A240

RANDSE AFRIKAANSE UNIVERSITEIT
Posbus 524
2006 Aucklandpark
Johannesburg
Republiek van Suid-Afrika

R A U

RANDSE AFRIKAANSE UNIVERSITEIT
Telegramadres Ruuniv
Teleks 424526 SA
Telefoon (011) 489 2911
Faks (011) 489 2191

[240]

Prof MP Olivier
31 Augustus 1993

Telno: (011)489-2667
Faksno: (011)489-2049

Dr Eloff
Hoof: Administrasie
Veelparty Onderhandelingsproses
Wêreldhandelsentrum
KEMPTONPARK
Faksno: (011) 397-2211

Geagte dr Eloff

KONSTITUSIONELE ARBEIDSREGTE: DIE UITSLUITING VAN 'N KONSTITUSIONELE TOETSINGSKOMPETENSIE

Sal u asseblief so vriendelik wees om meegaande memorandum dringend na die sameroeper van die Tegniese Komitee insake Fundamentele Regte deur te stuur, vir oorweging deur die betrokke komitee.

By voorbaat dank.

Die uwe

Olivier

PROF MP OLIVIER

MEMORANDUM

KONSTITUSIONELE ARBEIDSREGTE: DIE UITSLUITING VAN 'N KONSTITUSIONELE TOETSINGSKOMPETENSIE

1. Ingevolge aanbevelings van die Veelparty-beraad se Tegniese Komitee insake Fundamentele Regte word voorsiening gemaak vir die erkenning van bepaalde arbeidsregte in 'n hoofstuk oor fundamentele regte (hoofstuk 3) in 'n toekomstige (interim)grondwet. Meeste van die regte is in klousule 28 van die Konsepgrondwet vervat en sluit in:

   * die reg van werkers om vakbonde te vorm en daarby aan te sluit, asook die reg van werkgewers om werkgewersorganisasies te vorm en daarby aan te sluit

   * die reg van werknemers en werkgewers om te organiseer en kollektief te beding

   * die reg van werkers om hulle tot kollektiewe nywerheidsaksie te wend, met inbegrip van die reg om te staak, en die reg van werkgewers om werkers uit te sluit.

2. 'n Vreemde bepaling wat, sover verneem, op aandrang van COSATU ingevoer is, kom egter in klousule 34(2) voor. Die bepaling, wat deel vorm van 'n klousule wat handel met die beperking van die fundamentele regte verskans in die grondwet, lui soos volg:

"Notwithstanding the provisions of this Chapter, a law in force at the commencement of this Chapter promoting fair employment practices, orderly and equitable collective bargaining and the regulation of industrial action shall remain in force until repealed or amended by Parliament."

3. Die bepaling kom enigsins vreemd voor, aangesien die implikasie is dat enige konstitusionele oorweging en evaluering van feitlik die gehele arbeidsreg- en arbeidsverhoudinge terreine deur 'n hof beklee met konstitusionele toetsingsbevoegdheid effektiewelik gestonk word.

4. Die uitsluiting van konstitusionele toetsingsbevoegdheid strek totdat die wetgewer wetgewing oor die terreine van die arbeidsreg en die arbeidsverhoudinge herroep of wysig. Geen beperking op die geldingsduur van die betrokke uitsluitingsbepaling word andersins gestel nie. Die implikasie is dat tot tyd en wyl die wetgewer hom oor die arbeidsreg en arbeidsverhoudinge uitspreek, die bestaande wetgewing en die beginsels onderliggend daaraan onaantasbaar bly.

5. Dit is verder duidelik dat nie slegs die toetsingsbevoegdheid van 'n hof uitgesluit word nie, maar ook die juridiese interpretasie en omlyning van arbeidsregte vanuit 'n konstitusionele oogpunt grootliks hierdeur aan bande gelê word. Die rede hiervoor is dat litigante dit kwalik die moeite werd sal ag om 'n hof met

konstitusionele toetsingsbevoegdheid met die oog op die uitleg van 'n bepaalde konstitusioneel verskanste arbeidsreg te nader, indien die hof nie bevoeg is om die konstitusionele geldigheid van 'n statutêre reëling van so 'n reg te bevraagteken nie. In ieder geval loop litigante die gevaar dat 'n konstitusionele regsprekende liggaam sodanige regshulp mag weier op grond daarvan dat dit slegs van akademiese belang is.

