

HOOFSUK 5

DIE VERENIGDE STATE VAN AMERIKA SE BENADERING TOT GESTREMDHEID

We as a nation have for too long postponed an intensive search for solutions to the problems of the mentally retarded. That failure should be corrected . . .

JF Kennedy "Statement by the President Regarding the Need for a National Plan in Mental Retardation" *National Action to Combat Mental Retardation* (1961)

1. Inleiding
 2. Historiese agtergrond
 3. Die Rehabilitasiewet
 - 3.1 Inleiding
 - 3.2 Artikel 501 van die Rehabilitasiewet
 - 3.3 Artikel 502 van die Rehabilitasiewet
 - 3.4 Artikel 503 van die Rehabilitasiewet
 - 3.5 Artikel 504 van die Rehabilitasiewet
 - 3.6 Die verband tussen die Rehabilitasiewet en die ADA
 4. Wetgewing oor opvoeding en relevante regspraak
 5. Wet op Amerikaners met Gestremdhede van 1990 (Americans with Disabilities Act of 1990 - ADA)
 - 5.1 Indeling van die ADA
 - 5.2 Amerikaanse Kongresbevindings en kongresmagtigings
 - 5.3 Die betekenis van gestremdheid in die ADA
 - 5.4 Deel I van die ADA: arbeidsdiskriminasie
 - 5.5 Deel II van die ADA: openbare dienste
 - 5.6 Deel III van die ADA: gestremdheidsdiskriminasie en privaat dienste
 - 5.7 Deel IV van die ADA: telekommunikasie
 6. Die internasionale invloed van die ADA
 7. ADA: Die tekortkominge
 - 7.1 Die ADA: 'n voortsetting van die mediese model van gestremdheid?
 - 7.2 Gestremdheidsburgerregte
 - 7.3 Alternatief tot die ADA: Konvensie oor Gestremdheid?
 8. Gevolgtrekking
-

1. Inleiding

Uit die vorige hoofstuk blyk dat die behoeftes van persone met gestremdhede tot relatief onlangs, vanuit 'n menseregte-oogpunt, weinig aandag in enige anti-diskriminasie wetgewing geniet het. Die erkenning wat wel aan gestremdes verleen is, is beperk tot dit wat uit welsynsoorwegings en as liefdadigheidsbetoning gedoen is. Daar is ook aangetoon dat wat gestremdheidsbeleid betref, in Europa wegbeweeg word vanaf 'n maatskaplike welsynsbenadering na 'n meer individualistiese burgerregte-benadering¹ wat tradisioneel met die Verenigde State van Amerika (VSA) geassosieer is.² Dit hou verband met die klemverskuiwing in modelle van gestremdheid (inleidende hoofstuk en hoofstuk 1 *supra*) en die hervorming en hersiening van regsinstrumente om meer inklusief en geïntegreerd te wees ten opsigte van die menslike behoeftes van persone met gestremdhede.

Uit die hoofstuk wat volg, wat handel oor die VSA se benadering tot gestremdheid, is hierdie burgerregte-benadering waarneembaar. As gestremdheidsbeleidmodel het die burgerregte-benadering in reaksie op die

¹ Lawson A en Gooding C *Disability Rights in Europe from theory to practice* (2005) 1; en paragraaf 3.2 van hoofstuk 1 *supra*.

² Hendriks A "Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies" in Lawson A (red) *Disability Rights in Europe* (2005) 188; en en volgens Bagenstos S R "The Future of Disability Law" 2004 *The Yale Law Journal* 114:10 ". . . [M]any disability rights activists sought to change the social welfare orientation of disability law. Those activists argued that welfare is oppressive and stifling and that antidiscrimination and accommodation requirements would enable people with disabilities to leave the benefits rolls and enter the workforce. Their critique of social welfare responses to disability strongly influenced the passage of the ADA."

maatskaplike welsynsbenadering gevolg.³ Hiervolgens word sosiale uitsluiting nie gesien as 'n onafwendbare gevolg van gestremdheid nie, maar die gevolg van 'n diskriminerende houding van die gemeenskap en 'n geskiedenis van uitsluiting waar die gemeenskap nie aanpassings maak vir die behoeftes van persone met gestremdhede nie.⁴ Die burgerregte-benadering fokus op maniere waarop die sosiale omgewing toeganklik gemaak kan word en sosiale instellings hervorm kan word om persone met gestremdhede te akkommodeer en aan hulle regte, soos die van alle ander persone, uitvoering te gee. Deur volgehoue kontak tussen die nie-gestremde meerderheid en die gestremde minderheid deur middel van geïntegreerde skole, woonbuurte en werksplekke word diskriminerende beskouings afgebreek.

