrika strek veel verder:

Regstellende aksie ...is immers bedoel as 'n skild om mense te help, en nie as 'n swaard om ander te benadeel nie.⁹⁸⁹

Uit bogenoemde oorwegings wil dit voorkom asof die uitspraak in *Dudley*,⁹⁹⁰ eerder as die een in *Harmse*,⁹⁹¹ 'n meer verantwoordbare beskouing van regstellende aksie weerspieël. Daarom word die *Dudley*-beslissing⁹⁹² as prysenswaardig beskou, omdat dit verkondig dat regstellende aksie (soos dit in die EEA uiteengesit is) op gesigswaarde aanvaar moet word.⁹⁹³ Dit wil voorkom asof die wetgewer regstellende aksie slegs as 'n skild beoog het.⁹⁹⁴ Indien meer wetgewende krag aan regstellende aksie verleen word, bestaan die moontlikheid dat dit as 'n swaard 'n negatiewe

⁹⁸⁴ Supra nota 471.

⁹⁸⁵ Supra nota 471.

⁹⁸⁶ Supra nota 831.

⁹⁸⁷ *Van Heerden* supra nota 471 par 82.

⁹⁸⁸ Buys "Regstel-aksie kan dalk óók magspolities wees" *Rapport* (2004-05-16) *Perspektief* ii.

⁹⁸⁹ Buys *Rapport* (2004-05-16) *Perspektief* ii.

⁹⁹⁰ Supra nota 831.

⁹⁹¹ Supra nota 802

⁹⁹² Supra nota 831.

⁹⁹³ Garbers 2004 (13) *CCL* 66.

⁹⁹⁴ Garbers 2004 (13) *CCL* 66.

konotasie kan kry, indien die beginsel misbruik word weens die feit dat nie almal regstellende aksie as 'n herstellende gelykheidsmaatreël beskou nie, maar eerder 'n vorme van geregtelike aanspraak.

HOOFSTUK VIER

REGSTELLEDE AKSIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

No matter how sophisticated and well-intentioned an affirmative action program, the inevitable perceptions of unfair discrimination by both existing employees as well as the affirmative action appointee, make such programmes fertile ground for disputes.

Alan Rycroft⁹⁹⁵

1 DIE ALGEMENE AANSLAG

Vroeg reeds het die Suid-Afrikaanse hofe laat blyk dat dit nie bloot genoegsaam sal wees om te verklaar dat sekere maatreëls binne die grense van regstellende aksie bepalinge in die Grondwet en die magtigende wetgewing val nie.⁹⁹⁶

Daar is 'n onus op die inisieerder van die regstellende aksie-beleid om te bewys dat sulke maatreëls nie neerkom op onbillike diskriminasie nie.⁹⁹⁷ Drie vereistes is al aan hierdie taak van die werkgewer gekoppel. Eerstens is daar al gesê dat die werkgewer die hof moet oortuig dat die regstellende aksie-maatreëls deel vorm van 'n samehangende beleid of plan met 'n spesifieke en geartikuleerde doel.⁹⁹⁸ Tweedens is daar al aangevoer dat die bevoorreedes persoonlike nadeel moes verduur het as gevolg van onbillike diskriminasie in die verlede, eerder as om net lid van daardie kategorie persone te wees.⁹⁹⁹

Die derde vereiste staan sonder twyfel dat die werkgewer se regstellende aksie-maatreëls aan die basiese grondwetlike vereistes vir regstellende aksie moet voldoen.¹⁰⁰⁰ Van die vroegste sake handelend oor regstellende aksie het bepaal dat regstellende aksie-maatreëls ontwerp moet wees om 'n realistiese oogmerk te bereik.¹⁰⁰¹ Hier is die onderliggende rede vir die werkgewer se ontwerp en die geskiktheid van die aangenome maatreëls veral van belang.¹⁰⁰² Gevolglik is 'n

⁹⁹⁵ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1414.

⁹⁹⁶ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

⁹⁹⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

⁹⁹⁸ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

⁹⁹⁹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

¹⁰⁰⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

¹⁰⁰¹ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 177.

¹⁰⁰² Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

rasionele verband¹⁰⁰³ tussen die middele aangewend en die oogmerk van die maatreëls vereis.¹⁰⁰⁴ Dit beteken dus nie dat die maatreël onmiddellike gelykheid oornag moet kan realiseer nie, maar slegs realisties beskou effektief voorkom.¹⁰⁰⁵ Hierdie vereiste is juis belangrik aangesien mense geneig is om regstellende aksie as ‘n vorm van omgekeerde diskriminasie te beskou. Die derde vereiste speel dan ook ‘n belangrike rol om enige vrese oor die misbruik van regstellende aksie by die veral die nie-aangewese persone te ruste te lê. Seady WR se verklaring in *Leonard Dingler Empolyee Representative Council v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others*¹⁰⁰⁶ is wat diskriminasie-vrese betref van belang:

Discrimination is unfair if it is reprehensible in terms of the society’s prevailing norms. Whether or not society will tolerate the discrimination depends on what the object is of the discrimination and the means used to achieve it. The object must be *legitimate* and the means *proportional* and *rational*.¹⁰⁰⁷ [eie beklemtoning]

In *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Council*¹⁰⁰⁸ verseker die Arbeidshof dat geen arbitrêre of onbillike praktyke onder die skyn van regstellende aksie sal voorkom as daar voldoen word aan die laaste vereiste nie.¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰³ “Given [the] ... endorsement of affirmative action and commitment to substantive equality it is submitted that the most appropriate standard ... is whether there is a rational link between the programs and the attainment of the objective of advancing persons disadvantaged by past discrimination.” Govender “Equality – The South African Perspective” 24.

¹⁰⁰⁴ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 177; Sien ook Govender “Equality – The South African Perspective” 24 waar daar met verwysing na Mureinik verduidelik word dat regstellende aksie-programme daargestel moet word met die bedoeling om die genoemde oogmerk te bereik, sowel as omj oor die vermoë beskik om die oogmerk te verwesenlik.

¹⁰⁰⁵ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

¹⁰⁰⁶ “The employer operated three retirement benefit funds, namely a staff benefit fund, a pension fund and a provident fund. All the members of the staff benefit fund were white and monthly paid except for four persons. The members of the pension fund were black weekly paid employees. The members of the provident fund were black monthly paid employees. It was alleged that the company practised direct and indirect discrimination on racial grounds.” Sien supra nota 621.

¹⁰⁰⁷ *Leonard Dingler* supra nota 621 295 soos aangehaal in Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1411 vt xlv.

¹⁰⁰⁸ 2000 (21) *ILJ* 119 (LC). In hierdie saak het die plaaslike raad geadverteer vir ‘n tesourier. Geen geskikte kandidate is gevind nie en die pos is weer geadverteer. Die kandidate moes ‘n interne toets aflê, waarna die uitvoerende komitee ‘n kortlys van drie kandidate saamgestel het. Hiervan was twee kandidate blanke mans, terwyl die ander ‘n swart man was. Die raad het besluit om regstellende aksie toe te pas en sodoende die swart man aangestel. Die werkgewers-organisasie en die vakbonde het skriftelik ooreengekom om ‘n gedetailleerde, spesifieke en uitvoerbare regstellende aksie-program op te stel. Die Greater Louis Trichardt Transitional Local Council het hierdie ooreenkoms aangeneem, maar nog nie daaraan voldoen nie. Die hof was van mening dat die raad nie daaraan kon dink om regstellende aksie te oorweeg in terme van aanstellings voordat dit nie aan die ooreenkoms voldoen het nie. Daar is verder verklaar dat oorweging geskenk moet word aan kwalifikasie en die potensiaal ter ontwikkeling wanneer regstellende aksie aanstellings gemaak word. Die hof het dit duidelik gestel dat die suksesvolle kandidaat dan die beste uit die groep voorheen benadeelede kandidate moet wees. Dit

Oor die eerste twee vereistes is daar nie eenstemmigheid onder akademici nie. Daar sal hieronder by 3 en 4 spesifieke aandag aan beide kwessies geskenk word.

2 DIE EERSTE REGSTELLENDEN AKSIE SAKE

Regstellende aksie in die staatsdiens het veral spesiale aandag in die howe ontvang, gesien in die lig van a 212(2)(b) (van die 1993 Interim Grondwet) wat bepaal het dat die staatsdiens 'n effektiewe publieke administrasie moet bevorder wat in die breë verteenwoordigend is van die Suid-Afrikaanse bevolking.¹⁰¹⁰ Dié uitgangspunt is in die *Public Service Act* gereflekteer.¹⁰¹¹

Rycroft het al opgemerk dat regters en arbiters veels te maklik in 'n konserwatiewe benadering¹⁰¹² kan vasval wat teenstrydig is met die sosiale doel wat die grondslag van 'n regstellende aksie-beleid vorm:

The significance of the performance of adjudicators lies in the need for the legislation and affirmative action policies to be seen to transform society in more than a cosmetic way.¹⁰¹³

*Public Servants Association of South Africa and Others v Minister of Justice*¹⁰¹⁴ is juis 'n saak waarin die regter 'n te konserwatiewe benadering gevolg het. Die Minister se besluit om 30 vroue in beskikbare staatsaanklaerposte aan te stel – omdat hulle as groep voorheen in die staatsdiens onderverteenvoordig was – is deur die Hooggeregshof ter syde gestel.¹⁰¹⁵ Sestien blanke mans wat vir die poste aansoek gesoek gedoen het en nie onderhoude toegestaan is nie, het onbillike diskriminasie op grond van ras en geslag beweer.¹⁰¹⁶ In, wat Hodges-Aeberhard beskryf as 'n teleurstellende uitspraak, het Swart R die 16 blanke mans se kwalifikasies teenoor die van die dames oorweeg.¹⁰¹⁷ Regter Swart het onder andere na die mans se uitstaande

was in casu nie die geval nie, aangesien ander swart kandidate beter gevaar het in die interne toets as die swart man wat uiteindelik aangestel is.

¹⁰⁰⁹ Supra nota 1008 125; Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 282.

¹⁰¹⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 260.

¹⁰¹¹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰¹² So 'n konserwatiewe beskouing van 'n regstellende aksie-plan is meer ingestel op die beskerming van individuele regte as die bevordering van breër sosiale doelwitte; Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1412.

¹⁰¹³ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1412.

¹⁰¹⁴ Supra nota 484.

¹⁰¹⁵ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰¹⁶ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰¹⁷ *Public Servants Association* supra 484 253; Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

sportprestasies op skool verwys en in ag geneem dat van hulle voormalige lede van die Suid-Afrikaanse Polisie en intelligensiemag was.¹⁰¹⁸

Hodges-Aeberhard wys daarop dat die regter na voormalige apartheids 'eenhede' verwys sonder die sensitiwiteit wat die nuwe bedeling daarmee saamgebring het.¹⁰¹⁹ Net so het Swart R min aandag geskenk aan relevante vaardighede en kwalifikasies.¹⁰²⁰

[T]here appeared to be no consciousness of attributes that are inherent to legal positions in government service, such as university qualifications, although he gave weight to length of service, without evaluating why these candidates had not moved up in the civil service hierarchy but had been upwards of 15 years in the same posts.¹⁰²¹

Die regter was van opinie dat van die vroue, wat slegs 5 jaar vantevore as prokureurs gekwalifiseer het, 'n hele aantal amptenare op die merietelys sou verbystee.¹⁰²² Verder het Swart R sy opinie van spesiale maatreëls duidelik verwoord:¹⁰²³

I think ... excerpts from the staff codes amply illustrate that up to this stage, despite the provisions of the Constitution calling for representativity, affirmative action had not raised its head and inter alia promotion[s] ... were filled strictly in accordance with an extensive and detailed merit system in which race and gender could not be taken into account.¹⁰²⁴

Na oorweging van die relevante wetgewing en kodes rakende bevordering kom die regter tot die gevolgtrekking dat 'geskiktheid' as 'n kriteria vir aanstelling en bevordering in die staatsdiens nie vervang kon word met inagneming van ras of geslag onder die nuwe bedeling nie.¹⁰²⁵

Die hof se bevinding word soos volg deur Hodges-Aeberhard opgesom:

¹⁰¹⁸ Daar is selfs in ag geneem dat sommige van hulle diakens by hul kerke was. Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰¹⁹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰²⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰²¹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰²² Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 261.

¹⁰²³ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 262.

¹⁰²⁴ *Public Servants Association* supra nota 484 259.

¹⁰²⁵ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 262.

[T]he earmarking of the 30 posts did not fit into any overall plan or policy; it did not meet the representative requirement; it went far beyond what might have been an adequate response because it affected high-level posts rather than entry-level posts; it disregarded the rights of others by ignoring the ‘outstanding qualifications’ of the White males; and, lastly, it did not respect the efficiency requirement, since the women promoted were unimpressive when compared to the White men.¹⁰²⁶

Hierdie uitspraak het gepoog om drie faktore teen mekaar op te weeg: die doeltreffendheid van die betrokke departement, die aspirasie van die ‘verdienselike’ blanke mans en die departement se transformerende regstellende aksie-beleid.¹⁰²⁷

In sy uitspraak herbevestig Swart R die sosiale stereotipering dat vroue as goed gekwalifiseerd en aanvaarbaar beskou word, solank as wat hulle gemiddelde posvlakke beklee. Regter Swart se uitspraak is ook al gekritiseer omdat dit ‘n formele eerder as ‘n substantiewe benadering tot gelykheid weerspieël.¹⁰²⁸ Die regter beskou regstellende aksie as ‘n uitsondering op die reg op gelykheid, terwyl dit in werklikheid ‘n essensiële en integrale bydrae maak tot die bereiking van gelykheid.¹⁰²⁹ Regstellende aksie moet nie beskou word as ‘n beperking of uitsondering tot die reg op gelykheid nie.¹⁰³⁰ Govender is dan tereg van mening dat Swart R onder ‘n wanindruk verkeer as dit kom by die konstitusionele imperatief en die dringende noodsaaklikheid van regstellende aksie-programme.¹⁰³¹ Met so ‘n streng benadering sou dit onvoorsienbaar wees dat enige regstellende aksie-program sou slaag.¹⁰³²

Regstellende aksie se kritici het weer die saak as prysenswaardig voorgehou. In *George v Liberty Life Association of South Africa Ltd*¹⁰³³ het die Nywerheidshof egter met ‘n positiewe beskouing van regstellende aksie (in die privaatsektor) vorendag gekom.¹⁰³⁴ In die saak het Landman P ‘n volledige ondersoek van regstellende aksie

¹⁰²⁶ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 262.

¹⁰²⁷ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1422.

¹⁰²⁸ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 6 vt 28 <http://www.uct.ac.za/depts/lrgru/equality.htm> (2004/01/28).

¹⁰²⁹ Govender “Equality – The South African Perspective” 28.

¹⁰³⁰ Govender “Equality – The South African Perspective” 28.

¹⁰³¹ Govender “Equality – The South African Perspective” 28.

¹⁰³² Govender “Equality – The South African Perspective” 28.

¹⁰³³ *Supra* nota 943.

¹⁰³⁴ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

as konsep onderneem.¹⁰³⁵ Mnr George, ‘n blanke werknemer, het aansoek gedoen vir ‘n hoër pos wat die maatskappy intern geadverteer het.¹⁰³⁶ Gedurende die onderhoude en verdere gesprekke, is George ingelig dat hy as geskikte kandidaat beskou word. ‘n Regstellende aksie kandidaat, van buite die maatskappy, is egter uiteindelik aangestel.¹⁰³⁷ Die applikant het in die saak geargumenteer dat die aanstelling van ‘n buitestander op ‘n onbillike arbeidspraktyk¹⁰³⁸ neerkom, aangesien ras die deurslaggewende faktor was en die aanstelling contra die maatskappy se eie beleid was waarvolgens voorkeur aan interne kandidate gegee word.¹⁰³⁹

In sy oorweging van a 8(3)(a) van die Interim Grondwet het Landman P regstellende aksie as ‘n metode, strategie of prosedure omskryf waardeur gelykheid in die werkplek bewerkstellig moet word.¹⁰⁴⁰ Die aanslag van die hof is duidelik onderskeibaar van die van Swart R in die eerste *Public Servants Association*-saak,¹⁰⁴¹ aangesien die hof uitgewys het dat dit nie in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse juridiese beleid is om in “areas of managerial prerogative” in te meng nie.¹⁰⁴² Die hof het dus nie uitspraak gelewer oor die meriete¹⁰⁴³ van die betrokke kandidate nie.¹⁰⁴⁴ Daar is volstaan met ‘n substantiewe¹⁰⁴⁵ en prosedurele ondersoek van die aanstelling.¹⁰⁴⁶ Uit ‘n substantiewe oogpunt het die hof verklaar dat die aanstelling van die suksesvolle kandidaat, gesien die geskiedkundige diskriminasie wat betref

¹⁰³⁵ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰³⁶ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰³⁷ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰³⁸ Die EEA was op daardie stadium nog nie in werking nie.

¹⁰³⁹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴¹ Supra nota 484.

¹⁰⁴² Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴³ Meriete speel ‘n belangrike rol wanneer die klem geplaas word op gelyke geleentheid. In *Germishuys v Upington Municipality* 2000 (21) ILJ 2439 (LC) het die applikant gesteun op ‘n klousule in die nasionale ooreenkoms wat bepaal het dat lede van aangewese groepe voorkeur sou ontvang wanneer alles anders ‘gelyk’ was. Die applikant was onder die indruk dat die munisipaliteit regstellende aksie toegepas het in die aanstelling van ‘n swart man terwyl hy beweer het dat hy as beste kandidaat nie aangestel is nie as gevolg van onbillike diskriminasie op grond van ras. Die munisipaliteit het aangevoer dat die beste kandidaat op grond van meriete aangestel is en dat dit daarom nie nodig was om regstellende aksie toe te pas nie. Gamble AR het supra 2450 daarop geantwoord en verklaar dat “[w]here a job prescribes minimum requirements, then “all other things being equal” suggests that provided all candidates meet that threshold, it matters not that one is better than the other. Compliance with the stipulated entry level requirement by all candidates would entitle the local authority to prefer the black candidate over the white candidate if it was applying an affirmative action procedure.” McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 264 vir ‘n volledige bespreking van die saak.

¹⁰⁴⁴ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴⁵ Dit kom neer op die opweging van mededingende waardes en die rol van regstellende aksie in die bereiking van daardie waardes. Sien Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴⁶ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

opleiding, nie in die Suid-Afrikaanse milieu in die werkplek as 'n onbillike arbeidspraktyk beskou kon word nie.¹⁰⁴⁷ Die hof het wel op grond van die maatskappy se prosedurele aanslag bevind dat 'n interpretasie van die betrokke aanstellings- en plasingbeleid daarop dui dat George as interne kandidaat voorkeur moes geniet.¹⁰⁴⁸ Op grond hiervan is die applikant se eis toegestaan.¹⁰⁴⁹ Hodges-Aeberhard voer aan dat, uitspraak ter syde, die hof se beredeneerde ondersteuning vir regstellende aksie prysenswaardig is.¹⁰⁵⁰

Alhoewel die Nywerheidshof se benadering tot regstellende aksie in *George*¹⁰⁵¹ duidelik verskil van die Transvaalse Provinsiale Afdeling se benadering in die *Public Servants Association*-saak,¹⁰⁵² is dit onder die Interim Grondwet beslis. Weens daardie rede kan dit nie sonder voorbehoud as toonaangewend beskou word nie. Tog is die uitsprake aanduidend van die groeipyne wat regstellende aksie aanvanklik ondervind het.

3 DIE KWESSIE VAN 'N REGSTELLENDEN AKSIE-PLAN

Volgens Rycroft is dit juis die interpretasie van 'n regstellende aksie-beleid wat vrugbare grond vir dispute daarstel.¹⁰⁵³ Regter Swart het in die eerste *Public Servants Association*-saak¹⁰⁵⁴ verklaar dat nadere ondersoek en hersiening van 'n beleid nie vermy kan word deur dit eenvoudig as 'n regstellende aksie-plan te etiketteer nie.¹⁰⁵⁵ Die hof het bevind dat 'n plan se regstellende aksie-maatreëls noukeurig ontwerp moet wees om 'n spesifieke oogmerk te bereik eerder as om bloot toevallig of lukraak te wees.¹⁰⁵⁶ In *HOSPERSA v Kakamas Hospital NCPA*¹⁰⁵⁷ het die kommissaris verklaar dat 'n regstellende aksie-beleid op 'n verantwoordelike en weldeurdagte wyse toegepas moet word. Die KVBA het ook al by 'n ander geleentheid krities

¹⁰⁴⁷ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴⁸ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁴⁹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁵⁰ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Law* 263.

¹⁰⁵¹ Supra nota 943.

¹⁰⁵² Supra nota 484.

¹⁰⁵³ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1420.

¹⁰⁵⁴ Supra nota 484.

¹⁰⁵⁵ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1422.

¹⁰⁵⁶ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1422.

¹⁰⁵⁷ CCMA NC1535 19 Junie 1998.

gestaan teenoor 'n regstellende aksie-beleid wat so wyd was dat die grense daarvan nie duidelik identifiseerbaar was nie.¹⁰⁵⁸

In *Public Servants Association v Minister of Correctional Services & Others*¹⁰⁵⁹ is die regmatigheid en die implementering van 'n regstellende aksie-beleid – veral met inagneming van 'n kwota wat bepaal het dat 21% van die poste aan vroue¹⁰⁶⁰ toegestaan moes word – aangeval.¹⁰⁶¹ Na oorweging van die Interim Grondwet, die *Public Service Act*¹⁰⁶² en die *Correctional Services Act*¹⁰⁶³ het die Arbeidshof bevind dat die ter sake departement statutêre magtiging gehad het om regmatige regstellende aksie-programme te implementeer.¹⁰⁶⁴ Weens die feit dat die regstellende aksie-plan in casu die gevolg van konsultasie was, het dit die huidige posisie van voorheen benadeelde persone in ag geneem. Dit was gestruktureer om “certain equality by a certain date” te bewerkstellig en kon volgens die hof nie beskou word as bloot toevallig of lukraak nie.¹⁰⁶⁵ Wat die kwotas betref het die Arbeidshof opgemerk dat, alhoewel die idee geskep is dat daar onbillik teen vroue gediskrimineer is, die departement se spesifieke werksvereistes nie geïgnoreer kon word nie:¹⁰⁶⁶

Although the allocation of 21% of posts to women and the fact that this quota appeared to discriminate unfairly against women, the court noted that it was inconceivable that the department should ignore specific job requirements, and in particular the fact that the present population is overwhelmingly male and the consequent impact of this on the recruitment of women.¹⁰⁶⁷

Die verdere feit dat daar in verskeie departementele strukture onderling ooreenstemming bereik is oor die kwotas het volgens die hof daarop gedui dat dit nie

¹⁰⁵⁸ *PSA v Department of Correctional Services* (CCMA FS 1394 10 September 1998).

¹⁰⁵⁹ LC 25 July 1997 (case no J174/97) ongerapporteer soos na verwys in McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 258. Die PSA het in casu die belange van 'n aantal vroue verteenwoordig wat in diens van die departement gestaan en gekwalifiseer het vir aanstelling, bevordering of verplasing as gevolg van 'n aantal vakante poste.

¹⁰⁶⁰ Die 21% persentasie sou onderverdeel word tussen vroue op grond van hul ras.

¹⁰⁶¹ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 258–259. “The department argued that the Correctional Services Act impliedly prohibited the consideration of race and gender in respect of any appointment or application for employment in the department.” Sien Van Niekerk 1997 (7) CLL 7.

¹⁰⁶² Wet 103 van 1994.

¹⁰⁶³ Wet 8 van 1959.

¹⁰⁶⁴ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁶⁵ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁶⁶ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁶⁷ Van Niekerk 1997 (7) CLL 7.

sommer ‘n lukrake arbitrêre besluit was nie.¹⁰⁶⁸ Wat die onderverdeling van die 21% op grond van ras betref, het die hof verklaar dat dit gemik was op die bereiking van die oogmerk van breë verteenwoordiging in die departement en dat dit in lyn was met die Interim Grondwet.¹⁰⁶⁹

In *Department of Correctional Services v Van Vuuren*¹⁰⁷⁰ het die Nywerheidshof die aanstelling van ‘n swart man in plaas van ‘n hoogs aangeskrewe blanke vrou omvergewerp, omdat die Departement nie ‘n regstellende aksie-plan in plek gehad het nie.¹⁰⁷¹ Die Arbeidsappèlhof het egter bevind dat die aanstelling binne die normale magte van die Staatsdienskommissie geval het.¹⁰⁷²

‘n Blanke vrou (met die nodige kwalifikasies vir die werk) het in *Walters v Transitional Local Council of Port Elizabeth & Another*¹⁰⁷³ die kortlys gehaal, maar sy is nie aangestel nie.¹⁰⁷⁴ ‘n Swart man, wat ‘n eksterne kandidaat was, is aangestel op aanbeveling van die keurkomitee na onderhoude met die kandidate.¹⁰⁷⁵ Sy het onder andere beweerd dat ‘n onbillike arbeidspraktyk gepleeg is, maar die raad het geargumenteer dat (alhoewel haar vraelysantwoorde die beste was) dit regstellende aksie en die stad se demografie oorweeg het en uiteindelik besluit het om eerder ‘n swart man aan te stel.¹⁰⁷⁶ Die deurslaggewende vraag wat dus beantwoord moes word was of die raad op ‘n nasionale beleid kon steun vir die toepassing van regstellende aksie op munisipale vlak.¹⁰⁷⁷ Regter Landman¹⁰⁷⁸ het beslis dat die raad nie as verweer op die nasionale regstellende aksie-beleid kon steun nie.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁶⁸ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁶⁹ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁷⁰ 1999 (20) ILJ 2297 (LAC). Hier het die dispuut daaroor gehandel of die appellant *ultra vires* opgetree het in die implementering van die bepalings van ‘n regstellende aksie-beleid voordat dit geregistreer is. Sien *Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal* [2004] 7 BLLR 708 (LC) par 31.

¹⁰⁷¹ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 6; McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 259.

¹⁰⁷² Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 6.

¹⁰⁷³ 2000 (21) ILJ 2723 (LC).

¹⁰⁷⁴ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 263.

¹⁰⁷⁵ *Walters* supra nota 1073.

¹⁰⁷⁶ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 263.

¹⁰⁷⁷ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 263.

¹⁰⁷⁸ Dieselfde benadering word weerspieël in Mlambo R se uitspraak in *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* supra nota 1008. Op soortgelyke wyse het die KVBA in *Crotz v Worcester Transitional Local Council* 2001 (22) ILJ 759 (CCMA) bevind dat, alhoewel die raad deelgeneem het aan die beplanning van die nasionale ooreenkoms, dit steeds nie in die afwesigheid van ‘n eie regstellende aksie-plan enige maatreëls onder die vaandel van regstellende aksie kon instel nie. Sien McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 264 vir ‘n volledige bespreking van die saak.

¹⁰⁷⁹ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 263.

McGregor verwys egter met goedkeuring na *NEHAWU obo Thomas v Department of Justice*¹⁰⁸⁰ waar daar nie so streng met die ‘vereiste’ van ‘n regstellende aksie-plan omgegaan is nie.¹⁰⁸¹ Een van die aangeleenthede wat aandag geveer het, was of ‘n departement op die EEA kon steun voordat dit self ‘n billike indiensnemingsplan daargestel het.¹⁰⁸² Die departement het aangevoer dat dit tot en met die voltooiing van die regstellende aksie-plan op ‘n departementele beleid ter bevordering van billike indiensneming in die *Public Service Staff Code*¹⁰⁸³ gesteun het.¹⁰⁸⁴ Aangesien die werkgewer nie spesifieke poste vir regstellende aksie oogmerke gereserveer het nie, het die arbiter bevind dat die departement geregtig was om bloot regstellende aksie en verbeterde verteenwoordiging in oorweging te neem.¹⁰⁸⁵ Die eerste *Public Servants Association*-saak¹⁰⁸⁶ (waar sekere poste vir aangewese groepe gereserveer is) is dus onderskei van die betrokke geval waar die aanstellings nie as ad hoc of lukraak beskou is nie.¹⁰⁸⁷

In *Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal*¹⁰⁸⁸ het die applikant aangevoer dat daar teen hom gediskrimineer is en dat die aanstelling van ‘n ander kandidaat nie geldig kan wees nie, onder andere omdat die respondent ten tyde van die aanstelling

¹⁰⁸⁰ Die klaer het vir ‘n geadverteerde pos aansoek gedoen en is saam met drie ander kandidate op ‘n kortlys geplaas. Alhoewel die klaer die hoogste punte in die onderhoudsfases behaal het is ‘n vrou aangestel. Die departement het aangevoer dat dit nie verplig was om die kandidaat met die hoogste punte aan te stel nie en dat die verskil tussen die klaer en die suksesvolle kandidaat minimaal was. Verder is aangevoer “that Mrs M had shown a fair knowledge of relevant issues; and that the directorate, which was responsible for implementing the department's policy to promote representativity and employment equity, was at the time itself unrepresentative, and that the appointment of Mrs M, an Indian, would improve its representativity.” Die arbiter het ten gunste van die departement beslis op hierdie punte. Die arbiter het ook die argument, dat die direktoraat nie geregtig was om EEA maatreëls te gebruik voordat dit ‘n billike indiensnemingsplan voltooi het nie, verwerp. “This argument, based mainly on the Labour Court decision in *Eskom v Heimstra NO & others* (1999) 20 ILJ 2362 (LC), involved the allegation that the grievant had been discriminated against, which fell outside the council's jurisdiction.” Die arbiter was in elk geval oortuig dat, soos in *Eskom* vereis, “the department had acted in terms of its own policies and that its decision to appoint Mrs M was not haphazard or ad hoc.” 2001 (22) ILJ 306 (BCA) 306–307.

¹⁰⁸¹ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 265.

¹⁰⁸² Die arbiter het die geval van *ESKOM v Hiemstra NO* (supra nota 1080) onderskei aangesien *ESKOM* ‘n geval was waar regstellende aksie stappe (in die afwesigheid van enige beleid) op ‘n ad hoc basis geneem is. Sien verder McGregor “Affirmative Action: An Account of the Case Law” (2002) 14 *SA Merc LJ* 253, 265.

¹⁰⁸³ Dit was daarop gemik om in die breë ‘n verteenwoordigende staatsdiens daar te stel.

¹⁰⁸⁴ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 265.

¹⁰⁸⁵ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 265–266.

¹⁰⁸⁶ Supra nota 484.

¹⁰⁸⁷ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 266.

¹⁰⁸⁸ Supra nota 1070. Die applikant het aansoek gedoen vir die pos as Adjunk-Direkteur: Administrasie by een van die respondent se hospitale. Hy is vir die pos aanbeveel, maar die betrokke kommissie het die aanbeveling afgewys en die respondent aangesê om een van die swart kandidate aan te stel “because of his academic qualifications, experience and the constitutional imperative to promote representativeness in the public service”.

nog nie 'n regstellende aksie-plan in plek gehad het nie.¹⁰⁸⁹ Die hof het verklaar dat die voorgenoemde sake, weens die konteks waarin 'n regstellende aksie-plan of -beleid daar ter sprake was, onderskeibaar is van die situasie in *Gordon*.¹⁰⁹⁰ Volgens Pillay R is daar niks in die genoemde sake wat daarop dui dat regstellende aksie-plan 'n voorvereiste vir 'n regstellende aksie-aanstelling is nie.¹⁰⁹¹ en soos volg verklaar:

It was common cause that the respondent had no affirmative action plan in place¹⁰⁹² ... When interpreting section 8 [of the Interim Constitution and a 9 of the Final Constitution] a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality¹⁰⁹³ ... The absence of affirmative action plans or other measures contemplated in [s 8(3)(a) of the Interim Constitution and a 9(2) of the Final Constitution] ... cannot frustrate the objective of [the rest of the equality clause] ... It could not have been the intention of the Constitutional Assembly to freeze the operation of the [other] subsections [of the equality clause] ... until affirmative action measures are in place¹⁰⁹⁴ ... In other words, if there is no affirmative action plan, it cannot mean that a disadvantaged person can have no right to substantive equality ... [o]r that a privileged person will be unfairly discriminated against ... if substantive equality is afforded to a disadvantaged person.¹⁰⁹⁵

Regter Pillay verduidelik dat die belang van 'n gedokumenteerde plan daarin te vinde is dat dit die bewys van 'n rasonale verband tussen die rede vir 'n bepaalde benadering en die besluit om 'n persoon aan te stel (of nie aan te stel nie) kan fasiliteer:

An appointment based on an affirmative action plan does not bar judicial scrutiny. The plan must be designed to achieve the adequate protection and advancement of those disadvantaged by unfair discrimination to enable them to enjoy fully and equally all rights and freedoms.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁸⁹ *Gordon* supra nota 1070.

¹⁰⁹⁰ Supra nota 1070 par 38.

¹⁰⁹¹ *Gordon* supra nota 1070 par 38.

¹⁰⁹² *Gordon* supra nota 1070 par 11.

¹⁰⁹³ *Gordon* supra nota 1070 par 14.

¹⁰⁹⁴ *Gordon* supra nota 1070 par 25.

¹⁰⁹⁵ *Gordon* supra nota 1070 par 26.

¹⁰⁹⁶ *Gordon* supra nota 1070 par 49.

Soos wel uit die voorafgaande saakbesprekings blyk, moet 'n regstellende aksie-plan daarop gemik wees om redelike vordering tot billike indiensneming te maak.¹⁰⁹⁷ Binne die konteks beteken 'redelike vordering' billike verteenwoordiging van lede van die aangewese groepe.¹⁰⁹⁸ Daar word tereg deur McGregor uitgewys dat slegs regstellende aksie-maatreëls wat in lyn is met die oogmerk¹⁰⁹⁹ van die EEA diskriminasie¹¹⁰⁰ sal regverdig.¹¹⁰¹

Met die opstel en implementering van 'n billike indiensnemingsplan deur 'n aangewese werkgewer word daar uiting gegee aan die oogmerk van a 2(b) EEA.¹¹⁰² Dupper verduidelik dat maatreëls van so 'n statutêre plan *prima facie* as verenigbaar met die EEA oogmerk en nie onbillik beskou moet word nie.¹¹⁰³ Du Toit wys wel daarop dat só 'n benadering verskil van die een wat voorhou dat regstellende aksie-maatreëls slegs as geldig beskou kan word as dit deel vorm van 'n statutêre plan.¹¹⁰⁴ Daar word sodoende voorsiening gemaak vir die feit dat regstellende aksie-maatreëls buite die grense van die wet ook geregverdig mag wees, solank as wat dit met die EEA oogmerk verenigbaar is.¹¹⁰⁵

Regstellende aksie-maatreëls wat deur nie-aangewese werkgewers ingestel word, val buite die EEA raamwerk vir 'n billike indiensnemingsplan.¹¹⁰⁶ Daar is dan geen vermoede van billikheid weens voldoening aan statutêre maatreëls nie.¹¹⁰⁷ Die status van so 'n maatreël sal op oorwig van waarskynlikhede daargestel moet word:

In this regard, non-designated employees will have to prove that they are taking affirmative action measures to be consistent with the purpose of the EEA.¹¹⁰⁸

Die toets is dan of 'n maatreël kousaal verbind is tot die EEA oogmerk. Dupper verduidelik dat dit 'n redelik eenvoudige vraag is wat nie noodwendig 'n formele

¹⁰⁹⁷ Grogan *Workplace Law* 250.

¹⁰⁹⁸ Grogan *Workplace Law* 250.

¹⁰⁹⁹ Ingevolge a 2(b) en 15(a) EEA.

¹¹⁰⁰ Artikel 6(2)(a) van die EEA stel regstellende aksie (inlyn met die oogmerk van die wet) as een van twee uitsonderings op die a 6(1) verbod op onbillike diskriminasie.

¹¹⁰¹ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 177.

¹¹⁰² Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹⁰³ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹⁰⁴ Soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹⁰⁵ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 177.

¹¹⁰⁶ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹⁰⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹⁰⁸ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

strategie impliseer nie.¹¹⁰⁹ Die feit dat 'n maatreël ontwerp word om by te dra tot verwesenliking van billike verteenwoordiging as 'n doelwit en so 'n bydrae kan maak behoort genoegsaam te wees.¹¹¹⁰ Dupper verklaar wel dat, waar so 'n regstellende aksie-beleid bestaan, die houe en arbiters die inhoud daarvan noukeurig sal ondersoek om te bepaal of daar aan die statutêre vereistes voldoen is en of dit behoorlik toegepas is.¹¹¹¹

Wat die implementering van 'n regstellende aksie-plan betref is *McInnes v Technicon Natal*¹¹¹² belangrik. In *McInnes*¹¹¹³ was die applikant se indiensneming op 'n kontraktuele basis wat van tyd tot tyd hernu is. Sy is later daarvan ingelig dat haar pos in 'n permanente een omskep sou word en dat sy as 'n formaliteit daarvoor moet aansoek doen. Die meerderheid van die komitee het na die onderhoude vir *McInnes* aanbeveel. Die aanbeveling is egter deur die vise-reaktor terug verwys na die komitee met die opdrag om hulle aanbeveling te heroorweeg met inagneming van die teknikon se regstellende aksie-beleid. Die komitee het hul voorkeur vir *McInnes* bevestig, maar 'n swart kandidaat aanbeveel. In die saak het Penzhorn AR dit duidelik gestel dat:

It is quite clear that the applicant would have continued to be employed if she was black rather than white and her dismissal was the result of the purported application by the respondent of its affirmative action policy.¹¹¹⁴

Daar is in casu geensins ontken dat daar teen die applikant gediskrimineer is op grond van haar geslag nie. Die teknikon se regstellende aksie-plan het regstellende aksie gedefinieer as:

[T]he upliftment and advancement of all previously disadvantaged communities by seeking to address the imbalances of the past.¹¹¹⁵

Daar is egter 'n voorwaarde aan die beskouing gekoppel:

¹¹⁰⁹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹¹⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 284.

¹¹¹¹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 285.

¹¹¹² 2000 (21) *ILJ* 1138 (LC).

¹¹¹³ *Supra* nota 1112.

¹¹¹⁴ *McInnes* *supra* nota 1112 1146.

¹¹¹⁵ *McInnes* *supra* nota 1112 1148.

This concept does not encourage the promotion of disadvantaged employees regardless of skills and abilities, for the purpose of meeting defined targets.¹¹¹⁶

Verder het die algemene aanstellingsbeleid van die technikon bepaal dat daar nie teen iemand gediskrimineer mag word op grond van ras, geslag of ander gronde nie.¹¹¹⁷ Hierdie dokumente, saam beskou, het volgens die hof nie die idee geskep dat die beleid so saamgestel is om blatant op grond van ras teen ander te diskrimineer ten gunste van swart persone nie.¹¹¹⁸ Die beleid balanseer die bevordering van die swart gemeenskap met ander faktore soos die belange van die instansie en die studente by elke besondere aanstelling.¹¹¹⁹ Ras was volgens die beleid nie die enigste kriteria nie:

What the policy (and the form) clearly have in mind is the need critically to address all the relevant factors and if a reasoned and balanced decision results in the selected candidate not being from the targeted group reasons must be given.¹¹²⁰

Die beleid was heel duidelik 'n goeie, weldeurdagte plan wat 'n konneksie daargestel het tussen die oogmerk en die wyse waarop dit bereik moes word.

Die Arbeidshof het dus in casu spesifiek gaan kyk of die aanstelling van 'n swart man in plaas van die blanke vrou binne die omvang van die technikon se regstellende aksie-plan geval het. Oor die algemeen is die hof nie oorgretig om in te meng in die wyse waarop 'n werkgewer 'n regstellende aksie-plan toepas nie – solank as wat regstellende aksie-stappe binne die omvang van hul regstellende aksie-maatreëls val. Hier het die hof egter te make gehad met 'n situasie waar die technikon se regstellende aksie-plan – soos geformuleer – glad nie toepassing gevind het nie.¹¹²¹

4 NADEEL: DIE INDIVIDU OF DIE AANGEWESSE GROEPE

Een van die eerste geboortepyne van regstellende aksie was die vraagstuk of dit genoegsaam is as regstellende aksie-kandidate lede is van 'n aangewese groep.

¹¹¹⁶ *McInnes* supra nota 1112 1148.

¹¹¹⁷ *McInnes* supra nota 1112 1149.

¹¹¹⁸ *McInnes* supra nota 1112 1149.

¹¹¹⁹ *McInnes* supra nota 1112 1149.

¹¹²⁰ *McInnes* supra nota 1112 1150.

¹¹²¹ Die regter het ook verklaar dat “the situation is quite different where the policy, read properly, was not applied at all.” Sien *McInnes* supra nota 1112 1150.

Winston Churchill kon net sowel hierdie kwessie ingedagte gehad het toe hy met raakvat woorde verklaar het:

If we open a quarrel between the past and the present, we shall find that we have lost the future.¹¹²²

Daarom is dit moontlik om te redeneer dat skrywers se vurige debat oor of persoonlike benadeling of bloot aangewese groeplidmaatskap vereis word om te kwalifiseer vir regstellende aksie die oogmerk van toekomstige visie van gelyke verteenwoordiging uit die oog verloor.

Sommige skrywers vind dit moeilik om saam te stem met die idee dat individue nie persoonlike benadeling hoef te bewys nie, aangesien hy of sy tot 'n aangewese groep behoort:

In other words, a black person educated in a private school and an overseas university remains eligible for special treatment ...¹¹²³

Soortgelyk sou dan geargumenteer kan word dat 'n vrou wat reeds 'n besturende posisie beklee steeds geregtig is op 'spesiale' behandeling in terme van 'n regstellende aksie-beleid. Rycroft vind die benadering problematies aangesien hy redeneer dat benadeling verduur moet word as gevolg van iemand se ras, geslag of gebrek.¹¹²⁴ As een van daardie onveranderbare kenmerke dan nie verdere opleiding of bevordering verhoed het nie, is dit dus onvanpas om daardie persone as voorheen benadeel te beskou.¹¹²⁵

Die gevolg van só 'n benadering is dat enige persoon wat wil voordeel trek uit regstellende aksie dan op 'n oorwig van waarskynlikheid sal moet bewys dat hy of sy as gevolg van ras, geslag of gebrek benadeel is.¹¹²⁶ Brassey stel 'n toets daar vir sulke situasies:

[L]ess qualified blacks or women should have to show that, but for their disadvantage, they would be at least as well qualified as their white male competitors.¹¹²⁷

¹¹²² http://www.brainyquotes.com/quotes/authors/w/winston_churchill.html (2004/09/11).

