

SOLIDARITEIT REGSGILDE

KOMMENTAAR OP DIE KONSEP B-BSEB REGS SEKTOR KODE VAN DIE

REGSPRAKTISYNSRAAD

1. RELEVANTE REGSOORWEGINGS

1.1. Grondwetlike beginsels en waardes

1.1.1 Die Raad se verantwoordelikhede sluit onder meer in om die Suid-Afrikaanse Grondwet te respekteer en die regspleging te bevorder deur die Grondwetlike waardes, beginsels en die Handves van Regte te respekteer. Dit sluit egter die bevordering en beskerming van gelykheid onder regsgeleerdes in, sodat die praktyk van die reg die belange van die publiek effektief kan dien. Die belangrike punt hier is dat die grondwetlike verantwoordelikheid van die Raad teenoor gelykheid verder strek as net die regspraktisyns wat onder die gesag van die Raad dien. Die Raad se verantwoordelikheid om gelykheid te bevorder, behels dus ook die verbetering van die breër publiek se toegang tot ons howe.

1.1.2 Hiermee saam berus daar 'n grondwetlike verpligting by die Raad om nie op direkte of indirekte onregverdige wyse teen enige persoon te diskrimineer op grond van enige kenmerk soos uiteengesit in artikel 9 (3), ingevolge artikel 9 van die Grondwet nie. Dit sluit in dat daar nie onbillik teen enige persoon op grond van hul ras diskrimineer word nie. Verder bied die Grondwet beskerming vir elke persoon in artikel 35 om die regspraktisyn van sy of haar eie keuse te gebruik. Die grondwetlike verantwoordelikheid van die Raad om gelykheid te bevorder, is ook in die internasionale reg vasgelê. Die Grondwet

lê 'n positiewe verpligting op instellings soos die Raad om gelykheid te bevorder.

- 1.1.3 Die grondwetlike verpligting om gelykheid te beskerm, gaan hand aan hand met die grondwetlike waarde van diversiteit sowel as die bepalings van artikels 18, 22, 30, 31 en 35 van die Grondwet.

Die verpligting soos in artikel 35 uiteengesit, word egter ook verder deur verskeie ander internasionale konvensies bevestig, waaronder artikel 14 van die Internasionale Verdrag oor Burgerlike en Politieke Regte (International Covenant on Civil and Political Rights), artikel 6 van die Europese Konvensie vir Menseregte (European Convention on Human Rights), en artikel 7 van die Afrika-handves vir Mense en Volkeregte (African Charter for Human and Peoples' Rights) om uitvoering te gee aan die grondwetlike pligte van die nasionale regering en staatsorgane om, ingevolge artikels 35 (3) (f) en 9 (1), te verseker dat alle persone gelykheid voor die wet sal geniet en regverdig behandel word.

1.2. Rasionaliteit van sektorkode

- 1.2.1 Dit blyk uit die konsep-sektorkode dat die Raad van meet af aan nie die spesifieke samestelling en unieke eienskappe van die regssektor begryp het nie. Gegewe die belangrikheid van gelykheid in die regsberoep, moet die spesifieke samestelling en unieke eienskappe noukeurig verstaan en oorweeg word. Soos hierna verwys word, moet 'n volledige ondersoek en deeglike navorsing van stapel gestuur word om alle regters, landdroste, prokureurs, advokate, kandidaat-regspraktisyne en leerlinge wat betrokke is in die sektor se ras, geslag en posisies vas te stel voordat hulle 'n konsepkode opstel. Daarsonder versuim die Raad sy plig om behoorlike deelname van die publiek te fasiliteer. Enige gevolglike besluit oor 'n nuwe sektorkode, ongeag wat die sektorkode behels, sal irrasioneel en prosedureel gebrekkig wees.