6. Die invoering van 'n bepaling soos dié vervat in klousule 34(2) is om verskeie redes nie slegs prinsipieel onhoudbaar nie, maar ook juridies, polities en konstitusioneel onverdedigbaar:

6.1 So 'n bepaling loënstraf 'n basiese beginselregverdiging vir die bestaan van 'n Handves vir Fundamentele Regte - naamlik om wetgewing en ander owerheidshandelinge te kan meet aan die verhewe beginsels verskans in 'n handves of grondwet.

6.2 Dit is lynreg in stryd met die gees en strekking van onderhandelinge wat tans te Kemptonpark gevoer word, waartydens aanvaar word dat nie bloot seksionele belange deur middel van 'n grondwet of handves gedien word nie, maar dat objektiewe en universeel-geldende norme neergelê word waaraan alle handelinge van die owerheid - met inbegrip van wetgewing - getoets moet kan word. Dié beginsel word juis in klousule 7(1) erken.

6.3 Klousule 34(2) ontneem die arbeidsregte vervat in die Konsepgrondwet vir 'n onbepaalde interim-tydperk grootliks van impak en betekenis - aangesien daar nie 'n manier bestaan waarop diè regte konstitusioneel afgedwing kan word nie.

6.4 Dit impliseer voorts wantroue in diè hof wat met die interpretasie en afdwinging van konstitusioneel verskanste fundamentele regte gemoeid is, aangesien die wetgewer vir die interim-periode as die finale arbiter op die terreine van die arbeidsreg en arbeidsverhoudinge aangedui word.

6.5 Die verdere implikasie is dat arbeidsregtelike en arbeidsverhoudinge beginsels wat tot dusver deur die nywerheidshof, arbeidsappèlhof en die hooggeregshof ingevolge bestaande wetgewing ontwikkel is, as sakrosant en onaanvegbaar beskou word - iets wat in die lig van die doel van en motivering vir 'n Handves vir Fundamentele Regte gewoon nie houdbaar is nie.

6.6 Daar bestaan geen grondige en aanvaarbare rede waarom juis arbeidsregte eksklusiewe behandeling verdien nie, maar ander terreine van die reg wat eweneens omstrede geag mag word, soos die inheemse reg, sakereg (veral die reg op eiendom) en die reg op privaatheid, aan konstitusionele interpretasie en afgrensing deur 'n konstitusionele hof blootgestel word.

6.7 'n Bepaling ~~soos die~~ vervat in klousule 34(2) hou nie rekening met die bevrugtende wyse waarop die verskansing van fundamentele regte en die rol wat howe in dié verband kan speel op die terreine van die arbeidsreg en die arbeidsverhoudinge kan inwerk nie. Dit is veral waar van die Duitse en Amerikaanse bedeling en word deur resente studies in dié verband bevestig. Sien die bydraes van die vermaarde wyle Sir Otto Kahn-Freund "The Impact of Constitutions on Labour Law" 1976 Cambridge Law Journal 240 en van 'n bekende Kanadese arbeidsregsgeleerde, prof David Beatty "Constitutional Labour Rights: Pros and Cons" (1993)14 Industrial Law Journal 1.

7. Kritiek moet uitgespreek word teen die wyse waarop klousule 34(2) sy plek in die voorgestelde hoofstuk insake fundamentele regte gevind het. Dit is duidelik dat geen deurtastende en omvattende gesprekvoering en konsultasie hieroor plaasgevind het nie. Dit is betreurenswaardig, veral in die lig van die ingrypende impak van die bepaling en die effektiewe uitsny van feitlik 'n gehele regsterrein uit die sfeer van konstitusionele toetsingskompetensie.

8. So 'n eensydige werkswyse is veral onaanvaarbaar in die lig daarvan dat meeste van dié werknemers wie se posisie direk deur die beskerming en afdwinging van fundamentele regte geraak word, te wete staatsamptenare, nie deur middel van hul verteenwoordigende instansies by die oorweging en aanname van so 'n ingrypende bepaling geken is nie.

9. Klousule 34(2) moet gevolglik as 'n onhoudbare en onaanvaarbare bepaling beskou word, sowel in beginsel as wat betref die proses waarvolgens dit ingevoer word. Die skrapping daarvan word dringend versoek.

PROF M.P. OLIVIER (RAU) EN PROF B. JORDAAN (US)

MEDE-DIREKTEURE: RAU/US SENTRUM VIR INTERNASIONALE EN VERGELYKENDE ARBEIDSREG (SIVA)

30 Augustus 1993