¹¹²³ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1424.

¹¹²⁴ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1424.

¹¹²⁵ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1424.

¹¹²⁶ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

¹¹²⁷ Brassey soos na verwys in Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

Twee probleme vloei uit die toepassing van die toets.¹¹²⁸ Eerstens is Brassey se toets terugwerkend in effek en tweedens fokus dit op die spesifieke lewensbeskrywende omstandighede van die individuele applikant wat aanspraak maak op regstellende aksie-voorkeur.¹¹²⁹ Volgens hierdie toets sal die bes opgeleide vroue of swart persone nie in aanmerking geneem kan word vir regstellende aksie aanstellings nie, alhoewel daar geargumenteer kan word dat hulle juis die beste kandidate is om gelyke verteenwoordiging te bewerkstellig as die oogmerk eerder toekomsgerig is in plaas daarvan om bloot te fokus op terugwerkende korrigerende.¹¹³⁰

Akademici het al daarop gewys dat dit sosiaal ongesonde etiek daarstel om van die individue te vereis dat hy of sy hul slagofferstatus moet bewys:¹¹³¹

The aim should not be for individual groups to have to prove victim status but rather to promote the social objective of reasonably fair and equitable representation of all social groups within all categories of employment in the private and public sector.¹¹³²

In *George*¹¹³³ het Landman P verduidelik, dat in sy opinie:

[T]his court would accept that an employer who applies affirmative action, ie by preferring in the case of a transfer or promotion a candidate who has personally been historically, unfairly discriminated against does not commit an unfair labour practice as regards a person who has not suffered such a deprivation.¹¹³⁴

Volgens die Arbeidshof in *Auf der Heyde v University of Cape Town*¹¹³⁵ moet potensiële regstellende aksie bevoorreedes wys dat hulle lede is van die groep wat benadeel is weens algemene sosiale, direkte of indirekte, diskriminasie.¹¹³⁶ Verder is daar bevind dat nasionaliteit 'n essensiële en regmatige beperkende faktor is.¹¹³⁷ Daar moet egter rekening gehou word met die feit dat die hof in casu in ag geneem het dat

¹¹²⁸ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

¹¹²⁹ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1411 1425.

¹¹³⁰ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

¹¹³¹ Albertyn soos na verwys in Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

¹¹³² Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1425.

¹¹³³ *Supra* nota 943.

¹¹³⁴ *George supra* nota 943 594.

¹¹³⁵ [2000] 8 BLLR 877 (LC). In hierdie saak is die applikant, 'n blanke manlike werknemer, nie 'n permanente pos toegeken nie. Twee soortgelyk geplaasde swart kollegas is in permanenten poste aangestel. Een van die aangestelde persone was egter nie 'n Suid-Afrikaanse burger nie.

¹¹³⁶ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 178.

¹¹³⁷ McGregor 2002 (14) *SA Merc LJ* 178.

die universiteit se beleid self omskryf het dat dit slegs van toepassing moes wees op voorheen benadeelde Suid-Afrikaanse burgers.¹¹³⁸ Wat werklike benadeling betref het die Arbeidshof verder verklaar dat alhoewel daar gesag is vir 'n vereiste van 'werklike' benadeling in arbeidsverwante-sake, akademiese opinies daarop dui dat 'benadeling' nie so eng geïnterpreteer moet word om te vereis dat 'n potensiële bevoordeelde werklike persoonlik benadeling moet bewys nie.¹¹³⁹ Kentridge argumenteer ook dat die beperkings wat op die impak van regstellende aksie maatreëls geplaas word op 'n wyse geïnterpreteer moet word wat in 'n sosiale, ekonomies en politieke konteks van benadeling sin maak.¹¹⁴⁰

Pretorius redeneer (met inagneming van die bewoording van a 9(2)) dat daar in die Grondwet spesifiek voorsiening gemaak is vir beide die 'kompeterende' gevalle:

The fact that it clearly refers to “persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination,” means that also individuals, who themselves are not actual victims of unfair discrimination, but who belong to a group, which has been so disadvantaged, qualify for affirmative action benefits.¹¹⁴¹

Benadeling word nie spesifiek in die EEA genoem nie¹¹⁴² en werklike historiese diskriminasie kan nie as vereiste uit die EEA se bewoording afgelei word nie.¹¹⁴³ Dit beperk die grondwetlike bepaling op twee belangrike wyses.¹¹⁴⁴ Die EEA omskryf regstellende aksie-maatreëls as maatreëls wat gelyke werksgeleentheid en billike verteenwoordiging van toepaslik gekwalifiseerde persone uit aangewese groepe moet verseker.¹¹⁴⁵ In effek moet 'n regstellende aksie kandidaat dan aan twee vereistes voldoen: hulle moet lid wees van 'n aangewese groep, sowel as toepaslik

¹¹³⁸ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 267. Dit is belangrik om daarop te let dat die strekking van die gelykheidsklousule nie beperk is tot Suid-Afrikaanse burgers nie. Die gelykheidsklousule is dus van toepassing op almal. 'n Persoon uit 'n voorheen benadeelde groep, wat nie 'n Suid-Afrikaanse burger is nie, kan dus in beginsel (onderhewig aan voldoening aan die vereistes van immigrasie wetgewing) voordeel trek uit regstellende aksie-maatreëls soos in a 9(2) beoog.

¹¹³⁹ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 266–267.

¹¹⁴⁰ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 267 vt 87.

¹¹⁴¹ Dit is dieselfde interpretasie as wat die arbiter in *Durban City Council (Electricity Department) v SAMWU* 1995 (4) ARB 6.9.23. aangeneem het. Die arbiter het gesteun op die “utilitarian argument that it would be impossible to implement affirmative action if each and every applicant had to go through a test as to whether he as an individual had been disadvantaged by past practices.” Pretorius “Legal evaluation of affirmative action in South Africa” 2001 (26) TRW (2001) 12 25–26.

¹¹⁴² Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 285.

¹¹⁴³ McGregor 2002 (14) SA Merc LJ 178.

¹¹⁴⁴ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 285.

¹¹⁴⁵ Artikel 15 van die EEA.

gekwalfiseerd wees.¹¹⁴⁶ ‘n Persoon word ingevolge a 20 van die EEA as toepaslik gekwalfiseerd beskou wanneer hy of sy beskik oor formele kwalifikasies, voorafgaande onderrig, relevante ervaring of die kapasiteit om binne ‘n redelike tyd die vaardigheid te ontwikkel om die werk te verrig. Kritiek teen die EEA is juis die feit dat dit aanvaar dat alle persone wat tot ‘n aangewese groep behoort benadeel is.¹¹⁴⁷ Pretorius en Dupper het al daarop gewys dat regstellende aksie weens die rede as “over-inclusive” beskou kan word.¹¹⁴⁸ Dupper verduidelik verder dat ‘n substantiewe benadering tot gelykheid – soos in Suid-Afrika – eerder die klem op die groep as die individu plaas.¹¹⁴⁹

[T]he substantive approach is sensitive to the fact that a person’s race and gender to a large extent determines his or her opportunities in life. This holds especially true in a country like South Africa. It is encouraging to note that the notion of ‘individual disadvantage’ as a prerequisite for affirmative action has received scant judicial [*George*¹¹⁵⁰] or arbitral support.¹¹⁵¹

In *Stoman*¹¹⁵² het Van der Westhuizen R verklaar dat dit onwaarskynlik is dat dit die wetgewer se bedoeling was om die ontwerp van grondwetlike maatreëls (in ooreenstemming met a 9(2)) te bevorder, ten einde voorheen benadeelde persone of kategorie persone te beskerm en te bevorder, onderhewig aan die spesifieke individuele omstandighede van elke individu en geval.¹¹⁵³ Volgens die hof val die fokus eerder op die groep of kategorie waartoe ‘n besondere individu behoort en nie die individu self nie.¹¹⁵⁴

¹¹⁴⁶ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 286.

¹¹⁴⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 286.

¹¹⁴⁸ Pretorius 2001 (26) *TRW* 25; Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 286.

¹¹⁴⁹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 286.

¹¹⁵⁰ *Supra* nota 943.

¹¹⁵¹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 286.

¹¹⁵² *Supra* nota 487. Die applikant het die besluit, om hom nie te bevorder tot die rang van superintendent nie, op hersiening geneem. Die applikant was op die kortlys, het die hoogste punte behaal en is deur die keurkomitee aanbeveel. Die vierde respondent (‘n swart polisieman), is egter aangestel. Die applikant het aangevoer dat daar, strydig met a 9(3) van die Grondwet, onbillik teen hom gediskrimineer is. Hy het aangevoer dat hy die geskikste kandidaat was en dat die vierde respondent slegs aangestel is omdat hy die geskikste swart kandidaat was. Na deeglike oorweging het die hof bevind dat die applikant nie ‘n saak daargestel het wat die tersydestelling van die vierde respondent se aanstelling regverdig het nie.

¹¹⁵³ *Stoman supra* nota 487 1035.

¹¹⁵⁴ *Stoman supra* nota 487 1035. In *Dudley* (*supra* nota 831) het Tipp WR, met verwysing na *Stoman* (*supra* nota 487) verklaar dat “[t]he collective nature of affirmative action and the absence of an

5 'N PRIORITEITSLYS VAN BEVOORDEELDES

Oud-president Mandela het in Oktober 1991 Suid-Afrika se regstellende aksie droom goed bewoord:

The primary aim of affirmative action must be to redress the imbalances ... We are not asking for hand-outs for anyone ... Nor ... is it our aim to do away with qualifications. What we are against is not the upholding of standards as such but the sustaining of barriers to the attainment of standards; the special measures that we envisage to overcome the legacy of past discrimination are not intended to ensure the advancement of unqualified persons, but to see to it that those who have been denied access to qualifications in the past can become qualified now, and those who have been qualified all along but overlooked because of past discrimination, are at last given their due. The ... point to be made is that affirmative action must be rooted in principles of justice and equality.¹¹⁵⁵

Die EEA het hierdie ideaal opgedis as 'n realiseerbare droom. Alle voorheen benadeelde persone se gelykheidsdroom is moontlik nie ewe maklik realiseerbaar nie. Twee situasies kan nou in die EEA se konteks voorkom waar persone uit aangewese groepe met mekaar kompeteer vir dieselfde werk. Eerstens kan persone vanuit dieselfde aangewese groep teen mekaar te staan kom. Die ander geval is waar lede uit die verskillende aangewese groepe met mekaar in kompetisie staan.

Wat die eerste geval betref het die hof in *IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council*¹¹⁵⁶ verklaar dat meriete en ondervinding die deurslaggewende oorwegings moet wees.¹¹⁵⁷ Die gevolgtrekking is dan dat die suksesvolle kandidaat die beste uit sy of haar voorheen benadeelde groep moet wees.¹¹⁵⁸

Die tweede situasie is meer kompleks van aard. Hier is die area van onsekerheid geleë binne die moontlikheid van 'n tipe hiërargie of prioriteitslys binne die EEA se aangewese groepe self. 'n Bespreking van hierdie situasie is belangrik weens die feit

independant individual right to claim an appointment is a well-recognised one.” Sien *Dudley* supra nota 831 par 69.

¹¹⁵⁵ GK No 18481, 1 Desember 1997, 5.

¹¹⁵⁶ Supra nota 1008. Die feit dat daar geen regstellende aksie-plan geïmplementeer is in terme van 'n kollektiewe ooreenkoms nie, het die respondent se saak in casu gekelder.

¹¹⁵⁷ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹¹⁵⁸ *Greater Louis Trichardt Transitional Local Council* supra nota 1008 1129.

dat werkgewers soms die aanstelling van blanke vroue as 'n maklike uitweg beskou. Werkgewers stel soms eerder blanke vroue aan om die skyn van regstellende aksie voor te hou, aangesien blanke vroue in die verlede diskriminasie verduur het en in een van die aangewese groepe val. Daar word egter nie in ag geneem dat blanke vroue onder minder diskriminasie gebuk gegaan het as hul swart eweknieë nie. Die belangrike vraag hier is dus of werkgewers in die toepassing van regstellende aksie, kandidate vanuit verskillende aangewese groepe teen mekaar kan opweeg, volgens hul historiese graad van benadeling, wanneer 'n aanstelling gemaak moet word. Anders gestel is die vraag of daar bepaal kan word of een groep meer benadeling en diskriminasie ervaar het as 'n ander? Heel voorspelbaar gee die kwessie aanleiding tot hewige debatte en uiteenlopende opinies.

'n Algemene reaksie is dat dit onbillik is dat persone wat reeds in die verlede ongelyk behandel is steeds daardie ongelykheid in die toekoms moet verduur.¹¹⁵⁹ Gevolglik hou Govender voor dat regstellende aksie-maatreëls wat meebring dat lede uit die aangewese groepe nou weer diskriminasie moet verduur (ongegag die diskriminasie van die verlede) volgens 'n strengere benadering as normaalweg deur die howe beoordeel moet word.¹¹⁶⁰

Die howe se benadering tot die moontlikheid dat daar tussen aangewese groepe onderskei mag word volgens hul historiese graad van benadeling, kan afgelei word uit 'n aantal sake, waarvan die belangrikste *Motala v University of Natal*¹¹⁶¹ en *Fourie v Provincial Commissioner, SAPS (North West Province)* is.¹¹⁶²

In *Motala*¹¹⁶³ het dit gehandel oor die feit dat die universiteit gevind het dat toelating van studente tot die mediese fakulteit op grond van meriete sou meebring dat meer Indiër as swart studente toelating sou verkry.¹¹⁶⁴ Gevolglik het die mediese skool besluit om slegs 40 Indiër studente tot die program toe te laat.¹¹⁶⁵ Die Indiër gemeenskap het vervolgens geargumenteer dat die Indiërgemeenskap ook deur

¹¹⁵⁹ Govender "Equality – The South African Perspective" 25–26.

¹¹⁶⁰ Govender "Equality – The South African Perspective" 25.

¹¹⁶¹ [1995] 3 BCLR 374 (D).

¹¹⁶² [2004] 9 BLLR 895 (LC).

¹¹⁶³ Supra nota 1161.

¹¹⁶⁴ Govender "Equality – The South African Perspective" 26.

¹¹⁶⁵ Govender "Equality – The South African Perspective" 26.

apartheid benadeel is en dat die toelatingsbeleid daarom onbillik teen daardie studente diskrimineer.¹¹⁶⁶ Die hof het ‘n baie duidelik posisie ingeneem:

“The court held that the admission policy adopted by the medical school was a measure designed to achieve the adequate protection and advancement of a group disadvantaged by unfair discrimination.”¹¹⁶⁷

Die hof het geensins ontken dat die apartheidsstelsel ook teen die Indiërgemeenskap gediskrimineer het nie.¹¹⁶⁸ Tog verduidelik *Hurt R*¹¹⁶⁹ dat die getuienis daarop dui dat die graad van benadeling (onder die vorige opvoedkundige “four tier” stelsel) by swart studente groter was.¹¹⁷⁰ Die saak skep die idee dat dit, in die strewe na ware gelykheid, regmatig is om regstellende aksie-programme toe te pas in proporsie met die nadeel wat deur ‘n spesifieke groep ervaar is tydens die apartheidsera.¹¹⁷¹

Alhoewel hierdie saak nie gehandel het oor aangewese groepe in die werkplek nie, sal ‘n soortgelyke benadering as die hof in *Motala*¹¹⁷² dit vir werkgewers moontlik maak om te verklaar dat alle aangewese groepe deur middel van hul regstellende aksie-programme in die gelykheidspastei kan deel, maar dat swart mans byvoorbeeld ‘n groter hap daaruit mag neem as blanke vroue.

Daar is wel al deur akademici aangevoer dat die graad van ‘n aangewese groep se benadeling wel ‘n belangrike en selfs deurslaggewende oorweging kan wees solank as wat ‘n beleid wat so ‘n benadering inkorporeer redelik is.¹¹⁷³

Die vereiste van redelikheid sou in ‘n *Motala*-geval ‘n verduideliking noodsaak van hoe daar op ‘n getal van 40 Indiër studente besluit is en hoe rigied daar by daardie beperking gehou word. Daar sal ook oorweging geskenk moet word aan die sosio-ekonomiese agtergrond van studente en die demografie van die area waar die mediese skool geleë is.¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁶ Govender “Equality – The South African Perspective” 26.

¹¹⁶⁷ Govender “Equality – The South African Perspective” 26.

¹¹⁶⁸ Govender “Equality – The South African Perspective” 26.

¹¹⁶⁹ *Motala* supra nota 1161 383.

¹¹⁷⁰ Govender “Equality – The South African Perspective” 26.

¹¹⁷¹ Govender “Equality – The South African Perspective” 26.

¹¹⁷² Supra nota 1161.

¹¹⁷³ Govender “Equality – The South African Perspective” 25–26.

¹¹⁷⁴ Govender “Equality – The South African Perspective” 26–27.

Govender kritiseer die *Motala*-uitspraak¹¹⁷⁵ aangesien dit juis ‘n geval was waar die die hof oortuig moes wees van die redelikheid van die program.¹¹⁷⁶ Hurt R het egter die ter sprake regstellende aksie-program blindelings aanvaar op grond van die feit dat een groep studente van ‘n ras was wat in die verlede meer benadeel is as die ander, sonder enige verdere oorweging na die redelikheid daarvan.¹¹⁷⁷ In beginsel wil dit tog voorkom asof so ‘n benadering, indien redelik, wel aanvaarbaar sal wees.

Alhoewel Govender se kritiek nie ongegrond is nie, is daar moontlik ruimte om te kan argumenteer dat sy vereiste van ‘n redelike verduideliking nie streng genoeg is om diskriminasie tussen aangewese groepe te regverdig nie.¹¹⁷⁸ Govender se gepropageerde strenger benadering sal dalk noodsaak dat die belange van die partye (of groepe) in die omstandighede van elke saak teen mekaar opgeweeg moet word – nadat daar reeds vasgestel is of ‘n rasonele verband tussen maatreël en oogmerksuitkoms bestaan.

Die vraag of ‘n werkgewer op ‘n regmatige wyse kan differensieer tussen lede van aangewese groepe by wyse van ‘n regstellende aksie-benadering het weer in die KVBA saak, *Public Association – Gerhard Koorts v Free State Provincial Administration*,¹¹⁷⁹ ter sprake gekom.¹¹⁸⁰ Die applikant het saam met ‘n aantal ander kandidate aansoek gedoen vir ‘n pos wat neergekom het op ‘n bevordering.¹¹⁸¹ Daar was twee onderhoudsfases waarna die beste kandidaat (die applikant) aanbeveel is. Die applikant is egter nie aangestel nie.¹¹⁸² ‘n Ander kandidaat, wat wel aan die vereistes voldoen het, is op grond van regstellende aksie aangestel.¹¹⁸³ Daar is aangevoer dat die applikant – ‘n blanke vrou – ook geregtig moet wees om voordeel te trek uit regstellende aksie.¹¹⁸⁴ Die werkgewer het weer voorgehou dat dit ‘n transformerende regstellende aksie-program implementeer en dat swart persone (histories gesproke)

¹¹⁷⁵ Supra nota 1161.

¹¹⁷⁶ Govender “Equality – The South African Perspective” 26–27.

¹¹⁷⁷ Govender “Equality – The South African Perspective” 27.

¹¹⁷⁸ Govender self erken dat ‘n strenger benadering (as in normale gevalle) vereis moet word.

Normaalweg sal daar ‘n rasonele verband tussen die maatreël en die oogmerk aanwesig moet wees.

Daar word dus ‘n rede vereis wat ander sal oortuig “that the means justifies the end”. ‘n Strenger benadering sal verder as dit moet gaan ten einde diskriminasie deur die toepassing van ‘n regstellende aksie-beleid te regverdig. Govender “Equality – The South African Perspective” 27.

¹¹⁷⁹ FS 3715 CCMA 21 May 1998 (ongerapporteer) soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 288.

¹¹⁸⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 288.

¹¹⁸¹ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1426.

¹¹⁸² Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1426.

¹¹⁸³ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1426.

¹¹⁸⁴ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 288.

meer benadeel is as blanke vroue.¹¹⁸⁵ Die kommissaris het die werkgewer se argument aanvaar en verklaar:

While there is no doubt that white women have been discriminated against, it would be fair to say that it is not nearly to the same extent as experienced by blacks in South Africa.¹¹⁸⁶

In 2000 het die regstellende aksie-beleid wat in *McInnes*¹¹⁸⁷ ter sprake was (en ook gehandel het vanuit die veronderstelling dat daar grade van benadeling tussen aangewese groepe onderling is) judisiële hersiening oorleef.¹¹⁸⁸ Die eerste paragraaf van die Technikon se beleid lees soos volg:

The Technicon defines affirmative action as the upliftment and advancement of all previously disadvantaged communities by seeking to redress the imbalances of the past. The first disadvantaged community to be considered at Technicon Natal is the African community (indigenous people who were here before European colonization). Other disadvantaged communities include, amongst others, Indians, coloureds, women and disabled people.¹¹⁸⁹

Dupper verduidelik dat die beleid in effek impliseer dat die werkgewer se eerste prioriteit die bevordering van daardie groepe was wat onder apartheid gelyk het en in die betrokke gebied was dit die swart gemeenskap.¹¹⁹⁰ *McInnes* het wel steeds die saak gewen aangesien die hof bevind het dat die goed geformuleerde regstellende aksie-beleid nie geïmplementeer is nie.

In *Biggs v Rand Water*¹¹⁹¹ is die applikant se pos¹¹⁹² geadverteer as 'n permanente pos. Sy het aansoek gedoen, maar 'n swart vrou van 'n ander departement is aangestel. Hierdie was dus 'n geval waar 'n swart vroulike werknemer, wat reeds 'n werk gehad het, 'n pos toegeken is ten koste van 'n ander werknemer. Die werkgewer het geen skriftelike billike indiensnemingsbeleid gehad wat die diskriminasie tussen 'n swart en 'n blanke vrou kon regverdig nie. Daar was wel 'n regstellende aksie-

¹¹⁸⁵ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 288.

¹¹⁸⁶ Soos aangehaal in Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1426.

¹¹⁸⁷ Supra nota 1112.

¹¹⁸⁸ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 288.

¹¹⁸⁹ *McInnes* supra nota 1112 1148 soos aangehaal in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹¹⁹⁰ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹¹⁹¹ 2003 (24) *ILJ* 1957 (LC).

¹¹⁹² Haar kontrak is voorheen van tyd tot tyd hernu.

beleid in plek wat van toepassing was op alle vroue.¹¹⁹³ Die hof het verder oorweging geskenk aan die algemene bestuurder se getuienis, aangesien hy die finale besluit rakende die aanstelling moes neem. Hy het besluit om Me Mahlala aan te stel, ten spyte van die feit dat die komitee wat die onderhoude gevoer het verklaar het dat die applikant aangestel moes word:

[He] says [that] he was obliged to take into account ... the following sequential racial preference:

- 1 Black females
- 2 Black males
- 3 Indians
- 4 Coloureds
- 5 People with disabilities
- 6 White females.¹¹⁹⁴

Dit is opvallend dat blanke mans klaarblyklik hiervolgens geen kans sou staan op 'n geslaagde werksaansoek nie.¹¹⁹⁵ Die bestuurder het verduidelik dat die demografie aangedui het dat daar reeds te veel blanke vroue aangestel is.¹¹⁹⁶ Twee ander bestuurders was egter verantwoordelik vir die implementering van die respondent se regstellende aksie-plan en hulle was ook lede van die genoemde komitee.¹¹⁹⁷

[The general manager] overruled the interviewing panel's recommendation ... without even meeting [the applicant] ... or Ms Mahlala or the other candidates and without weighing up various other factors. Important considerations were the candidates' qualifications and experience. The fact that the applicant would become unemployed due to his decision and Ms Mahlala already had a position with the respondent when she applied, should also have been considered.¹¹⁹⁸

¹¹⁹³ *Biggs* supra nota 1191 1959.

¹¹⁹⁴ *Biggs* supra nota 1191 1960.

¹¹⁹⁵ *Biggs* supra nota 1191 1960.

¹¹⁹⁶ *Biggs* supra nota 1191 1960.

¹¹⁹⁷ *Biggs* supra nota 1191 1960.

¹¹⁹⁸ *Biggs* supra nota 1191 1960.

Die hof was daarom oortuig dat daar – sonder ‘n regverdige proses of onderliggende beleid¹¹⁹⁹ – op grond van ras teen die applikant gediskrimineer is.¹²⁰⁰ Die regter se beklemtoning van die feit dat die respondent nie in ‘n beleid spesifiek voorsiening gemaak het vir die moontlikheid om (op grond van ras) tussen werknemers uit aangewese groepe te diskrimineer nie, dui daarop dat ‘n skriftelik geïnkorporeerde “sequential racial preference”¹²⁰¹ in ‘n regstellende aksie-beleid moontlik nie as onbillik beskou sal word nie.

Alle aanduidings wys daarop dat howe nie sommer in ‘n werkgewer se regstellende aksie-plan sal inmeng nie, selfs al voorsien die werkgewer se beleid¹²⁰² vir sekere grade of kategorieë van benadeling.¹²⁰³ Hierdie benadering van die hof kom duidelik te voorskyn in *McInnes*¹²⁰⁴ waar daar verklaar is:

This court should obviously be loath to second-guess the manner in which an internal policy ... is implemented by those charged in the first instance with doing so.¹²⁰⁵

Uit Landman P se uitspraak in *George*¹²⁰⁶ kom dit ook duidelik na vore dat ‘n maatskappy se interne prosedure ‘n belangrike rol kan speel wanneer daar gekyk word na die toepassing van regstellende aksie.

Akademici het wel verskillende opinies oor wat die korrekte benadering moet wees. In sommige gevalle, soos Du Toit uitwys, kan dit gebeur dat die relatiewe verskil in benadeling duidelik blyk,¹²⁰⁷ terwyl dit weer in ander gevalle moeilik kan wees om kompeterende eise van lede van aangewese groepe¹²⁰⁸ se benadeling teen mekaar op te weeg.¹²⁰⁹ Du Toit se oplossing is dat verteenwoordiging eerder (in plek van die graad van benadeling) as toets in sulke gevalle aangewend word.¹²¹⁰ Die benadering

¹¹⁹⁹ Anders gestel, sonder Govender se vereiste element van redelikheid.

¹²⁰⁰ *Biggs* supra nota 1191 1961.

¹²⁰¹ Gesien Suid-Afrika se behoefte aan ras gebaseerde transformasie en oogmerke en doelwitte van die EEA wat volgens Revelas R as algemeen bekend beskou word. Sien *Biggs* supra nota 1191 1960–1961.

¹²⁰² Volgens *Biggs* (supra nota 1191) sal die plan uitdruklik vir die inagneming van sulke grade/kategorieë voorsiening moet maak.

¹²⁰³ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 290.

¹²⁰⁴ Supra nota 1112.

¹²⁰⁵ *McInnes* supra nota 1112 1150.

¹²⁰⁶ Supra nota 943.

¹²⁰⁷ Bv. waar daar (soos in *Biggs* supra nota 1191) waar daar ‘n blanke en ‘n swart vrou betrokke is.

¹²⁰⁸ Bv. ‘n situasie waar daar ‘n Indiër vrou en ‘n swart man is (soos die geval in *Motala* supra nota 1161).

¹²⁰⁹ Du Toit soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹²¹⁰ Du Toit soos na verwys in Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

van Du Toit is versoenbaar met die oogmerk van die EEA, aangesien ‘genoegsame verteenwoordiging’ volgens a 15(1) ‘n integrale deel van regstellende aksie uitmaak.¹²¹¹ Daarmee saam is dit belangrik dat:

[T]he degree to which persons of particular racial or gender groups are under represented in a particular occupational category or level within a workplace should determine the appropriateness of affirmative action in respect of applications from particular groups.¹²¹²

Volgens Dupper is dit juis die benadering wat *Motala*¹²¹³ in effek aanvaar het.¹²¹⁴ In *Durban Metropolitan Council and SAMWU obo Lootzy*¹²¹⁵ het die arbiter die aanstelling van ‘n swart kandidaat in plaas van ‘n beter gekwalifiseerde kleurling kandidaat laat staan omdat dit in ooreenstemming was met die werkgewer se regstellende aksie-beleid.¹²¹⁶ Die beleid was daarop ingestel om die demografiese samestelling van die werkplek in verhouding te bring met die demografiese samestelling van die metropolitaanse gebied.¹²¹⁷ Die kwessie van verteenwoordiging (soos deur Du Toit beskou) tesame met die feit dat die swart kandidaat toepaslik gekwalifiseerd¹²¹⁸ was, het die arbiter oortuig dat die werkgewer die regte besluit geneem het.¹²¹⁹

Rycroft wys daarop dat ‘n redenasie wat ‘n rangorde onder aangewese groepe regverdig aangeval kan word op grond daarvan dat die tipe diskriminasie verskil wanneer ras of geslagsdiskriminasie ter sprake is.¹²²⁰ Om uiteindelik dan die strekking van die diskriminasie wat deur die betrokke aangewese groepe ervaar is, te meet, is daarom soms ‘n moeilike en selfs onmoontlike taak.¹²²¹

¹²¹¹ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹²¹² Hierdie is in beginsel die benadering wat die hof in *Motala* (supra nota 1161) aanvaar het. Sien Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289.

¹²¹³ Supra nota 1161.

¹²¹⁴ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 289 vt 94.

¹²¹⁵ 1998 (7) ARB 6.9.5.

¹²¹⁶ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 6–7.

¹²¹⁷ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 7.

¹²¹⁸ Daar was ‘n skrale punteverskil tussen die twee kandidate.

¹²¹⁹ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 7.

¹²²⁰ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1411, 1426.

¹²²¹ Rycroft 1999 (20) *ILJ* 1426.

Daar word deur Colker geargumenteer dat verskillende vorme van diskriminasie binne verskillende raamwerke beskou moet word.¹²²² ‘n Benadering wat dus geskik is vir rasgebaseerde diskriminasie sal moontlik onvanpas wees by geslagsdiskriminasie.¹²²³ Colker se argument kom dan daarop neer dat ‘n hof binne die konteks van ‘n bepaalde situasie kyk na die substantiewe reg wat deur ‘n besondere tipe diskriminasie geskend word:¹²²⁴

[This] would ensure that a court would be “more sensitive” to the importance of the substantive right that was being infringed.¹²²⁵

Tog wil dit steeds voorkom asof regstellende aksie ten gunste van voorheen benadeelde groepe nie in werking beperk is tot die bevordering van billike verteenwoordiging tussen aangewese en nie aangewese persone nie.¹²²⁶

Met die koms van die *Fourie*-uitspraak¹²²⁷ wil dit nou ook voorkom asof die oorweging en die opweging van aangewese groepe se onderlinge grade van benadeling ‘n gevestigde praktyk geword het. *Fourie*¹²²⁸ is veral belangrik aangesien dit, anders as *Motala*,¹²²⁹ op regstellende aksie in die werkplek fokus. Hier was dit ‘n geval waar ‘n blanke vrou onsuksesvol was in haar aansoek om bevordering tot kaptein in die SAPD.¹²³⁰ Die pos is toegeken aan een van haar swart manlike kollegas.¹²³¹ Ongelukkig het die applikant haar aansoek in casu beperk tot direkte diskriminasie op grond van haar ras, so gelagsdiskriminasie is nie in hierdie saak oorweeg nie.¹²³² Die respondent het erken dat daar teen die applikant gediskrimineer is. Dit was dus daarom die taak van die respondent om te wys dat die diskriminasie billik was.¹²³³

Daar is in die saak verwys na die feit dat die Fochville polisiestasie histories gesproke ‘n blanke polisiestasie is.¹²³⁴ Verder is daar ook aangevoer dat “the white bastions of

¹²²² Davis *Equality and Equal Protection* 209.

¹²²³ Colker soos na verwys in Davis *Equality and Equal Protection* 209.

¹²²⁴ Davis *Equality and Equal Protection* 209.

¹²²⁵ Davis *Equality and Equal Protection* 209.

¹²²⁶ Du Toit “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?” 7.

¹²²⁷ Supra nota 1162.

¹²²⁸ Supra nota 1162.

¹²²⁹ Supra nota 1161.

¹²³⁰ *Fourie* supra nota 1162 896.

¹²³¹ *Fourie* supra nota 1162 896.

¹²³² *Fourie* supra nota 1162 896.

¹²³³ Die diskriminasie moes dus in lyn gewees het met die oogmerke van die EEA.

¹²³⁴ *Fourie* supra nota 1162 909.

privilege would have been perpetuated by such an appointment.”¹²³⁵ Die regter het verwys na *Motala*¹²³⁶ en bevind dat swart persone in besonder gebuk gegaan het onder diskriminasie tydens die apartheids-era.¹²³⁷ Volgens die regter was die oogmerk nie om die applikant as individu te straf nie, maar om die verteenwoordiging van haar groep in die werkplek te verminder, aangesien hulle voordeel getrek het uit die onbillike diskriminasie teen ander in die verlede.¹²³⁸

Die benadering wat howe in sulke gevalle moet volg word dan duidelik in Francis R se uitspraak uiteengesit:

A court dealing with issues of discrimination in the workplace must take cognisance of the history of our country, the imbalances of the past, the fact that the apartheid system was designed to protect white people, that Black employees and in particular African employees suffered the brunt of discrimination and the purpose and objects of the EEA. It cannot consider the matter in a vacuum.¹²³⁹

In *Fourie*¹²⁴⁰ het die hof gevolglik bevind dat die aanstelling van ‘n swart man in die omstandighede rasioneel, billik en regverdig was.¹²⁴¹

Cooper hou voor dat Suid-Afrikaanse howe in hul benadering selfs so ver gaan as om ‘n onderskeid tussen groepe binne ‘n spesifieke aangewese groep self aanvaarbaar te vind, solank as wat so ‘n beleid gesteun word deur ‘n kollektiewe ooreenkoms of ‘n spesifieke billikheidsplan.¹²⁴²

Dit wil aanvanklik voorkom asof die EEA nie uitdruklik voorsiening maak vir die howe se benadering tot die implementering van regstellende aksie nie, aangesien dit oorweging skenk aan grade van benadeling wat die daarstel van ‘n redelike prioriteitslys van bevoordeeldes kan regverdig. Tog kan daar geargumenteer word dat so ‘n benadering geïmpliseer word in die bewoording van a 42(a)¹²⁴³ wat die kriteria

¹²³⁵ *Fourie* supra nota 1162 909.

¹²³⁶ Supra nota 1161.

¹²³⁷ *Fourie* supra nota 1162 911–912.

¹²³⁸ *Fourie* supra nota 1162 912.

¹²³⁹ *Fourie* supra nota 1162 912.

¹²⁴⁰ Supra nota 1162.

¹²⁴¹ *Fourie* supra nota 1162 913.

¹²⁴² Cooper 2004 (25) *ILJ* 834.

¹²⁴³ “The extent to which suitably qualified people from and *amongst* the different *designated groups* are equitably represented within the occupational category and level in that employer’s workforce in

daarstel waarvolgens voldoening aan die EEA beoordeel word.¹²⁴⁴ Die artikel verwys spesifiek na:

The extent to which suitably qualified people from and *amongst the different designated groups* are equitably represented ...¹²⁴⁵ [eie beklemtoning]

Artikel 42(a) se kriteria verseker moontlik ook dat die differensiasie tussen aangewese groepe onderling nie veroorsaak dat swart mans en swart vroue altyd boaan 'n prioriteitslys geplaas word nie. Wanneer daar in ag geneem word of die onderskeie aangewese groepe billike verteenwoordiging in 'n werkplek geniet vereis a 42(a) ook dat die demografiese profiel van die ekonomies aktiewe bevolking op nasionale en plaaslike vlak,¹²⁴⁶ tesame met die aantal persone vanuit aangewese groepe wat toepaslik gekwalifiseer vir die beskikbare werk, in ag geneem word.¹²⁴⁷ Die aard van die werk is dus ook 'n belangrike oorweging .

Die konsep van 'n prioriteitslys van bevoorreedes is daarom in beginsel aanvaarbaar, weens die handhawing van 'n element van billikheid by wyse van die a 42(a) oorwegings. Daar is daarom hoop dat die hof sal ag slaan op die kritiek en voorstelle van akademici, sowel as die samestelling en bewoording van a 42(a), om 'n billike goue middeweg te vind vir alle aangewese groepe in die toepassing van regstellende aksie.

6 DIE AFDWINGING VAN REGSTELLENDEN AKSIE

Hoofstuk V van die EEA, getiteld "Monitoring, Enforcement and Legal Proceedings" bevat ook seker bepalings wat beoog om werkgewers sover te kry om aan hoofstuk III se regstellende aksie bepalings gehoor te gee.

So maak a 36 voorsiening vir die moontlikheid dat 'n arbeidsinspekteur 'n skriftelike onderneming van 'n aangewese werkgewer kan aanvra om, binne 'n sekere tyd, aan

relation to the ... *demographic profile* of the national and regional economically active population ..."
[eie beklemtoning].

¹²⁴⁴ Du Toit "When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?" 7.

¹²⁴⁵ Artikel 42(a) van die EEA. Sien supra nota 532.

¹²⁴⁶ Artikel 42(a)(i) van die EEA. Sien supra nota 532.

¹²⁴⁷ Artikel 42(a)(ii) en (v) van die EEA. Sien supra nota 532.

enige bepaling van hoofstuk III te voldoen.¹²⁴⁸ Artikel 37(1) bepaal verder dat die arbeidsinspekteur ‘n voldoeningsbevel kan uitreik:

A labour inspector may issue a compliance order to a designated employer if that employer has –

- (a) refused to give a written undertaking in terms of section 36, when requested to do so; or
- (b) failed to comply with a written undertaking given in terms of section 36.

Die arbeidsinspekteur moet die bevel aan die werkgewer beteken.¹²⁴⁹ Artikel 37(6) voorsien dat:

[I]f a designated employer does not comply with an order within the period stated in it, or does not object to that order in terms of section 39, the Director-General may apply to the Labour Court to make the compliance order and order of the Labour Court.

Ingevolge a 43(1) is die direkteur-generaal van die Departement van Arbeid by magte om uit eie beweging ondersoek in te stel na ‘n werkgewer se voldoening aan die EEA.¹²⁵⁰ Die EEA maak dus voorsiening vir ‘n evaluering van die stappe wat ‘n werkgewer in die werkplek geneem het ten einde diskriminasie uit te skakel, sowel as die wyse waarop regstellende aksie-maatreëls in die werkplek geïmplementeer word.¹²⁵¹ Na die ondersoek kan die direkteur-generaal die werkgewer se billike indiensnemingsplan goedkeur¹²⁵² of skriftelik voorstelle maak (onderhewig aan ‘n gespesifiseerde voldoeningstydperk).¹²⁵³ Enige late aan die kant van die werkgewer om te voldoen aan die direkteur-generaal se versoek om inligting, versoek om ‘n vergadering of voorstelle mag na die Arbeidshof verwys word.¹²⁵⁴

Die EEA volg ‘n holistiese benadering ten einde te bepaal of ‘n werkgewer aan die bepalings van die wet voldoen.¹²⁵⁵ Daarom kan die direkteur-generaal a 42(a)¹²⁵⁶ se

¹²⁴⁸ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–26.

¹²⁴⁹ Artikel 37(3) van die EEA.

¹²⁵⁰ Cooper 2004 (25) *ILJ* 836–837; Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–27.

¹²⁵¹ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–27.

¹²⁵² Artikel 44(a) van die EEA.

¹²⁵³ Artikel 44(b) van die EEA.

¹²⁵⁴ Artikel 45 van die EEA.

¹²⁵⁵ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–28.

¹²⁵⁶ *Supra* nota 532.

addisionele faktore saam met dié van a 15¹²⁵⁷ in ag neem, wanneer 'n aangewese werkgewer se regstellende aksie-maatreëls beoordeel word.¹²⁵⁸ Artikel 42(b) maak ook voorsiening daarvoor dat een aangewese werkgewer se implementering van sy plan teenoor ander werkgewers in soortgelyke omstandighede en binne dieselfde sektor vergelyk word. Verder word daar ondersoek ingestel of die werkgewer 'n redelike poging aangewend het om sy billike indiensnemingsplan te implementeer.¹²⁵⁹ Daar word egter nie van die aangewese werkgewer verwag om finansiële bronne uit te put of die ekonomiese gesondheid van die besigheid te kompromitteer nie.¹²⁶⁰ Ondersoek word ook ingestel na die mate waartoe 'n werkgewer vordering gemaak het met die verwydering van hindernisse in die werkplek wat 'n negatiewe impak op aangewese groepe in die werkplek het.