1.2.2 Slegs deur oppervlakkige prima facie-navorsing word dit duidelik dat die Raad nie die demografie van Suid-Afrika, en meer spesifiek die demografie van elke provinsie waar die Raad provinsiale strukture in plek het, behoorlik oorweeg het nie. Volgens die **LSSA-STATISTIEK VIR REGSBEROEP 2017/2018** blyk daar byvoorbeeld reeds verskille te wees met wat die Raad beweer rakende die samestelling en unieke eienskappe van die regsektor. Die voorgestelde sektorkode van die Raad verskaf geen wesenlike redes waarom daar van die generiese telkaart afgewyk moet word nie en waarom dit nodig is om ingrypings op sekere elemente te bewerkstellig en die unieke eienskappe van die sektor te gebruik nie. Om slegs op bewerings te steun soos dat die regsektor “grotendeels homogeen bly en deur wit mans gedomineer word” en “’n oorsig van die Suid-Afrikaanse regsberoep toon dat daar nie genoeg groot regsfirmas in swart besit in die land is wat in grootte, skaal en diensaanbiedinge met gevestigde wit beheerde praktyke kan meeding nie”, is nie voldoende nie.

1.2.3 **Eerstens**, enige voorstel dat regstellende aksie meganies toegepas kan word, moet handuit verwerp word. Gesonde rede en billikheid, gebaseer op ’n behoorlike balansering van toepaslike oorwegings, is die toetsstene:

“Spesiale maatreëls moet geskik vir die situasie wees wat herstel moet word, moet wettig en noodsaaklik in ’n demokratiese samelewing wees, moet die beginsels van billikheid en proporsionaliteit respekteer en moet ook tydelik wees. Die maatreëls moet op grond van behoefte ontwerp en geïmplementeer word, en op ’n realistiese beoordeling van die huidige situasie van die betrokke individue en gemeenskappe gebaseer wees.” Die CERD se vereiste vir die implementering van spesiale maatreëls gebaseer op behoefte, en ’n verwante "realistiese beoordeling van die huidige situasie van

die betrokke individue en gemeenskappe", kan nie nagekom word sonder 'n meer genuanseerde disaggregasie van data nie.¹

"Behoeftte moet bepaal word op grond van gegewens uiteengesit volgens 'ras, kleur, afkoms en etniese of nasionale oorsprong en 'n geslagsperspektief op die sosio-ekonomiese en kulturele status en toestand' van die betrokke groep insluit. Besluite gebaseer op onvoldoende, uiteenlopende gegewens slaag nie daarin om persone of kategorieë van persone wat deur onbillike diskriminasie benadeel is, soos vereis deur die drieledige toets vir regstellende aksie, as teikengroep te hê nie. Sonder om eers die eienskappe van groepe in ag te neem, kan verskillende grade van benadeling en die moontlike interseksionaliteit van veelvuldige vorme van diskriminasie (gebaseer op ras, etnisiteit, geslag of sosiale oorsprong) wat lede van vaag gekategoriseerde groepe in die gesig staar, nie geïdentifiseer word nie."²

1.2.4 **Tweedens** is die ware kwessie hoe ons gelykheid vir almal verseker, insluitend die toepaslike erkenning van diegene wat binne die klas van persone val wat as histories bevoordeel beskou kan word, terwyl ons die transformasie van die sektor bevorder.

Dit gee 'n idee van substantiewe gelykheid wat sensitief vir nadele in die verlede en sistemiese patrone van diskriminasie is. Dit is egter van wesenlike belang dat dit 'n voorbehoud bevat wat sê dat regstellende aksie "as gevolg daarvan nie tot die handhawing van afsonderlike regte vir verskillende

¹ Die internasionale konvensie vir die uitskakeling van alle vorme van rassediskriminasie, of *International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)*; en die komitee vir die uitwissing van rassediskriminasie, of *Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)*; CERD/C/ZAF/CO/4-8 gedateer 26 Augustus 2016

² Die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie (SAMRK) het sy gelykheidsverslag 2017/18 met die subtitel "Die bereiking van substantiewe ekonomiese gelykheid deur middel van regte-gebaseerde radikale sosio-ekonomiese transformasie in Suid-Afrika" op 12 Julie 2018 gepubliseer.

rassegroepe sal lei nie en dat dit nie voortgesit sal word nadat die doelwitte waarvoor dit daargestel is, bereik is nie.