Soos reeds genoem maak a 53¹²⁶¹ van die EEA daarvoor voorsiening dat elke aangewese werkgewer wat 'n aanbod insit vir 'n staatskontrak moet aantoon dat daar aan die bepalings van hoofstukke II en III voldoen is.¹²⁶²

7 TER OPSOMMING

Volgens vroeër uitsprake sou 'n regstellende aksie-maatreël net geldig verklaar word indien dit deel uitgemaak het van 'n samehangende spesifiek ontwerpte plan of beleid.¹²⁶³ Gesien in die lig van die EEA se bepalings, moet hierdie vereiste nie meer as geldig beskou word nie.¹²⁶⁴

Wat die posisie van vroue in Suid-Afrika betref, wil dit voorkom asof hulle nie elk persoonlik nadeel hoef te toon om voordeel te put uit regstellende aksie nie, aangesien die substantiewe gelykheidsmodel groepsgebaseerd is en nie individuele karaktereenskappe beklemtoon (soos formele gelykheid en gelykheid van geleentheid) nie.¹²⁶⁵ Vroue van enige ras kan egter nie nou bloot asemskep en dink dat gelykheid en regstellende aksie-geleentheid hulle met ope arms tegemoet gaan

¹²⁵⁷ Supra in hoofstuk twee bespreek.

¹²⁵⁸ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–28.

¹²⁵⁹ Artikel 42(c) van die EEA.

¹²⁶⁰ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–28.

¹²⁶¹ Supra nota 545.

¹²⁶² Nie-aangewese werkgewers hoef slegs voldoening aan hoofstuk II se bepalings te toon. Sien supra nota 545.

¹²⁶³ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 292.

¹²⁶⁴ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 292.

¹²⁶⁵ Dupper 2002 (14) *SA Merc LJ* 292.

loop nie. 'n Prioriteitslys waarvolgens werkgewers aangewese persone kategoriseer, met inagneming van historiese diskriminasie teen hulle en die nasionale en plaaslike demografiese profiel van die ekonomies aktiewe bevolking, kan moontlik verhoed dat werkgewers misbruik maak van die sogenoemde 'soft option' van blanke vroue,¹²⁶⁶ indien hul historiese benadeling, die aard van die werk en die demografie nie daarop dui dat so 'n keuse billik sou wees nie. Ras bly sodoende in effek steeds bepalend by regstellende aksie aanstellings.

Volgens die howe se benadering wil dit dus voorkom asof dit werkgewers vry staan om ranglyste van aangewese groepe in hul regstellende aksie-plan uiteen te sit waarvolgens kandidate oorweeg moet word solank as wat die plan die EEA poog te bevorder en redelik in staat is om die wet se oogmerke 'n realiteit te maak in daardie spesifieke werkplek. Vroue se klassifikasie as 'n aangewese groep sal dus verseker dat hulle ingevolge die oogmerke van die EEA op 'n prioriteitslys verskyn, maar as ras ter sprake kom sal swart vroue eerste op so 'n lys verskyn terwyl blanke vroue onder aan die lys geplaas sal word.

Regstellende aksie is wel veronderstel om 'n tydelike maatreël te wees. Vroue en ander aangewese groepe kan dus nie verewig op regstellende aksie steun om hul pad deur die arbeidsmark te vergemaklik nie:

The *raison d'être* for any measure is a specified goal, which, in the case of affirmative action in the South African context, is the achievement of equality in the sense of equal and full enjoyment of all rights and freedoms. Once this goal is achieved, the rationale for the measure to achieve it falls away, in which case continued efforts in the interest of affirmative action may well be regarded as unfair discrimination.¹²⁶⁷

Daar kan ongelukkig nie met sekerheid vasgestel word wanneer of indien ooit ons samelewing daardie vlak van gelykheid sal bereik nie.¹²⁶⁸ Daarom is dit vir vroue (en die ander aangewese groepe) belangrik dat Suid-Afrikaanse howe en arbiters verseker dat die Grondwet en die EEA se substantiewe gelykheidsoogmerk nie weens die

¹²⁶⁶ Sommige werkgewers mag moontlik blanke vroue se status as lede van 'n aangewese groep probeer gebruik om hulself voor te doen as voorstanders van regstellende aksie.

¹²⁶⁷ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 292.

¹²⁶⁸ Dupper 2002 (14) SA Merc LJ 292.

meganiese afdwinging en kontrolering van bepalings uit die oog verloor word en slegs 'n skadu van die eens vurige volksvisie word nie.¹²⁶⁹

¹²⁶⁹ Dupper 2002 (14) SA *Merc LJ* 292.

HOOFSTUK VYF

‘N VERGELYKENDE PERSPEKTIEF OP REGSTELLENDEN AKSIE

1 INTERNASIONALE BEWUSWORDING

Die noodsaak van die bevegting van diskriminasie het eers op die internasionale voorgrond getree toe die impak van diskriminerende praktyke duidelik geïllustreer is in die naweë van die Tweede Wêreld Oorlog. Die *Universal Declaration of Human Rights* van 1948 het gevolglik in a 7 spesifieke aandag aan gelykheid geskenk:

All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.¹²⁷⁰

Selfs gegewe die internasionale bewuswording het lande steeds gesukkel om anti-diskriminasie beginsels individueel in hul reg te inkorporeer.¹²⁷¹ So is die VSA se anti-diskriminasie beginsel eers in 1964 by wyse van *Title VII*¹²⁷² van die *Civil Rights Act* in plek gestel. Die anti-diskriminasie beginsel is daarom nog ‘n redelike ‘onlangse’ verskynsel. Weens daardie rede is dit nie moeilik om te aanvaar dat die konsep van regstellende aksie nog nie ontwikkel het tot ‘n samehangende internasionale benadering ter bereiking van gelykheid nie.

In die aanspreek van diskriminasie (spesifiek geslagsdiskriminasie) was dit tog vir lande nodig om te midde van ‘n konsepsuele revolusie¹²⁷³ ook daarop te fokus om

¹²⁷⁰ Universal Declaration of Human Rights 1948 <http://www.un.org/Overview/rights.html> (2004/12/12).

¹²⁷¹ “In the 1960–66 legal proceedings between Ethiopia/Liberia and South Africa over the status of South West Africa (Namibia) it was argued that a customary rule of non-discrimination had been created by repeated [UN] General Assembly resolutions condemning apartheid and practices of racial discrimination ... In his separate opinion ... the South African ad hoc judge, Mr Justice J T van Wyk, rejected this argument, declaring that it ‘involved the novel proposition that the organs of the United Nations possessed some form of legislative competence whereby they could bind a dissenting minority’. Although there was support for Judge van Wyk’s view in 1966, today Judge Tanaka’s dissenting opinion in favour of the existence of a customary rule of non-discrimination generated by the political organs of the United Nations prevails.” Sien Dugard *International Law* 33.

¹²⁷² Dit verbied enige vorm van diskriminasie in die werkplek wat gebaseer is op ras, kleur, geloof, geslag of herkoms.

¹²⁷³ Soos blyk uit die verskillende benaderings tot gelykheid in hoofstuk drie.

woorde in daad te omskep.¹²⁷⁴ Mehrotra skets hierdie verandering as 'n beweging vanaf die konsep van gelykheid na 'n aksie-georiënteerde oogmerkrealisering.¹²⁷⁵

Hierdie beweging het reeds met die 1948 *Declaration of Human Rights* begin en was steeds teenwoordig in die 1995 *Beijing Platform for Action*.¹²⁷⁶ Binne daardie tyd het verskeie instrumente ontwikkel ten einde die posisie van vroue te verbeter. Die bewuswording van essensiële transformasie het die internasionale gemeenskap se klem op veral twee areas laat val. Eerstens het statistieke en dataversameling¹²⁷⁷ as 'n wapen¹²⁷⁸ in die stryd om gelykheid al hoe belangriker begin word.¹²⁷⁹ Data en statistieke wys volgens Mehrotra daarop dat die tweede wapen, nl. regstellende aksie, slegs daarin kan slaag om versteekte diskriminasie na vore te bring en aan te spreek as vroue ten minste 30%¹²⁸⁰ verteenwoordiging op alle besluitnemingsvlakke geniet:

ILO estimates indicate that without the use of catalysts such as affirmative action ... such proportional representation will on average take more than 375 years.¹²⁸¹

Die internasionale gemeenskap beskou egter nie almal die wapen van regstellende aksie in dieselfde lig nie. Regstellende aksie (soms genoem positiewe aksie) kan¹²⁸² in drie beweegrigtings verdeel word:

[The] first ... consists of measures intended to remedy the disadvantageous situations which are characteristic of women's presence in the labour market¹²⁸³ ... A second ... can be found in actions favouring the attainment of a certain balance between family and work responsibilities and a more

¹²⁷⁴ Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 2 <http://www.undp.org/rblac/gender.pdf> (2004/08/24).

¹²⁷⁵ Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 2.

¹²⁷⁶ Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 2.

¹²⁷⁷ In hoofstuk ses word statistieke juis aangewend om 'n breë oorsig te gee van regstellende aksie se impak tot op hede.

¹²⁷⁸ Ek beskou dit as 'n 'kennis wapen', want hoe meer inligting oor 'n sekere situasie of probleem area beskikbaar is hoe meer doeltreffend kan die uiteindelik oplossing wees. Dit kom neer op die beginsel van "knowledge is power".

¹²⁷⁹ Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 3.

¹²⁸⁰ Soos bepaal deur die *Beijing Platform of Action*. Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 3.

¹²⁸¹ Mehrotra "The International Gender Movement – From Concept to Action" 3. Daar moet daarop gelet word dat Mehrotra se bewoording daarop dui dat regstellende aksie slegs een moontlike maatregel is, maar nie noodwendig die enigste een om die verteenwoordiging van alle groepe in die arbeidsmark te bevorder nie.

¹²⁸² Behalwe vir die aanslagsverskille, soos deur Kanter geïdentifiseer en in hoofstuk twee bespreek.

¹²⁸³ Die oogmerk is hier om die onderliggende oorsake van vroue se "mindere" posisie in die arbeidsmark te elimineer deur tussenbeide te tree op veral 'n professionele oriënterings- en vakopleidingsvlak. Smit 1998 (3) *TSAR* 494 504.

efficient distribution of these responsibilities between the two sexes ... [The] third model is based on the idea that positive action should aim to make up for past discrimination. As a consequence, preferential treatment is prescribed in favour of certain categories of persons. This may take the form of quota systems or targets ...¹²⁸⁴

Die IAO se profesie van 375 jaar kan dalk verminder word as lande se onderskeie benaderings tot regstellende aksie van naderby beskou word. Die internasionale gemeenskap, en Suid-Afrika spesifiek, kan leer uit mekaar se foute en inspirasie put uit die ‘sukses’-verhale.¹²⁸⁵ Uit die staanspoor is dit al klaar insiggewend om daarop te let dat Duitsland en die Europese Unie hulself konstitusioneel daartoe verbind het om geslagsgebaseerde regstellende aksie ten minste te handhaaf.¹²⁸⁶ Aan die anderkant het die VSA geen uitdruklike voorafbepaalde verbondenheid tot sulke programme in hul grondwet of konstitusionele regspraak nie.¹²⁸⁷

2 EUROPA

2.1 Europese Unie

Die *European Council Directive* No 76/207¹²⁸⁸ se a 2(1) bepaal:

¹²⁸⁴ Smit 1998 (3) *TSAR* 504.

¹²⁸⁵ Die beginsel van sukses moet natuurlik beskou word binne die konteks van elke land se spesifieke omstandighede, sowel as die tydperk waarin die land al deel in die internasionale beskouing van daadwerklike aksie ter bevordering van gelykheid in plaas van verbale beloftes.

¹²⁸⁶ Totten “Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: A Comparative Approach” 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27.

¹²⁸⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27.

¹²⁸⁸ Hierna genoem die “Direktief”. Dit is in deur die *Equal Treatment (Amendment) Directive* (2002/73) gewysig sodat a 2 nou ‘n definisie van “sexual harassment” en “harassment” insluit. Sien “European Law” <http://www.eoc.org.uk> (2004/12/06). “The recent modification of Directive 76/207/EEC by Directive 2002/73/EC, adopted under the specific legal base of Article 141(3) EC which was introduced by the Amsterdam Treaty, also demonstrated that the legislator agreed that there is a real need to update the existing Directives (some of which are more than twenty years old). Directive 2002/73/EC takes into account the new developments in the Treaty (the legal means to implement the principle of equal treatment and work towards achieving equality between men and women was considerably enhanced after the Treaty of Amsterdam), the caselaw of the Court (which developed considerably the principle of equal treatment) and the adoption of other similar legislation (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC based on Article 13 EC). In this context, the legislation on equal treatment between men and women has been identified as a priority policy area for simplification, modernisation and improvement. The general aim of simplifying and improving the legislative environment is particularly relevant in the case of equal treatment legislation as individual men and women are directly affected by it and need to have their individual rights clearly set out.” Sien “Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in

[T]he principal of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status.

Artikel 2(4) skep weer 'n uitsondering op a 2(1) se formele gelykheidsaanslag tot gelyke behandeling:

This Directive shall be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women's opportunities.

Die Direktief plaas 'n verdere verpligting op lidlande om nasionale wetgewing te verorden wat geslagsdiskriminasie verbied op grond van die uiteengesette stipulasies.¹²⁸⁹

In *Kalanke v Bremen*¹²⁹⁰ het Eckhard Kalanke die hof genader met 'n klag dat Bremen se wetgewing omgekeerde diskriminasie aanmoedig, aangesien hy oorgeslaan is vir 'n bevordering ten gunste van 'n vrou. Die ECJ het verklaar dat nasionale reëls (soos die van Duitsland) wat aan vroue absolute en onvoorwaardelike voorkeur toestaan ten opsigte van aanstellings en bevorderings verder strek as die bevordering van gelyke geleentheid en die perke van die a 2(4) uitsondering oorskry:¹²⁹¹

Significantly, the ECJ viewed Article 2(3) as a derogation from the individual right contained in Article 2(1); therefore according to the ECJ, 2(4) should be interpreted narrowly ...¹²⁹²

Volgens die hof maak a 2(4) voorsiening vir die moontlikheid van nasionale maatreëls wat verband hou met toegang tot die werkplek (insluitende bevorderings) wat spesifieke voordeel aan vroue verleen om op gelyke voet met mans in die arbeidsmark te kompeteer en 'n beroep na te streef.¹²⁹³ Die ECJ erken in effek in *Kalanke*¹²⁹⁴ dat a 2(4) maatreëls toelaat wat diskriminerend voorkom, maar in werklikheid bedoel is om ware gevalle van ongelykheid te elimineer.¹²⁹⁵

matters of employment and occupation" *Explanatory Memorandum* 2004/0084 (COD) 2–3
http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0279en01.pdf (2004/12/13).

¹²⁸⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 30.

¹²⁹⁰ Supra nota 407.

¹²⁹¹ *Kalanke* supra nota 407 par 22; Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 30.

¹²⁹² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 30.

¹²⁹³ *Kalanke* supra nota 407 par 19; Smit 1998 (3) *TSAR* 506.

¹²⁹⁴ Supra nota 407.

¹²⁹⁵ *Kalanke* supra nota 407 par 18; Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* vt 17.

As ‘n inkorting op die individuele reg wat die Direktief daarstel, was die hof se gevoel dat a 2(4) eng geïnterpreteer moet word.¹²⁹⁶ Die hof het dit duidelik gestel dat ‘n absolute en onvoorwaardelike waarborg van voordeel aan vroue wat aanstellings of bevorderings betref daarom verder gaan as wat met die konsep van gelyke geleentheid beoog word.¹²⁹⁷ Sulke waarborge oorskry die grense van die a 2(4) uitsondering.¹²⁹⁸ Smit wys egter daarop dat dit voorkom asof die hof slegs die outomatiese kwotasistiem van Bremen verwerp het:

Therefore, quota systems that fall short of the degree of rigidity and automaticity provided for by the Bremen law have not been touched by the court’s judgement and are, in consequence, to be regarded as lawful.¹²⁹⁹

Totten erken tereg dat die ECJ se interpretasie van a 2(4) nie erkenning verleen aan gelykheid in ‘n substantiewe sin nie.¹³⁰⁰ So ‘n ECJ benadering is in stryd met wat Totten beskryf as die Europese Unie en veral Duitsland¹³⁰¹ se groeiende steun aan die konsep van substantiewe gelykheid, positiewe regeringsverpligtinge en indirekte diskriminasie in hul geslagsgelykheid jurisprudence.¹³⁰² Hy verklaar verder dat die ECJ met hul eng beskouing van a 2(4)¹³⁰³ ‘n formele benadering tot gelykheid handhaaf en verduidelik dan soos volg:

The ECJ did not take the view that 2(4) allows Member States or political institutions of the European Union to take the positive step of passing remedial legislation¹³⁰⁴ aimed at compensating women for past inequalities and improving the situation of women for the future.¹³⁰⁵

As dit by geslagsgelykheid en regstellende aksie kom, verleen die Europese gemeenskap se reg ondersteuning aan die konsep van indirekte diskriminasie.¹³⁰⁶

¹²⁹⁶ Smit 1998 (3) *TSAR* 506.

¹²⁹⁷ Smit 1998 (3) *TSAR* 506.

¹²⁹⁸ Smit 1998 (3) *TSAR* 506.

¹²⁹⁹ Smit 1998 (3) *TSAR* 506.

¹³⁰⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 30.

¹³⁰¹ Die posisie in Duitsland word hieronder in bespreek.

¹³⁰² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27.

¹³⁰³ As uitsondering tot die anti-diskriminasie beginsel in a 2(2) vervat.

¹³⁰⁴ Soos Suid-Afrika se EEA en Australië se *Equal Opportunity for Women in the Workplace Amendment Act* 183 van 1999.

¹³⁰⁵ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 30.

¹³⁰⁶ Ook genoem “effects-based discrimination”. Totten 2003 *Berkeley Journal of International Law* 30–31.

Binne dié raamwerk word die toelaatbare toepassingsveld van regstellende aksie in die algemeen vergroot.¹³⁰⁷

Lidlande van die Europese Unie het nie die ECJ se analise van geslagsgebaseerde regstellende aksie in *Kalanke*¹³⁰⁸ aanvaar nie.¹³⁰⁹ Dit het gelei tot ‘n hewige debat wat die Europese Kommissie genoodsaak het om die onduidelikheid van die regstellende aksie beginsel in a 2(4) op te klaar.¹³¹⁰ By die 1997 *Intergovernmental Conference* in Amsterdam is daar uiteindelik ‘n addisionele paragraaf¹³¹¹ tot a 119 van die *European Community Treaty*¹³¹² gevoeg:

With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity, or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.¹³¹³

Artikel 119 het later a 141 geword toe die Verdrag in werking getree het.¹³¹⁴ Artikel 141(4) is beskou as ‘n uitsondering op die beginsel van gelyke behandeling.¹³¹⁵ Artikel 141 se taal onderskei dit van die Direktief se a 2(4).¹³¹⁶ Totten voer aan dat die taal van a 141(4), anders as die van a 2(4), juis daarop dui dat dit substantiewe gelykheid as oogmerk daarstel.¹³¹⁷ Deur te fokus op die realisering van gelykheid in die praktyk¹³¹⁸ tesame met die bevordering van spesifieke voordele streef, a 141 na

¹³⁰⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³⁰⁸ *Supra* nota 407.

¹³⁰⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³¹⁰ “[T]he European Commission ... decided tentatively to clarify the affirmative action principle in 2(4) through the introduction of an amendment. The amendment considered proposed priority rules for women provided there was an “assessment of the particular circumstances of an individual case.” The Commission believed the amendment would accord with the ECJ’s decision in *Kalanke*. The Commission ultimately abandoned this amendment proposal and decided to await action by the Member States on the gender affirmative action issue at the Intergovernmental Conference at Amsterdam in the summer of 1997.” Sien Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31. Daar is wel ‘n 2002 wysiging van a 2(4) van die Direktief (*supra* nota 1288) wat van hierdie aanvanklik beoogde wysiging onderskei moet word.

¹³¹¹ Hierdie paragraaf het later a 141(4) geword toe die Verdrag in werking getree het.

¹³¹² Hierna genoem die “Verdrag”.

¹³¹³ Soos aangehaal in Totten 2003 *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³¹⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³¹⁵ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³¹⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 31.

¹³¹⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 32.

¹³¹⁸ Die Internasionale beweging waarna Mehrotra in “The International Gender Movement – From Concept to Action” na verwys het.

die verwesenliking van substantiewe gelykheid.¹³¹⁹ Dit wys op die behoefte vir regerings om positiewe pogings namens vroue aan te wend.¹³²⁰ Die taal van die artikel dui verder op die begeerte van lidlande om vroue se posisies te verbeter.¹³²¹ In *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*¹³²² het Helmut Marschall beweer dat hy 'n posisie by 'n skool geweier is, ten gunste van 'n vrou, op grond van geslagverwante faktore. Die ECJ het bevind dat nasionale prioriteitsreëls wat vroue bevoordeel nie a 2(4) van die Direktief skend nie, solank as wat daar 'n objektiewe opweging van die kriteria van alle kandidate plaasvind.¹³²³ As 'n man dan (alles in ag genome) meer geskik is vir 'n bepaalde posisie as 'n vrou, moet hy bo die vrou verkies word.¹³²⁴ Die ECJ het dan 'n "savings clause" as 'n noodsaaklike deel van 'n prioriteitsreël beskou.¹³²⁵ Diegene wat gehoop het dat die ECJ 'n volkome substantiewe gelykheidsroete sou inslaan is teleurgesteld gelaat.¹³²⁶ Die ECJ het volgehou dat a 2(4) die onvoorwaardelike prioritisering van vroue by aanstellings en bevorderings verbied, aangesien dit slegs 'n inkorting van die individuele reg op gelykheid¹³²⁷ bly.¹³²⁸ *Marschall*¹³²⁹ verleen so steun aan positiewe aksie-programme wat in sekere omstandighede voorkeur aan vroue verleen.¹³³⁰

Positiewe aksie is die Europese antwoord op regstellende aksie.¹³³¹ Dit poog om die aantal mans en vroue in die arbeidsmark gelyk te stel.¹³³² Sulke programme word noodsaaklik geag omdat die wanbalans tussen mans en vroue meestal nie deur

¹³¹⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 32.

¹³²⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 32.

¹³²¹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 32.

¹³²² Saak 450/95 (1997) E.C.R. I-6363.

¹³²³ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 33.

¹³²⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 33. Die hof het verklaar dat "the mere fact that a male candidate and a female candidate are equally qualified does not mean that they have the same chances". Die hof het dit dus gedistansieer van *Kalanke* (supra nota 407) deur die realisering dat formele gelykheid nie genoegsaam is om vroue te beskerm nie. Sien Guizzetti "You can't go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany" 4

<http://www.bc.edu/org/avp/law/lwsch/journals> (2004/12/12).

¹³²⁵ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 33.

¹³²⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 33.

¹³²⁷ Soos vervat in a 2(1) van die Direktief.

¹³²⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 33.

¹³²⁹ Supra nota 1322.

¹³³⁰ Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union: The European Court of Justice's Ruling in *Helmut Marschall V. Land Nordrhein-Westfalen*" 1

<http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/fall98/rozof.html> (2004/02/24); 1998 (12) *Emory Int'l L. Rev* 1505.

¹³³¹ Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union" 1.

¹³³² Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union" 1.

opsetlike diskriminasie gehandhaaf word nie, maar deur diep gewortelde sosiale praktyke.¹³³³ Rozof beskryf positiewe aksie se belangrike impak:

[P]ositive action plans like the one utilized by the Land of North Rhine-Westphalia in *Marschall* can be extremely beneficial by providing equal starting blocks from which men and women can begin. Positive action is a legal remedy for the nonlegal problem of traditional gender stereotypes which impact women's employment opportunities.¹³³⁴

Die Europese Unie erken daarmee geslagsgebaseerde regstellende aksie (of soortgelyke maatreëls) se noodsaaklikheid.¹³³⁵

In *Badeck*¹³³⁶ het die ECJ opgemerk dat die bygevoegde paragraaf van a 119¹³³⁷ as primêre gemeenskapsreg voorkeur neem bo a 2(4) van die Direktief.¹³³⁸ Die saak word daarom deur Totten geïnterpreteer as 'n poging om die ECJ nader te bring aan 'n begrip vir geslagsgebaseerde regstellende aksie, soos weerspieël in die lidlande se Verdrag.¹³³⁹

Alhoewel dit wil voorkom asof die regstellende aksie-skema in *Badeck*¹³⁴⁰ 'n kwota daar wou stel, sou dit nie toepassing vind in situasies waar 'n spesifieke geslag se bydrae onontbeerlik vir die werk beskou is nie:¹³⁴¹

[T]he legislature ... opted for what is generally known as a 'flexible result quota' ... [T]he system introduced ... ensures that a candidate's sex is never decisive for the purposes of a selection procedure ... [T]he selection procedure for candidates starts by assessing the candidates' suitability, capability and professional performance (qualifications) with respect to the requirements of the post to be filled or the office to be conferred ... [I]t

¹³³³ Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union" 1.

¹³³⁴ Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union" 2.

¹³³⁵ Rozof "Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union" 2.

¹³³⁶ Supra nota 411. Die hof is genader om uitspraak te gee oor die interpretasie van a 2(1) en (4) van die Direktief rakende die implementering van die beginsel van gelyke behandeling van mans en vroue "as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions". Sien supra par 1. Hierdie was 'n geval waar die vroue se bevorderingsplan bepaal dat "binding targets [are set] ... for two years at a time, with reference to the promotion of women in appointments and promotions, for increasing the promotion of women in sectors in which women are under-represented. In defining the targets, the particular features of the sectors and departments concerned shall be decisive." Sien supra nota 411 par 9.

¹³³⁷ Later a 141.

¹³³⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 32.

¹³³⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 34.

¹³⁴⁰ *Badeck* supra nota 411.

¹³⁴¹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 34.

is only if a female candidate and a male candidate cannot be distinguished on the basis of their qualifications that the women must be chosen where that proves necessary for complying with the objectives of the advancement plan in question and no reasons of greater legal weight are opposed.¹³⁴²

Vir vroue om dus voorkeur uit die plan te trek, moes hulle buiten hul geslag ook oor gelyke kwalifikasies as die mans beskik.¹³⁴³ Daarom het die hof geredeneer dat die plan nie 'n vaste numeriese teiken daarstel wat eenvormig op alle vlakke toegepas moes word nie.¹³⁴⁴ Die feit dat daar in casu 'n "override" klousule was wat die bindende kwotabepaling gekwalifiseer het, het volgens die ECJ vrese dat die plan onoorkombare voorkeur aan gelykgekwalifiseerde vroue sou verleen, weerlê.¹³⁴⁵ Totten neem die volgende gevolgtrekking uit die saak:

[T]he ECJ in *Badeck* appears to realize a degree of substantive equality between men and women. Though it was not necessary to reach an interpretation of Article 141 (4) of the Treaty of Amsterdam because it found the advancement of the plan compatible with Article 2, the ECJ evidently took the Amsterdam provision into account.¹³⁴⁶

¹³⁴² *Badeck* supra nota 411 par 29 30 32 33.

¹³⁴³ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 35.

¹³⁴⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 35.

¹³⁴⁵ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 35.

¹³⁴⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 36.

In *Abrahamsson v Fogelqvist*¹³⁴⁷ het nasionale wetgewing positiewe diskriminasie teen mans, tesame met outomatiese voorkeur aan vroue, toegelaat as 'n wyse om gelykheid tussen mans en vroue in die professionele arena¹³⁴⁸ te bevorder.¹³⁴⁹ Die ECJ het bevind dat a 2(4) van die Direktief en a 141(4) van die Verdrag geskend word aangesien die nasionale wetgewing hier bepaal het dat 'n toepaslik gekwalifiseerde vrou verkies moes word bo 'n man wat naelskraap beter gekwalifiseerd was in 'n professie waar vroue tradisioneel onderverteenvoerdig was.¹³⁵⁰

Vroue in Europa tree wel toe tot die arbeidsmark, maar hulle is meer gekonsentreerd in deeltydse werk.¹³⁵¹ Die Europese Kommissie het al verklaar dat ten spyte van toenemende indiensneming en verbeterde vaardighede en kwalifikasies van vroue daar steeds segregasie in die arbeidsmark heers.¹³⁵² Daarom is positiewe aksie – indien korrek aangewend as 'n tydelike maatreël – 'n kragtige herstellende wapen.¹³⁵³

¹³⁴⁷ Saak 407/98 (2000) E.C.R. I-7740. “On 3 June 1996 the University of Göteborg announced a vacancy for the chair of Professor of Hydrospheric Sciences. The vacancy notice indicated that the appointment to that post should contribute to promotion of equality of the sexes in professional life and that positive discrimination might be applied in accordance with Regulation 1995:936 ... Eight candidates applied, including Ms Abrahamsson, Ms Destouni and Ms Fogelqvist, and Mr Anderson. The appointments committee of the Faculty of Sciences (hereinafter 'the selection board) voted twice ... In [the first] ... vote Mr Anderson came first with five votes and Ms Destouni received three votes. On the second vote, taking account both of scientific merits and of Regulation 1995:936, Ms Destouni came first with six votes as compared with two for Mr Anderson ... After Ms Destouni withdrew her application, the Rector of the University decided on 27 June 1997 to refer the matter back to the selection board for it to decide on the remaining applications in the light of equality between men and women and, more particularly, having regard to Regulation 1995:936 and the university's plan for equality between men and women ... [T]he selection board stated that it could not re-examine the case having regard to those factors since the question of equality had already been taken into account in its first decision ... [T]he Rector of the University of Göteborg decided to appoint Ms Fogelqvist to the professorial chair ... Mr Anderson and Ms Abrahamsson appealed to the Överklagandenämnden för Högskolan. Mr Anderson contended that the appointment was contrary both to Article 3 of Regulation 1995:936 and to the judgment of the Court of Justice in Case C-450/93 *Kalanke v Bremen* [1995] ECR I-3051. Ms Abrahamsson contended that the selection board's assessment of the candidates had not been balanced and that her scientific output was better than that of Ms Fogelqvist. She nevertheless recognised that Mr Anderson's merits were superior to her own.” Sien *Abrahamsson* supra par 16–21.

¹³⁴⁸ In hierdie geval was daar te min vroulike professore.

¹³⁴⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 38.

¹³⁵⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 38. “The ECJ held that affirmative action measures may prefer members of an underrepresented sex only if the candidates possess the same or substantially the same qualifications and an objective assessment is employed. The ECJ, however, did not analyze what “substantially equivalent” means. Since historical discrimination against women decreases the potential that they will have equal qualifications with men, a flexible interpretation of the term could yet provide for more substantive equality for women in the European Union.” Sien Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* vt 72.

¹³⁵¹ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹³⁵² Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹³⁵³ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

Die Europese benadering tot regstellende aksie (of dan positiewe aksie) kan soos volg opgesom word. In *Kalanke*¹³⁵⁴ is bevind dat ‘n maatreeël, wat in ‘n “tie-break”¹³⁵⁵ geval voorkeur aan vroue gee, ‘n absolute hindernis vir mans daarstel en verder gaan as wat die konsep van gelyke geleenthede en a 2(4) van die Direktief beoog. In *Marschall*¹³⁵⁶ was daar ook ‘n “tie-break” geval, maar die hof het laat blyk dat ‘n “savings-clause” ingebou kan word in positiewe aksie-maatreeëls wat kan bepaal dat wanneer alles anders gelyk is en vroue ondervteenwoordig is hulle voorkeur kan geniet, tensy daar redes bestaan om die skaal ten gunste van ‘n spesifieke manlike kandidaat te swaai. Die “savings-clause” voorkom dan dat ‘n positiewe maatreeël as ‘n absolute hindernis vir mans beskou word. In Suid-Afrika sal ‘n benadering soortgelyk aan die van *Marschall*¹³⁵⁷ moontlik mans se vrese dat hulle oorgesien word vir aanstellings en bevorderings ongeag hulle kwalifikasies, solank as wat daar ‘n toepaslik gekwalifiseerde vrou in tel is, weerlê. Dit is wel belangrik om daarop te let dat anders as Suid-Afrika se vereiste dat ‘n persoon uit ‘n aangewese groep slegs toepaslik gekwalifiseerd hoef te wees, vereis die Europese standaard vir positiewe aksie dat kandidate gelyk gekwalifiseerd moet wees. Die *Badeck*¹³⁵⁸ uitspraak¹³⁵⁹ het weer gehandel oor ‘n wetgewende bepaling wat nie die aanstelling van ‘n gelyk gekwalifiseerde vrou gewaarborg het nie, weens die feit dat daar hier gebruik gemaak is van ‘n tipe “override” klousule.

Die beginsel wat uit die genoemde sake na vore kom is dat die howe positiewe aksie-maatreeëls, ten gunste van vroue se bevordering in die arbeidsmark, goedgesind is, solank as wat daar ‘n klousule is wat verhoed dat dit ‘n absolute hindernis¹³⁶⁰ daarstel wat die beginsel van gelyke geleenthede oorskry. Verder het *Abrahamsson*¹³⁶¹ dit ook duidelik gemaak dat arbitrêre maatreeëls nie geduld sal word nie.

¹³⁵⁴ Supra nota 407.

¹³⁵⁵ Waar ‘n man en vrou as kandidate gelyk gekwalifiseerd is en vroue in ‘n betrokke area ondervteenwoordig is.

¹³⁵⁶ Supra nota 1322.

¹³⁵⁷ Supra nota 1322.

¹³⁵⁸ Supra nota 411.

¹³⁵⁹ Waar ‘n positiewe aksie-maatreeël ook voorsiening gemaak het vir buigsame kwota resultate het.

¹³⁶⁰ Ten uitsluiting van meriete.

¹³⁶¹ Supra nota 1347.

2 2 Duitsland

Die Duitse nasie se transformasieproses was 'n lang proses wat oor die jare die strewe na eenheid hoër geag het as die stryd om gelykheid.¹³⁶² Verder het politieke en sosiale veranderinge afsonderlik van mekaar ontwikkel.¹³⁶³ Tog reflekteer die ontwikkelinge in Duitsland toenemende steun vir die substantiewe begrip van gelykheid.¹³⁶⁴ Die algemeenste en belangrikste gelykeidsbepaling word in a 3 van die Duitse Grondwet¹³⁶⁵ van 1949 gevind.

Rabe tref – met verwysing na die Duitse reg – 'n onderskeid tussen formele en feitelike gelykheid:

Formal equality requires the equal treatment of facts and circumstances without regard to the actual circumstances of the individual and relates to the abolishment of artificial differentiation made by discriminatory legislation ... Factual equality involves the active equalization of unequal facts and circumstances and relates to the aim of state action and not the starting point.¹³⁶⁶

Die daarstel van feitelike gelykheid is dan in stryd met die bepalings van formele regsgelykheid.¹³⁶⁷ Feitelike gelykheid kan nie bereik word deur middel van blote regsgelykheid nie, omdat dit herverdeling en konfiskering as noodsaaklike elemente betrek.¹³⁶⁸ Rabe beskou absolute gelykheid in die Duitse konteks, weens die botsing van konsepte, as 'n onmoontlikheid.¹³⁶⁹ Weens die feit dat 'n grondwet nie die utopiese visie kan waarborg of realiseer nie¹³⁷⁰ is die waarborg van formele regsgelykheid onderliggend tot a 3 van die Duitse Grondwet. Rabe argumenteer daarom dat die beginsel nie ter syde geplaas kan word ten gunste van feitelike

¹³⁶² Rabe *Equality* 163.

¹³⁶³ Rabe *Equality* 163.

¹³⁶⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 36.

¹³⁶⁵ Ook genoem die *Basic Law*. Sien Rabe *Equality* 175.

¹³⁶⁶ Rabe *Equality* 171–172 .

¹³⁶⁷ Rabe *Equality* 172.

¹³⁶⁸ Rabe *Equality* 172.

¹³⁶⁹ Rabe *Equality* 172.

¹³⁷⁰ Aangesien 'n gelykeidsbepaling nie terselfdertyd vir beide formele regsgelykheid en feitelike gelykheid voorsiening kan maak nie, weens die feit die twee konsepte mekaar in effek uit kanselleer. Rabe *Equality* 172.

gelykheid nie.¹³⁷¹ Met die aanname van die Grondwet in 1949 is die formele verbod op diskriminasie teen vroue vir die eerste keer in Duitsland bekendgestel.¹³⁷²

Daar word informeel na a 3 verwys as die “gender equality guarantee” wat weer op sy beurt uit drie belangrike dele bestaan.¹³⁷³ Soortgelyk aan die Suid-Afrikaanse Grondwet se a 9(1) bepaal a 3(1) as algemene gelykheidsklousule dat alle persone gelyk is voor die reg.¹³⁷⁴ Artikel 3(3) verklaar verder dat:

No one may be disadvantaged or favoured because of *his gender*, his parentage, his race, his language, his homeland and origin, his faith, or his religious or political opinions ... [or] his disability.¹³⁷⁵ [eie beklemtoning]

In sy oorspronklike vorm bepaal a 3(2) dat “[m]en and women shall have equal rights.”¹³⁷⁶ Die *Joint Commission of Constitutional Reform* het in hul wysiging van die bestaande grondwet ‘n sin tot a 3(2) bygevoeg:

The State promotes the factual realization of equal rights of men and women and works towards the abolition of existing disadvantages.¹³⁷⁷

Met hierdie plig vir die staat het die kommissie gepoog om die direkte diskriminasie teen vroue in die voormalige Oos en Wes-Duitsland te korrigeer.¹³⁷⁸

Regsgelykheid tussen mans en vroue word dus in Duitsland gewaarborg deur die gelykheidsbepaling te interpreteer as die daarstel van ‘n absolute of streng verbod teen diskriminasie.¹³⁷⁹ Hierdie verbod is egter nie omvattende genoeg om alle vorme van diskriminasie uit te sluit nie.¹³⁸⁰ Die gevolg is dat Duitse vroue, wat hul sosiale posisie betref, steeds ondergeskik is aan die van mans.¹³⁸¹ Die ondergeskikte rol van

¹³⁷¹ Rabe *Equality* 172.

¹³⁷² Rabe *Equality* 209.

¹³⁷³ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 40.

¹³⁷⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 40.

¹³⁷⁵ Soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 40.

¹³⁷⁶ Die *German Federal Constitutional Court* het al in 1992 bevind dat “The [first] sentence [of Article 3 (2)] ‘Men and women shall have equal rights’ not only seeks to abolish legal norms that link advantages or disadvantages to gender, but seeks to implement equal rights for the future.” Peters soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 43.

¹³⁷⁷ Soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 40.

¹³⁷⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 40.

¹³⁷⁹ Rabe *Equality* 209.

¹³⁸⁰ Rabe *Equality* 209.

¹³⁸¹ Rabe *Equality* 209.

die vroue kom veral te voorskyn in die Duitse arbeidsmark, waar vroue in hoër vlak- en bestuursposisies veral onderverteenvoerdig is:¹³⁸²

This dilemma ... has led to the demand that the legal order has to at least temporarily abandon its neutrality¹³⁸³ in order that affirmative action measures advancing women may be introduced. It is argued that the position of women can only be improved by positive measures and not merely by the formal prohibition against discrimination.¹³⁸⁴

Maatreëls rakende gunstige behandeling vir vroue is sover al geïmplementeer op staatsdiensvlak in die individuele *Länder*.¹³⁸⁵ Hierdie maatreëls is egter nog nie lank genoeg in werking om te kan bepaal of hul in staat is om hul oogmerk¹³⁸⁶ te verwesenlik nie.¹³⁸⁷ Die federale regering het ook al wetgewing verorden wat voorsiening maak vir die bevordering van vroue in die staatsdiens, maar dié wetgewing bevat net doelwitte en maak nie voorsiening vir afdwingbare kwotas nie.¹³⁸⁸ Die implementering van kwotas in die privaatsektor¹³⁸⁹ is ook nog nie gedoen nie:

The present interpretation is that such measures are at present not permitted in the private sector, as the current legislation is interpreted as prohibiting preferential treatment on the basis of sex in employment ...

¹³⁸² Rabe *Equality* 209–210.

¹³⁸³ “The neutrality of the legal order that provides for the formal equality between men and women is seen as an instrument of maintaining the current status quo, because a neutral legal order is regarded as being unable to equalise the existing imbalances.” Rabe *Equality* 210.

¹³⁸⁴ Rabe *Equality* 210.

¹³⁸⁵ Rabe *Equality* 210.

¹³⁸⁶ Die bevordering van gelyke geleenthede vir vroue is hier die oogmerk, en nie bloot die vermeerdering van die aantal vroue wat in diens staan in die staatsdiens nie. Rabe *Equality* 274.

¹³⁸⁷ Rabe *Equality* 274.

¹³⁸⁸ Rabe *Equality* 210.

¹³⁸⁹ Die beginsels waarop die Duitse Grondwet gebaseer is bind nie die privaatsektor nie. Die enigste vorm van ‘positiewe aksie’ wat in die privaatsektor toepassing vind is by wyse van aansporing in die vorm van subsidies aan privaat werkgewers wat vrywilliglik ‘n positiewe aksie-plan implementeer. Sien Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 2. Die ‘aansporings’-benadering werk baie op dieselfde beginsel as die VSA en Suid-Afrika (a 53 van die EEA) se toestaan van staatskontrakte. Sien supra nota 545 “German statutory law does require private sector employers to provide equal access to employment, but this statute has been ineffective in producing actual results. Since the federal government has not yet legislated any effective positive action obligation for private employers, only public actors are bound to follow positive action statutes imposed by the states.” Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 2.

Due to the exclusion of such measures in the private sector the implementation of quotas is at present rather limited in Germany.¹³⁹⁰

In die konteks van Duitse wetgewing het die Europese Unie se Direktief ‘n belangrike impak op positiewe aksie-kwotas (wat spesiale behandeling vir vroue vereis) gehad.¹³⁹¹

Soos reeds bespreek het die ECJ in *Kalanke*¹³⁹² Bremen se wetgewing wat voorsiening gemaak het vir ‘soft quotas’¹³⁹³ geskrap aangesien dit op grond van geslag teen mans gerdiskrimineer het.¹³⁹⁴ Bremen se kwota-bepaling het dus neergekom op ‘n ‘strict soft quota’ aangesien daar absolute en onvoorwaardelike voorkeur aan vroue toegestaan is. In *Marschall*¹³⁹⁵ het die hof wetgewing oorweeg wat voorsiening gemaak het vir ‘n ‘flexible soft quota’ omdat dit omskryf was:

[To give] promotional preferences to woman with equal skills *unless* there were specific reasons to promote a specific male candidate over a woman.¹³⁹⁶

Hierdie twee sake dui daarop dat die ECJ gewillig is om Duitsland toe te laat om voorsiening te maak vir positiewe aksie ten gunste van vroue, maar nie met ‘n ‘aggressiewe’ aanslag nie.¹³⁹⁷

¹³⁹⁰ Rabe *Equality* 210.

¹³⁹¹ “In particular, these quotas *prima facie* conflict with the EC Equal Treatment Directive, which requires in Article 2(1) ... Article 2(1), however, must be balanced by Article 2(4), which authorizes “measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities.” Case law has determined that Article 2(4) covers some quotas, but not all. In terms of providing hope for women seeking employment, the Equal Treatment Directive, as interpreted by the ECJ, has been less aggressive than German positive action law and has required German states to relax hiring preferences.” Sien Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 3.

¹³⁹² *Supra* nota 407.

¹³⁹³ In teenstelling met streng numeriese teikens verwys ‘soft quotas’ na die voorkeur wat aan vroue verleen word wanneer daar geen onderskeid te make is tussen hulle en ander manlike kandidate nie. Sien Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 42.

¹³⁹⁴ “The Court held that this law did not fall under the Article 2(4) exception to Article 2(1) because the law sought to establish equality of representation, rather than just equality of opportunity.” Sien Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 4.

¹³⁹⁵ *Supra* nota 1322.

¹³⁹⁶ Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 4.

¹³⁹⁷ “Both the *Kalanke* [*supra* nota 407] and the *Marschall* [*supra* nota 1322] cases evidence the reluctance of the ECJ to use Article 2(4) to expand the ability of states to enact positive action law.” Sien Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 4–5.

Alhoewel die GFCC¹³⁹⁸ nog nie self uitspraak gelewer het oor die impak van die a 3(2) wysiging nie, het sommige van die laer howe al bevind dat a 3(2), soos gewysig, nie kwotas magtig nie.¹³⁹⁹ Selfs in die laer howe is daar egter nie eenstemmigheid oor die geoorlooftheid van kwotas nie.¹⁴⁰⁰ Peters hou die volgende oplossing voor:

[T]he Court will have to balance the conflicting constitutional values of freedom from gender discrimination embodied in Article 3(3) with the objective governmental goal of gender equality embodied in Article 3(2).¹⁴⁰¹

Mans se regte in terme van a 3(3) mag dus moontlik ingeperk word deur die positiewe inhoud van a 3(2) wat in die algemeen voorsiening maak vir maatreëls wat ontwerp is om benadeling vir vroue teen te werk.¹⁴⁰² Dit lyk daarom asof die hof toeganklik sal wees vir geslagsgebaseerde regstellende aksie-maatreëls wat gelykheid poog te realiseer.¹⁴⁰³

Net soos in Suid-Afrika kan Duitse vroue egter nie regstellende aksie as 'n "swaard" afdwing nie. Dit is slegs daar ter beskerming van vroue se reg op gelykheid.¹⁴⁰⁴ Peters verduidelik:

[W]omen cannot rely on the objective, positive principle of gender equality before court to force governmental action .. directed at the abolition of factual inequalities in social life.¹⁴⁰⁵

¹³⁹⁸ "German Federal Constitutional Court".

¹³⁹⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 41.

¹⁴⁰⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 41.

¹⁴⁰¹ Peters soos na verwys in Totten (21) 2003 *Berkeley Journal of International Law* 41.

¹⁴⁰² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 42.

¹⁴⁰³ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 43.

¹⁴⁰⁴ "Although constitutional precommitments [to gender affirmative action] in Germany ... and the European Union permit the highest constitutional courts in those countries to uphold challenged gender affirmative action programs, these courts have not held that the precommitments grant women a positive right to seek judicial enforcement of affirmative action programs in the face of existing societal inequalities." Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27–28.

¹⁴⁰⁵ Die hof se verwysing na a 3(2) as 'n "constitutional mandate" ... does not necessarily imply that individual women have a subjective right to governmental promotion of factual equal standing in society" ... [O]ne can only understand the mandate from the Court to foster equality between men and women in society as an "objective principle." Peter soos aangehaal en na verwys in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 44.

2.3 Verenigde Koningryk

Die *Sex Discrimination Act* (SDA) van 1975 (soos gewysig in 2001)¹⁴⁰⁶ verbied direkte¹⁴⁰⁷ of indirekte¹⁴⁰⁸ geslagsdiskriminasie teen vroue,¹⁴⁰⁹ sowel as mans.¹⁴¹⁰ Daar is 'n duidelike anti-diskriminasie aanslag tot die SDA:¹⁴¹¹

An Act to render unlawful certain kinds of sex discrimination and discrimination on the ground of marriage, and establish a Commission with the function of working towards the elimination of such discrimination and promoting equality of opportunity between men and women generally; and for related purposes.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁶ The Sex Discrimination (Indirect Discrimination and Burden of Proof) Regulations 2001 No. 2260.

¹⁴⁰⁷ Artikels 1(1)(a) en 1(2)(a).

¹⁴⁰⁸ Artikels 1(1)(b) en 1(2)(b).

¹⁴⁰⁹ “1. Direct and Indirect Discrimination against Women

1(1) In any circumstances relevant for the purposes of any provision of this Act, other than a provision to which subsection (2) applies, a person discriminates against a woman if:

- (a) on the ground of her sex he treats her less favourably than he treats or would treat a man, or
- (b) he applies to her a requirement or condition which he applies or would apply equally to a man but:
 - (i) which is such that the proportion of women who can comply with it is considerably smaller than the proportion of men who can comply with it, and
 - (ii) which he cannot show to be justifiable irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and
 - (iii) which is to her detriment because she cannot comply with it.

1(2) In any circumstances relevant for the purposes of a provision to which this subsection applies, a person discriminates against a woman if:

- (a) on the ground of her sex, he treats her less favourably than he treats or would treat a man, or
- (b) he applies to her a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to a man, but
 - (i) which is such that it would be to the detriment of a considerably larger proportion of women than of men, and
 - (ii) which he cannot show to be justifiable irrespective of the sex of the person to whom it is applied, and
 - (iii) which is to her detriment

1(3) ...

1(4) ...” <http://www.eoc-law.org.uk/cseng/legislation/sda.pdf> (2004/12/09).

¹⁴¹⁰ “2. Sex Discrimination Against Men

2(1) Section 1, and the provisions of Parts II and III relating to sex discrimination against women, are to be read as applying equally to the treatment of men, and for that purpose shall have effect with such modifications as are requisite.

2(2) In the application of subsection (1) no account shall be taken of special treatment afforded to women in connection with pregnancy or childbirth.”

<http://www.eoc-law.org.uk/cseng/legislation/sda.pdf> (2004/12/09). Sien ook “The Sex Discrimination Act 1975” 1 <http://www.ivillage.co.uk/workcareer/survive/articles> (2004/05/26).

¹⁴¹¹ Daar kan geargumenteer word dat die SDA met sy anti-diskriminasie beginsel, in teenstelling met regstellende aksie-maatreëls wat gelykheid daadwerklik poog te bevorder, eerder daarop fokus om onregte wat reeds ingetree het aan te spreek.

¹⁴¹² Langtitel van die SDA. Sien ook Women and Equality Unit “Sex Discrimination Act” 5 http://www.womenandequalityunit.gov.uk/legislation/discrimination_act.htm (2004/05/26).

In die algemeen word dit as onregmatig beskou as 'n werkgewer direk of indirek teen 'n persoon diskrimineer op grond van geslag (of swangerskap) wanneer werwing,¹⁴¹³ behandeling in die werkplek en ontslag ter sprake is.¹⁴¹⁴ As daar dan reëls in plek is wat gelyke geleenthede vir vroue teengaan, kan dit ingevolge die wet uitgedaag word.¹⁴¹⁵

Nie slegs vroue wat reeds direkte geslagsdiskriminasie oorkom het en in werklikheid dieselfde werk as mans verrig, staan onder die beskerming van die wet nie:¹⁴¹⁶

Whenever women are denied access to jobs, promotions or training or are treated less favourably in other ways, it is sufficient to show that they would have been treated differently had they been men – that is that their sex has been a significant factor (section 1(1)(a)).¹⁴¹⁷

Die diskriminasie konsep in die SDA erken wel dat vroue se toegang tot die arbeidsmark nie bloot verhinder word deur die ontneming van gelyke geleenthede nie.¹⁴¹⁸ Artikel 1(1)(b) – wat voorsiening maak vir indirekte diskriminasie – verleen erkenning aan die feit dat oorwegend manlike werkspatrone bydrae tot die ongunstige posisie van vroue.¹⁴¹⁹

Positiewe diskriminasie ten gunste van een geslag word in die algemeen nie as regmatig beskou nie.¹⁴²⁰ Daar is wel beperkte uitsonderings waar daar voorsiening gemaak word vir diskriminasie by opleiding¹⁴²¹ of waar lede van die een geslag aangemoedig word om vir 'n sekere werk (waar die betrokke geslag ondervteenwoordig is) aansoek te doen.¹⁴²² Hierdie is dan maatreëls wat ontwerp is om vroue en mans te help om op gelyke vlak in die arbeidsmark te kompeteer.¹⁴²³

¹⁴¹³ Geslagsdiskriminasie in geval werwing kan wel regmatig wees waar een van die omskrewe “genuine occupational requirements” van toepassing is. Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say” 2.

¹⁴¹⁴ Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say” 2.

¹⁴¹⁵ Atkins & Hoggett *Women and the Law* (1984) 25.

¹⁴¹⁶ Atkins & Hoggett *Women and the Law* 25.

¹⁴¹⁷ Atkins & Hoggett *Women and the Law* 25.

¹⁴¹⁸ Atkins & Hoggett *Women and the Law* 25.

¹⁴¹⁹ Atkins & Hoggett *Women and the Law* 25.

¹⁴²⁰ Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say” 3.

¹⁴²¹ 'n Werkgewer kan byvoorbeeld 'n “single-sex” opleidingskursus instel wat vroue deur middel van vaardighede bemagtig in areas waar hulle ondervteenwoordig is. Women and Equality Unit “Sex Discrimination Act” 3.

¹⁴²² Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say” 3.

¹⁴²³ Women and Equality Unit “Sex Discrimination Act” 3.

Enige aanstellings moet wel steeds op grond van meriete geskied, soos ook die benadering van die Europese Unie lande.¹⁴²⁴

Daar word na hierdie regmatige uitsonderings – binne die Britse konteks – as positiewe aksie verwys.¹⁴²⁵ Soos reeds aangedui, word soms na regstellende aksie verwys as positiewe aksie. Binne die Vasteland en Britse reg word dit egter beperk tot die bevordering van gelyke geleentede in teenstelling met die Suid-Afrikaanse beskouing van regstellende aksie as ‘n meganisme ter bevordering van substantiewe gelykheid. Atkins en Hoggett wys ook daarop dat die SDA dieselfde areas rakende gelyke geleentede en behandeling in die werkplek dek as die Europese Direktief.¹⁴²⁶

Waar ‘n werkgewer in Brittanje, met voldoening aan die relevante vereistes, kan wys dat lede van ‘n spesifieke geslag in ‘n spesifieke geografiese area of werksmag ondervteenwoordig is, stel a 47 en 48 van die SDA die moontlikheid van positiewe aksie daar.¹⁴²⁷ Positiewe aksie binne die konteks moet aangewend word om lede van die ondervteenwoordigde geslag aan te moedig om toe te tree tot die betrokke veld en ook om daardie persone op te lei om sodoende te verseker dat hulle geskik is vir die betrokke werk.¹⁴²⁸ So skep a 47(3) dan die moontlikheid van opleiding wat daarop gemik is om persone te help wat weens familie- of huishoudelike verantwoordelikhede nie deel uitgemaak het van die voltydse werksmag nie.¹⁴²⁹

Positiewe aksie-stappe ingevolge a 47 is nie onregmatige nie.¹⁴³⁰ Artikel 47 is van toepassing waar enige persoon stappe neem (om lede van ‘n spesifieke geslag se toetrede tot ‘n spesifieke beroep aan te moedig en hulle op te lei) as dit vir daardie persoon, uit die voorafgaande twaalf maande, redelik duidelik blyk dat:

[T]here were no persons of the sex in question doing that work in Great Britain, or the number of persons of that sex doing the work in Great Britain was comparatively small ... or in relation to steps taken in relation to opportunities for work within, or persons likely to take up work within, a particular geographical area within Great Britain, there were no persons

¹⁴²⁴ Women and Equality Unit “Sex Discrimination Act” 3.

¹⁴²⁵ Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say” 3.

¹⁴²⁶ Atkins & Hoggett *Women and the Law* 40.

¹⁴²⁷ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

http://www.eoc-law.org.uk/cseng/recruitment_and_selection/3.positive_action.asp (2004/08/31).

¹⁴²⁸ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

¹⁴²⁹ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

¹⁴³⁰ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

of the sex in question doing that work in that geographical area or the number of persons of that sex was comparatively small.¹⁴³¹

Artikel 48 van die SDA bepaal verder dat positiewe aksie stappe nie volgens die wet as onregmatig beskou sal word, indien daar in die voorafgaande 12 maande nie persone van die betrokke geslag in die werkgewer se diens was wat die werk verrig het nie of indien die daardie persone in getalle (vergelykend met die werknemers van die ander geslag wat dieselfde werk verrig) betreklik min was.¹⁴³²

Dit word wel as onregmatig beskou as daar tussen mans en vroue gediskrimineer word tydens die seleksieprosedure by werwings of bevorderings.¹⁴³³ In *Jones v Chief Constable of Northamptonshire Police, ET*¹⁴³⁴ is daar bevind dat a 48 van die SDA geen verweer bied teen 'n klag van geslagsdiskriminasie, waar 'n manlike beampte se aansoek geweier is weens 'n poging om die onderverteenwoordiging van vroue in 'n spesiale eenheid aan te spreek nie.¹⁴³⁵

Die positiewe aksie-bepalings in die SDA word in die betrokke regstelsel slegs as 'n verweer teen 'n aanklag van onregmatige geslagsdiskriminasie beskou.¹⁴³⁶ Suid-Afrika deel hierdie benadering met Brittanje, aangesien regspraak en akademiese opinies in Suid-Afrika daarop dui dat regstellende aksie bloot as 'n skild¹⁴³⁷ moet dien en nie as 'n swaard¹⁴³⁸ vir 'n werknemer nie. Anders as in Suid-Afrika waar aangewese werkgewers verplig word om sekere stappe te neem ten einde billike

¹⁴³¹ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 1. Sien ook a 47(1) en (2) van die SDA van 1975.

¹⁴³² Equal Opportunities Commission "Positive Action" 1–2. Sien ook a 48(1) en (2) van die SDA van 1975.

¹⁴³³ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 2.

¹⁴³⁴ Saak 1201171/98 (EOR DCLD 41). In hierdie saak is 'n eis van £750 vir "injury to feelings" geweier, in 'n geval waar 'n polisiebeampte nie aangestel is in 'n tydelike pos as deel van 'n spesiale eenheid nie. Die poste is beperk tot vroulike applikante in 'n poging om vroue na daardie afdeling van die polisiemag te lok. "The tribunal found that Mr Jones had suffered no significant injury to his feelings, the action was not aimed at him in particular and the respondents had dealt with him in a proper and professional manner throughout but he had done "routine" police work for some ten years or more and would have welcomed the opportunity of a move to different work." Sien Equal Opportunities Commission Website for Legal Advisers "Assessing the value of a claim" http://www.eoc-law.org.uk/cseng/recruitment_and_selection/3.assessing_the_value_of_a_claim.asp (2004/12/14).

¹⁴³⁵ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 2.

¹⁴³⁶ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 1.

¹⁴³⁷ Vir 'n werkgewer teen 'n aanklag van onbillike diskriminasie.

¹⁴³⁸ Daar is al aangevoer dat die reg op gelykheid die grondslag daarstel vir 'n werknemer se reg op regstellende aksie (sien die bespreking van *Harmse v City of Cape Town* (supra nota 802) in hoofstuk vier).

indiensneming te bevorder, plaas die SDA bepalinge geen verpligting op werkgewers om positiewe aksie stappe te neem nie.¹⁴³⁹

Positiewe aksie-maatreëls wat binne die konteks van die Europese Gemeenskap se reg veroorloof word strek verder as die wat in Brittanje, in terme van die SDA, as regmatig beskou word:

EC¹⁴⁴⁰ law permits, but does not require, member states to make use of limited derogations from the general principle that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex.¹⁴⁴¹

Die feit dat 'n Britse werkgewer se positiewe aksie-maatreëls versoenbaar is met die Europese Gemeenskap se reg sal dus nie as 'n verweer kan dien as die werkgewer se maatreëls die bepalinge van die SDA skend nie.¹⁴⁴²

Tog is die *European Convention on Human Rights* (ECHR) in 1998 in die Verenigde Koningryk se *Human Rights Act* geïnkorporeer.¹⁴⁴³ Artikel 14 van die ECHR maak voorsiening vir positiewe aksie en is al soos volg deur van Dijk en van Hoof geïnterpreteer:

A violation of the principle of employment equity and non-discrimination occurs if there is:

- a) differential treatment of
- b) equal cases
- c) without there being an objective and reasonable justification or if
- d) proportionality between the aim sought and the means employed is lacking.¹⁴⁴⁴

¹⁴³⁹ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 1.

¹⁴⁴⁰ "European Community".

¹⁴⁴¹ Equal Opportunities Commission "Positive Action" 2.

¹⁴⁴² Equal Opportunities Commission "Positive Action" 2.

¹⁴⁴³ Fawcett Society "Positive action and international law" 2 <http://www.fawcettsociety.org.uk> (2004/08/31).

¹⁴⁴⁴ Soos na verwys in Fawcett Society "Positive action and international law" 2.

Suid-Afrikaanse reg vereis ‘n soortgelyke verband tussen die oogmerk wat bereik moet word en die wyse waarop die maatreël die oogmerk beoog te bereik.¹⁴⁴⁵

Die aanwending van positiewe aksie as ‘n verweer is moontlik moeiliker vir ‘n werkgewer in Brittanje, gesien teenoor die Europese Gemeenskap se reg. In *ACAS v Taylor*¹⁴⁴⁶ het die Employment Appeal Tribunal (EAT) te make gehad met die kwessie of dit toelaatbaar was om die aanwesigheid van geslagsdiskriminasie af te lei in die afwesigheid van genoegsame verduideliking vir die werwing van ‘n groter aantal vroue op ‘n sekere stadium van die seleksieproses. Die EAT het uiteindelik bevind:

[A] tribunal was entitled to draw the inference that the employers had operated a policy of positive discrimination in favour of women where a sifting panel selected all the female candidates but only a few of the male candidates, from a particular category, for further assessment for promotion. A male employee in that category, who had not been selected, was held to have suffered unlawful sex discrimination.¹⁴⁴⁷

In Suid-Afrika sou die howe huiwerig gewees het om in te meng as die werkgewer se positiewe aksie-plan ‘n goed gestruktureerde plan was en nie arbitrêr of “haphazard” toegepas is nie.

3 VSA

In die VSA het die tema van gelykheid ‘n belangrike rol gespeel in die ‘geboorte’ van ‘n nuwe nasie.¹⁴⁴⁸ Tog bevat die land se grondwet nie ‘n uitdruklike verwysing na

¹⁴⁴⁵ Sien hoofstuk vier.

¹⁴⁴⁶ [1998] EAT/799/97. Taylor was in diens by ACAS as ‘n “industrial relations officer.” Hy het aansoek gedoen vir bevordering. Aansoekers is gekategoriseer as E/F, A, B, C en N/F. Die gebruik was dat E/F kandidate outomaties ‘n onderhoud toegestaan word. C en N/F kandidate is geensins oorweeg vir ‘n onderhoud nie. Applikante wat gekategoriseer is as A is deur ‘n siftingsproses, terwyl die streeksdirekteur bepaal het watter uitsonderlik B kandidate genooi sou word vir ‘n onderhoud. Uit die 123 applikante, is 64 ‘n onderhoud toegestaan – hiervan was 50% vroue. Uit die 64 was 62 van die applikante E/F of A kandidate. 31 applikante was suksesvol, waarvan 42% daarvan vroue was. Taylor is geklassifiseer as ‘n laer klas B kandidaat in sy area. Die enigste vroulike kandidaat uit sy afdeling is as ‘n uitsonderlike B kandidaat beskou en toegelaat na die onderhoudfase. Taylor se interne appèl was onsuksesvol, met die gevolg dat hy ‘n klag van geslagsdiskriminasie gebring het. Sien Equal Opportunities Commission Website for Legal Advisers “ACAS v Taylor, [1998] EAT/788/97” http://www.eoc-law.org.uk/cseng/case_summaries (2004/08/31).

¹⁴⁴⁷ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 2.

¹⁴⁴⁸ Rabe *Equality* 163. ‘Gelykheid’ is ook die middelpunt waarom die droom van die Suid-Afrikaanse reënboog nasie in 1994 gebou is.

geslagsgebaseerde regstellende aksie of selfs geslagsgelykheid nie.¹⁴⁴⁹ Die rede hiervoor is moontlik die ongelyke status van vroue in 1781 toe die VSA se grondwet aangeneem is.¹⁴⁵⁰ Die Grondwet vervat wel 'n anti-diskriminasie beginsel,¹⁴⁵¹ maar is slegs van toepassing op staatsorgane op verskillende vlakke. Die strekking daarvan is dus beperk tot vertikale toepassing. Daarom vind dit slegs indirek toepassing in die werkplek. Die *Civil Rights Act* van 1964 is egter daarop gemik om ras- en geslagdiskriminasie by privaat werkgewers te bekamp (ongegag of hulle verbind is tot staatskontrakte).¹⁴⁵² *Title VII* van dié wet is veral van belang aangesien dit spesifiek van toepassing is op die werkplek.¹⁴⁵³ Dit plaas 'n verbod op enige vorm van diskriminasie, op grond van ras, kleur, geloof, geslag of herkoms in die werkplek.¹⁴⁵⁴

In die VSA is daar aanvanklik meer klem gelê op die aanspreek van rasgebaseerde diskriminasie. Die ooploop na die aanname van "civil rights"-wetgewing het histories saamgeval met die 1945 immigrasie van swart persone na die noordelike stede, tesame met die swart soldate se ervarings tydens die Tweede Wêreld Oorlog.¹⁴⁵⁵ Die feit dat 'geslag' in *Title VII* genoem word kan moontlik beskryf word as 'n gelukkige 'fout' in die Amerikaanse geskiedenis.

Die wetsontwerp is op Saterdag, 8 Februarie, ter tafel gelê. In 'n poging om aanvaarding van die *Civil Right Act* te stuit het die voorsitter van die Reëlskomitee, Howard W. Smith van Virginia ('n "staunch opponent of all civil rights legislation")¹⁴⁵⁶ opgestaan en met die woorde "...I offer an amendment"¹⁴⁵⁷ voorgestel

¹⁴⁴⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁵⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁵¹ Soos uiteengesit in die Vyfde en Veertiende Amendement. Alhoewel die substantiewe beskerming wat die bepalings verleen dieselfde is, vind die twee bepalings op verskillende vlakke toepassing. Eersgenoemde is slegs van toepassing op die federale regering, terwyl laasgenoemde se bewoording dit slegs bindend maak vir individuele state. Sien Rabe *Equality* 37.

¹⁴⁵² Dartmouth Civil Liberties Union "Affirmative Action Timeline" 1.

¹⁴⁵³ Dartmouth Civil Liberties Union "Affirmative Action Timeline" 1.

¹⁴⁵⁴ *Title VII* se voorskrifte is egter "nie van toepassing op alle diensverhoudings nie, omdat dit slegs geld waar daar 15 of meer persone in diens is, en dit het ook nie betrekking op toelating tot die professie nie." Sien Joubert 1994 (19) *TRW* 10.

¹⁴⁵⁵ The Dirksen Congressional Center "Major Features of the Civil Rights Act of 1964"

http://www.congresslink.org/print_basics_histmats_civilrights64text.htm (2004/12/13).

¹⁴⁵⁶ Freeman "How "Sex" Got Into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy" 1 <http://www.jofreeman.com/lawandpolicy/titlevii.htm> (2004/12/13).

¹⁴⁵⁷ McElroy "The Civil Rights Act: Unintended Consequences Writ Large"

<http://www.zetetics.com/mac/articles/spin0799.html> (2004/12/13). Sien ook Feminist Majority Foundation "Feminist Chronicles"

<http://www.feminist.org/research/chronicles/fc1964.html> (2004/12/13).

dat 'sex' na 'religion' tot *Title VII* toegevoeg moet word. Smith se "southern strategy",¹⁴⁵⁸ het egter nie geslaag nie:

Smith had to assure the House repeatedly that he was serious ... He hoped that inserting the word 'sex' would tie the CRA to the controversial '60s issue of women's rights and, thus, kill the measure. He underestimated the political will behind it. Rather than delay the Act, the House approved Smith's amendment with only two hours debate. And so, from a bluff that backfired and with virtually no debate, the seeds were planted for a social policy that would alter American society. This was the drive to outlaw discrimination in the workplace and in academia ... Yet such laws were far from any intention in the House three decades ago. They became an unintended consequence of the CRA.¹⁴⁵⁹

Weens die Grondwet se aanslag spruit die aanvanklike Amerikaanse geslagsgelykheidsanalises uit hul Hooggeregshof se beskouing van gelyke beskerming.¹⁴⁶⁰ Hier is die Amerikaanse Vyfde¹⁴⁶¹ en Veertiende Amendement¹⁴⁶² dan van belang.¹⁴⁶³ Die Hooggeregshof het in *Weinberger v Wiesenfeld*¹⁴⁶⁴ die beginsel aanvaar dat die 'gelyke beskerming'-analise van die Vyfde Amendement dieselfde is as by die Veertiende Amendement.¹⁴⁶⁵ Totten wys op die uitwerking wat hierdie beginsel meebring:

The Court selects a level of scrutiny to evaluate a challenged statute based on the nature of the classification, such as gender.¹⁴⁶⁶

Die algemene benadering in die VSA is dat mans en vroue dieselfde behandel moet word.¹⁴⁶⁷ Tog word differensiasie toegelaat vir sover dit nie onmoontlik of aanstootlik

¹⁴⁵⁸ Smith het geen geheim gemaak van sy beskouing van gelykheid nie: "The Southern people have never accepted the colored race as a race of people who had equal intelligence . . . as the white people of the South . . ." Sien Noah "Keeper of the rules: Howard W. Smith of Virginia – Book Review" http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m1316/is_v19/ai_5167048 (2004/12/13).

¹⁴⁵⁹ McElroy "The Civil Rights Act: Unintended Consequences Writ Large".

¹⁴⁶⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁶¹ "No person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law . . ."

¹⁴⁶² "No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws."

¹⁴⁶³ Totten 2003 *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁶⁴ 420 U.S. 636 638 (1975).

¹⁴⁶⁵ *Rabe Equality* 38.

¹⁴⁶⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁶⁷ *Rabe Equality* 55.

is nie¹⁴⁶⁸ en ‘n realistiese refleksie is van die feit dat die twee geslagte nie dieselfde posisie handhaaf in sekere omstandighede nie.¹⁴⁶⁹

‘n Kontroversiële kwessie is die benadering wat die Amerikaanse regsbank inneem rakende die standaard van hersiening wat van toepassing moet wees op regstellende aksie gevalle.¹⁴⁷⁰ In *United States v Virginia*¹⁴⁷¹ het die appellant beweer dat daar ‘n “equal protection violation” was, aangesien die militêre kollege uitsluitlik gereserveer was vir mans. Die hof het die vlak van hersiening wat van toepassing is by geslagsklassifikasie verhoog.¹⁴⁷²

The reviewing court must determine whether the preferred justification [for gender classification] is exceedingly persuasive. The burden of justification is demanding and it rests entirely on the State. The State must show ‘at least that the [challenged] classification serves ‘important governmental objectives and that the discriminatory means employed’ are ‘substantially related to the achievement of those objectives’.¹⁴⁷³

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof dit onwaarskynlik is dat enige geslagsgebaseerde regstellende aksie skema hierdie grondwetlike toets sal slaag.¹⁴⁷⁴ In casu is intermediêre hersiening¹⁴⁷⁵ so streng toegepas dat Rabe argumenteer dat die benadering gelykstaande is aan hersiening volgens streng hersiening.¹⁴⁷⁶

Nogtans laat *Virginia*¹⁴⁷⁷ wel die moontlikheid oop vir geslagsgebaseerde regstellende aksie-maatreëls wat grondwetlike toetsing kan oorleef.¹⁴⁷⁸ In *Califano v Webster*¹⁴⁷⁹ het ‘n manlike ontvanger van pensioenvoordele (ingevolge die *Social Security Act*) die grondwetlikheid van ‘n wetbepalings aangeval weens die feit dat “a female wage earner, in respect to the formula utilized in computing benefits, could exclude from the computation of her ‘average monthly wage’ three more lower earning years than a

¹⁴⁶⁸ Rabe *Equality* 55.

¹⁴⁶⁹ *Michael M v Sonoma County Superior Court* 450 U.S. 464 469 (1981) soos aangehaal in Rabe *Equality* 55.

¹⁴⁷⁰ Fredman *Women and the Law* 396.

¹⁴⁷¹ 518 U.S. 515 (1996).

¹⁴⁷² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁷³ *Virginia* (supra nota 1471 532–533) soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 52.

¹⁴⁷⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 53.

¹⁴⁷⁵ Anders genoem die “intermediate level of scrutiny”. Sien Rabe *Equality* 54.

¹⁴⁷⁶ Rabe *Equality* 54.

¹⁴⁷⁷ Supra nota 1471.

¹⁴⁷⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 53.

¹⁴⁷⁹ 430 U.S. 313 (1977).

similarly situated male wage earner.”¹⁴⁸⁰ Die Hooggeregshof het voorgehou dat ‘ligte’ geslagsgebaseerde regstellende aksie-maatreëls wat ontwerp is met die oogmerk om ekonomiese diskriminasie teen vroue in die verlede aan te spreek, die intermediaire hersieningsanalise soos in *Virginia*¹⁴⁸¹ uiteengesit slaag.¹⁴⁸² Die hof in daardie saak het laat blyk dat daar ‘n meer vergunnende benadering tot geslagsklassifikasies ten gunste van vroue kan wees:

It noted that sex classifications may be used to compensate women for the economic disabilities and to promote equal employment opportunities.¹⁴⁸³

Daar bestaan dus ‘n Hooggeregshof presedent wat steun verleen aan die grondwetlikheid van geslagsgebaseerde regstellende aksie-maatreëls wat voordeel aan vroue toeken.¹⁴⁸⁴

Die vlak van hersiening skep egter onsekerheid. In *Nguyen v Immigration and Naturalization Service*¹⁴⁸⁵ het die hof voorgegee om ‘n verhoogde standaard van hersiening op aanstootlike geslagsgebaseerde statutêre klassifikasie toe te pas.¹⁴⁸⁶ Die gevolg van verhoogde hersiening¹⁴⁸⁷ is gewoonlik dat die bepaling onder hande geskrap word.¹⁴⁸⁸ Dit was egter nie die geval in casu nie.¹⁴⁸⁹ Die hof het eerder – onder die vaandel van verhoogde hersiening – in effek ‘n standaard soortgelyk aan die van rasionaliteit as basis van hersiening op geslagsgebaseerde klassifikasies toegepas.¹⁴⁹⁰ Die gevolg is dan dat geslagsgebaseerde regstellende aksie skemas na *Nguyen*¹⁴⁹¹ moontlik deur die hof gehandhaaf kan word.¹⁴⁹²

In *Nguyen*¹⁴⁹³ het die hof ongelukkig in dieselfde slaggetrap as die Suid-Afrikaanse Konstitusionele hof in *Hugo*.¹⁴⁹⁴ Die statutêre geslagsklassifikasie wat in

¹⁴⁸⁰ *Califano* supra nota 1479.

¹⁴⁸¹ Supra nota 1471.

¹⁴⁸² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 53.

¹⁴⁸³ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 53–54.

¹⁴⁸⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 54.

¹⁴⁸⁵ 533 U.S. 53 (2001). In hierdie saak het ‘n wettige Amerikaanse inwoner, wat die buite-egtelike kind van ‘n Amerikaanse pa en Viëtnamese ma was, saam met sy pa appèl aangeteken teen die *Board of Immigration Appeals* se besluit om hom te deporteer.

¹⁴⁸⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 54.

¹⁴⁸⁷ Dit vereis ‘n ondersoek na die werklike regeringsbelang en -doel met die diskriminerende klassifikasie, sowel as die belang van die klassifikasie self. Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 54.

¹⁴⁸⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 54.

¹⁴⁸⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 54.

¹⁴⁹⁰ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 55.

¹⁴⁹¹ Supra nota 1485.

¹⁴⁹² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 55.

¹⁴⁹³ Supra nota 1485.

*Nguyen*¹⁴⁹⁵ hersien is het ‘n finansiële, sowel as ‘n emosionele verantwoordelikheid op Amerikaanse burgers wat ouers en ongetroude moeders is, geplaas.¹⁴⁹⁶ ‘n Pa, wat ook ‘n burger was, kon soortgelyke verantwoordelikheid ontduik as hy nie die statutêre stappe neem om burgerskap vir sy kind aan te vra nie.¹⁴⁹⁷ Deur hierdie wetgewing grondwetlik te bevind het die hof goedkeuring verleen aan sekere stereotipes rakende vroue en ook vroue se juridiese ondergeskiktheid aan mans herbevestig.¹⁴⁹⁸ Met dié benadering van die hof het dit gefaal om gehoor te gee aan die beginsel wat in 1981 in *Mississippi University for Women v Hogen*¹⁴⁹⁹ neergelê is. Daar het die hof bepaal dat klassifikasies wat daargestel word vry moes wees van enige vaste opvattinge van die rol of vaardighede van mans en vroue en dat daar versigtig met klassifikasie omgegaan moet word ten einde te kan bepaal of dit argaïese en stereotipiese opvattinge reflekteer.¹⁵⁰⁰

Dit is daarom nie slegs Suid-Afrikaanse hofe wat in ‘n poging om sekere besluite en maatreëls grondwetlik te bevind, ter beskerming van ‘n sekere groep of geslag, weer onbewustelik lewe blaas in ander stereotipes en vooroordele nie.

‘n Tekstuele analise dui egter daarop dat Amerikaanse konstitusionele reg ‘n ongunstige beskouing van geslagsgebaseerde regstellende aksie het.¹⁵⁰¹ Die Veertiende Amendement verklaar:

[N]or shall any State ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws.¹⁵⁰²

Terwyl die Vyfde Amendement dit op soortgelyke wyse bepaal:

[N]or shall any person ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.¹⁵⁰³

Daar kan weens die bewoording van hierdie twee amendemente verklaar word dat daar slegs van die regering of die staat vereis word om dit te weerhou van die

¹⁴⁹⁴ Supra nota 304. Sien hoofstuk drie.

¹⁴⁹⁵ Supra nota 1485.

¹⁴⁹⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 55–56.

¹⁴⁹⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁴⁹⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁴⁹⁹ 458 U.S. 718 (1981).

¹⁵⁰⁰ *Hogen* supra nota 1499 725 soos na verwys in Rabe *Equality* 55.

¹⁵⁰¹ Soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰² Soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰³ Soos aangehaal in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

implementering van ongelyke behandeling.¹⁵⁰⁴ Sodoende word 'n negatiewe plig daargestel¹⁵⁰⁵. Daar is geensins 'n aanduiding dat die twee amendemente van die staat vereis om positiewe aksie ter bevordering van substantiewe geslagsgelykheid in te stel nie.¹⁵⁰⁶ Die gevolg is dat die Amerikaanse konsep van konstitusionele reg gekarakteriseer kan word as formeel en negatief van aard.¹⁵⁰⁷

Regstellende aksie (of positiewe aksie) vereis dat 'n regering aktief stappe neem om sekere groepe se gelykheid in die samelewing te bevorder.¹⁵⁰⁸

Substantive equality between men and women cannot advance in a systematic fashion if the Supreme Court interprets the amendments as barring all disparate treatment. Since gender affirmative action stems from the notion of the government promoting a particular group's equality through positive action, including action that requires unequal treatment of a different group (i.e. men), a negative conception of constitutional equality undermines gender affirmative action schemes.¹⁵⁰⁹

West wys vanuit 'n progressiewe grondwetlike oogpunt daarop dat die gelyke beskermingsklousule dit nie bloot toelaat nie, maar ook positief vereis dat gemeenskappe regstellende stappe neem ter bereiking van substantiewe gelykheid en om die wanverdeling van sosiale mag, rykdom en aansien te korrigeer.¹⁵¹⁰ Die regters van die Amerikaanse Hooggeregshof moet egter nog dieselfde aanslag as die progressiewe konstitusionaliste aanneem.¹⁵¹¹

Verder is regstellende aksie daarop gefokus om wetgewing, reëls en gebruike met 'n diskriminerende bedoeling, sowel as effek, teen te werk, maar die Amerikaanse konstitusionele omgewing verleen slegs erkenning aan opsetlike diskriminasie.¹⁵¹² Die gelykheidsbenadering in die VSA was nog altyd hoofsaaklik formeel (simmetries) georiënteerd. Daarom is dit geen wonder dat daar 'n groot aantal van die Amerikaanse Hooggeregshofregters is wat lojaal bly teenoor die simmetriese benadering nie.¹⁵¹³

¹⁵⁰⁴ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰⁵ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰⁸ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁵⁰⁹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56–57.

¹⁵¹⁰ Soos na verwys in Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 57.

¹⁵¹¹ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 57.

¹⁵¹² Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 57.

¹⁵¹³ Fredman *Women and the Law* 393.

Hoofregter Burger het wel al verklaar dat regstellende aksie-planne, as ‘n herstellende maatreël, nie heeltemal kleurblind (en soortgelyk geslagsblind) hoef te wees nie.¹⁵¹⁴ In die VSA word die regstellende aksie beginsel, indien nie in die oorspronklike vorm van ‘n remedie¹⁵¹⁵ nie, andersins afgedwing deur middel van kontraktuele voldoening.¹⁵¹⁶ Fredman wys op die impak van die benadering van die howe:

One of the most important results of this judicial approach has been the continued vigour of the Federal contract compliance programme, the seminal requirements of which are contained in Executive Order No 11246 signed by President Johnson in 1965. Under this order, private firms who have contracts with the federal government may be required to institute goals for hiring and promoting women and minorities as part of an affirmative action programme.¹⁵¹⁷

Die onderliggende idee is dat die beskikbare federale fondse onderhewig gestel word aan ‘n liggaam of organisasie se voldoening aan die regstellende aksie-plan en die insluiting van die regstellende aksie beginsel in die werking van die besigheid.¹⁵¹⁸ ‘n Belangrike punt bly egter steeds dat geslagsgebaseerde aanstellings nie vereis word nie en kwotas verbied word.¹⁵¹⁹ Alhoewel gelyke uitkomst die toetssteen vir vordering is, voer Fredman tereg aan dat dit nie bereik kan word deur middel van direkte omgekeerde diskriminasie nie.¹⁵²⁰ In die VSA is die substantiewe (regstellende aksie) model dus aanwesig, maar dit voer ‘n samebestaan met ‘n sterk formele (simmetriese) beskouing van gelykheid.¹⁵²¹

Dit is dus te verwagte dat ‘n onderliggende substantiewe neiging in Amerikaanse benadering tot regstellende aksie kan deurskemer.¹⁵²²

¹⁵¹⁴ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 253.

¹⁵¹⁵ ‘n Voorbeeld van regstellende aksie as ‘n remedie is te vinde in die *Civil Rights Act* se a 706(g) wat uitdruklike magtiging aan die howe verleen om bevele uit te reik vir “such affirmative action as may be appropriate”. Daar is egter steeds perke. Joubert verduidelik dat daar “‘n ernstige behoefte daarvoor [moet] wees en die middel om dit te bewerkstellig moet redelik wees.” Die remedie wat hier beoog word is daarop gemik “om maatskaplike diskriminasie teen te gaan. Sien Joubert 1994 (19) *TRW* 10.

¹⁵¹⁶ Scutt *Women and the Law* 113.

¹⁵¹⁷ Fredman *Women and the Law* 394–395.

¹⁵¹⁸ Scutt *Women and the Law* 113. Sien a 53 (supra nota 545) van die Suid-Afrikaanse EEA 55 van 1998 waar staatskontrakte se toekenning ook gekoppel word aan die implementering van regstellende aksie.

¹⁵¹⁹ Fredman *Women and the Law* 395.

¹⁵²⁰ Fredman *Women and the Law* 395.

¹⁵²¹ Fredman *Women and the Law* 395.

¹⁵²² Fredman *Women and the Law* 393.