Die voorbehoud is baie belangrik. Hierin word daar aangedring daarop dat maatreëls vir regstellende aksie, in die strewe om gelykheid te bewerkstellig, nie van ekstreme of irrelevante onderskeidings gebruik mag maak om die gelykheid van uitkomsdoelstellings te bereik nie, en dat dit voortdurend onder die loep moet kom om te verseker dat hierdie beginsel nagekom word.

Nie alle maatreëls wat getref word om regstellende aksie daar te stel, moet as wettig aanvaar word bloot omdat die doel van die onderskeid is om die situasie van die benadeelde groep te verbeter nie – 'n regsreël is nie noodwendig wettig omdat dit 'n wettige doel nastreef nie. Regstellendeaksiebeleid is slegs onder internasionale instrumente toelaatbaar vir sover dit nie die beginsel van nie-diskriminasie oortree nie.

2. AANBEVELINGS

2.1 Op grond van die reeks tekortkominge in die kode word aanbeveel dat die konsep-sektorkode in ooreenstemming met die resultate van omvattende sektorkonsultasies, deeglike navorsing, regspraak en internasionale standaarde, gewysig word.

2.2 Daar word aanbeveel dat die Raad die volgende in ag neem:

2.2.1 Maatreëls wat daarop gerig is om diskriminasie uit die verlede te herstel, moet “met die nodige omsigtigheid geformuleer word om nie die waardigheid van alle betrokkenes onnodig aan te tas nie. Die Raad moet daarteen waak dat regstellende maatreëls kragtens die Grondwet nie 'n doel op sigself is nie. Dit is nie bedoel om 'n straf of vergelding te wees nie. Die uiteindelige doel daarvan is om ons aan te spoor om na 'n meer gelyke en regverdige samelewing, wat hopelik nie-rassig, nie-seksisties en sosiaal inklusief is, te beweeg. Die Raad moet daarteen waak dat die stappe wat

gedoen word om substantiewe gelykheid te bevorder, nie die waardigheid van ander individue – veral diegene wat self benadeel is – onbewustelik skend nie”.³

- 2.2.2 Regstellende aksie is volgens die wet ontwerp om aanvanklike ekonomiese geleenthede te bied, maar ook om die bevordering van persone te verseker sodra hulle aangestel is. Die klem word gelê op die oorweging dat numeriese doelwitte vereis word, maar dat kwotas verbode is en dat die Raad nie daarop geregtig is om ’n sektorkode in te stel wat absolute hindernisse tot stand sal bring vir voornemende of voortgesette indiensneming van persone wat nie vanuit aangewese groepe kom nie.
- 2.2.3 Daar word gevolglik aanbeveel dat die sektorkode gewysig word om meer genuanseerde groepe as teiken te stel op grond van behoefte, met inagneming van sosiale en ekonomiese aanwysers. Die Raad moet in oorleg met die sektor bepaal of en in watter mate die sektorkode gewysig kan word om ’n kwalitatiewe en kontekstsensitiewe behoeftebepaling te vereis wanneer die kode geïmplementeer word. Die sektorkode moet verder gewysig word om terug te keer na die posisie waar die inagneming van die plaaslike ekonomiese aktiewe bevolking met betrekking tot verteenwoordigingsvlakke, verpligtend en nie diskresionêr is nie.
- 2.2.5 ’n Lys van relevante regspraak en artikels is hierby aangeheg vir maklike verwysing.

³ *South African Police Services v. Solidarity obo Barnard 2014 (6) SA 123 (CC)*