The trend began with court-ordered affirmative action programmes prescribed as a remedy in cases of proven discrimination both under Title VII of the 1964 Civil Rights Act and under the Equal Protection Clause in the 14th Amendment of the Constitution.¹⁵²³

Die idee wat na vore gekom het, is dat regstellende aksie as 'n effektiewe remedie noodsaaklik was, indien sake waar diskriminasie bewys is effektief aangespreek moes word.¹⁵²⁴ In 1987 het die Hooggeregshof reeds hierdie beskouing van regstellende aksie in *US v Paradise*¹⁵²⁵ onderskryf.¹⁵²⁶ In effek het die hof 'n substantiewe, uitkoms-georiënteerde beskouing verkies, bo die formele individualistiese grondslag vir gelykheid.¹⁵²⁷

Op 'n soortgelyke wyse het die Amerikaanse reg 'n ontwikkeling ondergaan wat die individualistiese fokus op meriete en skuld verswak het.¹⁵²⁸ Die Hooggeregshof het gevolglik ook 'n aanvaarding ontwikkel vir die vrywillige implementering van regstellende aksie-programme, ten spyte van die afwesigheid van die bewys van skuld aan die kant van die werkgewer.¹⁵²⁹ Daar is dus wegbeweeg van die idee dat regstellende aksie bloot 'n remedie is wat deur die hof geïmplementeer word. Al wat die hof as vereiste stel is die genoegsame bewys van historiese diskriminasie.¹⁵³⁰

*Johnson v Transportation Agency of Santa Clara County*¹⁵³¹ dien as 'n goeie voorbeeld van die verandering in die hof se aanslag.¹⁵³² Die feite in *Johnson*¹⁵³³

¹⁵²³ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵²⁴ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵²⁵ 480 U.S. 149 (1987); 107 S Ct 1053. Die betrokke partye het, in 'n klag van rasgebaseerde diskriminasie teen die Departement van Openbare Veiligheid (Alabama), 'n prosedure aangevra vir die selektering van nuwe "state trooper corporals". Die Distrikshof het vereis dat 50% van die bevorderings aan swart kandidate toegeken moes word, totdat 25% van die betrokke rang uit swart persone saamgestel is of totdat daar 'n bevorderingsplan (ter voldoening van vorige opdragte en geregtelike vereistes) ontwikkel en geïmplementeer is. Hierdie bevinding is op appèl bevestig. Die Hooggeregshof het by monde van Brennan R bevind dat "the 50 percent promotion requirement was permissible under the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, in that it was justified by compelling governmental interest in eradicating discriminatory exclusion of blacks from positions and was narrowly tailored to serve its purposes."

¹⁵²⁶ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵²⁷ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵²⁸ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵²⁹ Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁵³⁰ Fredman *Women and the Law* 394.

¹⁵³¹ 94 L Ed 2d 615 (1987).

¹⁵³² Fredman *Women and the Law* 394. Sien ook Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 253.

¹⁵³³ *Supra nota* 1531.

trek op die van *Kalanke*¹⁵³⁴ en in beide sake was ‘n vrywillige regstellende aksie-plan vir die aanstelling en bevordering van vroue en minderheidsgroepe binne ‘n konteks waar sulke groepe onderverteenvoerdig is, ter sprake.¹⁵³⁵ Die plan in *Johnson*¹⁵³⁶ was egter meer buigsaam van aard:¹⁵³⁷

The plan provided that ... the agency was authorized to consider as one of the factors the sex of a qualified applicant.¹⁵³⁸

Die oogmerk met die implementering van die plan was die verwesenliking van ‘n statisties meetbare jaarlikse verbetering wat betref die aanstelling, opleiding en bevordering van vroue en minderheidsgroepe in die agentskap in alle areas en posvlakke waar hulle onderverteenvoerdig was.¹⁵³⁹ Net soos in *Kalanke*¹⁵⁴⁰ was die oogmerk geformuleer met gelyke uitkomst as die onderliggende beginsel.¹⁵⁴¹ Gevolglik het die hof bevind dat die vrywillige geslagsgebaseerde regstellende aksie-plan nie *Title VII* van die *Civil Rights Act* geskend het nie.¹⁵⁴²

[The] consideration of the applicant’s sex was justified by the existence of a manifest imbalance reflected in the under-representation of women in traditionally segregated job categories.¹⁵⁴³

In *Johnson*¹⁵⁴⁴ het die agentskap se duidelik uiteengesette plan ook ‘oorleef’ weens die feit dat dit ingeboude remme en teenwigte gehad het waarvolgens dit gemonitor is en gereelde wysigings aangebring is.¹⁵⁴⁵

Wat duidelik blyk uit die Amerikaanse regspraak is dat daar drie kriteria is vir ‘n geldige regstellende aksie-program in die werkplek:¹⁵⁴⁶

- (1) dit moet die aanspreek van wanbalanse in die werkplek ten doel stel;
- (2) dit moet ‘n tydelike van aard wees;¹⁵⁴⁷ en

¹⁵³⁴ Supra nota 407.

¹⁵³⁵ Fredman *Women and the Law* 394.

¹⁵³⁶ Supra nota 1531.

¹⁵³⁷ Fredman *Women and the Law* 394.

¹⁵³⁸ *Johnson* supra nota 1531.

¹⁵³⁹ *Johnson* supra nota 1531.

¹⁵⁴⁰ Supra nota 407.

¹⁵⁴¹ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 253.

¹⁵⁴² *Johnson* supra nota 1531.

¹⁵⁴³ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 253.

¹⁵⁴⁴ Supra nota 1531.

¹⁵⁴⁵ Hodges-Aeberhard 1999 (138) *International Labour Review* 254.

¹⁵⁴⁶ Dupper “Regstellende Aksie (VSA en EU)” Lesing: Gevorderde Arbeidsreg (Universiteit van Stellenbosch) 26 September 2003.

(3) dit moet nie tot gevolg hê dat sekere posisies vir persone uit voorheen benadeelde groepe gereserveer word nie.¹⁵⁴⁸

Ongeag die VSA se gelykheidsvordering, is die impak van stereotipes steeds waarneembaar wanneer daar gekyk word na die beperkte aantal vroue in hoër vlak bestuursposte.¹⁵⁴⁹ Volgens die *Federal Glass Ceiling Commission* word die meeste vroue in professionele bestuursposisies nie in die privaat- of die “for-profit” sektor aangetref nie:

[I]nstead [they] hold positions in ... health, social welfare, ... education ... [,] libraries, museums and art organizations. Moreover, ninety-five to ninety-seven percent of senior managers of Fortune 1000 industrial and Fortune 500 companies are male. Those women who find themselves in the highest levels of a company often are in such positions as human resources or administration, rather than marketing, sales, or production.¹⁵⁵⁰

Die kommissie het al verklaar dat die geslagsonderskeid in die arbeidsmark gekoppel kan word aan die persepsies wat bestaan rondom vroue se rolle.¹⁵⁵¹ Daar is gevind dat Amerikaanse manlike bestuurders nie vroue van enige ras as geskik vir die besigheidswêreld en veral nie as hul gelykes beskou nie.¹⁵⁵² Die rede wat hiervoor deur die kommissie voorgelê word, is dat die mans nie hou van die kompetisie en

¹⁵⁴⁷ Dit moet die bereiking van ‘n oogmerk ten doel stel, maar nie die handhawing daarvan nie.

¹⁵⁴⁸ Vir die toepassing van die drie genoemde kriteria sien *United Steelworkers v Weber* 61 L Ed 2d 480 (1979) en *Johnson v Transportation Agency of Santa Clara County* (supra nota 1531). In *Weber* supra het ‘n vakbond en die betrokke organisasie ‘n kollektiewe ooreenkoms aangegaan wat die indiensnemingsterme en -voorwaardes van verskeie van die organisasie se plantasies uiteen gesit het. Die ooreenkoms het onder andere ‘n regstellende aksie-plan ingesluit wat ontwerp is “to eliminate conspicuous racial imbalances in the corporation’s almost exclusively white craft work force.” Die plan het voorsiening gemaak vir “black craft hiring goals for each plant equal to the percentage of blacks in the respective local labor forces.” (Soortgelyk aan a 42(a) faktore (supra nota 532) van Suid-Afrika se EEA 55 van 1998 is die demografiese profiel van die ekonomies aktiewe bevolking in die area waarin die werkplek geleë is in ag geneem.) “[T]he plan [also] established on-the-job training programs to teach unskilled production workers the skills necessary to become craft workers.” Die hof het gevolglik bevind dat die regstellende aksie-plan (wat ontwerp is om tradisionele rasgebaseerde segregasie aan te spreek) toelaatbaar is volgens *Title VII*, “[as the affirmative action plan,] especially in light of the fact that it did not require the discharge of white workers and their replacement with new black hires, did not create an absolute bar to the advancement of white employees, and was a temporary measure not intended to maintain racial balance but simply to eliminate a manifest racial imbalance.” *Weber* supra 480 481.

¹⁵⁴⁹ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵⁰ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵¹ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵² Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

die druk wat die insluiting van vroue meebring nie.¹⁵⁵³ Van Jaarsveld wys egter daarop dat die hoofdoel van regstellende aksie in die VSA is om wanbalanse reg te stel en nie om diversiteit te bevorder nie.¹⁵⁵⁴ Volgens hierdie benadering sal regstellende aksie as geslaagd beskou word as vroue se verteenwoordiging in die arbeidsmark vermeerder en stabiliseer ten einde in ‘balans’ te kom met die van mans. Die eweredige posisionering van vroue op alle vlakke in die arbeidsmark ter bevordering van diversiteit vanaf die laagste tot die hoë pos vlakke word dan nie as ‘n belangrike regstellende aksie element beskou nie.

Met dit in ag geneem is dit interessant om daarop te let dat kiesers in November 1996 in Kalifornia hul goedkeuring verleen het aan *Proposition 209* wat regstellende aksie-programme verwyder het.¹⁵⁵⁵ Dit is verder kommerwekkend dat 60% van die vroue ten gunste van die *Proposition* gestem het.¹⁵⁵⁶

[I]llustrating a trend that concerns many feminist advocates of affirmative action. Many believe young women, absent from the campaign for equality, do not feel the need for affirmative action.¹⁵⁵⁷

4 AUSTRALIË

Die konsep van regstellende aksie is in Australië ‘n uitbreiding van twee beginsels: gelykheid van geleenthede en anti-diskriminasie.¹⁵⁵⁸ Australië se beskouing van regstellende aksie is daarom ‘n perfekte voorbeeld van regstellende aksie se rol as ewewigskonsep.¹⁵⁵⁹

Regstellende aksie word binne die land se regs konteks gesien as ‘n maatreël wat sterk steun op werkgewer-werknemer¹⁵⁶⁰ konsultasie vir die bepaling van die inhoud van die maatreël ter bereiking van gelyke indiensnemingsgeleenthede.¹⁵⁶¹

¹⁵⁵³ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵⁴ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 13.

¹⁵⁵⁵ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2..

¹⁵⁵⁶ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵⁷ Rozof “Overcoming Traditional Gender Stereotypes in the European Union” 2.

¹⁵⁵⁸ Scutt *Women and the Law* 111.

¹⁵⁵⁹ In hoofstuk drie is dit gestel dat regstellende aksie transformasie daarstel en geregtigheid bevorder deur ‘gelykheid’ en ‘diskriminasie’ as teenpole in plek te hou en die mens se kennis en ervaring van die twee kernbegrippe te reguleer.

¹⁵⁶⁰ Hier word ingesluit konsultasie rakende regstellende aksie-matreëls met gewone vlak werknemers, werknemers in senior bestuursposte en vakbonde.

¹⁵⁶¹ Scutt *Women and the Law* 112.

In Australië is regstellende aksie daarom die gevolg van positiewe stappe wat vanuit twee oorde benader word.¹⁵⁶² Aan die een kant is daar wetgewing wat die proses ondersteun en aan die ander kant is daar bestuursprogramme in die werkplek self wat die resultaat van die konsultasieproses is.¹⁵⁶³ Die verskillende pogings vanuit die regering, bestuur en vakbonde kan slegs op 'n positiewe en aktiewe wyse effektief met diskriminasie in die werkplek handel as dit vervat word in 'n regstellende aksieplan.¹⁵⁶⁴ Dit koördineer die toepassing van regstellende aksie op verskillende areas in die werkplek, nl. werwing, aanstelling, opleiding, bevordering (insluitende verplasing) en werksomstandighede.¹⁵⁶⁵ So 'n regstellende aksieplan word gebaseer op vyf onderliggende beginsels:

1. equality of employment opportunities is a matter of basic social justice;
2. there are two kinds of discrimination, namely, direct and indirect; both of these must be addressed if equal employment opportunities is to be achieved;
3. past discrimination and its enduring legacy require redress in the form of (a) positive and active steps to eradicate discrimination and (b) remedial programmes for members of groups who have suffered discrimination;
4. improvements in equality of employment opportunity should be visible both in the outcome of selection and promotion procedures and in the redistribution of minority groups and women in personnel statistics;
5. affirmative action programmes should have specific goals, and, where possible, numerical qualitative targets together with a timetable for their achievement. Programmes should be evaluated in terms of their redistributive effects and their success in regard to the nominated targets.

This does not constitute proportionate hiring or quotas ...¹⁵⁶⁶

Suid-Afrika se regstellende aksie rasionaal (soos vervat in die EEA) se klem val ook op die verwydering van hindernisse in die werkplek ter bevordering van werkplek diversiteit met voorkeur aan aangewese groepe en numeriese mikpunte ter bereiking

¹⁵⁶² Scutt *Women and the Law* 112.

¹⁵⁶³ Scutt *Women and the Law* 112.

¹⁵⁶⁴ Scutt *Women and the Law* 112.

¹⁵⁶⁵ Scutt *Women and the Law* 112.

¹⁵⁶⁶ Scutt *Women and the Law* 112.

van die billike verteenwoordiging vir daardie groepe.¹⁵⁶⁷ Binne die konteks van die EEA en die Suid-Afrikaanse Grondwet word beide direkte sowel as indirekte diskriminasie verbied.¹⁵⁶⁸ Die gelykheidsaanslag wat die twee lande se regstelsels vir regstellende aksie daar plaas verskil egter. Australië volg in die Europese lande se spore deur die bevordering van gelyke geleenthede op die voorpunt van die regstellende aksie doelwit te stel, terwyl Suid-Afrika substantiewe gelykheid as regstellende aksie benadering poog te bevorder.

Net soos in Suid-Afrika het Australië ook wetgewing wat spesifiek voorsiening maak vir regstellende aksie-maatreëls. In ooreenstemming met regstellende aksie se ontwikkeling in die VSA is die konsep aanvanklik net op die Australiese openbare sektor van toepassing gemaak.¹⁵⁶⁹ Op federale regeringsvlak is die *Public Service Reform Act* van 1984 verorden.¹⁵⁷⁰ Na die inwerkingtreding van die Australiese *Sex Discrimination Act*¹⁵⁷¹ van 1984 het die arbeidsmark steeds gewys dat daar op groot skaal indirek teen vroue gediskrimineer is. Die *Affirmative Action (Equal Opportunities for Women) Act* (AAA) van 1986 is juis ontwerp om 'n einde te maak aan sulke diskriminerende optrede.¹⁵⁷² Dit is spesifiek van toepassing op alle privaatsektor werkgewers met 100 werknemers of meer, sowel as alle hoër onderriginstansies.¹⁵⁷³ Wat die AAA uniek in aard en van belang maak is dat regstellende aksie binne die omvang van die wet gemik is op vroue alleenlik en nie op minderheidsgroepe en vroue gesamentlik nie.¹⁵⁷⁴ Die wetgewing het voortgespruit uit noodsaaklikheid:

[due to] the continued operation of assumptions about the talents and skills of women inherent from a by-gone era.¹⁵⁷⁵

¹⁵⁶⁷ Bhoola *Affirmative Action* CC1–B–5.

¹⁵⁶⁸ Artikel 6 EEA 55 van 1998 en a 9(3) en (4) Grondwet 108 van 1996.

¹⁵⁶⁹ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* (1992) 80.

¹⁵⁷⁰ Die wet fokus op indiensnemings in die Australiese publieke sektor. Scutt *Women and the Law* 113.

¹⁵⁷¹ Die wet plaas 'n verbod op beide direkte en indirekte diskriminasie teen vroue deur hul werkgewers. Sien Women's Electoral Lobby "WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act" 2 <http://www.wel.org/au/issues/affirm/> (2004/03/19).

¹⁵⁷² Women's Electoral Lobby "WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act" 2.

¹⁵⁷³ Scutt *Women and the Law* 113.

¹⁵⁷⁴ Scutt *Women and the Law* 113.

¹⁵⁷⁵ Women's Electoral Lobby "WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act" 1.

Die oogmerk was om die talente en vaardighede van vroue ten volle in die arbeidsmark te benut.¹⁵⁷⁶

Artikel 3, die interpretasie-artikel van die wet, illustreer die aanslag van staats-, sowel as federale wetgewing, op daardie stadium goed:

"affirmative action program", in relation to a relevant employer, means a program designed to ensure that-

- (a) appropriate action is taken to eliminate discrimination by the relevant employer against women in relation to employment matters; and
- (b) measures are taken by the relevant employer to promote equal opportunity for women in relation to employment matters...¹⁵⁷⁷

In Australië, net soos in die Europese Gemeenskap, word die konsep van gelyke geleenthede met regstellende aksie versoen deur "equal employment opportunities"¹⁵⁷⁸ te onderskei van regstellende aksie.¹⁵⁷⁹ Die verduideliking klink moontlik omslagtig, maar waarop dit neerkom is dat EEO uiting vind in 'n beleidsoogmerk wat daarop gemik is om 'n uiteindelijke situasie te skep waar alle afdelings van die arbeidsmark saam funksioneer in die afwesigheid van direkte, indirekte, sistemiese of strukturele diskriminasie met die gevolg dat geen spesifieke groep of persoon benadeel word of ongelyk behandel word nie.¹⁵⁸⁰ Regstellende aksie word volgens die denkrigting beskou as die program of maatreël wat aangewend word ter bereiking van die EEO beleidsoogmerk.¹⁵⁸¹

In 1999 is die AAA deur die *Equal Opportunity for Women in the Workplace Amendment Act* 183 van 1999 vervang:

[With this amendment Australia] explicitly moved away from the language of affirmative action to embrace the language of equal

¹⁵⁷⁶ Women's Electoral Lobby "WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act" 1.

¹⁵⁷⁷ Affirmative Action (Equal Employment Opportunity for Women) Act 91 of 1986 <http://www.austlii.edu.au/au/legis/> (2004/09/04).

¹⁵⁷⁸ EEO.

¹⁵⁷⁹ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 81.

¹⁵⁸⁰ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 81.

¹⁵⁸¹ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 81.

employment opportunity, reduced annual reporting requirements to biennial reports, and allowed employers more flexibility in program implementation.¹⁵⁸²

Die AAA se impak was in sy leeftyd problematies aangesien dit werkgewers verkeerdelik die idee gegee het dat dit omgekeerde of positiewe diskriminasie goedkeur.¹⁵⁸³ Hierdie vrese word deur die nuwe wet aangespreek, maar die gedetailleerde verslagdoeningsvereistes vir sekere werkgewers bly behoue. Volgens die AAA is die afdwinging van die regstellende aksie bepalings in die wet gekoppel aan die vereiste van publieke verslagdoening¹⁵⁸⁴ en “naming”.¹⁵⁸⁵ As ‘n werkgewer, sonder ‘n redelike verskoning of met uitstel van die direkteur, nie ‘n verslag¹⁵⁸⁶ binne drie maande van die gestelde datum indien nie, mag die direkteur die naam van daardie werkgewer aan die parlement deurvoer.¹⁵⁸⁷ Die direkteur moet volgens die proses skriftelike kennis gee van die beoogde “naming” tesame met die redes daarvoor.¹⁵⁸⁸

Artikel 2A van die 1999 wet omskryf die oogmerke daarvan:

- a. to promote the principle that employment for women should be dealt with on the basis of merit; and
- b. to promote, amongst employers, the elimination of discrimination against, and the provision of equal opportunity for, women in relation to employment matters; and
- c. to foster workplace consultation between employers and employees on issues concerning equal opportunity for women in relation to employment.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸² Konrad & Hartmann “Gender differences in attitudes toward affirmative action programs in Australia: Effects of beliefs, interests, and attitudes toward women” 1 <http://findarticles.com> (2004/03/19).

¹⁵⁸³ Teece “Anti-discrimination laws: trying again” 1 <http://alia.org.au/publishing/incite/2000/04/workwatch.html> (2004/09/04).

¹⁵⁸⁴ Soos bepaal in a 13 van Wet 91 van 1986.

¹⁵⁸⁵ Soos bepaal in a 19 van Wet 91 van 1986.

¹⁵⁸⁶ In sommige gevalle sal ‘n konfidensiële verslag soos bepaal in a 14 van Wet 91 van 1986 voldoende wees.

¹⁵⁸⁷ Scutt *Women and the Law* 115.

¹⁵⁸⁸ Scutt *Women and the Law* 115.

¹⁵⁸⁹ *Equal Opportunity for Women in the Workplace Act* 183 of 1999 (Act No. 91 of 1986 as amended) te vinde by http://www.eowa.gov.au/About_EOWA/Overview_of_the_Act/The_Act.asp (2004/09/04).

Met die invoeging van die oogmerkklousule is die wetgewer se bedoeling met die wet duidelik.¹⁵⁹⁰ ‘n Belangrike aspek van die wet is dat dit ‘n breër definisie van “employment matters” daarstel:

- a. the recruitment procedure, and selection criteria, for appointment or engagement of persons as employees;
- b. the promotion, transfer and termination of employment of employees;
- c. training and development for employees;
- d. work organisation;
- e. conditions of service of employees;
- f. arrangements for dealing with sex-based harassment of women in the workplace;
- g. arrangements for dealing with pregnant, or potentially pregnant employees and employees who are breastfeeding their children.¹⁵⁹¹

Die uitbreiding het tot gevolg gehad dat nuwe elemente binne die omvang van die wet geplaas is, nl. reëlins rakende swanger vroue en nuwe moeders.¹⁵⁹² Verder word daar klem geplaas op pragmatiese kwessies – rakende die bestuur van situasies waar swanger werknemers betrokke is en die behoeftes van daardie werknemers – wat nou die fundamentele verantwoordelikheid van die werkgever is.¹⁵⁹³ Alle organisasie wat meer as ‘n 100 werknemers in diens het moet nou ‘n werkplek-profiel saamstel as die basis vir aksie georiënteerde planne wat op gereelde basis by die hergestruktureerde *Equal Opportunity Agency* ingedien moet word.¹⁵⁹⁴ Selfs met hierdie hersiening van die AAA benadering val die Australiese wetgewende program steeds binne die definisie van regstellende aksie.¹⁵⁹⁵

Australië se benadering tot die bevordering van gelykheid is moontlik meer gevorderd as wat meeste mense sou reken. Uitgesonderd die feit dat die land gelykheid van geleentheid as hul verkose gelykheidskonsep voorhou, maak die Australiese

¹⁵⁹⁰ Teece “Anti-discrimination laws: trying again” 1.

¹⁵⁹¹ Artikel 3 *Equal Opportunity for Women in the Workplace Act* 183 of 1999 (Act No. 91 of 1986 as amended).

¹⁵⁹² Teece “Anti-discrimination laws: trying again” 1.

¹⁵⁹³ Teece “Anti-discrimination laws: trying again” 1.

¹⁵⁹⁴ Teece “Anti-discrimination laws: trying again” 1.

¹⁵⁹⁵ Konrad & Hartmann “Gender differences in attitudes toward affirmative action programs in Australia: Effects of beliefs, interests, and attitudes toward women” 1.

benadering voorsiening vir werkgewers om regstellende aksie beginsels in hul besighede te inkorporeer op so 'n wyse dat die individuele aard, karaktereenskappe en behoeftes van 'n spesifieke werkplek nie in die slag bly nie.¹⁵⁹⁶ Ander lande kan baie leer uit Australië se regstellende aksie foute en verbeteringe. Suid-Afrika se a 42(2) faktore maak dit wel ook moontlik om die (demografiese) karakter, ekonomiese oorwegings en die aard van 'n werk te oorweeg wanneer daar beoordeel word tot watter mate 'n werkgewer se werksmag toepaslik gekwalifiseerde persone vanuit aangewese groepe moet verteenwoordig.

5 GEVOLGTREKKING

In Suid-Afrika word vroue saam met swart- en gestremde persone in die EEA se kategorie van aangewese groepe geplaas. Vroue raak soms in die besighede se angstige transformasiepogings verlore as gevolg van die EEA se groepering van aangewese groepe.¹⁵⁹⁷ Weens Suid-Afrika se apartheidsgeskiedenis en kleurrike samestelling is die arbeidsmark eerder gefokus op die daarstel van 'n rasverteenwoordigende as 'n geslagsverteenwoordigende werksmag. Dit is nie verkeerd nie, maar rasgelykheid is nie veronderstel om die enigste transformasie oogmerk te wees nie. Soos reeds gewys in hoofstuk vier, word daar gespekuleer dat werkgewers selfs sover kan gaan om 'n prioriteitslys in hul regstellende aksie-plan in te bou en sodoende self besluit waar vroue van verskillende rasse in hul spesifieke organisasie se strewe na gelykheid in die nuwe Suid-Afrika inpas. 'n Benadering soos die in Australië waar spesifieke wetgewing spesifieke groepe se regstellende aksie behoeftes aanspreek sal in Suid-Afrika kan verhoed dat geslagsgelykheid nie in die transformerende strewe na rasgelykheid in die slag bly nie.

Soortgelyk aan Australië val die klem van Suid-Afrika se regstellende aksie rasionaal (soos vervat in die EEA) op die verwydering van hindernisse in die werkplek ter bevordering van werkplekdiversiteit, met voorkeur aan aangewese groepe en numeriese mikpunte, ten einde billike verteenwoordiging vir daardie groepe te bewerkstellig.¹⁵⁹⁸ Die gelykheidsaanslag wat die twee lande se regsisteme vir regstellende aksie daar plaas verskil egter. Australië volg die Europese lande na deur

¹⁵⁹⁶ Scutt *Women and the Law* 117.

¹⁵⁹⁷ In die volgorde van swart persone, vroue en gestremde persone.

¹⁵⁹⁸ Bhoola *Affirmative Action* CC1-B-5.

die bevordering van gelyke geleentehede na te streef in hul regstellende aksie doelwit, terwyl Suid-Afrika substantiewe gelykheid by wyse van regstellende aksie poog te bevorder. Beide Suid-Afrika en Australië se wetgewing maak wel spesifiek voorsiening vir regstellende aksie-maatreëls. Daar is verdere ooreenstemming tussen Australië se buigsame benadering tot werkgewers se toepassing van regstellende aksie (met inagneming van die individuele aard, karaktereienskappe en behoeftes van 'n spesifieke werkplek)¹⁵⁹⁹ en die EEA van Suid-Afrika se a 42(a)¹⁶⁰⁰ oorwegings.

Wat die Europese benadering betref is dit belangrik om daarop te let dat, anders as Suid-Afrika se vereiste dat 'n persoon (vanuit 'n aangewese groep) slegs 'toepaslik gekwalifiseerd'¹⁶⁰¹ hoef te wees, die Europese standaard vir positiewe aksie vereis dat kandidate gelyk gekwalifiseerd moet wees. Die Suid-Afrikaanse verslapping rakende die kwalifikasie-standaard sluit moontlik baie van die Europese-benadering se probleme uit. Dit blyk uit die Amerikaanse *Ledoux v District of Columbia*¹⁶⁰² dat “[d]ie persoon wat voorkeurbehandeling kry ingevolge die program van regstellende aksie ... vir aanstelling of bevordering bekwaam [moet] wees.”¹⁶⁰³ Geslag en ras word dan beskou as 'n pluspunt wat in 'n kandidaat se guns tel, ten einde te verhoed dat geleentehede van nie-beskermd persone weerhou word.¹⁶⁰⁴

Anders as in Suid-Afrika waar aangewese werkgewers verplig word om sekere stappe te neem ten einde billike indiensneming te bevorder, plaas die Verenigde Koningryk se SDA geen verpligting op werkgewers om positiewe aksie stappe te neem nie.¹⁶⁰⁵ Op soortgelyke wyse is daar weens die bewoording van vyfde en veertiende Amerikaanse amendemente geen verpligting op die staat vereis om positiewe aksie ter bevordering van substantiewe geslagsgelykheid in te stel nie.¹⁶⁰⁶ Daar word slegs van die staat verwag om sigself te weerhou van die implementering van ongelyke

¹⁵⁹⁹ Scutt *Women and the Law* 117.

¹⁶⁰⁰ Supra nota 532.

¹⁶⁰¹ Soos omskryf in a 20(3) van die EEA 55 van 1998.

¹⁶⁰² 820 F 2d 1293 1301 (DC Cir 1987).

¹⁶⁰³ Joubert 1994 (19) *TRW* 12.

¹⁶⁰⁴ Joubert 1994 (19) *TRW* 12. Sien *Ledoux* supra nota 1602 1302. Dit wil dus voorkom asof 'toepaslik gekwalifiseerd' (soos in Suid-Afrika) 'n aanvaarbare werkplekstandaard vir regstellende aksie-kandidate in die VSA kan wees, solank as wat daar voel doen word aan die vereistes vir 'n regstellende aksie-plan, soos deur die houe bepaal in *Weber* (supra nota 1548) en *Johnson* (supra nota 1531). 'n Verdere moontlike aanduiding van 'n 'genoegsame gekwalifiseerde standaard' is die ontwikkeling van 'n onderliggende substantiewe neiging in die Amerikaanse houe se benadering tot regstellende aksie. Sien Fredman *Women and the Law* 393.

¹⁶⁰⁵ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

¹⁶⁰⁶ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

behandeling.¹⁶⁰⁷ Regstellende aksie in die (Suid-Afrikaanse) substantiewe sin vereis wel dat daar aktief stappe geneem word om sekere groepe se gelykheid in die samelewing te bevorder.

Beide die Verenigde Koningryk en Duitsland deel egter die Suid-Afrikaanse beskouing dat regstellende aksie nie as ‘n swaard aangewend moet word nie.¹⁶⁰⁸ Die SDA se positiewe aksie-bepalings slegs dien as ‘n verweer teen ‘n aanklag van onregmatige geslagsdiskriminasie,¹⁶⁰⁹ terwyl Duitsland regstellende aksie ook net beskou as ‘n maatreël ter beskerming van vroue se reg op gelykheid.¹⁶¹⁰

‘n Verdere ooreenstemming met die positiewe aksie-benadering van die Verenigde Koningryk is die feit dat Suid-Afrikaanse reg vereis dat daar ‘n verband moet bestaan tussen die oogmerk wat bereik moet word en die wyse waarop die regstellende aksie-maatreël die oogmerk beoog te bereik.¹⁶¹¹ Artikel a 14(d) van die Verenigde Koningryk se *Human Rights Act* van 1998 weerspieël ‘n soortgelyke vereiste van “proportionality between the aim sought and the means employed...”¹⁶¹² Anders as die EAT bevinding in *ACAS v Taylor*¹⁶¹³ is Suid-Afrikaanse howe egter huiwerig om in te meng as die werkgewer se positiewe aksie-plan ‘n goed gestruktureerde plan is en nie arbitrêr of lukraak toepassing vind nie.

Daar is wel ook sekere ooreenkomste te bespeur tussen die Amerikaanse benadering tot regstellende aksie en die van Suid-Afrika. Beide lande het die ontwikkeling van ‘n regstellende aksie beginsel voorafgegaan met die erkenning en aanspreek van onderskeie histories-diskriminerende praktyke en dit daarna opgevolg met die implementering van ‘n herstellende beleid.¹⁶¹⁴ Die verskil is egter daarin te vinde dat die VSA lukraak te werk gaan in die wyse waarop dit regstellende aksie benader.¹⁶¹⁵ Daar is geen duidelike wetgewende uiteensetting van die oogmerk en beoogde impak

¹⁶⁰⁷ Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 56.

¹⁶⁰⁸ Sien *Harmse* (supra nota 802) en *Dudley* (supra nota 831) bespreking in hoofstuk drie.

¹⁶⁰⁹ Equal Opportunities Commission “Positive Action” 1.

¹⁶¹⁰ “Although constitutional precommitments [to gender affirmative action] in Germany ... and the European Union permit the highest constitutional courts in those countries to uphold challenged gender affirmative action programs, these courts have not held that the precommitments grant women a positive right to seek judicial enforcement of affirmative action programs in the face of existing societal inequalities.” Totten 2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27–28.

¹⁶¹¹ Sien hoofstuk vier.

¹⁶¹² Soos aangehaal in Fawcett Society “Positive action and international law” 2.

¹⁶¹³ Supra nota 1446.

¹⁶¹⁴ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 25.

¹⁶¹⁵ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 25.

van ‘n regstellende aksie-beleid in die VSA nie.¹⁶¹⁶ Dit is moontlik die gevolg van ‘n begeerte om so veel as moontlik toepassingsruimte te los vir regstellende aksie.¹⁶¹⁷ Suid-Afrika maak wel in die EEA spesifiek melding en voorsiening vir regstellende aksie.¹⁶¹⁸

Die feit dat Suid-Afrika in die Grondwet (a 9(2)) voorsiening maak vir maatreëls soos regstellende aksie onderskei dit van ander lande.¹⁶¹⁹ Australië maak by wyse van spesifieke wetgewing voorsiening vir regstellende aksie-maatreëls, terwyl die VSA te werk gaan deur middel van “executive orders” of die aanname van ‘n vrywillige regstellende aksie-beleid of –plan wat voldoen aan die minimum formaliteitsvereistes, nl. dat dit geskrewe en gedateer moet wees.¹⁶²⁰

Daar is ook ooreenstemming tussen Suid-Afrika en die VSA se benadering tot staatskontrakte. Artikel 53 van Suid-Afrika se EEA het tot gevolg dat alle werkgewers wat meeding om staatskontrakte die nodige stappe moet neem om aan die EEA se bepalinge te voldoen.¹⁶²¹ *Executive Order* 11246 van 1965 het egter op soortgelyke wyse bepaal dat privaatfirmas wat kontraktuele ooreenkomste met die federale regering het die aanstelling en bevordering van vroue en minderheidsgroepe ten doel moet hê as deel van ‘n regstellende aksie-program.¹⁶²² Geslagsgebaseerde aanstellings is egter nie ‘n vereiste nie en kwotas word verbied.¹⁶²³ Die toekenning van federale fondse onderhewig aan die voorwaarde van die bestaan van ‘n regstellende aksie-plan, is daargestel as dryfveer. In Duitsland word dieselfde beginsel toegepas in die privaatsektor met die toekenning van subsidie aan privaat werkgewers wat vrywilliglik ‘n positiewe aksie-plan implementeer.¹⁶²⁴

Die grootste verskil tussen Suid-Afrika en ander lande (soos die VSA) wat nie grondwetlik voorsiening maak vir die moontlikheid van maatreëls soos regstellende aksie nie, is dat regstellende aksie nie in Suid-Afrika as ‘n uitsondering op die beginsel van gelykheid beskou word nie. Regter Moseneke het gevolglik in *Van*

¹⁶¹⁶ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 25.

¹⁶¹⁷ Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 25.

¹⁶¹⁸ Gordon supra nota 1070 par 23; Van Jaarsveld 2000 (42) *Managerial Law* 25.

¹⁶¹⁹ Gordon supra nota 1070 par 43.

¹⁶²⁰ Gordon supra nota 1070 par 43.

¹⁶²¹ Supra nota 545.

¹⁶²² Fredman *Women and the Law* 394–395.

¹⁶²³ Fredman *Women and the Law* 395.

¹⁶²⁴ Guizzetti “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany” 2.

*Heerden*¹⁶²⁵ ‘n waarskuwing gerig wat betref die Suid-Afrikaanse-benadering tot regstellende aksie:

The US anti-discrimination approach regards affirmative action measures as a suspect category which must pass strict judicial scrutiny. The test requires that it be demonstrated that differentiation on the grounds of race is a necessary means to the promotion of a compelling or overriding state interest. A rational relationship between the differentiation and a state interest would be inadequate. Our equality jurisprudence differs substantively from the US approach to equality. Our respective histories, social context and constitutional design differ markedly. Even so, the terminology of “affirmative action” has found its way into general use and into a number of our statutes directed at prohibiting unfair discrimination and promoting equality, such as the Employment Equity Act 55 of 1998 ... But in our context, this terminology may create more conceptual and other difficulties than it resolves. We must therefore exercise great caution not to import, through this route, inapt foreign equality jurisprudence which may inflict on our nascent equality jurisprudence American notions of “suspect categories of state action” and of “strict scrutiny”. The Afrikaans equivalent “regstellende aksie” is perhaps juridically more consonant with the remedial or restitutionary component of our equality jurisprudence.¹⁶²⁶

Wat wel uit voorafgaande vergelykende beskouing duidelik na vore kom is dat daar tans nog geen internasionale eenvormigheid is rakende die inhoud van die konsep regstellende aksie en die implementering van regstellende aksie-maatreëls ter bereiking van gelykheid nie.

¹⁶²⁵ *Supra* nota 471.

¹⁶²⁶ *Van Heerden* *supra* nota 471 par 29.

HOOFSTUK SES

DIE WERKLIKHEID IN PERSPEKTIEF

1 DIE VROU SE HINDERNISSE IN DIE WERKPLEK

Ons samelewing se sosiale strukture en instellings, soos die ekonomie, het 'n onderdrukkende effek op vroue.¹⁶²⁷ Daarom kan aangevoer word dat die sosio-kulturele houdings en sisteme wat oorgeneem is vanweë die lang jare van diskriminasie en onderdrukking, vroue verhinder om voordeel te trek uit meganismes wat daar gestel is om hul status te bevorder.¹⁶²⁸

Diskriminasie teen vroue word weens dié feit beskou as 'n simptoom voortvloeiend uit sekere sosiale verhoudinge.¹⁶²⁹

Suid-Afrikaanse vroue word aansienlik benadeel deur tradisies wat verseker dat werk wat algemeen deur vroue verrig word minder betalend is as werk wat net so veeleisend is, maar meestal deur mans verrig word. 'n 1996 verslag het uitgewys dat:

Roughly 19% of regularly employed women were working in the extremely low-paid domestic service sector, compared to just 1.4% of men. Women are also disproportionately represented among poorly-paid clerical workers.¹⁶³⁰

Daar word verder in menige ekonomiese beleid verkeerdelik aanvaar dat 'n man aan die hoof van 'n familie staan.¹⁶³¹ Die vrou word as een van die afhanklikes beskou.¹⁶³² Sulke opvattinge moet uit die weg geruim word.¹⁶³³ In sommige gesinne is 'n vrou die hoof van die huis en dit is ook nie 'n uitgemaakte saak dat daar in die ander gevalle 'n gelyke verdeling van geld en hulpmiddels tussen mans en vroue in 'n huishouding is

¹⁶²⁷ Ginwhala *Gender and Economic Policy in a democratic South Africa* in Mabandla et al *Women's Rights: A Discussion Document* (1990) 7.

¹⁶²⁸ INC – *Gender Profile: South Africa* 1 <http://www.acdi-cida.gc.ca> (2004/01/27).

¹⁶²⁹ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 7.

¹⁶³⁰ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 6.

¹⁶³¹ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

¹⁶³² Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

¹⁶³³ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

nie.¹⁶³⁴ Aannames van dié soort moet verwyder word ten einde te verseker dat die ondergeskikte beskouing van vroue nie herleef en versterk word nie.¹⁶³⁵

Sommige werkgewers aanvaar dat vroue nie in top bestuursposisies belangstel nie.¹⁶³⁶

Hulle redeneer dat vroue meestal deelydse werk verrig omdat dit hulle keuse is om nie verder teen die beroepsleer op te klim nie.¹⁶³⁷ Dit is werklik nie die ware toedrag van sake nie.¹⁶³⁸ Wat wel waar is, is dat ons samelewing se opvatting van die vrou se werk haar meer aanvaarbaar maak vir 'n deelydse beroep eerder as 'n voltydse professie. Dit is dan ook so dat 12.7% van Suid-Afrikaanse vroue in 1999 tot deelydse werk verbind was, terwyl daar bloot 6.3% van mans in daardie selfde kategorie geval het.¹⁶³⁹ 'n Groter persentasie van Suid-Afrikaanse vroue, as mans, was dus deelydse werkers.

Dubbel soveel Suid-Afrikaanse vroue, as mans, was dus deelydse werkers.

Suid-Afrika blyk darem nie al land te wees wat in die gevolge van hierdie denkfout vasgevang is nie. In daardie selfde jaar het 41.4% van Australië se vroue in teenstelling met 'n skrale 14.3% van hul mans hulself in 'n deelydse werk bevind.¹⁶⁴⁰ Brittanje¹⁶⁴¹ se statistieke in 1999 rakende deelydse werk het ook nie veel beter gelyk nie, met 40.6% van vroue teenoor 8.5% van mans wat as deelydse werkers geïdentifiseer is.¹⁶⁴² Die Duitse arbeidsmark het ook nie van hierdie patroon afgewyk nie, met die gevolg dat 33.1% van hul vroue deelydse werknemers was, met slegs 4.6% van hul mans in dieselfde posisie.¹⁶⁴³

Die werklike posisie in Suid-Afrika vertoon nie veel beter as daar in ag geneem word dat die Suid-Afrikaanse bevolking in 1996 uit 21 062 685 vroue en slegs 19 520 886 mans bestaan het nie.¹⁶⁴⁴ Verder was daar in 2000, 98 mans vir elke 100 vroue, met vroue se lewensverwagting 58,1 jaar teenoor mans se 57,5 jaar.¹⁶⁴⁵ Vrouens kan

¹⁶³⁴ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

¹⁶³⁵ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

¹⁶³⁶ Equal Opportunities Commission "Sex and power: who runs Britain?" 4.

¹⁶³⁷ Equal Opportunities Commission "Sex and power: who runs Britain?" 4.

¹⁶³⁸ Equal Opportunities Commission "Sex and power: who runs Britain?" 4.

¹⁶³⁹ "South Afrika – Part-Time Workers" <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/19).

¹⁶⁴⁰ "Australian – Part-Time Workers" <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/19).

¹⁶⁴¹ "Die Verenigde Koninkryk word dikwels Groot-Brittanje of net Brittanje genoem"; Woodward (red) *Geïllustreerde Wêreldatlas* (1988) 41.

¹⁶⁴² "British – Part-Time Workers" <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/19).

¹⁶⁴³ "German – Part-Time Workers" <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/19).

¹⁶⁴⁴ Tabel oor die *Population by Province* Sensus 1996 (Statistieke Suid-Afrika).

¹⁶⁴⁵ INC *Gender Profile* 2.

daarom ‘n groot bydrae tot die arbeidsmark lewer, aangesien hulle bydrae in geen omstandighede beskou kan word as minderwaardig nie.

As daar van nader gekyk word na die statistiese verdeling van die Suid-Afrikaanse bevolking is dit opvallend dat die groot getal vroue ‘n onontginde bron van potensiaal is waaruit die Suid-Afrikaanse ekonomie kan voordeel trek.

Bevolking				Bevolking van werkende ouderdom		
	Totaal 1000	Mans 1000	Vroue 1000	Totaal 1000	Mans 1000	Vroue 1000
2002	45080	21687	23388	27673	13110	14561
2003	46136	22020	24110	29555	14026	15525
Bron: <i>Labour force survey</i> Februarie 2002/Maart 2003						

Daar is al bevind dat die ekonomiese koste van ‘n besigheid wat nie die volle beskikbare werksmag benut nie, veel groter is¹⁶⁴⁶ as die een wat die potensiaal van ‘n diverse werksmag ontgin.

Daarom moet die struktuur wat vir arbeidsverhoudinge tussen mans en vroue daargestel word transformasie ondergaan, ten einde vroue in staat te stel om ‘n betekenisvolle bydrae te lewer tot ekonomiese aktiwiteite in die arbeidsmark.¹⁶⁴⁷

Die gevolg van die hindernisse wat vroue in die Suid-Afrikaanse werkplek teenstaan is dat:

Despite improvements in the past 30 years ... women still have lower incomes, less wealth and worse jobs than men.¹⁶⁴⁸

Ongelukkig word sosiale ewwels nie outomaties uit die werkplek verdryf sodra die beginsel van volle gelykheid op die wetboeke geplaas word nie.¹⁶⁴⁹ Wanneer daar na die vrou se posisie in die werkplek gekyk word kan daar nie bloot

¹⁶⁴⁶ Thomas “Employment Equity in South Africa: lessons from the global school” 2002 (23) *International Journal of Manpower* 240.

¹⁶⁴⁷ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 7.

¹⁶⁴⁸ INC *Gender Profile* 4-5.

¹⁶⁴⁹ Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 511.

volstaan word met 'n bespreking van gelykheidswetgewing en die moontlikhede wat die beginsel van regstellende aksie inhou ten einde vroue se posisie te verbeter nie. Wetgewing, soos die EEA, is gewoonlik hul tyd vooruit, met die samelewing wat meestal nog vasklou aan verouderde opvattinge van sekere groepe se sosiale posisies.¹⁶⁵⁰ Die ondersoek moet daarom verder strek as die reg soos dit in handboeke vervat is, na die reg in aksie daar buite waar die werksmag hulself elke dag bevind.¹⁶⁵¹

2 ONGELYKHEDE IN DIE ARBEIDSMARK

2.1 'n Algemene Oorsig

Regstellende aksie-programme is, sedert die vroeë 1990's, deur werkgewers aangewend in 'n poging om hul bestuurstruktuur meer verteenwoordigend te maak deur die insluiting van persone uit groepe wat histories benadeel is.¹⁶⁵²

Die *Graduate School of Business* van die Universiteit van Kaapstad het in *The Breakwater Monitor – Millennium Edition* in 'n opname van 161 maatskappye bevind dat 72% uit 'n totaal van 560 000 werknemers mans was.¹⁶⁵³ Volgens die verslag het vroue se verteenwoordiging in die arbeidsmark teen 2000 met 3% toegeneem.¹⁶⁵⁴ Uit die 161 maatskappye se bestuurders was 79% steeds mans.¹⁶⁵⁵

¹⁶⁵⁰ Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 511.

¹⁶⁵¹ Van Zyl 1992 (109) *SALJ* 512.

¹⁶⁵² Thomas 2002 (23) *International Journal of Manpower* 237–238.

¹⁶⁵³ The Breakwater Minotor *Millennium Edition* 2 <http://www.labour.gov.za> (2004/01/29).

¹⁶⁵⁴ The Breakwater Minotor *Millennium Edition* 2.

¹⁶⁵⁵ The Breakwater Minotor *Millennium Edition* 2.

		Mans %	Vroue %
1998	Bestuur	84	16
	Vaardigheid	75	25
	Staf Totaal	75	25
1999	Bestuur	82	18
	Vaardigheid	71	29
	Staf Totaal	76	24
2000	Bestuur	79	21
	Vaardigheid	67	33
	Staf Totaal	72	28
Bron: <i>The Breakwater Monitor – Millennium Edition</i> ¹⁶⁵⁶			

Op bestuursvlak is dit opvallend dat vroue se posisie, tussen 1998 en 2000, met slegs 5% versterk het.¹⁶⁵⁷ Dit is ook opvallende dat die vaardigheidsvlak van vroue in daardie tydperk van twee jaar slegs met 8% toegeneem het.¹⁶⁵⁸ Die *Breakwater* verslag het bevind dat vroue die hoogste verteenwoordiging op bestuursvlak in die Vervoer- en Handelsektor geniet het.¹⁶⁵⁹ Finansiële instansies het weer 'n hoë verteenwoordiging van vroue in vaardigheidsvlakke getoon.¹⁶⁶⁰

Daar is onsekerheid oor die werklike posisie van vroue op bestuursvlak gedurende 1999. Alhoewel die geïllustreerde steekproef aantoon dat vroue in bestuursposisies in 1999 slegs 18% van die bestuurkorps uitgemaak het, het die Kanadese INC¹⁶⁶¹ se *Gender Profile* gewys dat 'n skrale 25% van vroue in die Suid-Afrikaanse arbeidsmark op daardie stadium in bestuursposisies was.¹⁶⁶² In teenstelling hiermee het Statistiek Suid-Afrika weer verklaar dat daar in Oktober 1999 slegs 4% van Suid-

¹⁶⁵⁶ The Breakwater Monitor *Millennium Edition* 3.

¹⁶⁵⁷ The Breakwater Monitor *Millennium Edition* 2.

¹⁶⁵⁸ The Breakwater Monitor *Millennium Edition* 2.

¹⁶⁵⁹ The Breakwater Monitor *Millennium Edition* 2.

¹⁶⁶⁰ The Breakwater Monitor *Millennium Edition* 3.

¹⁶⁶¹ Canadian International Development Agency.

¹⁶⁶² INC *Gender Profile* 4.

Afrikaanse vroue (teenoor 8.7% van mans) op bestuursvlak in die arbeidsmark bedrywig was.¹⁶⁶³ Wat wel duidelik deurskemer is dat (ongegag watter instansie se bevindings die akkuraatste is) die bevindings almal daarop wys dat daar in 1999 steeds ruimte was vir verbeterde verteenwoordiging van vroue op bestuursvlak

Die konsultasie en rekeningkundige firma, Grant Thornton, se 2003 verslag,¹⁶⁶⁴ het berig dat “SA has the third-highest proportion in the world of medium-sized companies employing women as senior managers”.¹⁶⁶⁵ Die bevindings van Grant Thornton wys ongelukkig verder dat slegs 26% van alle bestuursposistans in Suid-Afrika deur vroue gevul word.¹⁶⁶⁶ Die opname het gevind dat 75% van dié besighede in Suid-Afrika vroue as senior bestuurders in diens het.¹⁶⁶⁷ Leonord Brehm, die nasionale voorsitter van Grant Thornton, het hierop gereageer:

For businesses in SA, the results were indicative of progress made by women during the past 10 years of democracy. However, there was still a long way to go ...¹⁶⁶⁸

Die verslag het dit duidelik verwoord dat, alhoewel ses uit elke tien maatskappye in die opname ten minste een vrou in hulle topstruktuur insluit, daar steeds nie baie vroue is wat daarin slaag om na die geleedere van senior bestuurders deur te dring nie.¹⁶⁶⁹ Internasionaal is die tendens dat vroue slegs ‘n vyfde (19%) van senior bestuursposistans beklee.¹⁶⁷⁰ Brehm het verder opgemerk dat dit opvallend is dat vroue in die VSA slegs 20% van alle senior posistans beklee, ten spyte van die feit dat 75% van maatskappye vroue in senior bestuursposistans werksaam het.¹⁶⁷¹

In 1911 was 78% van Britse mans en 83% van Britse vroue hande-arbeiders. Hiervan was drie uit elke vyf vroue as semi-vaardig geklassifiseer.¹⁶⁷² Daar was vier keer

¹⁶⁶³ Statistics South Africa *South Africa in transition* (2001) 54.

¹⁶⁶⁴ Die maatskappy het tussen 1 September en 31 Oktober 2003 ‘n opname gedoen onder 6 600 eienaars van medium grootte besighede in 26 lande, waaronder 250 van Suid-Afrika af was. Sien Temkin “Women in top jobs put SA third in world” *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁶⁵ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁶⁶ Daar is verder uiteengesit dat die globale gemiddelde van werkende vroue ter wêreld wat huidiglik senior bestuurders in medium grootte maatskappye is op 59% neerkom. Sien Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁶⁷ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁶⁸ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁶⁹ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁷⁰ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁷¹ Temkin *Business Day* (2004-03-18) 15.

¹⁶⁷² Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4 <http://www.eoc.org.uk> (2004/02/17).

soveel mans as vroue werkgewers en bestuurders, alhoewel daar net soveel professionele vroue as mans was.¹⁶⁷³ Tog het Britse mans steeds gedomineer in die hoër rang professionele okkupasies, soos die kerk, regs- en mediese professies.¹⁶⁷⁴ Vroue is meer gekonsentreerd aangetref in professionele okkupasies, soos die onderwys of verpleegkunde, wat as laer in rang geag is.¹⁶⁷⁵ In die 70 jaar wat daarop gevolg het, het verskeie beroepe se geslagsamestellings 'n verandering ondergaan:

[M]ost strikingly, clerical work and sales, which mainly employed men in 1911, became predominantly female occupations.¹⁶⁷⁶

So was vier uit elke vyf administratiewe werkers in 1911 mans, maar teen 1981 was vier uit elke vyf vroue.¹⁶⁷⁷ Hierdie positiewe aanslag teenoor vroue se bydrae in die arbeidsmark was nie op alle gebiede aanwesig nie. Die verhouding vroue wat bestuurders of administrateurs was het vanaf 1911 tot 1981 minimaal gestyg.¹⁶⁷⁸ Vrouebestuurders en -administrateurs het sedert 1981 toegeneem.¹⁶⁷⁹

In Brittanje het vroue volgens 2003 se statistieke 45% van die werksmag verteenwoordig en 30% van die vroue in die werksmag het hulself in bestuursposisies bevind.¹⁶⁸⁰ Die werklikheid is ongelukkig dat Britse bestuurskamers steeds oorweldigend deur mans regeer word:

Only 9% of executive and non-executive directors on the boards of FTSE 100 companies are women – which means that companies are failing to capitalise on the talents of almost half the workforce.¹⁶⁸¹

Daar word wel voorspel dat Britse vroue teen 2006, 41% van alle bestuurders en administrateurs sal uitmaak, in teenstelling met 'n skrale 23.5% in 1981.¹⁶⁸² Net so word 'n aaneenlopende styging van die verdeling van vroue in professionele

¹⁶⁷³ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁴ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁵ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁶ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁷ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁸ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁷⁹ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

¹⁶⁸⁰ Equal Opportunities Commission “Sex and power: who runs Britain?” 5.

¹⁶⁸¹ Equal Opportunities Commission “Sex and power: who runs Britain?” 5.

¹⁶⁸² Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium” 4.

professies verwag.¹⁶⁸³ Die voorspelling vir 2006 is dat vroue 42% van die professionele arbeidsmag sal verteenwoordig.¹⁶⁸⁴

2 2 Spesifieke Voorbeelde

Suid-Afrikaanse maatskappye raak meer divers, maar daar kan geargumenteer word dat die realisering van gelykheid nie vinnig genoeg plaasvind nie.¹⁶⁸⁵

2 2 1 Old Mutual South Africa

*Old Mutual South Africa*¹⁶⁸⁶ het op 1 Oktober 2003 'n *Employment Equity* verslag by die Departement van Arbeid ingehandig. Daar is verwys na hul topbestuur (ter sake grade 1 tot 4).¹⁶⁸⁷ Volgens hul verslag was daar in 2000 geen vroue wat deel gevorm het van hul topbestuur nie.¹⁶⁸⁸ Die top struktuur het wel al op daardie stadium uit 4.9% swart mans bestaan.¹⁶⁸⁹ In 2003 was daar weer 'n groot sprong vir vroue vanaf geen verteenwoordiging tot 15.6% verteenwoordiging in OMSA se topbestuur, teenoor 16.9% van swart mans.¹⁶⁹⁰ OMSA het in die verslag laat blyk dat hulle ten doel het om te verseker dat hul topbestuur in 2004 uit 29.9% vroue bestaan, terwyl hulle beweer dat vroue ten tyde van die indiening van die verslag slegs 27.7% van die nasionale ekonomiese aktiewe demografie uitgemaak het.¹⁶⁹¹

Topbestuur-verteenwoordiging in persentasies uitgedruk kan misleidend wees, aangesien die topbestuur maar 'n klein groep werknemers in 'n groot organisasie is. Deur dus verteenwoordigingsvlakke in persentasie te publiseer kan maatskappye die indruk skep dat billike verteenwoordiging en gelyke geleentede bevorder word deur slegs 'n handjievol persone vanuit aangewese groepe in strategiese posisies aan te stel.

As die data rakende werwing, ontslag en bevordering, deur OMSA verskaf, 'n akkurate weerspieëling van hul arbeidsmagverdeling daarstel en in 'n grafiek

¹⁶⁸³ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁶⁸⁴ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁶⁸⁵ Thomas 2002 (23) *International Journal of Manpower* 237.

¹⁶⁸⁶ Hierna genoem OMSA.

¹⁶⁸⁷ *OMSA's 2003 Key Facts*.

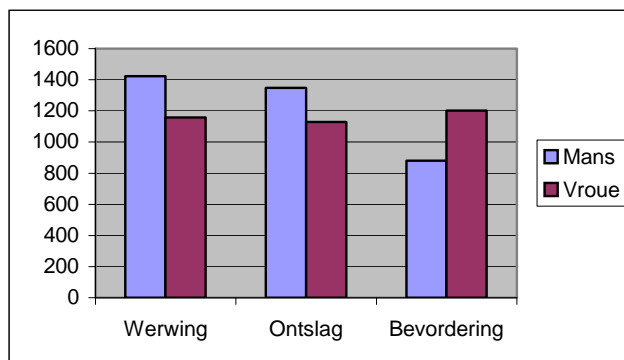
¹⁶⁸⁸ *OMSA's 2003 Key Facts*.

¹⁶⁸⁹ *OMSA's 2003 Key Facts*.

¹⁶⁹⁰ *OMSA's 2003 Key Facts*.

¹⁶⁹¹ *OMSA's 2003 Key Facts*.

omgeskakel word, is dit opsigtelik dat vroue en mans nie op gelyke vlak hanteer word nie.¹⁶⁹²



Dit blyk uit hierdie grafiek duidelik dat daar steeds in 2003 meer mans (1423) as vroue (1157) deur OMSA gewerf is.¹⁶⁹³ Indien hierdie ongelykheid in oënskou geneem word lyk die feit dat 1203 vroue in teenstelling met 'n blote 881 mans bevordering ontvang het minder indrukwekkend.¹⁶⁹⁴ Daar is daarom nog ruimte vir verbetering indien OMSA hoop om hul 2004 voornemens te verwesenlik.

2 2 2 New Clicks Holdings Ltd

In die billike indiensnemingsplan¹⁶⁹⁵ van *New Clicks Holdings Ltd*¹⁶⁹⁶ word hul beleid tot en met 2000 opgesom:

In line with our stated people values, recognising the inequities of South Africa's past, taking into account the requirements of the Employment Equity Act, our policy is to approximate the new regional population demographic, at all levels, on the basis of demonstrated outcomes.

*Our intention is to achieve this by natural attrition, labour turnover, training, development and the creation of new opportunities, through equitable selection processes*¹⁶⁹⁷

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom asof Clicks se benadering gunstig vir vroue is: dit weerspieël 'n realistiese, dog uitkomsgebaseerde benadering tot regstellende aksie tesame met die erkenning van Suid-Afrika se ongelyke geskiedenis. Nadere

¹⁶⁹² OMSA's 2003 Key Facts.

¹⁶⁹³ OMSA's 2003 Key Facts.

¹⁶⁹⁴ OMSA's 2003 Key Facts.

¹⁶⁹⁵ Clicks and Corporate Services: Employment Equity Plan (2004-05-31).

¹⁶⁹⁶ Hierna genoem Clicks.

¹⁶⁹⁷ "Affirmative Action and Equity Plans To Date" Clicks: Employment Equity Plan 6.

ondersoek sal vroue met teleurstelling vul. Dit wil voorkom asof Clicks se billike indiensnemingsplan wel alle aangewese groep wil bevorder, maar die bevordering van rasgelykheid word op die voorgrond gestel, met Suid-Afrikaanse vroue se historiese onderdrukking wat duidelik uit die prentjie gelaat word..

Daar word in die plan verklaar dat Clicks vir vele jare al 'n regstellende aksie-strategie het, as 'n integrale deel van hul normale strategiese besigheidsbeplanningsproses:

This involved setting up an affirmative action policy statement and the monitoring of the *racial* numbers within the company on a regular basis.¹⁶⁹⁸ [eie beklemtoning]

Die dokument stel verder dat al beduidende vordering gemaak is ten opsigte van die vermeerdering van persone uit aangewese groepe in werknemersgetalle.¹⁶⁹⁹

Met dieper ondersoek is dit dus duidelik dat die aanslag van die plan rasgelykheid uitsonder as 'n spesifieke oogmerk wat spesiale regstellende aandag geniet. Vroue en gestremde persone word by implikasie ingereken by die vordering wat gemaak is en beoog word ten opsigte van aangewese groepe. Hulle word nie uitdruklik in die plan se opsomming van regstellende aksie vordering genoem nie.

As daar gekyk word na Clicks se beoogde regstellende aksie-maatreëls vir die tydperk 2000–2005 word daar wel melding gemaak van hul transformasieproses wat sedert 1989 in ooreenstemming met hul visie en waardes die daarstel van praktyke insluit wat ras- en geslag neutraal is.¹⁷⁰⁰ Clicks se *Corporate Citizenship Report* verklaar:

Employment Equity is a corporate priority and sound progress has been made in addressing the staff profile and gender equity.¹⁷⁰¹

Sekere numeriese teikens is in Clicks se Billike Indiensnemingsplan daargestel om 'n billike verteenwoordiging van die aangewese groepe in vyf jaar¹⁷⁰² te verwesenlik. Vroue word hier op een vlak uitgesonder en dan ook net swart vroue:

¹⁶⁹⁸ “Affirmative Action and Equity Plans To Date” Clicks: Employment Equity Plan 6.

¹⁶⁹⁹ “Affirmative Action and Equity Plans To Date” Clicks: Employment Equity Plan 6.

¹⁷⁰⁰ “Affirmative Action Measures to be Implemented” Clicks: Employment Equity Plan 6.

¹⁷⁰¹ “Corporate Citizenship Report” New Clicks Holdings Ltd: Annual Report 2003 44.

¹⁷⁰² Tydperk 2000–2005.

Occupational Levels	2001	2002	2003	2004	2005
Top management	0	0	0	0	1
Senior management	0	0	1	0	0
Professionally qualified and experienced specialists and mid-management	4	4	4	4	4
Skilled technical and academically qualified workers, junior management, supervisors, foreman and superintendents (African Female Only)	10	10	10	10	10
Semi-skilled and discretionary decision making	No Changes				
TOTAL PERMANENT	14	14	15	14	15
Bron: Clicks: <i>Employment Equity Plan Aanhangsel C</i>					

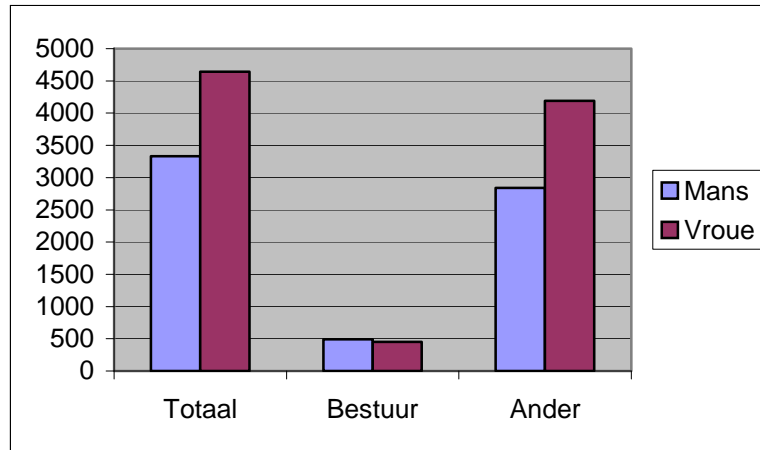
Aangesien rasgelykheid in Clicks se plan sterk na vore kom sal dit interessant wees om te sien of die topbestuurder wat in 2005 uit die geleedere van 'n aangewese groep moet kom 'n swart vrou gaan wees en of manlike dominansie, tesame met Clicks se bevordering van rasgelykheid, weereens gaan kop uitsteek en die swart man eenvoudig met die 'prys' gaan weg stap. Tans bestaan Clicks se direksie ook uit sewe mans.¹⁷⁰³ Daar is weliswaar erken dat die direksie se samestelling onder hersiening is om die diversiteit en verteenwoordigende aard daarvan te verbeter.¹⁷⁰⁴ Ongelukkig word daar nie spesifiek van geslagsgelykheid melding gemaak nie en die bewoording van die hersieningsoogmerk is in breë terme geformuleer.

In 2003 het Clicks verklaar dat vroue 58% van hul werksmag daarstel en 48% van die totale bestuur opmaak.¹⁷⁰⁵ Daar is nie uiteengesit hoeveel van die vroue op bestuursvlak bloot junior en "mid-management" posisies vul nie. 'n 2003 geslagsontleding van Clicks se werksmag vertoon grafies soos volg:

¹⁷⁰³ "Board of Directors" Clicks: Annual Report 9.

¹⁷⁰⁴ "Corporate Citizenship Report" Clicks: Annual Report 44.

¹⁷⁰⁵ "Corporate Citizenship Report" Clicks: Annual Report 44.



Die 2003 verslag dui daarop dat vroue 4624 van die totale 7973 voltydse werknemers uitmaak.¹⁷⁰⁶ Die grootste groep voltydse vroue is gekonsentreerd in “non-management” posisies.¹⁷⁰⁷ Verder is minder as die helfte (451) van die 943 werknemers in bestuursposisies vroue.¹⁷⁰⁸

Clicks se *Corporate Citizenship Report* skep wel die idee dat hulle die bevordering van vroue as deel van hul strewe na billike indiensneming belangrik ag. Daar sal egter gefokus moet word op die verspreiding van die verteenwoordigende vroue indien Clicks teen 2005 ‘n ware toonbeeld van billike indiensneming wil wees, aangesien vroue wel in diens geneem word, maar net op die onderste vlakke van Clicks se werksmag ten einde die geslagsverdeling van hul totale werksmag in ‘n goeie lig te plaas nie.

3 VROUE AS DEEL VAN DIE EKONOMIES AKTIEWE BEVOLKING¹⁷⁰⁹

3.1 Wat is die EAB?

Wanneer daar na die EAB verwys word, word daar gehandel met die persone ouer as vyftien wat hul arbeid aanbied ter vervaardiging van ekonomiese goedere of dienste.¹⁷¹⁰ Die persone word ingesluit ongeag of hulle werklik in diens van iemand

¹⁷⁰⁶ “Corporate Citizenship Report” Clicks: Annual Report 45.

¹⁷⁰⁷ 4191 vroue teenoor 2839 mans. Tabel “Corporate Citizenship Report” Clicks: Annual Report 45.

¹⁷⁰⁸ Tabel “Corporate Citizenship Report” Clicks: Annual Report 45.

¹⁷⁰⁹ Hierna genoem EAB.

¹⁷¹⁰ Barker *The South African Labour Market I* 45.

staan of nie.¹⁷¹¹ Die begrip ekonomies aktiewe bevolking is daarom ‘n sinoniem vir die arbeidsmark.¹⁷¹²

EAB	=	Werknemers	+	Werkgewers	+	Werknemers	+	Werklose
		in die		en persone		in die		persone
		formele		wat vir		informele		
		sektor		hulself in		sektor		
				diens staan				

Bron: Barker *The South African Labour Market* 45

Enige data wat ‘n oorsig van die EAB gee is onderworpe aan sekere tekortkominge. Eerstens omskryf verskillende sensusopnames dié begrip nie altyd eenders nie.¹⁷¹³ Verder is dit ook moeilik om te besluit waar om die lyn te trek as daar bepaal word watter persone binne die arbeidsmark val.¹⁷¹⁴ Die probleem kom veral na vore wanneer daar gehandel word met data rakende vroue in die plattelandse areas.¹⁷¹⁵

3 2 Suid-Afrika se EAB in vergelyking met wêreldtendense

Daar word soms verkeerdelik aanvaar dat vroue se werklike probleem bloot is dat hulle nie in die ekonomiese mark geïntegreer is nie.¹⁷¹⁶ Daar moet eerder geargumenteer word dat vroue wel ekonomies aktief deelneem in die arbeidsmark op sekere vlakke, maar dat die grootste hindernis vir hulle die vorm van ekonomiese integrasie is.¹⁷¹⁷

¹⁷¹¹ Barker *The South African Labour Market* I 45.

¹⁷¹² Barker *The South African Labour Market* I 45.

¹⁷¹³ Barker *The South African Labour Market* I 45.

¹⁷¹⁴ Barker *The South African Labour Market* I 45.

¹⁷¹⁵ Barker *The South African Labour Market* I 45.

¹⁷¹⁶ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 7.

¹⁷¹⁷ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 7.

Ekonomies Aktiewe Bevolking volgens Geslag (%)										
	SA		AUS		VK		VSA		DUITSLAND	
	Mans	Vroue	Mans	Vroue	Mans	Vroue	Mans	Vroue	Mans	Vroue
1950	72.2	27.8	77.7	22.3	71.4	28.6	71.5	28.5	60.8	39.2
1960	70.9	29.1	74.3	25.7	67.6	32.4	68.1	31.9	60.7	39.3
1970	66.9	33.1	68.5	31.5	64.2	35.8	63.7	36.3	61.3	38.7
1980	64.5	35.5	63.1	36.9	61.1	38.9	58.9	41.1	60.0	40.0
1990	62.3	37.7	58.5	41.5	57.4	42.5	55.6	44.4	58.2	41.8
1995	61.8	38.2	57.0	43.0	57.0	43.0	54.8	45.2	58.0	42.0
2000	61.5	38.5	55.8	44.2	56.2	43.8	53.9	46.1	57.5	42.5
2010	61.8	38.2	54.2	45.8	55.0	45.0	52.9	47.1	56.5	43.5
Bron: ILO: <i>Population and Economically Active Population</i> ¹⁷¹⁸										

Uit die gegewe IAO data blyk dit 'n wêreldtendens te wees dat mans die grootste persentasie van 'n land se ekonomies aktiewe bevolking uitmaak. In 1990 was slegs 36.4% van vroue geklassifiseer as ekonomies aktief in teenstelling met 63.6% mans.¹⁷¹⁹ Beide mans en vroue se posisie het in 1996 verbeter, met 72.88% van mans wat ekonomies aktief was, terwyl slegs 57.98% van vroue hulself in daardie kategorie bevind het.¹⁷²⁰ In 1998 was daar weer 'n daling in vroue se ekonomiese bedrywigheide. Slegs 50% van Suid-Afrikaanse vroue was op daardie stadium ekonomies aktief, in teenstelling met 80% van die mans.¹⁷²¹ Mans se ekonomiese aktiwiteite het dus sedert 1990 bly styg, terwyl Suid-Afrikaanse vroue se ekonomiese aktiwiteitsvlak wisselvallig was.

Verder verdwyn vroue se ekonomiese bydrae ongesiens in 'n vakuum van onbetaalde arbeid, ondergewaardeerde betaalde vrouearbeid en familie of huishoudelike werk.¹⁷²²

¹⁷¹⁸ <http://laborsta.ilo.org> (2004/03/19); die persentasies vanuit 'n getal in duisende.

¹⁷¹⁹ Ginwhala *Gender and Economic Policy* 8.

¹⁷²⁰ Tabel oor die *Economically Active Population by Race and Gender* Sensus 1996 (Statistieke Suid-Afrika).

¹⁷²¹ INC *Gender Profile* 2.

¹⁷²² Ginwhala *Gender and Economic Policy* 7.

In 2001 het die ekonomies aktiewe bevolking volgens Barker op 49% vroue gestaan.¹⁷²³ Dit is egter nie in pas met die IAO se 2000 statistieke en 2010 skattings nie.

Die IAO se toekomsattings is verder minder optimisties as die wat Brittanje in hulle millennium verslag geopenbaar het. In 1911 was omtrent alle Britse mans ouer as 15 jaar, maar net 'n derde van die vroue, geklassifiseer as ekonomies aktief.¹⁷²⁴ Slegs 10% van die getroude vroue was op daardie stadium ekonomies aktief.¹⁷²⁵ Sedert 1911 het die Britse mans se ekonomiese aktiwiteit egter stelselmatig begin afneem, aangesien al meer van die jonger mans hulself vir langer periodes in voltydse onderrig en opleiding bevind het en baie van die mans ook aftree ouderdom bereik.¹⁷²⁶ Daar word verwag dat hierdie tendens sal voortduur met die gevolg dat 69% van mans ouer as 16 in 2011 in Brittanje ekonomies aktief sal wees.¹⁷²⁷

Daar was 'n verhoging in Britse vroue se ekonomiese aktiwiteit sedert die Tweede Wêreld Oorlog, weens die feit dat die aantal vroue wat werk, nadat hulle trou en geboorte skenk, toegeneem het.¹⁷²⁸ In die 1940's en 1950's is die *marriage bars*¹⁷²⁹ ook verwyder.¹⁷³⁰ Meer onlangs het dit wel in Brittanje aanvaarbaar geword vir vroue met jong kinders om te werk.¹⁷³¹ Daar word voorspel dat 57% van vroue, ouer as 16 jaar, in 2011 in Brittanje ekonomies aktief sal wees. Die verwagting is dan dat hulle 46% van die arbeidsmark sal uitmaak wat maar bloot 'n 17% verbetering sal wees vanaf 1911 se 29%.¹⁷³²

¹⁷²³ Barker *The South African Labour Market II* 4e uitg (2003) Tabel 3.2. 45.

¹⁷²⁴ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 3.

¹⁷²⁵ Die gevolg was dat die meeste Britse vroue tuis bedrywig was met huishoudelike en familie verpligtinge. Sien Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 3.

¹⁷²⁶ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 3–4.

¹⁷²⁷ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁷²⁸ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁷²⁹ Dit is ingestel in die tydperk tussen die twee wêreld oorloë in sekere professies om getroude vroue te verhoed om te werk. Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁷³⁰ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁷³¹ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

¹⁷³² Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: At the Millennium" 4.

4 ARBEIDSMARKAKTIWITEITE

4.1 Wat behels die *Labour Force Participation Rate*?¹⁷³³

Die LFPR verwys na die persentasie van die bevolking van werkende ouderdom wat hul arbeid beskikbaar stel vir die vervaardiging van ekonomiese goedere of dienste, ongeag of hulle werkloos is.¹⁷³⁴

Werklike EAB	
LFPR	$= \frac{\text{Totale bevolking van werkende ouderdom}}{\text{Totale bevolking van werkende ouderdom}} \times 100$
Bron: Barker <i>The South African Labour Market</i> 58	

4.2 Suid-Afrika se LFPR deur internasionale oë

In die tydperk van 1960 tot 1996 was daar 'n afname in Suid-Afrikaanse mans se LFPR.¹⁷³⁵ Die deelname van vroue¹⁷³⁶ aan die Suid-Afrikaanse arbeidsmark was in 1960 maar 'n skrale 23%, teenoor 77% mans.¹⁷³⁷ In 1985 het gewys dat die arbeidsmark darem al uit 36% vroue saamgestel was.¹⁷³⁸

Die LFPR vir vroue het gedurende die jare 1965 tot 1987 in die VSA met 16 persentasie punte toegeneem in teenstelling met die Verenigde Koninkryk se 9.¹⁷³⁹ Wes-Duitsland se LFPR vir vroue het weer onveranderd gebly vir daardie periode van 22 jaar.¹⁷⁴⁰

Tussen 1985 en 1999 was daar in Suid-Afrika egter slegs 'n 2% vermeerdering, sodat vroue se verteenwoordiging 'n skrale 38% van die arbeidsmark uitgemaak het.¹⁷⁴¹

¹⁷³³ Hierna genoem LFPR.

¹⁷³⁴ Barker *The South African Labour Market* I 58.

¹⁷³⁵ Barker *The South African Labour Market* I 59.

¹⁷³⁶ As 'n persentasie van die werksmag.

¹⁷³⁷ Barker *The South African Labour Market* I 47.

¹⁷³⁸ Barker *The South African Labour Market* I 47.

¹⁷³⁹ Chawla "Labour force participation: An international comparison" 1 <http://www.statcan.ca/english> (2004/09/11).

¹⁷⁴⁰ Chawla "Labour force participation: An international comparison" 1.

¹⁷⁴¹ INC *Gender Profile* 2.

Deelname aan die SA Arbeidsmark volgens Geslag		
	Mans	Vroue
	%	%
1960	80.7	26.5
1970	78.4	31.8
1980	75.5	36.1
1991	72.1	44.8
1996	64.1	48.8
Bron: Barker <i>The South African Labour Market</i> 60		

Die LFPR¹⁷⁴² vir die tydperk 1960 tot 1996 kan soos volg uitgebeeld word:

Compared to an average annual growth rate of about 2% for males over ... three decades, the female component increased by ... 5% a year.¹⁷⁴³

In 2001 het vroue se LFPR wel toegeneem tot 54%, met mans s'n wat steeds toegeneem het tot 65.1%.¹⁷⁴⁴

Die akkuraatheid van die LFPR onder mans word egter deur onder andere die IAO bevraagteken.¹⁷⁴⁵ So byvoorbeeld toon die gegewe statistieke 'n geleidelike afname in mans se ekonomiese bydrae tot die arbeidsmark, maar die IAO se statistieke laat blyk weer dat die LFPR van Suid-Afrikaanse mans in 1995, 82.7% was.¹⁷⁴⁶ Dié statistiese beskouing is dan glad nie in lyn met die beeld wat die bostaande tabel weerspieël nie. Nog te meer is daar onsekerheid oor die resultate rakende die LFPR van vroue.¹⁷⁴⁷ Die rede hiervoor is dat daar probleme ondervind word met die meet van LFPR onder vroue as dit kom by huishoudelike en landbouwerwante werk.¹⁷⁴⁸

Volgens Barker was daar verskillende LFPR tendense onder getroude en ongetroude vrouens.¹⁷⁴⁹ Ongetroude vroue se LFPR was soortgelyk aan die van mans, met die uitsondering van die neiging van vroeër uitrede.¹⁷⁵⁰ Volgens die IAO is die toename

¹⁷⁴² Die EAB as 'n persentasie van die totale bevolking van 'n werkende ouderdom, tussen 15 en 65 jaar.

¹⁷⁴³ Barker *The South African Labour Market* I 47.

¹⁷⁴⁴ Barker *The South African Labour Market* II 63.

¹⁷⁴⁵ Barker *The South African Labour Market* I 59–60.

¹⁷⁴⁶ ILO: 2003 – 2004 *Key Indicators of the Labour Market* (Geneva 2003) <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/12). Hiervolgens is die LFPR bereken as die aantal persone (tussen 15 en 64 jaar) in die arbeidsmark wat as 'n persentasie van die bevolking uitgedruk word.

¹⁷⁴⁷ Barker *The South African Labour Market* I 60.

¹⁷⁴⁸ Barker *The South African Labour Market* I 60.

¹⁷⁴⁹ Barker *The South African Labour Market* I 60.

¹⁷⁵⁰ Barker *The South African Labour Market* I 60.

van LFPR onder vroue, moontlik die belangrikste verandering in die beskikbare werksmag.¹⁷⁵¹

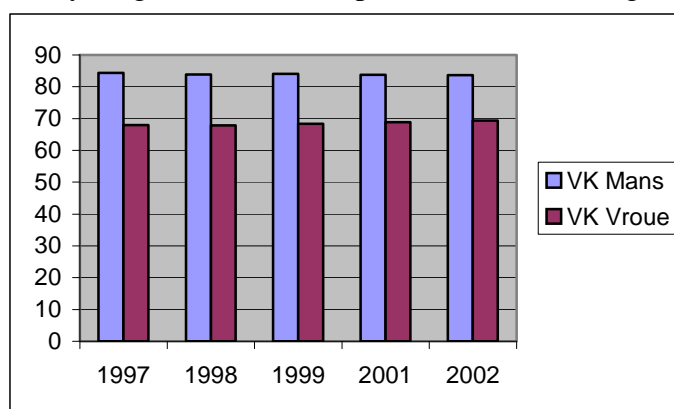
Deelname aan die Arbeidsmark volgens Geslag										
	SA		AUS		VK		VSA		DUITSLAND	
	Mans %	Vroue %	Mans %	Vroue %	Mans %	Vroue %	Mans %	Vroue %	Mans %	Vroue %
1997	55.1	36.7	81.8	63.0	84.4	68.0	84.2	70.7	79.6	62.0
1998	58.6	40.3	82.1	63.9	83.9	67.9	84.2	70.7	79.6	62.3
1999	60.7	47.6	82.1	63.6	84.1	68.4	84.0	70.7	79.7	62.3
2001	63.1	49.8	81.7	65.8	83.8	68.9	83.4	70.4	78.8	64.0
2002	63.3	50.7	81.6	66.1	83.7	69.4	83.0	70.1	78.5	64.4

Bron: ILO: 2003 – 2004 Key Indicators of the Labour Market (Geneva, 2003)¹⁷⁵²

Die gegewe tabel weerspieël die persentasie van mans en vroue in die arbeidsmark. In 2002 het 50.7% van Suid-Afrikaanse vroue deel gevorm van die Suid-Afrikaanse arbeidsmark. Daar is al ten opsigte van die Britse arbeidsmark opgemerk dat:

Women’s involvement in the labour market is steadily increasing. There is also a growing convergence between the participation of women and men in paid work. But this convergence masks deep and enduring differences in the nature of their contribution to the labour market.¹⁷⁵³

Uit ‘n grafiese beskouing kan gesien word dat ‘steadily’ of voortdurend moontlik nie die akkuraatste beskrywing van die arbeidsposisie in die Verenigde Koninkryk blyk te wees nie.



¹⁷⁵¹ Barker *The South African Labour Market I* 61.

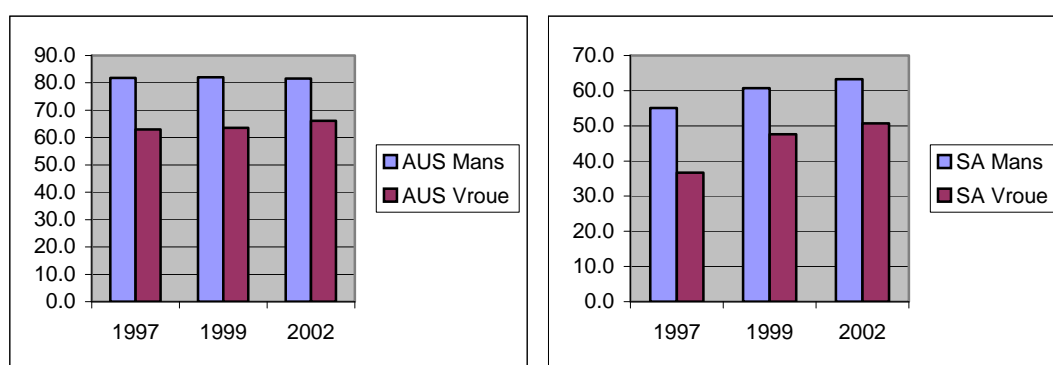
¹⁷⁵² Hier is slegs die mans en vroue tussen die ouderdomme van 15 – 64 jaar in aanmerking geneen.

Sien <http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/12).

¹⁷⁵³ Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: The Labour Market” 1.

‘n Geleidelike, maar stadige verbetering is dalk ‘n beter beskrywing van die werklike stand van sake. Alhoewel vroue in die VK se LFPR in 1998 vanaf 68% na 67,9% gedaal het, het die mans se LFPR ‘n soortgelyke verandering getoon.¹⁷⁵⁴ ‘n Mate van konsekwentheid is dus te bespeur in die VK se LFPR.

As Suid-Afrika se resultate in ‘n kolomgrafiek teenoor die van Australië beskou word, is dit opvallend dat beide die persentasie mans as vroue se LFPR in Suid-Afrika toeneem.



In Australië is daar weer ‘n geleidelik afname by mans se LFPR met ‘n toename by die vroue s’n wat die geslagsgaping stadig maar seker verminder. Dit blyk hieruit dat Suid-Afrika tot ‘n mate daarin slaag om vroue se deelname in die arbeidsmark te bevorder, maar moontlik nie ‘n genoegsame poging aanwend ten einde die geslagsgaping wat in die arbeidsmark heers teen te werk en te elimineer nie.

Australië se statistieke instansie, AusStats, se beskouing van die Australiese LFPR verskil egter effens, alhoewel nie dramaties van die van die ILO. Volgens AusStats word die verandering in die houding van die Australiese bevolking tot die rol van vroue weerspieël in die feit dat vroue se deelname in die arbeidsmark in die tydperk 1971 tot 2010 vanaf 37% tot 55% toegeneem het.¹⁷⁵⁵ Hierdie vermeerdering in die deelname van vroue het op sy beurt weer bygedra tot die algehele vermeerdering van die Australiese bevolking se arbeidsmarkdeelname vanaf 59% na 63%.¹⁷⁵⁶

Selfs met hierdie effense verskil in die statistiese beskouing van Australië se LFPR van die IAO en AusStat, wil dit steeds voorkom asof Australië se vroue ‘n voorsprong

¹⁷⁵⁴ ILO: 2003 – 2004 Key Indicators of the Labour Market (Geneva, 2003).

¹⁷⁵⁵ Australian Bureau of Statistics “Australian Social Trends” 1 <http://www.abs.au/Ausstats> (2004/05/21).

¹⁷⁵⁶ “Australian Social Trends” 1.

bo Suid-Afrikaanse vroue het in die bereiking van 'n vlak van ware gelykheid in die arbeidsmark.

5 VROUEN IN DIE FORMELE EN INFORMELE SEKTORE

Volgens Statistiek Suid-Afrika se *South Africa in Transition*-verslag was daar in Oktober 1999, 6,6 miljoen persone in die formele sektor – landbou uitgesluit.¹⁷⁵⁷ Aan die ander kant was daar 1,9 miljoen mense wat in die informele sektor werk – 0,9 miljoen in huishoudelike dienste en 1,0 miljoen in landboubedrywigheide.¹⁷⁵⁸ Volgens die INC se *Gender Profile* van Suid-Afrika was daar egter 2,7 miljoen persone (sowat 10.2% van die arbeidsmag) bedrywig in die informele sektor.¹⁷⁵⁹

5.1 Die Formele Sektor

Suid-Afrikaanse vroue het in 1994 'n derde van alle werknemers in die formele sektor uitgemaak.¹⁷⁶⁰ Die syfer het vanaf 1960 in Suid-Afrika met 23% gegroei.¹⁷⁶¹ In Maart 2003 is die meerderheid werknemers gevind in die formele sektor, met 78.7% van mans en 61.6% van vroue.¹⁷⁶² Dié getalle reflekteer egter nie hoeveel werk vroue werklik verrig het nie.¹⁷⁶³

As dit kom by formele werkseleenthede is vroue meestal te vinde in lae-status professies waar hulle karige salarisse verdien.¹⁷⁶⁴ In 1994 was 20% van alle vroue in huishoudelike dienste werksaam, terwyl nog 15% bloot administratiewe of kantoorpersoneel was.¹⁷⁶⁵

Despite the fact that women constitute just over a third of all employees, more than half of the employees in the lowest two income brackets (under R1 000 and between R1 000 and R2 000 per year) are women. Women constitute less than ten per cent of the top three income brackets (above R7 000).¹⁷⁶⁶

¹⁷⁵⁷ Statistics South Africa *South Africa in transition* 3.

¹⁷⁵⁸ Statistics South Africa *South Africa in transition* 3.

¹⁷⁵⁹ INC *Gender Profile* 3.

¹⁷⁶⁰ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶¹ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶² Statistics South Africa *Labour Forse Survey* Maart 2003 iii.

¹⁷⁶³ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶⁴ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶⁵ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶⁶ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

Die werkspatroom is egter nie uniek Suid-Afrikaans nie.¹⁷⁶⁷ In vele lande is vroue te vinde in lae-status, en treurig vergoede arbeidsposisies.¹⁷⁶⁸ Die redes vir hierdie ongelykhede is egter kompleks en sluit 'n reeks faktore in, vanaf diskriminasie teen vroue deur werkgewers tot die ongelyke geslagsverdeling van arbeid in verhouding tot huiswerk en kinderversorging.¹⁷⁶⁹ Vroue se verantwoordelikhede by die huis maak dit vir hulle moeilik om op gelyke vlak in die formele sektor te werk.¹⁷⁷⁰ In baie opsigte is die formele arena se werkgeleenthede ontwerp rondom die persepsie dat dit bloot manlike werkers insluit, wat nie nodig het om hulself te bekommer oor huishoudelike take nie.¹⁷⁷¹ Vroue wat deel is van die formele werksmag verrig dus hul werk in die formele sektor, sowel as by die huis.¹⁷⁷²

5.2 Die Informele Sektor

Baie van die sogenaamde 'vrouewerk' val buite die formele arena:

[W]omen work in the informal sector, in the home and in subsistence agriculture.¹⁷⁷³

Dit is dan ook so dat 'n groot aantal vroue wêreldwyd in die informele sektor werk.¹⁷⁷⁴ 'n Internasionale definisie¹⁷⁷⁵ van die informele sektor is in 1993 aangeneem en verwoord om alle persone (werkgewers en werknemers) van klein ongeregisteerde besighede in te sluit, sowel as persone wat vir hulself werk in familiebesighede.¹⁷⁷⁶

Die ekonomiese aktiwiteite in die informele sektor kan geag word om die volgende elemente in te sluit:

- dit is ongeorganiseerd;

¹⁷⁶⁷ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶⁸ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁶⁹ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65–66.

¹⁷⁷⁰ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 66.

¹⁷⁷¹ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 66.

¹⁷⁷² O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 66.

¹⁷⁷³ O'Reagan *Equality at work an the limits of the law* 65.

¹⁷⁷⁴ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 1 <http://www.wiego.org/textonly/fact2.shtml> (2004/03/19).

¹⁷⁷⁵ Die IAO omskryf die informele sektor soos gevolg:

“very small units producing and distributing goods and services; largely consisting of independent, self-employed, producers in the urban areas of developing countries; those who sometimes employ family workers and/or a few hired workers or apprentices; those operating with little or no capital; those utilising a low level of technology and skills; those operating at a low level of productivity as a result; and generally providing very low and irregular incomes and highly unstable employment to those who work in it”; Kershoff *The informal sector in South Africa* (1996) 4.

¹⁷⁷⁶ Fact Sheet: The Informal Economy 1 <http://www.wiego.org/main/fact1.shtml> (2004/03/19).

- regmatig, maar ongeregistreerd en ongereguleerd;
- word deur 'n individu of familie besit; en
- gebruik intensiewe, maar eenvoudige arbeidstechnologie.¹⁷⁷⁷

In Suid-Afrika speel die informele sektor 'n belangrike rol en dit het oor die afgelope paar jaar aansienlike groei getoon.¹⁷⁷⁸

Dit is egter, ten spyte van die feit dat daar 'n omskrywing vir die informele sektor is, steeds moeilik om akkurate statistieke vir dié sektor te versamel, omdat dit 'n diverse sektor is wat 'n wye reeks aktiwiteite insluit.¹⁷⁷⁹ Die gevolg is dan dat:

[M]ost employment series do not take account of the informal sector, with the result that total employment (in the sense of being economically active) in South Africa is underestimated.¹⁷⁸⁰

Weens die feit dat dataversameling 'n moeilike taak is, sal offisiële statistieke rakende die informele sektor moontlik die grootte en ekonomiese bydraes van die sektor, sowel as die vrou se rol daarin, onderskat.¹⁷⁸¹ Vroue se ekonomiese bydraes word dus in effek onderskat:

[B]ecause they engage in home-based work and street vending, activities which are the most difficult to document.¹⁷⁸²

WIEGO¹⁷⁸³ het egter (met genoemde beperkings in ag) bevind dat:

The informal sector accounts for [a] large share of output and employment ... [and also] accounts for ... as much as 80 percent in ... Africa.¹⁷⁸⁴

Daar word beweer dat 30% van Suid-Afrikaanse vroue deel uitgemaak het van die informele arbeidsmag (landbou uitgesluit) vir die periode 1991 tot 1997, met slegs 14% van die mans.¹⁷⁸⁵ WIEGO het selfs sover gegaan as om te verklaar dat vroue se aandeel in die informele sektor (landbou uitgesluit) in dié periode 61% was.¹⁷⁸⁶

¹⁷⁷⁷ Barker *The South African Labour Market* 195.

¹⁷⁷⁸ Barker *The South African Labour Market* 194.

¹⁷⁷⁹ Fact Sheet: The Informal Economy 1.

¹⁷⁸⁰ Barker *The South African Labour Market* 194.

¹⁷⁸¹ Fact Sheet: The Informal Economy 1.

¹⁷⁸² Fact Sheet: Women in the Informal Economy 1.

¹⁷⁸³ Women in Informal Employment Globalizing and Organizing.

¹⁷⁸⁴ Fact Sheet: The Informal Economy 2-3.

¹⁷⁸⁵ Fact Sheet: The Informal Economy 3.

¹⁷⁸⁶ Fact Sheet: The Informal Economy 3.

In Maart 2003 was 19.9% van Suid-Afrikaanse mans in die informele sektor, min of meer dieselfde as die 19.2% vroue in daardie sektor.¹⁷⁸⁷ Dit is wel kommerwekkend dat die persentasie vroue (18.6%) in die huishoudelike sektor, in 2003, meer was as die van mans (0.8%), terwyl 8,7% van die werkende bevolking op daardie stadium in die huishoudelike sektor werksaam was.¹⁷⁸⁸

‘n Probleem wat deur hierdie geslagsgaping na vore kom is dat daar ‘n oorvleueling tussen armoede en die arbeidsmag in die informele sektor is.¹⁷⁸⁹ ‘n Hoër persentasie van persone wat in die informele sektor werk – relatief tot die formele sektor – is arm.¹⁷⁹⁰ WIEGO wys verder uit dat hierdie oorvleueling selfs groter is by vroue as by mans:¹⁷⁹¹

[T]he gender gap in income/wages appears higher in the informal sector than in the formal sector and exists even when women are not wage workers.¹⁷⁹²

Twee redes blyk die oorsaak te wees van dié betreklik groot geslagsgaping:

- (1) Wêreldwyd neig informele inkomste om af te neem soos wat ‘n mens oor verskillende tipes werk beweeg, nl. werkgewer, persoon wat vir homself werk, tydelike loonwerker, subkontrakwerker.¹⁷⁹³
- (2) Vroue is wêreldwyd onderverteenvoerdig in hoër inkomste aktiwiteite en oorverteenvoerdig in laer inkomste aktiwiteite.¹⁷⁹⁴

Die oorgrootte meerderheid van vroue in die informele sektor is handelaars of produsente vir eie rekening of tydelike- en subkontrakwerkers. ‘n Betrekklike klein hoeveelheid is werkgewers wat werknemers in diens neem.¹⁷⁹⁵

Dit is duidelik dat mans en vroue – selfs in dieselfde bedryf – betrokke is by verskillende aktiwiteite en tipes werk:

¹⁷⁸⁷ Statistics South Africa *Labour Force Survey* Maart 2003 iii.

¹⁷⁸⁸ Statistics South Africa *Labour Force Survey* Maart 2003 iii.

¹⁷⁸⁹ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 1.

¹⁷⁹⁰ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 1.

¹⁷⁹¹ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 1.

¹⁷⁹² Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹³ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹⁴ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹⁵ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

[F]or example, in many countries, male traders tend to have larger scale operations and to deal in non-food items while female traders tend to have smaller scale operations and to deal in food items.¹⁷⁹⁶

Geslagsdiskriminasie en -segregasie is dus selfs aanwesig in die informele sektor.¹⁷⁹⁷

Dit is geslagsegregasie wat veroorsaak dat mans en vroue betrokke is by verskillende tipes aktiwiteit of 'n verskil in werkstatus beleef binne dieselfde bedryf.¹⁷⁹⁸

Geslagsdiskriminasie is weer op sy beurt verantwoordelik vir die geslagsgaping in onderrig of vaardighede, toegang tot opleiding of informasie, kwaliteite en ligging van die besigheidperseel, skaal van die besigheid en die tyd en ander beperkings.¹⁷⁹⁹

Hierdie twee beginsels van geslagsdiskriminasie en -segregasie verduidelik hoekom daar:

- (1) meer vroue as mans in die informele sektor werksaam is;
- (2) meer vroue relatief tot mans kontrak werkers is; en
- (3) inkomste- of loonverskille tussen mans en vroue in die informele sektor bestaan.¹⁸⁰⁰

6 WERKLOOSHEID EN DIE VROU

Wat statistieke rakende werkloosheid betref, word daar in die algemeen gewerk met persone vyftien jaar en ouer wat tans nie werk of ekonomies aktief¹⁸⁰¹ is nie.¹⁸⁰² Dié persone is wel beskikbaar vir werk en soek werk of is gewillig om te werk.¹⁸⁰³ Wanneer hierdie persone as 'n persentasie van die EAB uitgedruk word, is die resultaat die werkloosheidskoers.¹⁸⁰⁴

In 1996 is daar gerapporteer dat die IAO argumenteer dat die offisiële statistieke van Suid-Afrika moontlik die werkloosheidskoers oorskakel.¹⁸⁰⁵ Statistiek Suid-Afrika het in die 1996 sensusopname bevind dat 42% van vroue op daardie stadium werkloos

¹⁷⁹⁶ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹⁷ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹⁸ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁷⁹⁹ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 2.

¹⁸⁰⁰ Fact Sheet: Women in the Informal Economy 3.

¹⁸⁰¹ Soos volgens die EAB definisie omskryf.

¹⁸⁰² Barker *The South African Labour Market I* xxi.

¹⁸⁰³ Barker *The South African Labour Market I* xxi.

¹⁸⁰⁴ Barker *The South African Labour Market I* xxi.

¹⁸⁰⁵ Labour Market Commission *Restructuring the South African Labour Market* 6.

was.¹⁸⁰⁶ Vir mans het die werkloosheidsyfer beter vertoon met slegs 27.12% van mans wat hulself in die ongelukkige posisie bevind het.¹⁸⁰⁷ Die IAO het die werkloosheidstotaal van lande (in duisende uitgedruk) volgens geslag verdeel:

	SA			AUS			VK			VSA			DUITSLAND		
	Totaal	Mans	Vroue	Totaal	Mans	Vroue	Totaal	Mans	Vroue	Totaal	Mans	Vroue	Totaal	Mans	Vroue
1999	3158	46.9	53.1	660.7	58	42	1752	62.5	37.5	5880	52.1	47.9	3503	54.4	45.6
2000	4208	47.9	52.1	615.6	57.4	42.6	1619	61.2	38.8	5655	52.2	47.8	3127	54.1	45.9
2001	4383	48.2	51.7	666.7	57.8	42.2	1413	61.2	38.8	6742	54.6	45.7	3150	55.7	44.3
2002	4788	47.1	52.9	631.3	57.4	42.6	1519	61.4	38.6	8378	54.9	45.1	3486	56.9	43.1

Bron: ILO: Unemployment, general level¹⁸⁰⁸

Die Oktober 1999 opnames van Statistiek Suid-Afrika het bepaal dat 29.7% van persone wat matriek gehad het werklose vroue was, in teenstelling met 20.0% mans.¹⁸⁰⁹ As dit kom by persone met hoër onderrig was 9.5% van die persone wat werkloos was vroue en slegs 7.5% daarvan mans.¹⁸¹⁰ Die Kanadese *INC Gender Profile* vir Suid-Afrika voer weer aan dat die werkloosheidskoers in 1999 23.3% was, met 19.8% van mans en 27.8% van vroue wat werkloos was.¹⁸¹¹

In Brittanje berig die *Employment Opportunities Commission* dat die werkloosheidskoers vir vroue en mans in 1984 onder 12% was en baie soortgelyk vertoon het.¹⁸¹² Teen 1999 het vroue en mans se werkloosheidskoers egter onderskeidelik na 5% en 7% geval.¹⁸¹³

¹⁸⁰⁶ Tabel oor die *Economically Active Population by Race and Gender* Sensus 1996 (Statistieke Suid-Afrika).

¹⁸⁰⁷ Tabel oor die *Economically Active Population by Race and Gender* Sensus 1996 (Statistieke Suid-Afrika).

¹⁸⁰⁸ <http://laborsta.ilo.org> (2004/03/19); verwerk vanaf 'n getal in duisende na persentasies.

¹⁸⁰⁹ Statistics South Africa *South Africa in transition* (2001) 52.

¹⁸¹⁰ Statistics South Africa *South Africa in transition* (2001) 52.

¹⁸¹¹ *INC Gender Profile 2*.

¹⁸¹² Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: The Labour Market" 2.

¹⁸¹³ Equal Opportunities Commission "Women and Men in Britain: The Labour Market" 2.

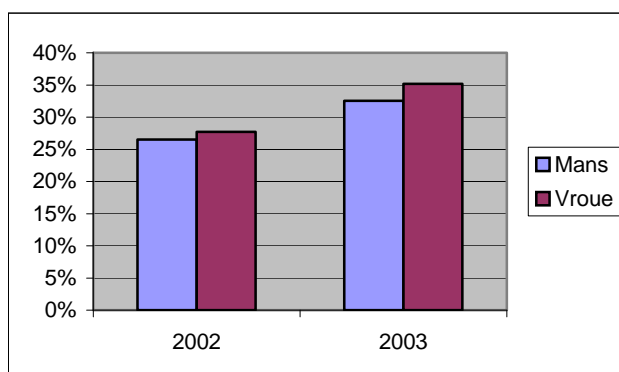
Wat 2003 se werkloosheid in Suid-Afrika betref was dit die skokkende bevinding dat 57% van die gedeelte van die bevolking wat werkloos was deur vroue verteenwoordig is.¹⁸¹⁴ Werkloosheid beskou as 'n gedeelte van Suid-Afrika se EAB lyk statisties soos volg:

	Mans					
	Totaal	Nie Ekonomies Aktief	Ekonomies Aktiewe Bevolking			
			Totaal	Werkers	Werkloos	Koers
	1000					%
2002	13110	4647	8463	6218	2245	26.5
2003	14026	5112	8914	6445	2469	27.7
Bron: <i>Labour force survey</i> Februarie 2002/Maart 2003						

	Vroue					
	Totaal	Nie Ekonomies Aktief	Ekonomies Aktiewe Bevolking			
			Totaal	Werkers	Werkloos	Koers
	1000					%
2002	14561	6894	7667	5174	2493	32.5
2003	15525	7627	7898	5118	2780	35.2
Bron: <i>Labour force survey</i> Februarie 2002/Maart 2003						

¹⁸¹⁴ Statistics South Africa *LabourForce Survey* Maart 2003.

Dit word hieruit duidelik dat werkloosheid in Suid-Afrika steeds toeneem en meer so vir vroue as vir mans. Wanneer Statistiek Suid-Afrika se bevindings grafies voorgestel word, word die situasie duidelik uitgebeeld.¹⁸¹⁵



Barker verklaar dus tereg dat:

[T]he unemployment problem [in South Africa] is particularly serious among women ...¹⁸¹⁶

7 GEVOLGTREKKING

Uit die voorafgaande bespreking blyk dit duidelik dat daar steeds 'n ongelyke arbeidsmarkverdeling tussen mans en vroue is. Daar kan baie redes vir dié stand van sake aangevoer word, waarvan sommige legitiem kan wees en ander nie. Die tradisionele rede vir die kleiner persentasie vroue as mans in die arbeidsmark is dat vroue op 'n sekere stadium kies om die arbeidsmark tydelik of permanent te verlaat weens familieverpligtinge. Ongeag die redes kan daar nie ontken word dat die arbeidsmark struktureel die toetrede en bevordering van vroue belemmer nie. Weens die feit dat 'n groot hindernis vir vroue in die arbeidsmark dus struktureel van aard is, kan wetgewing moontlik nie die probleem effektief aanspreek nie.¹⁸¹⁷

¹⁸¹⁵ Tabel oor die *Official definition of unemployment Statistics South Africa LabourForce Survey* Februarie 2002/Maart 2003.

¹⁸¹⁶ Barker *The South African Labour Market II* 211.

¹⁸¹⁷ In *Harmse* (supra nota 802) het die regter moontlik 'n kontroversiële benadering tot die implementering van regstellende aksie ingeneem, juis as gevolg van die feit dat wetgewing (soos die EEA) nie alle probleme in die werkplek kan aanspreek nie.

Dit wil egter voorkom asof meer werkgewers deesdae verkies om buigsame werksooreenkomste¹⁸¹⁸ met hul werknemers aan te gaan met die onderliggende rasionaal dat:

[P]rovision of greater personal freedom and flexibility will be achieved by allowing employers and employees to enter into direct arrangements, or Workplace Agreements.¹⁸¹⁹

Aan die ander kant verkies baie vroue weer buigsamer werksomstandighede ten einde hul familieverpligtinge te kan nakom en steeds produktief in die arbeidsmark te kan meeding:¹⁸²⁰

A Flexible and Responsive Workplace ... that recognises “the particular needs of women with family responsibilities ... [is] a particular benefit to those women who wish to blend family and work responsibilities ... Only a flexible and responsive industrial relations system can cater to differing individual circumstances.”¹⁸²¹

Heel ironies kan werkgewers dan self, in hul benadering tot werknemers, vroue akkommodeer op ‘n wyse wat beide partye bevoordeel. Buigsame werksomstandighede bied ‘n wye reeks voordele vir beide die werkgewer as die werknemer.¹⁸²² Vir werkgewers is daar die voordeel van:

- verhoogde effektiewe aanwending van werknemers en meer geleentheid vir werknemers om nuwe rolle op te neem;
- ‘n meer gemotiveerde en energieke werksmag aangesien eksterne behoeftes in ag geneem word;
- verhoogde diens en produktiwiteit as gevolg van ‘n beter organisatoriese klimaat;

¹⁸¹⁸ Dit kan gedefinieer word as “options in work scheduling and location”. Sien Accenture “Flexible working” 1 <http://www2wk.com/evidence> (2004/12/15).

¹⁸¹⁹ Strachan & Burgess “Towards a New Deal for Women Workers in Australia? Growing Employment Share, Enterprise Bargaining and the family friendly Workplace” 1998 (17) *Equal Opportunities International* 19.

¹⁸²⁰ Natalie Cooksey, die “Peoples Programme Manager” van die Britse maatskappy Accenture, het verklaar dat “[a]s a woman who is keen to have a fulfilling career with flexibility to fit my changing lifestyle, I want to work for an employer who actively supports flexible working and is committed to ensuring that the best women are retained and promoted ...” Sien Accenture “Flexible working” 1.

¹⁸²¹ Die Australiese Liberal Party beleid soos aangehaal in Strachan & Burgess 1998 (17) *Equal Opportunities International* 9.

¹⁸²² “Diversity & Equity – Flexible Work Arrangements” 1 <http://www.eduweb.vic.gov.au/hrweb/divequity/balance/flexwork.htm> (2004/12/15).

- verminderde afwesigheid en daarmee geassosieerde koste as werknemers hul persoonlik verpligtinge in hul eie tyd kan nakom;
- ‘n kompeterende aanslag in die meeding en behoud van werknemers met spesifieke vaardighede (veral die wat nie voltyds kan werk nie);
- verminderde werwings- en opleidingskoste; en
- ‘n positiewe publieke beeld.¹⁸²³

Die voordeel vir (vroulike) werknemers lê in:

- die vermoë om werk en vaardighede te behou terwyl familieverpligtinge nagekom word;
- die behou van voordele gekoppel aan voortgesette indienning;
- verhoogde werksatisfaksie en -prestasie;
- hernude energie en verhoogde moraal;
- verbeterde welstand en verminderde spanning;
- verbeterde tydsbetuur, spanbou en verdeelde verantwoordelikhede;
- meer studiegeleentheid;
- buigsaamheid met betrekking tot versorging en ander persoonlike verpligtinge;
- minder afleidings en onderbrekings by die werk; en
- werksgeleentede vir die wat voorheen nie voltydse werk kon verrig nie.¹⁸²⁴

‘n 1999 studie het ook op die voordele van buigsame werksomstandighede uitgewys:

If ... employers are using workers in flexible staffing arrangements to accommodate predictable and stable fluctuations in their workload over the day and week or to accommodate employee desires for more flexible

¹⁸²³ “Diversity & Equiy – Flexible Work Arrangements” 2.

¹⁸²⁴ “Diversity & Equiy – Flexible Work Arrangements” 2.

schedules or shorter hours, there is little reason to believe these arrangements would result in less job stability.¹⁸²⁵

Die grootste voordeel en die voorwaarde van buigsame werkomstandighede is in effek een en dieselfde: Beide die werkgewer en die werknemer se belange moet in ag geneem word. 'n Organisasie se produktiwiteit moet dus aangevul word deur die feit dat werknemers hul werk beter kan verrig aangesien hul in staat is om hulle familieverpligtinge na te kom, sonder dat dit inmeng met hul werksvermoë.

¹⁸²⁵ Houseman & Polivka “The Implications of Flexible Staffing Arrangements for Job Stability” 5 Upjohn Institute Staff Working Paper No. 99-056 <http://www.ssm.com> (2004/12/15).

HOOFSTUK SEWE

‘N TOEKOMSPERSPEKTIEF

1 DIE PROBLEEM VAN EFFEKTIWITEIT

In beginsel fokus anti-diskriminasie wetgewing op simmetriese behandeling:

[W]omen should be treated as men are treated and, conversely men should be treated as women are treated.¹⁸²⁶

Gevolglik kan slegs die handjievol vroue, wat in die gelukkige posisie is om gelykgeplaas te wees aan mans, voordeel trek uit anti-diskriminasie wetgewing.¹⁸²⁷

As die simmetriese beginsel die grondslag vir anti-diskriminasie wetgewing vorm, is die probleem tweeledig: Eerstens is dié tipe wetgewing nie in staat om die verskille tussen mans en vroue te hanteer nie, en tweedens fokus dit eerder op differensiële behandeling as die impak van daardie behandeling.¹⁸²⁸

Verder word daar algemeen aangevoer dat wetgewing wat by wyse van klagtes toepassing vind, nie effektief genoeg is om diepgesete diskriminerende indiensnemingspraktyke teen te werk nie.¹⁸²⁹

[A]nti-discrimination legislation, generally speaking, provides an avenue of redress for an aggrieved person *after* an act of discrimination has occurred ...¹⁸³⁰ [eie beklemtoning]

‘n Probleem met dié benadering is dat ‘benadeling’ nie binne die trefwydte van die reg gebring kan word nie, aangesien daar, in die konteks van historiese diskriminasie, nie een formeel verantwoordbare geïdentifiseer kan word nie.¹⁸³¹ Vir anti-

¹⁸²⁶ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 67.

¹⁸²⁷ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 69. MacKinnon verklaar vervolgens: “The more unequal a society gets, the fewer such women are permitted to exist. Therefore, the more unequal society gets, the *less* likely the difference doctrine (for example, anti-discrimination legislation) is to be able to do anything about it ...” Soos aangehaal in O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 69.

¹⁸²⁸ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 73.

¹⁸²⁹ Hunter *Indirect Discrimination in the Workplace* 80.

¹⁸³⁰ Hunter *Indirect Discrimination* 80.

¹⁸³¹ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–95.

diskriminasie wetgewing om effektief te wees moet daar egter 'n identifiseerbare verweerder wees.¹⁸³²

[The] individual complaints model fails to acknowledge that the problem is not merely that of an 'abnormal' individual, but the result of 'deep-seated social forces'.¹⁸³³

Weens hierdie aanslag slaag anti-diskriminasie wetgewing nie daarin om die diskriminerende patrone in 'n samelewing te verander nie.¹⁸³⁴

Anti-diskriminasie wetgewing verbied ook nie spesifiek diskriminasie teen vroue nie.¹⁸³⁵ Dit plaas slegs 'n verbod op diskriminasie op grond van geslag.¹⁸³⁶ Implikasies hiervan is dat 'n beleid wat voorkeur aan vroue verleen, aangeval kan word op grond daarvan dat dit teen mans diskrimineer.¹⁸³⁷ Die rede hiervoor is dat daar gehandel word vanuit die uitgangspunt dat ongelyke behandeling, eerder as die nadelige impak van daardie behandeling, aangespreek moet word.¹⁸³⁸ Tog is anti-diskriminasie wetgewing nie heeltemal nutteloos nie:

Even though ... the anti-discrimination principle cannot bring within the scope of law the institutional or structural constraints that trap women ... into a 'cycle of disadvantage', it can extend itself to the effects of this disadvantage as it manifests itself in the workplace.¹⁸³⁹

In teenstelling met anti-diskriminasie wetgewing is geslagsgebaseerde regstellende aksie meestal proaktief en voorkomend van aard. Dit poog om die strukturele tekortkoming van anti-diskriminasie wetgewing te oorkom.¹⁸⁴⁰ Daarom is daar al geargumenteer dat 'n verbod op diskriminasie slegs effektief kan wees as dit gesteun word deur 'n verbintenis tot die implementering van regstellende aksie-maatreëls.¹⁸⁴¹

¹⁸³² Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–95.

¹⁸³³ Fredman soos aangehaal in Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–96.

¹⁸³⁴ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–95.

¹⁸³⁵ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–98.

¹⁸³⁶ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–98.

¹⁸³⁷ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–99.

¹⁸³⁸ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–99.

¹⁸³⁹ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–101.

¹⁸⁴⁰ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 79.

¹⁸⁴¹ Dupper & Garbers *Employment Equity Act 55 of 1998* CC 1–95. Die EEA het hierdie benadering gevolg deur 'n verbod op onbillike diskriminasie in hoofstuk II op te volg met hoofstuk III wat voorsiening maak vir die implementering van regstellende aksie deur aangewese groepe in die werkplek.

Die plig wat regstellende aksie wetgewing (soos die in Australië en Suid-Afrika) op werkgewers plaas is daarop gemik om werkgewers sover te kry om maatreëls in te stel waarmee die voortgesette impak van historiese diskriminasie teen vroue aangespreek en die algemene deelname en status van vroue binne die werksmag verbeter kan word.¹⁸⁴² Sulke gelyke indiensnemingswetgewing plaas die fokus op groepe werknemers wat voorheen sosiaal benadeel is.¹⁸⁴³ Aangesien die wetgewing dan spesifieke groepe uitsonder kan dit juis weer daardie optrede aanwakker wat oorspronklik tot 'n groep se sosiale benadeling aanleiding gegee het.¹⁸⁴⁴ Die spesifieke fokus op 'n groep verhoed ook 'n werkgewer om spesifieke verskille, in 'n groep self, te identifiseer.¹⁸⁴⁵

Gelyke indiensnemingswetgewing kan ook gekategoriseer word volgens die afdwingingsmeganisme wat dit inkorporeer:¹⁸⁴⁶

[E]mployment equity legislation can be enforced contractually where the state as a contractor imposes contractual obligations upon its co-contractors to adopt either goals and timetables or to achieve quotas (enforcement through 'contractual compliance')¹⁸⁴⁷ On the other hand, legislation may be enforced through criminal sanction or through incentives provided by government subsidies and grants.¹⁸⁴⁸

Wat betref Suid-Afrika se wetgewing is die algemene inherente probleme ook aanwesig. Wat die afdwing van die EEA se wetgewende bepalings (rakende regstellende aksie) betref is daar egter, ten spyte van die wetgewer se goeie bedoelinge, spesifieke probleme rakende 'polisiëring' deur die direkteur-generaal van die Departement van Arbeid.¹⁸⁴⁹

Artikel 21 van die EEA maak voorsiening vir die feit dat werkgewers verslag moet doen aan die direkteur-generaal. In 2002 het 6990 werkgewers¹⁸⁵⁰ billike

¹⁸⁴² Hunter *Indirect Discrimination* 80.

¹⁸⁴³ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 80.

¹⁸⁴⁴ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 81.

¹⁸⁴⁵ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 82.

¹⁸⁴⁶ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 80.

¹⁸⁴⁷ Sien die Amerikaanse bespreking in hoofstuk vyf en die bespreking van a 53 (supra nota 545) EEA 55 van 1998 in die Suid-Afrikaanse hoofstuk vier.

¹⁸⁴⁸ O'Regan *Equality at work and the limits of the law* 80.

¹⁸⁴⁹ Sien hoofstuk vier vir die spesifieke Hoofstuk V bepalings van die EEA wat gemik is op die afdwing van die EEA se bepalings.

¹⁸⁵⁰ Met 'n totaal van 2 605 729 werknemers in hul gesamentlike diens.

indiensnemingsverslae ingedien, waarvan 2727 groot aangewese werkgewers¹⁸⁵¹ en 4263 klein aangewese werkgewers¹⁸⁵² was.¹⁸⁵³ Dit is egter 15% minder as die aantal aangewese werkgewers wat in 2000 verslag gedoen het.¹⁸⁵⁴ Een rede hiervoor is moontlik dat werkgewers nie voldoen aan die wetsvereistes nie, aangesien hulle nie transformasie en verandering in die werkplek substantief en dringend aanspreek nie.¹⁸⁵⁵

Weens die groot aantal aangewese werkgewers is daar onsekerheid of dit binne die direkteur-generaal se vermoë is om behoorlike substantiewe evaluering (volgens die a 15(2)¹⁸⁵⁶ en a 42(a)¹⁸⁵⁷ faktore), met betrekking tot *elke* aangewese werkgewer se regstellende aksie-plan en implementering, deur te voer. So 'n evaluering is veral belangrik aangesien a 42(b) bepaal dat 'n aangewese werkgewer se implementering van sy plan teenoor ander werkgewers in soortgelyke omstandighede en binne dieselfde sektor opgeweeg word. Ten einde te kan bepaal of 'n aangewese werkgewer 'n redelik poging aangewend het om sy billike indiennemingsplan te implementeer¹⁸⁵⁸ is 'n deeglike en tydrowende ondersoek dus noodsaaklik. Die personeel wat die Departement van Arbeid beskikbaar het om die effektiewe implementering van regstellende aksie na te gaan is daarom 'n punt van bekommernis.

Regter Waglay se beskouing in *Harmse*¹⁸⁵⁹ dat regstellende aksie ook as 'n swaard kan funksioneer¹⁸⁶⁰ is moontlik die gevolg van die regter se besef dat die Departement van Arbeid (deur middel van die pligte van die direkteur-generaal) nie regstellende aksie alleen kan handhaaf nie.¹⁸⁶¹ Die *Harmse*-benadering (wat daarop neerkom dat

¹⁸⁵¹ Meer as 150 werknemers indiens. Hulle het in 2002 'n total van 2 374 159 werknemers in hul gesamentlike diens gehad.

¹⁸⁵² Minder as 150 werknemers indiens. Hulle het in 2002 'n total van 231 570 werknemers in hul gesamentlike diens gehad.

¹⁸⁵³ Commission for Employment Equity "Annual Report 2002 – 2003" 8–9
<http://www.labour.gov.za> (2004/12/15).

¹⁸⁵⁴ Commission for Employment Equity "Annual Report 2002 – 2003" 9.

¹⁸⁵⁵ "Perhaps, among other reasons, this could be attributed to mergers, acquisitions, the closing of business, [and] a drop in turnover..." Sien Commission for Employment Equity "Annual Report 2002 – 2003" 9.

¹⁸⁵⁶ Sien hoofstuk twee vir uiteensetting.

¹⁸⁵⁷ Supra nota 532.

¹⁸⁵⁸ Soos deur a 42(c) bepaal.

¹⁸⁵⁹ Supra nota 802.

¹⁸⁶⁰ Sien Harmse (supra nota 802) bespreking in hoofstuk drie.

¹⁸⁶¹ Dupper "Regstellende Aksie (Suid-Afrika)" Lesing: Gevorderde Arbeidsreg (Universiteit van Stellenbosch) 3 Oktober 2003.

regstellende aksie in sekere omstandighede ‘n onbillike diskriminasie eisoorzaak daar kan stel)¹⁸⁶² sal egter weer die nadeel van hoë litigasiekoste meebring.

Lustgarten¹⁸⁶³ het klem gelê op die feit dat daar, tesame met wetgewende tussentrede, ‘n behoefte is aan beide effektiewe afdwingingsprosedures en genoegsame hulpbronne vir die administrasie van die wetgewing. Galanter¹⁸⁶⁴ wys verder daarop dat herstellende oogmerke se effektiwiteit beperk kan word deur die strukture wat daargestel word om daaraan uiting te gee.¹⁸⁶⁵ Die effektiewe implementering van herstellende middele noodsaak ‘n spesifieke aanslag:

[It] requires attention not only to the level of [substantive] rules, but also to institutional facilities, legal services and organisations.¹⁸⁶⁶

Sonder die moontlikheid van effektiewe afdwinging van die EEA se bepalings is die grootste gevaar van regstellende aksie-programme in Suid-Afrika dat dit kan aanleiding gee tot “window-dressing”:

[I]n placing a few women or blacks into high-profile positions, employers may disguise the persistence of disadvantage for the majority of women and blacks in employment.¹⁸⁶⁷

2 DIE FOUT, DIE REDE EN DIE WAARSKUWING

Die nuwe generasie vroue en mans is verstom oor die feit dat hul moeders in die verlede uit sekere areas van die arbeidsmark verban is.¹⁸⁶⁸ Hulle staan blind teenoor die subtiele vorme van diskriminasie wat vroue steeds vandag in die werkplek teëkom. Daardie eerste arbeidsmark hindernisse waaronder vroue gebuk gegaan het, word deur die huidige generasie vroue – soos die in Kalifornië wat ten gunste van *Proposition 209*¹⁸⁶⁹ gestem het – beskou as slegs ‘n klip in die water van die strewe na gelykheid. Tog vergeet hulle dat daardie enkele klip¹⁸⁷⁰ se impak sirkels op die

¹⁸⁶² Harmse supra nota 802 par 47.

¹⁸⁶³ Soos na verwys in Hunter *Indirect Discrimination* 246.

¹⁸⁶⁴ Hunter *Indirect Discrimination* 246.

¹⁸⁶⁵ Soos na verwys in Hunter *Indirect Discrimination* 246.

¹⁸⁶⁶ Hunter *Indirect Discrimination* 246.

¹⁸⁶⁷ O’Regan *Equality at work and the limits of the law* 82.

¹⁸⁶⁸ Women's Electoral Lobby “WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act” 2 <http://www.wel.org/au/issues/affirm/> (2004/03/19).

¹⁸⁶⁹ Dit het gelei tot die afstel van regstellende aksie in Kalifornië.

¹⁸⁷⁰ Naamlik vroue se aanvanklike arbeidsmark hindernisse.

water laat vorm. Die sirkels word wel minder sigbaar¹⁸⁷¹ hoe verder dit uitkring, maar tog versteur dit steeds die wateroppervlak. Daardie klip se effek kan net verander of gewysig word deur die water met 'n ander impak te versteur.

Dit wil voorkom asof die nuwe generasie vroue die effek van diskriminaie wil versteur deur hul voorgangers se werk, ten opsigte van die bevordering van gelykheid, op 'n minder dinamiese wyse voort te sit. Hierdie nuwe generasie vroue verwag gelyke behandeling op grond van meriete.¹⁸⁷² Die impak en effektiwiteit van so 'n benadering kan egter nie met sekerheid vasgestel word nie.

Dit is onseker of 'n objektiewe standaard gebaseer op 'meriete' geformuleer kan word, sonder enige invloed van subjektiewe standaarde, vooroordele of vooropgestelde houdings en opinies.¹⁸⁷³ Thornton hou voor dat meriete gedefinieer word as 'n aanspraak op aanbeveling, uitmuntendheid en verdienstelikheid.¹⁸⁷⁴ Dit wys daarop dat 'meriete' 'n ontologies abstrakte konsep is.¹⁸⁷⁵ Dworkin verklaar dat dit moeilik is om die begrip meriete te omskryf met al die moontlike elemente wat dit kan omsluit.¹⁸⁷⁶ Hy is van mening dat dit baie selde gebeur dat 'n individu op meriete, in die ware filosofiese sin, beoordeel word aangesien mense gedurig besig is om sekere elemente en vereistes te kategoriseer en te hergroepeer as daar 'geoordeel' moet word.¹⁸⁷⁷

Buite 'n sosiale konteks word die begrip 'meriete' dus omvou met die idee van neutraliteit en persoonlike waarde, maar die realiteit is dat dit saamval met politiese betekenis en morele oortuigingskrag wanneer dit aangewend word as regverdiging vir sekere kriteria, beperkings of selfs regstellende aksie.¹⁸⁷⁸ Die beginsel van meriete binne dié konteks word onderhewig gestel aan faktore, soos onderrig en opleiding, waarvoor 'n individu in sekere omstandighede geen beheer kan uitoefen nie. So byvoorbeeld het die tradisionele uitsluiting van vroue in sekere areas van die reg en die arbeidsmark gelei tot die persepsie dat hulle ondergeskik is en daarmee saam die

¹⁸⁷¹ Die minder sigbare sirkels kan gelykgestel word aan die subtiele vorme van diskriminasie wat vandag in die werkplek heers.

¹⁸⁷² Hierdie nuwe generasie vroue sal dus nie noodwendig daarop aandring dat hul reg op gelykheid bevorder moet word deur middel van spesiale behandeling nie. Sien Women's Electoral Lobby "WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act" 2.

¹⁸⁷³ Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁷⁴ Soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁷⁵ Thornton soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁷⁶ Arthur & Shaw *Readings in the Philosophy of Law* 444.

¹⁸⁷⁷ Arthur & Shaw *Readings in the Philosophy of Law* 444.

¹⁸⁷⁸ Thornton soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

idee laat posvat dat die aanstelling van 'n vrou gelykstaande is aan 'n afname in doeltreffendheid.¹⁸⁷⁹ Alhoewel meeste lande¹⁸⁸⁰ meriete as 'n regulerende element by regstellende aksie inkorporeer (om sosiale nut te optimiseer en te verseker dat dit nie die reg op gelykheid skend nie) is die uiteindelige 'beloning' steeds nie geslags-neutraal nie.¹⁸⁸¹

Hoe hoër daar teen die arbeidsmark se rangleer op beweeg word, hoe duideliker word dit dat die samelewing se opvatting van meriete 'n groot impak het.¹⁸⁸² As meriete as begrip reeds aangetas is deur die samelewing se beskouing dat vroue nie geskik is om op alle vlakke van die arbeidsmark met mans mee te ding nie, dan sal die Suid-Afrikaanse EEA vereiste dat vroue as lede van 'n aangewese groep 'toepaslik gekwalifiseerd' moet wees nie 'onbesmet' en 'gesond' uit hierdie wanpersepsie van vaardighede daaruit sien nie.

Een van die grootste probleme wat nie genoegsaam deur regstellende aksie aangespreek word nie, is egter die verteenwoordiging van vroue in bestuursposisies. Met die infiltrasie van regstellende aksie se konsepsuele gereedskap¹⁸⁸³ deur die ongelykheid en diskriminasie euwels wat dit juis probeer aanspreek, is regstellende aksie nie die beste opsie vir vroue nie. Hiermee word geensins afbreuk gedoen aan die baanbrekerswerk wat die implementering van regstellende aksie reeds vir vroue in die werkplek op verskeie vlakke meegebring het nie. Dit mag voorkom asof regstellende aksie die geveg vir vroue gewen het, maar die groter gelykheidsoorlog (wat steeds woed) word uit die oog verloor. Daar moet nie net eenvoudig gefokus word op die vermeerdering van die aantal vroue¹⁸⁸⁴ in die arbeidsmark nie, maar op die bevordering van geleenthede vir vroue op alle gebiede. Regstellende aksie gaan oor die bevordering van substantiewe gelykheid en is in teorie 'n briljante idee, maar as maatreël in die praktyk is dit nie genoegsaam om vir die eweredige verspreiding en verteenwoordiging van vroue op al die vlakke van die arbeidsmark voorsiening te maak nie.

Hierdie argument moet nie die idee laat posvat dat regverdigbare verskille tussen mans en vroue buite rekening gehou moet word in die strewe na gelykheid nie.

¹⁸⁷⁹ Thornton soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁸⁰ Soos onder andere die Europese Gemeenskap.

¹⁸⁸¹ Thornton soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁸² Thornton soos na verwys in Scutt *Women and the Law* 121.

¹⁸⁸³ Naamlik, meriete en gelykheid.

¹⁸⁸⁴ In verhouding met mans.

Cilliers waarsku dat die ontkenning van werklike verskille tussen mans en vroue sal meebring dat hulle die karaktereienskappe wat bepaal wie hulle is ontnem word.¹⁸⁸⁵ Die konsep van geslagsgelykheid moet nie tot gevolg hê dat gelykheid eers as aanwesig beskou word wanneer die een ‘n deurslag of bloutjie van die ander is nie. Mans en vroue se onderskeie karaktereienskappe moet behoue bly in die beginsel van gelykheid wanneer dit uit ‘n geslagsoogpunt beskou word. Daarom is die konteks waarin die begrip ‘geslagsgelykheid’ gebruik altyd belangrik wanneer die toepassing daarvan beoordeel word. Die benadering wat Cilliers tot gelykheid inneem kom daarop neer dat ons nie alle assimilêre moet laat vaar sodat daar op die ou end bloot ‘n “homogene melkpoeding” oorgelaat word nie.¹⁸⁸⁶

Ongeag die wanpersepsies rakende meriete en gelykheid is daar die probleem van kousaliteit.¹⁸⁸⁷ Daar kan nie deurgaans met sekerheid vasgestel word of die vermeerdering van die aantal vroue in die arbeidsmark die gevolg van regstellende aksie of ‘n verandering in die algemene houding van die samelewing is nie.¹⁸⁸⁸

3 ‘N TOEKOMS IN DIE OPLOSSING

‘n Moontlik oplossing vir Suid-Afrika, sowel as die res van die wêreld se vroue, is ‘n benadering wat fokus op diversiteitsbestuur. Diversiteitsbestuur gaan oor meer as net die skep van gelyke werksgeleenthede, uitkomst en geregtelike onderworpenheid:

It is an approach to management which is explicitly concerned with the integration of people management issues with business issues and the development of a workplace culture which acknowledges the need to manage the similarities and differences between contributors to the organisation.¹⁸⁸⁹

Vier onderliggende denkrigtings is in die benadering van diversiteitsbestuur vervat:

- (1) die bestuur van individue se verskille en ooreenkomste;

¹⁸⁸⁵ Cilliers “Do Modest Positions Have to be Weak? A View from Complexity” Lesing: Post Graduate Research Seminar (Universiteit van Stellenbosch) 29 April 2004.

¹⁸⁸⁶ Cilliers “Do Modest Positions Have to be Weak? A View from Complexity” Lesing.

¹⁸⁸⁷ Rabe *Equality* 274.

¹⁸⁸⁸ Rabe *Equality* 274.

¹⁸⁸⁹ Kramar “Managing diversity: beyond affirmative action in Australia” 1998 (13) *Women in Management Review* 133.

- (2) die identifisering van die ooglopende, sowel as die onderliggende dimensies van diversiteit;
- (3) die bestuur van 'n kollektiewe, allesinsluitende samestelling van verskille en ooreenkomste binne 'n spesifieke dimensie;
- (4) 'n bestuursproses wat eerder fokus op 'n 'insluitende' houding as die blote samevoeging van verskillende groepe tot 'n dominante organisatoriese kultuur.¹⁸⁹⁰

In die bou van 'n nuwe werkskultuur, waarbinne individue se verskille uitdruklik gerespekteer word, is die fokus op drie wedersyds aanvullende fases. Die eerste strategiese fase se aanslag is filosofies van aard.¹⁸⁹¹ Dit gee toe en respekteer dat daar verskille en ooreenkomste tussen mans en vroue is en erken dat daardie verskille 'n kritieke rol te speel het in die organisatoriese sukses van 'n besigheid.¹⁸⁹² Die daaropvolgende bestuursfase het te make met die formulering van praktyke en strukture wat die uitdrukking van die strategiese filosofie vergemaklik en voorthelp.¹⁸⁹³ Die operasionele derde fase is gemik op die implementering van die geformuleerde praktyke en strukture met die operasionele fokus op die belange wat saamval met die vaardighede van individue om leiding te gee en met diverse medewerkers saam te werk.¹⁸⁹⁴

Diversiteit, anders as die konsepte van meriete en gelykheid, funksioneer nie onder die vaandel van neutraliteit nie. Daar word juis erken dat dit nie 'n neutrale konsep is nie.¹⁸⁹⁵ Dit vereis die erkenning van verskille en die bestuur van daardie verskille en is al deur Kramar beskryf as die volgende generasie van regstellende aksie.¹⁸⁹⁶ Diversiteitsbestuur het egter 'n ander dimensie daartoe. Dit is nie net nog 'n spieëlbeeld van regstellende aksie nie. Diskriminasie en regstellende aksie wetgewing, met die karaktertrekke van billikheid en gelyke werksgeleenthede, vereis die verwydering van sekere diskriminerende praktyke en die voorkoming van optrede wat vir sekere groepe 'n hindernis daarstel, tesame met die belonings wat met hierdie

¹⁸⁹⁰ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 134.

¹⁸⁹¹ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 133.

¹⁸⁹² Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 133.

¹⁸⁹³ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 133.

¹⁸⁹⁴ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 133.

¹⁸⁹⁵ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 134.

¹⁸⁹⁶ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 134.

forme van indiensneming vereenselwig word.¹⁸⁹⁷ So 'n benadering erken dat verskille tussen mense tot diskriminasie kan aanleiding gee en poog om die houdings en vooroordele wat daardie verskille onder 'n vergrootglas plaas te verwyder of te onderdruk. Thomas het egter al tereg verklaar:

Without an environment that works for all employees, diversity works against you, simply because you do not have an enabling environment.¹⁸⁹⁸

Diversiteitsbestuur brei uit op die oogmerk van regstellende aksie. Dit fokus is nie slegs op regstellende aksie oogmerke nie, maar ook op die kwessies wat met die bevordering van gelykheid en billikheid in die werkplek 'n invloed het op werknemers sowel as die besigheid van 'n organisasie.¹⁸⁹⁹

Verskeie redes is al ten gunste van diversiteitsbestuur geopper. Die feit dat die demografie van 'n bevolking, 'n besigheid se onmiddellike omgewing, sowel as die internasionale markte voortdurend aan die verander is, is diversiteitsbestuur as 'n buigsamer benadering meer aanpasbaar by omstandighede as regstellende aksie.¹⁹⁰⁰ Diversiteitsbestuur fasiliteer ook organisatoriese- en kultuursveranderinge.¹⁹⁰¹ Dit reflekteer die ideologie van individuele bydra deur die optimale ontwikkeling van individue se vaardighede en kreatiwiteit te beklemtoon en stereotipes van onbekwaamheid te identifiseer en uit te daag.¹⁹⁰² 'n Studie onder die *Fortune* 500 maatskappye het die primêre redes ten gunste van diversiteitsbestuur geïdentifiseer:

[I]ncreased marketplace understanding, enhanced understanding of leadership positions, increased quality of team problem solving, better utilization of talent and enhanced creativity.¹⁹⁰³

Dit is te verwagte dat maatskappye net die idee van diversiteitsbestuur gaan aanvaar as dit verhoogde produktiwiteit en ekonomiese voordeel inhou. Aangesien groot organisasies geneig is om te fokus op die 'rand-en-sent' argumente sal hulle sekerlik saam met soveel ander verklaar:

¹⁸⁹⁷ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 134–135.

¹⁸⁹⁸ Soos aangehaal in Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 134.

¹⁸⁹⁹ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 135.

¹⁹⁰⁰ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 136.

¹⁹⁰¹ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 136.

¹⁹⁰² Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 137.

¹⁹⁰³ Robinson & Dechant soos aangehaal in Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 136.

One of the things we need to focus on are facts about results – not rethoric about intentions.¹⁹⁰⁴

Die aansporing by diversiteitsbestuur is dat ekonomiese en sosiale kostes teen mekaar opgeweeg word, sodat die werkgewer se organisasie voordeel kan trek uit die vaardighede wat vroue (en ander groepe) tot die arbeidsmark kan bydra. Vir 'n werkgewer is diversiteitsbestuur dus 'n wen-wen situasie. Die vroulike werknemer kry sodoende die geleentheid om deel te vorm van die arbeidsmark en die werkgewer kry die geleentheid om nuwe byvoegings tot die vaardigheidspoel in te span en te bestuur tot ekonomiese voordeel van die betrokke organisasie.

'n Verdere argument ten gunste van diversiteitsbestuur is dat dit, anders as regstellende aksie, fokus op die bevordering van vroue in die arbeidsmark deur die fokus te plaas op individue se vaardighede en hul individuele bydrae tot 'n organisasie:

[A]ffirmative action, being group based, is a blunt instrument as far as redressing inequality is concerned as it fails to take cognizance of the situation of individuals within the group. Not all persons in disadvantaged groups are disadvantaged to the same extent ... some may even have suffered little or no disadvantage at all individually.¹⁹⁰⁵

Die historiese agtergrond van 'n individu sal gevolglik (in terme van diversiteitsbestuur) bepaal hoeveel geld 'n maatskappy vir opleiding moet afstaan ten einde daardie individu se potensiaal te bestuur. Diversiteitsbestuur kan dus vir 'n organisasie geld met betrekking tot opleiding spaar, aangesien die individu se persoonlike vaardigheidsvlak bepaal hoeveel produktiewe 'bestuur' afgestaan moet word ten einde later ekonomiese voordeel daaruit te trek. Die individu se ekonomiese potensiaal (bepaal volgens haar potensiele vaardigheidsvlak) bepaal daarom hoe 'n maatskappy 'n spesifieke persoon se situasie benader.

Diversiteitsbestuur as die antwoord op regstellende aksie se tekortkominge is moontlik nie die perfekte oplossing nie, maar dit maak voorsiening vir die bestuur van 'n werksmag tot voordeel van alle persone, ongeag geslag, deur die beklemtoning van

¹⁹⁰⁴ Sowell soos aangehaal in Cooray "Human Rights in Australia" 2
<http://www.ourcivilisation.com/cooray/rughits/chap9.htm> (2004/12/14).

¹⁹⁰⁵ Cooper 2004 (25) *ILJ* 837.

individuele sowel as organisatoriese prestasie en die erkenning van mans en vroue se individuele behoeftes as werknemers.¹⁹⁰⁶

Suid-Afrika behoort in werklikheid meer ontvanklik te wees vir die idee van diversiteitsbestuur as wat dit is vir die maatreël van regstellende aksie. Die land se leuse verklaar immers: Eenheid in verskeidenheid. Regstellende aksie se fokus is nie by uitstek diversiteit nie, aangesien dit kan neig tot die bevordering van homogeniteit:

Die probleem met regstellende aksie, soos dit op die oomblik gedefinieer word, is dat daar te veel klem op verteenwoordiging gelê word. Alles moet verteenwoordigend wees van ons samelewing.¹⁹⁰⁷

Die 'verteenwoordiging' is nie in teorie vir vroue in die werkplek 'n negatiewe element nie. Regstellende aksie maak egter net voorsiening vir die feit dat vroue op verteenwoordigende wyse in die werkplek geïnkorporeer moet word, maar voorsien nie vir die feit dat hulle in die werkplek nie op alle vlakke van die arbeidsmark verteenwoordiging geniet nie. Die rede hiervoor is die feit dat regstellende aksie nie voorsiening maak vir die bestuur van die onveranderbare verskille tussen mans en vroue nie. Gevolglik word Suid-Afrika die geleentheid ontnem om die volle potensiaal van die arbeidsmark te benut. Diversiteitsbestuur strek verder as regstellende aksie om juis dié probleem aan te spreek.

Die samelewing se vooropgestelde idees van vroue kan ongelukkig 'n gaping in enige gelykheidsdroom vind indien 'n gesamentlike poging om die arbeidsmark se bekwaamheidsvlak (deur die insluiting van vroue) te verhoog nie aangewend word nie. Verbeterde benaderings, soos diversiteitsbestuur, maak net daardie gapings nouer met elke poging om gelykheid te bevorder.

Miskien moet daar eenvoudig saam met Van Marle toegegee word dat daar geen wonderkuur is vir die onmiddellike genesing van vroue se gelykheidswonde nie:

[W]e should continue our discussions and deliberations on what simply is the best for women and realise that there are no simple answers and

¹⁹⁰⁶ Kramar 1998 (13) *Women in Management Review* 141.

¹⁹⁰⁷ Dirk Hermann, woordvoerder van die vakbond Solidariteit, soos aangehaal in *Malan Rapport* (2004-07-25) 21.

solutions ... As long as we all stay aware of the creepy suspicion that things are not always as they seem.¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁸ Van Marle 2001 (3) *De Jure* 446.

BIBLIOGRAFIE

1 ARTIKELS

- Beukes, M & Van Marle, K “Affirmative action: a gender perspective”
1996 (21) *South African Yearbook of International Law* 154
- Buys “Regstel-aksie kan dalk óók magspoliteik wees”
16 Mei 2004 *Rapport Perspektief* ii
- Case, M A ““The Very Stereotype the Law Condemns”: Constitutional Sex
Discrimination Law as a Quest for Perfect Proxies’
2000 (85) *Cornell Law Review* 1447
- Christie, S Clark, B & Murray, C “Women’s rights”
1994 (5) *South African Human Rights Yearbook* 294
- Cooper, C “The Boundaries of Equality in Labour Law”
2004 (25) *Industrial Law Journal* 813
- De Villiers, M “Women and the Legal Profession”
1918 (35) *South African Law Journal* 289
- De Waal, J “Equality and the Constitutional Court”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 141
- Dupper, O “Affirmative Action and Substantive Equality: the South African
Experience”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 275
- Dupper, O “In Defence of Affirmative Action in South Africa”
2004 (121) *South African Law Journal* 187
- Dupper, O “Old wine in a new bottle? Indirect discrimination and its application in
the South African workplace”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 189
- Dupper, O “Part-time employees and substantive equality: the South African
experience”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 221

- Dupper, O “Proving Indirect Discrimination in Employment: A South African View”
2000 (21) *Industrial Law Journal* 747
- Freeman, W “Formal Versus Substantive Equality and the Jurisprudence of the
Constitutional Court”
2000 (63) *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 314
- Garbers, C “Is there a right to affirmative action appointment?”
2004 (13) *Contemporary Labour Law* 61
- Garbers, C “Proof and evidence of employment discrimination under the Employment
Equity Act 55 of 1998”
2000 (12) *South African Mercantile Law Journal* 136
- Garbers, C “The right of a job candidate to affirmative action selection: a landmark case?”
2003 (12) *Contemporary Labour Law* 91
- Hodges-Aeberhard, J “Affirmative action in employment: Recent court approaches to
a difficult concept”
1999 (138) *International Labour Review* 247
- Human, L “Managing workforce diversity: a critique and example from South Africa”
1996 (17) *International Journal of Manpower* 55
- Joubert, D J “Regstellende aksie by indiensneming”
1994 (19) *Tydskrif vir Regswetenskap* 1
- Kramar, R “Managing diversity: beyond affirmative action in Australia”
1998 (13) *Women in Management Review* 133
- Lens, V “Supreme Court Narratives on Equal and Gender Discrimination in
Employment: 1971 – 2002”
2004 (10) *Cardozo Women’s Law Journal* 501
- Little, W “Affirmative Action: Legal Bases and Risks in the United States and South
Africa”
1994 (3) *Stellenbosch Law Review* 267
- Louw, C “What is sexual equality (with particular reference to equality in the
workplace)?”
1994 (35) *Codicillus* 19

- Loveday, G “Gender discrimination in the workplace”
1997 (2) *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 256
- Malan, P “Regstellende aksie moet nog ‘n lang pad loop”
25 Julie 2004 *Rapport Perspektief* 21
- McGregor, M “Affirmative action: an account of the case law”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 253
- McGregor, M “An overview of employment discrimination case law”
2002 (14) *South African Mercantile Law Journal* 157
- McGregor, M “Elements of an employment discrimination case”
2002 (10) *Juta’s Business Law* 98
- Naidu, M “Indirect discrimination: A review of South African cases”
1998 (6) *Juta’s Business Law* 32
- Pretrorius, J L “Legal evaluation of affirmative action in South Africa”
2001 (26) *Tydskrif vir Regswetenskap* 12
- Rozof, M I “Overcoming Traditional Gender Affirmative Action Stereotype in the European Union: The European Court of Justice in the Hellmut Marschall V. Land Nordrhein-Westfalen”
1998 (12) *Emory International Law Review* 1505
- Rycroft, A “Obstacles to Employment Equity?: The Role of Judges and Arbitrators in the interpretation and implementation of Affirmative Action Policies “
1999 (20) *Industrial Law Journal* 1411
- Rycroft, A “Preventing and Proving Work-place Discrimination”
1991 (12) *Industrial Law Journal* 722
- Sheridan, A “Patterns in the policies: affirmative action in Australia”
1998 (13) *Women in Management* 243
- Smit, N “A comparative perspective of gender discrimination in the workplace”
1998 (3) *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 494

Stranchan, G & Burgess, J “Towards a New Deal for Women Workers in Australia?
Growing Employment Share, Enterprise Bargaining and the family friendly
Workplace”

1998 (17) *Equal Opportunities International* 9

Temkin, S “Women in top jobs put SA third in the world”

18 Maart 2004 *Business Day* 15

Thomas, A “Employment Equity in South Africa: lessons from the global school”

2002 (23) *International Journal of Manpower* 240

Totten, C D “Constitutional Precommitments to Gender Affirmative Action in the
European Union, Germany, Canada and the United States: A Comparative
Approach”

2003 (21) *Berkeley Journal of International Law* 27

Van Jaarsveld, I L “Affirmative Action: A comparison between South Africa and the
United States”

2000 (42) *Managerial Law* 1

Van Niekerk, A “Affirmative action – three cases, two views”

1997 (7) *Contemporary Labour Law* 1

Van Zyl, L “What do women want from the law?”

1992 (109) *South African Law Journal* 509

“Shield, not sword: discrimination in appointments: item 2(1)(a) of schedule 7.”

1999 (15) *Employment Law* 4

“Toward a Redefinition of Sexual Equality”

1981 (95) *Harvard Law Review* 487

2 BOEKE

Arthur, J & Shaw, W H *Readings in the Philosophy of Law* Derde Uitgawe (2001) –
Prentice Hall: New Jersey

Atkins, S & Hoggett, B *Women and the law* Eerste Uitgawe (1984) – Blackwell:
Oxford

- Barker, F S *The South African Labour Market* Derde Uitgawe (1999) – Van Schaick: Pretoria
- Barker, F S *The South African Labour Market* Vierde Uitgawe (2003) – Van Schaick: Pretoria
- Basson, A et al *Essential Labour Law: Volume I* Derde Uitgawe (2000) – Labour Law Publications: Kaapstad
- Commission to Investigate the Development of a Comprehensive Labour Market Policy *Restructuring the South African Labour Market* Eerste Uitgawe (1996) – Photo-Prints: Kaapstad
- Currie, I & De Waal J *The New Constitutional and Administrative Law: Volume I* Eerste Uitgawe (2001) – Juta: Kaapstad
- De Waal, J et al *The Bill of Rights Handbook* Derde Uitgawe (2000) – Juta: Kaapstad
- Du Plessis, L *Re-Interpretation of Statutes* Eerste Uitgawe (2002) – Butterworths: Durban
- Dugard, J *International Law: A South African Perspective* Tweede Uitgawe (2001) – Juta: Kaapstad
- Fredman, S *Women and the Law* Eerste Uitgawe (1997) – Clarendon Press: Oxford
- Geffen, I A *The Laws of South Africa Affecting Women and Children* Eerste Uitgawe (1928) – Esson: Johannesburg
- Grogan, J *Workplace Law* (2003) – Juta: Kaapstad
- Hepple, B & Fredman, S *Labour Law and Industrial Relations in Great Britain* Tweede Uitgawe (1992) – Kluwer: Boston
- Hunter, R *Indirect discrimination in the workplace* Eerste Uitgawe (1992) – Federation Press: Annadale
- Johnson, D et al *Jurisprudence: A South African Perspective* (2001) – Butterworths: Durban
- Kershoff, G J *The informal sector in South Africa* Eerste Uitgawe (1996) – Bureau for Economic Research: Stellenbosch

- Mabandla, B et al *Women's Rights: A Discussion Document* Eerste Uitgawe (1990) – Universiteit van Wes-Kaap: Kaapstad
- Murray, C (edit) *Gender and the New South African Legal Order* Eerste Uitgawe (1994) – Juta: Kaapstad
- Odendal, F F *Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal* Tweede Uitgawe (1983) – Perskor-Boekdrukkery: Johannesburg
- Rabe, J *Equality, Affirmative Action, and Justice* Eerste Uitgawe (2001) – Books on Demand: Hamburg
- Roederer, C & Moellendorf D *Jurisprudence* Eerste Uitgawe (2004) – Juta: Kaapstad
- Schwikkard, P J & Van der Merwe S E *Principles of Evidence* Tweede Uitgawe (2002) – Juta: Kaapstad
- Scutt, J A *Women and the Law: commentary and materials* (1947) – The Law Book Company: Sydney
- Tompson, C & Benjamin, P *South African Labour Law: Volume I* Hersien (2003) – Juta: Kaapstad
- UNISA *Women & the law in South Africa: empowerment through enlightenment* Eerste Uitgawe (1998) – Juta: Kaapstad
- Van Wyk, D (edit) et al *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* Eerste Uitgawe (1994) – Juta: Kaapstad
- Vande Lanotte, J (edit) et al *The Principles of Equality* Eerste Uitgawe (2001) – MAKLU: Antwerpen - Appeldoorn
- Woodward, J (red) *Geïllustreerde Wêreldatlas* Eerste Uitgawe (1988) – C. Struik: Kaapstad

3 HOFSAKE

3 1 ECJ

Abrahamsson v Fogelqvist Saak 407/98 (2000) E.C.R. I-7740

Badeck Saak 158/97 (2000) E.C.R. I-1875

Kalanke v Bremen Saak 450/93 (1995) E.C.R. I-03051

Marschall v Land Nordrhein-Westfalen Saak 450/95 (1997) E.C.R. I-6363

3 2 Kanada

Andrews v Law Society of British Columbia (1989) 56 DLR (4th) 1

In re French 37 NBR 359 (SC) 1905

Mahe v The Queen (1988) 42 DLR (4th) 514 546

3 3 Namibië

KAUESA v Minister of Home Affairs & Others [1994] 3 BCLR 1 (NmH)

3 4 Suid-Afrika

Abbott v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape) 1999 (20) ILJ 330 (LC)

Adriaanse/Swartklip Products 1999 (6) BALR 649 (CCMA)

Association of Professional Teachers & Another v Minister of Education & Others
1995 (16) ILJ 1048 (IC)

Auf der Heyde v University of Cape Town [2000] 8 BLLR 877 (LC)

Biggs v Rand Water 2003 (24) ILJ 1957 (LC)

Brink v Kitshoff NO 1996 (4) SA 197 (CC); [1996] 6 BCLR 752 (CC)

City Council of Pretoria v Walker 1998 (2) SA 363 (CC)

Crotz v Worcester Transitional Local Council 2001 (22) ILJ 759 (CCMA)

Department of Correctional Services v Van Vuuren 1999 (20) ILJ 2297 (LAC)

Dudley v City of Cape Town [2004] 5 BLLR 413 (LC)

Durban City Council (Electricity Department) v SAMWU 1995 (4) ARB 6.9.23.

Durban Metropolitan Council and SAMWU obo Lootzy 1998 (7) ARB 6.9.5.

ESKOM v Hiemstra NO 1999 (20) ILJ 2362 (LC)

Fourie v Provincial Commissioner, SAPS (North West Province) [2004] 9 BLLR 895 (LC)

George v Liberty Life Association of Africa Ltd 1996 (17) ILJ 571 (IC)

Germishuys v Upington Municipality 2000 (21) ILJ 2439 (LC)

Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal [2004] 7 BLLR 708 (LC)

Harksen v Lane NO 1998 (1) SA 300 (CC)

Harmse v City of Cape Town [2003] 6 BLLR 557 (LC); 2003 (21) ILJ 1130 (LC)

HOSPERSA v Kakamas Hospital NCPA CCMA NC1535 19 Junie 1998

IMAWU v Greater Louis Trichardt Transitional Council 2000 (21) ILJ 1119 (LC)

Incorporated Law Society v Wookey 1912 AD 623

Janse van Rensburg v The Master 2001 (3) SA 519 (W)

Kadiaka v Amalgated Beverage Industries 1999 (20) ILJ 373 (LC)

Lagadien v University of Cape Town 2000 (21) ILJ 2469 (LC)

Leonard Dingler Employee Representation Council & Others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & Others (1998) 19 ILJ 285 (LC); [1997] 11 BCLR 1438 (LC)

McInnes v Technicon Natal 2000 (21) ILJ 1138 (LC)

Minister of Finance v Van Heerden CCT 63/03

Motala & Another v University of Natal [1995] 3 BCLR 374 (D)

National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 (1) SA 6 (CC)

NEHAWU obo Thomas v Department of Justice 2001 (22) ILJ 306 (BCA)

Ntai & Others v SA Breweries Ltd 2000 (21) ILJ 2723 (LC)

President of South Africa v Hugo 1997 (4) SA 1 (CC); [1997] 6 BCLR 708 (CC)

Prinsloo v Van der Linde & Another 1997 (3) SA 1012 (CC); [1997] 6 BCLR 759 (CC)

PSA v Department of Correctional Services CCMA FS1394 10 September 1998

Public Association – Gerhard Koorts v Free State Provincial Administration FS 3715
CCMA 21 May 1998

Public Servants Association of SA & others v Minister of Justice 1997 (18) ILJ 241 (T)

Public Servants Association v Minister of Correctional Services & Others J174/97 (LC)

S v Jackson 1998 (1) SACR 470 (SCA)

SADTU OBO Makua/Mpumalanga Education Department 1999 (20) ILJ 373 (LC)

Stoman v Minister of Safety and Security 2002 (3) SA 468 (T)

Van Heerden v The Speaker of Parliament and Others Saak No. 7067/01 12 Junie
2003 Kaapse Hoë Hof

Walters v Transitional Local Council of Port Elizabeth & Another 2000 (21) ILJ 2723 (LC)

Woolworths (Pty) v Whitehead 2000 (21) ILJ 571 (LAC)

3 5 Verenigde Koningryk

ACAS v Taylor [1998] EAT/799/97

Hall v Society of Law Agents 38 Scottish Law Reporter 776

Jones v Chief Constabel of Northamptonshire Police, ET Saak 1201171/98 (EOR DCLD 41)

3 6 VSA

Bradwell v Illinois 83 U.S. 130 (1872)

Califano v Webster 430 U.S. 313 (1977)

Dothard v Rawlinson 97 S.Ct. 2720 (1977)

Frontiero v Richardson 411 U.S. 677 (1973)

Griggs v Duke Power Co. 91 S.Ct. 849 (1971)

International Brotherhood of Teamsters v United States 431 U.S. 324 (1977)

Johnson v Transportation Agency of Santa Clara County 94 L.Ed. 2d 615 (1987)

Ledoux v District of Columbia 820 F 2d 1293 1301 (DC Cir 1987)

Michael M v Sonoma County Superior Court 450 U.S. 464 469 (1981)

Mississippi University for Women v Hogen 458 U.S. 718 (1981)

Muller v Oregon 208 U.S. 412 (1908)

Nguyen v Immigration and Naturalization Service 533 U.S. 53 (2001)

Rostker v Goldberg 453 U.S. 57 (1981)

United States v Virginia 518 U.S. (1996)

United Steelworkers v Weber 61 L.Ed. 2d 480 (1979)

US v Paradise 480 U.S. 149 (1987); 107 S.Ct. 1053

Weinberger v Wiesenfeld 420 U.S. 636 (1975)

4 INTERNET BRONNE

Accenture “Flexible working”

<http://www2wk.com/evidence> (2004/12/15)

Affirmative Action (Equal Employment Opportunity for Women) Act 91 of 1986

<http://www.austlii.edu.au/au/legis/> (2004/09/04)

Baird, V “Equality’s progress: Vanessa Baird charts the passage of a troubled ideal – Keynotes”

Jan – Feb 2004 New Internationalist

<http://www.findarticles.com> (2004/07/07)

Cahn, S “Stephan Chan on the History of Affirmative Action”

Affirmative Action and Diversity Project: A Web Page for Research (1995)

<http://aad.english.ucsb.edu/docs/Cahn.html> (2004/01/28)

Chawla, R J “Labour force participation: An international comparison” 1990 (2)

Perspectives on Labour and Income Artikel No. 6

<http://www.statscan.ca/english/> (2004/09/12)

Commission for Employment Equity “Annual Report 2002 – 2003”

<http://www.labour.gov.za> (2004/12/15)

Commission of The European Communities

Explanatory Memorandum 2004/0084 (COD)

“Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation”

http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2004/com2004_0279en01.pdf

(2004/12/13)

Cooray, M “Human Rights in Australia: Equality Before the Law and Discrimination”

<http://www.ourcivilisation.com/cooray/rights/chap9.htm> (2004/12/14)

Dairiam, S “Equality and Non-discrimination: The Two Essential Principles for the Promotion and Protection of the Human Rights of Women”

Centre for Comparative and Public Law and the Women’s Studies Research e
Konferensie: Hong Kong 20 April 2002

<http://www.hku.hk/ccp/pub/conferences/20042002.doc> (2004/09/11)

Dartmouth Civil Liberties Union “Affirmative Action Timeline”

http://www.dartmouth.edu/~dclu/ISSUES/AFFIRMATIVE_ACTION/timeline.htm
(2004/12/05)

Diversity & Equity “Flexible Work Arrangements”

<http://www.eduweb.vic.gov.au/hrweb/divequity/balance/flexwork.htm>
(2004/12/15)

Du Toit, D “When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others?”

<http://www.uct.ac.za/depts/lrgu/equality.htm> (2004/01/28)

Equal Epportunities Commission Website for Legal Advisers “ACAS v Taylor, [1998] EAT/788/97”

http://www.eoc-law.org.uk/cseng/case_summaries (2004/08/31)

Equal Opportunities Commission “ACAS v Taylor, [1998] EAT/788/97”

http://www.eoc-law.org.uk/ceng/case_summarie/ (2004/08/31)

Equal Opportunities Commission “European Law”

<http://www.eoc.org.uk> (2004/12/06)

Equal Opportunities Commission “Positive action”

http://www.eoc-law.org.uk/ceng/recruitment_and_selection/3positive_action.asp
(2004/08/31)

Equal Opportunities Commission “Sex and power: who runs Britain?”

<http://www.eoc.org.uk> (2004/02/17)

Equal Opportunities Commission “Sex Discrimination Act 1975”

<http://www.eoc-law.org.uk/ceng/legislation/sda.pdf> (2001/12/09)

Equal Opportunities Commission “What does the Sex Discrimination Act say”

http://www.eoc.org.uk/ceng/legislation/the_sex_discrimination_act_an_overview.asp
(2004/05/26)

- Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: At the Millennium”
<http://www.eoc.org.uk> (17/02/04)
- Equal Opportunities Commission “Women and Men in Britain: The Labour Market”
<http://www.eoc.org.uk> (17/02/04)
- Equal Opportunities Commission Website for Legal Advisers “Assessing the value of a claim”
http://www.eoc-law.org.uk/cseng/recruitment_and_selection/
(2004/12/14)
- Equal Rights Advocates “Background Briefing: How Affirmative Action Became Law”
<http://www.equalrights.org/publications/reports/affirm/briefing.asp>
(2004/12/05)
- Fawcett Society “Positive action and international law”
<http://www.fawcettsociety.org.uk> (2004/08/31)
- Feminist Majority Foundation “Feminist Chronicles”
<http://www.feminist.org/research/chronicles/fc1964.html> (2004/12/13)
- Freeman, J “How “Sex” Got Into Title VII: Persistent Opportunism as a Maker of Public Policy”
<http://www.jofreeman.com/lawandpolicy/titlevii.htm> (2004/12/13)
- Govender, K “Equality – The South African Perspective”
<http://law.wustl.edu/Conference/Equality/Gov-art4.html> (2004/04/10)
- Guizzetti, C M “You can’t go home again: A reluctant return to traditional gender roles in post-reunification Germany”
http://www.bc.edu_org/avp/law/lwsch/journals (2004/12/12)
- Houseman, S N & Polivka, A E “The Implications of Flexible Staffing Arrangements for Job Stability” 5 Upjohn Institute Staff Working Paper No. 99-056
<http://www.ssrn.com> (2004/12/15)
- ILO “2003 – 2004 Key Indicators of the Labour Market” Geneva
<http://www.ilo.org/kilm> (2004/03/12)

- ILO “Population and Economically Active Population”
<http://laborsta.ilo.org> (2004/03/19)
- ILO “Unemployment, general level”
<http://laborsta.ilo.org> (2004/03/19)
- ILO “Workplace discrimination, a picture of hope and concern”
<http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/features/03/> (2004/02/27)
- iVillage.co.uk: the website for women “Sex Discrimination Act 1975”
<http://www.ivillage.co.uk/workcareer/survive/articles/> (2004/05/26)
- Konrad, A M & Hartmann, L “Gender differences in attitudes toward affirmative action programs in Australia: Effects of beliefs, interests, and attitudes toward women”
 September 2001 Sex Roles: A Journal of Research
<http://www.findarticles.com> (2001/03/19)
- Liebenberg, S & O’Sullivan, M “South Africa’s New Equality Legislation: A Tool for Advancing Women’s Socio-Economic Equality?”
<http://www.uct.ac.za/depts/lrgu/equality.htm> (2004/01/28)
- McElroy, W “The Civil Rights Act: Unintended Consequences Writ Large”
<http://www.zetetics.com/mac/articles/spin0799.html> (2004/12/13)
- Mehrotra, A “The International Gender Movement – From Concept to Action” United Nations Development Program (2004/08/24)
<http://www.undp.org/rblac/gender/gender.pdf>
- Msimang, S “Affirmative Action in the New South Africa: The Politics of Representation, Law and Equity”
 Women in Action Vol 2 (2001) 2
<http://www.isiswomen.org/pub/wia/wiawcar/affirmative.htm> (23/01/04)
- Noah, T “Keeper of the rules: Howard W. Smith of Virginia – Book Review”
http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m1316/is_v19/ai_5167048
 (2004/12/13)
- Rozof, M I “Overcoming Traditional Gender Affirmative Action Stereotype in the European Union: The European Court of Justice in the Hellmut Marschall V. Land Nordrhein-Westfalen”
<http://www.law.emory.edu/EILR/volumes/fall98/rozof.html> (2004/02/24)

Russell, J S “Equality”

<http://www.philosophy.ubc.ca/faculty/russellj/400equality.htm> (2004/07/07)

Stanford Encyclopedia of Philosophy “Equality”

<http://plato.stanford.edu/entries/equality/> (2004/07/07)

Sykes, M “The Origins of Affirmative Action”

<http://www.now.org/nnt/08-95/affirmhs.html> (2004/12/5)

Teece, P “Anti-discrimination laws: trying again”

<http://alia.org.au/publishing/incite/2000/04/worldwatch.html> (2004/09/04)

Temkin, S “Why Women Don't Go All the Way in Law”

1 Junie 2004 Business Day

<http://allafrica.com/stories/200406010937.html> (06/06/04)

The Breakwater Monitor “Millennium Edition”

<http://www.labour.gov.za> (29/01/04)

The Dirksen Congressional Center “Major Features of the Civil Rights Act of 1964”

http://www.congresslink.org/print_basics_histmats_civilrights64text.htm
(2004/12/13)

United Nations “Universal Declaration of Human Rights 1948”

<http://www.un.org/Overview/rights.html> (2004/12/12)

Ursua, E “Toward Substantive Equality”

Women’s Legal Bureau, IWRAW Asia Pacific

Building Capacity for Change: Training Manual on the Convention in the
Elimination of all Forms of Discrimination against Women (2001)

<http://www.hku/ccpl/events/training/2003/27032003/5.doc> (01/06/2004)

Watkins, G “Case Law & Legislation Review”

20 May 2003 & 25 Februarie 2004 Equity-Skills News & Views

<http://www.workinfo.com> (2004/14/13)

Winston Churchill Quotations (2004/09/11)

http://quotations.about.com/cs/winstonchurchill/tp/10_churchill.htm

http://www.brainyquote.com/quotes/authors/w/winston_churchill.html

http://www.workinghumor.com/quotes/winston_churchill.shtml

Women and Equality Unit “Sex Discrimination Act”

http://www.womenandequalityunit.gov.uk/legislation/discrimination_act.htm

(2004/05/26)

Women in Informal Employment Globalizing and Organizing “Fact Sheets: The Informal Economy”

<http://www.wiego.org/main/fact1.shtml> (2004/03/19)

Women in Informal Employment Globalizing and Organizing “Fact Sheet: Women in the Informal Economy”

<http://www.wiego.org/textonly/fact2.shtml> (2004/03/19)

Women's Electoral Lobby “WEL Australia Submission to the 1998 Review of Affirmative Action Act”

<http://www.wel.org/au/issues/affirm/> (2004/03/19)

Worklaw Newsletter “*Harmse v City of Cape Town* (2003) 21 *ILJ* 1130 (LC)”

<http://www.worklaw.co.za/newsletter/arcnewsletter/sepcase1.asp> (2001/04/13)

5 KONVENSIES EN VERDRAE

Beijing Platform for Action 1995

Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women 1997

Discrimination (Employment and Occupation) Convention 111/1958

European Convention on Human Rights 1998

European Council Directive No 76/207

Equal Treatment (Amendment) Directive No 2002/73

Universal Declaration of Human Rights 1948

6 LESINGS

Cilliers, P “Do Modest Positions Have to be Weak? A View from Complexity”

Lesing: Post Graduate Research Seminar (Universiteit van Stellenbosch) 29
April 2004

Dupper, O “Regstellende Aksie (Suid-Afrika)” Lesing: Gevorderde Arbeidsreg
(Universiteit van Stellenbosch) 26 September 2003

Dupper, O “Regstellende Aksie (VSA en EU)” Lesing: Gevorderde Arbeidsreg
(Universiteit van Stellenbosch) 3 Oktober 2003

7 WETGEWING

7 1 Australië

Affirmative Action (Equal Opportunities for Women) Act 1986

Equal Opportunity for Women in the Workplace Amendment Act 183 of 1999

Public Service Reform Act 1984

Sex Discrimination Act 1984

7 2 Duitsland

Grondwet van 1949

7 3 Suid-Afrika

Correctional Services Act 8 of 1959

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Employment Equity Act 55 of 1998

Explanatory Memorandum to the Employment Equity Bill

Government's Kennisgewing 18481, 1 Desember 1997

General Law Fourth Amendment Act 132 of 1993

Masters and Servants Law 13 of 1880 (T)

Mijnen en Bedrijven Wet 12 van 1911

Public Service Act 103 of 1994

Staatsdienst Wet 27 van 1923

Staatsdienswet 54 van 1957

Transvaalse Ordinansie 32 van 1902

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Fabriek 28 van 1918

Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956

7 4 Verenigde Koningryk

Sex Discrimination Act 1975

Human Rights Act 1998

7 5 VSA

Executive Order 11246 of 1965

Executive Order 11375 of 1967

Title VII of the Civil Rights Act 1964

8 ANDER

Breakwater Monitor: Monitoring Employment Equity in South Africa *Report* 2000/1

Clicks and Corporate Services: Employment Equity Plan (2004/05/31)

Kyknet SA 2014: *Suid-Afrika na 10 jaar van demokrasie* (2004/07/25)

New Clicks Holdings Ltd *Annual Report* 2003

Old Mutual *Key facts about OMSA's 2003 Employment Equity report* 1 October 2003

Statistics South Africa *Labour Force Survey* Februarie 2002

Statistics South Africa *Labour Force Survey* Maart 2003

Statistiek Suid-Afrika *Sensus* 1996

Statistieke Suid-Afrika *South Africa in Transition* 2001

The Women's Charter for Effective Equality 1994

Commission for Employment Equity *Annual Report* 2002 – 2003