Uit hierdie hoofstuk blyk hoe wetgewing vanaf 1948 toenemend sou poog om die burgerregte van persone met gestremdhede binne die VSA te verwesenlik. Dié strewe na gelyke regte vir persone met gestremdhede in die VSA vind uiting in wetgewing wat met die oog hierop aanvaar is. Die oogmerk was om te verseker dat persone met gestremdhede as die gelykes van ander lede van die samelewing aanvaar word. Die burgerregte-benadering soos dit neerslag vind in gestremdheidsbeleid vervang segregasie deur die integrasie van gestremdes en die daarmee gepaardgaande beskikbaarheid van gelyke beregtiging en 'n verbod

³ Wat beleidsbenaderingswyses betref is die burgerregte-benadering (wat grootliks met die sosiale model van gestremdheid - paragraaf 3.2 van hoofstuk 1 *supra* - strook) in meer as een opsig teenstrydig met die maatskaplike welsynsbeleid (wat grootliks met die mediese model van gestremdheid - paragraaf 3.1 van hoofstuk 1 *supra* - strook) soos dit in Europa toegepas is. Waar die maatskaplike welsynsbeleid fokus op uitsluiting, welsyn en gestremdheid, fokus die burgerregte-benadering op insluiting, regte en die vermoëns van gestremde persone as individue. Dit word verder in hierdie hoofstuk toegelig.

⁴ Heyer K "Rights or Quotas? The ADA as a Model for Disability Rights" in Nielsen LB en Nelson RL (reds) *Handbook of Employment Discrimination Research* (2005) 240.

teen diskriminasie.⁵ Die klemverskuiwing vanaf die mediese model na die sosiale model van gestremdheid (paragrafe 2.1 en 2.2 van hoofstuk 1 *supra*) is ook in hierdie hoofstuk waarneembaar. Soos die studie sal toon, reflekteer die wetgewing – wat vanaf 1948 toenemend sou poog om die burgerregte van persone met gestremdhede in die VSA te verweselik - 'n verandering in die beskouing oor en hantering van gestremdheid in hierdie jurisdiksiegebied. Hierdie verandering in juridiese hantering van persone met gestremdhede geskied ooreenkomstig die klemverskuiwing in die modelle van gestremdheid, en die ontwikkeling op internasionale gebied (hoofstuk 3 *supra*).

Hierdie hoofstuk fokus op regsontwikkeling oor gestremdheid binne die VSA. Eerstens volg in paragraaf 2 'n kort historiese agtergrond oor wetgewing wat ná die Tweede Wêreldoorlog vanaf 1948 tot 1990 aanvaar is en wat betrekking het op gestremdheid.⁶ Hierdie oorsig bring aan die lig dat wetgewing oor gestremdheid in hierdie tydperk op 'n *ad hoc*-basis aangeneem is. Hierna fokus die bespreking op twee omvattende stukke wetgewing: die Rehabilitasiewet ("Rehabilitation Act") van 1973⁷ en die wet op Amerikaners met Gestremdhede ("Americans with Disabilities Act" of ADA)⁸ van 1990 wat as hoogtepunte in die gestremdheidsreg in die VSA aangemerkt word.

⁵ *Ibid.*

⁶ Daar word egter ook na die meer onlangse ADA-wysigingswet van 2008 verwys in paragraaf 5.4.3 *infra*.

⁷ Hierdie verkorte Afrikaanse benaming word om doelmatigheidsredes gebruik om te verwys na "Rehabilitation Act of 1973", *Public Law* 93-112 93rd Congress, H. R. 8070 van 26 September 1973.

⁸ Om doelmatigheidsredes word die akroniem ADA voortaan gebruik om te verwys na die "Americans with Disabilities Act" van 1990, gekodifiseer by 42 U.S.C. § 12101 *et seq.* van 26 Julie 1990.

In paragraaf 3 volg 'n bespreking oor die Rehabilitasiewet. In die besonder word gefokus op artikels 501, 502, 503 en 504 van die wet en relevante regspraak. In aansluiting hierby en by die historiese oorsig, fokus paragraaf 4 op wetgewing oor opvoeding wat ook met gestremdheid te doen het. Hierna word die toonaangewende ADA in paragraaf 5 ondersoek. Die ADA word wêreldwyd beskou as 'n mylpaal in die gestremdheidsdiskoers. Dit bevat 'n wye verskeidenheid bepalinge wat nie alleen bestaande wetgewing aangevul het nie, maar ook nuwe terreine in verband met gestremdheid betree het wat nog nooit voorheen juridies hanteer is nie.⁹

Die ADA het wêreldwyd as voorbeeld vir 'n regte-gebaseerde gestremdheidsbeleid gedien.¹⁰ Paragraaf 6 fokus op hierdie wet se internasionale invloed. Uit hierdie paragraaf blyk dat die ADA se burgerregte-benadering die reg en regsbenadering tot gestremdheid in verskeie ander lande beïnvloed het. Dit het onder andere wetgewing teen diskriminasie op die basis van gestremdheid in Engelstalige statebondslande geïnspireer en die Europese Unie se Raamwerkdirektief oor Diskriminasie by Indiensneming van 2000 (wat in die vorige hoofstuk bespreek is) beïnvloed.¹¹

⁹ Quinn G "Disability Discrimination Law in the United States" in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) *Disability Discrimination Law in the United States, Australia and Canada* (1993) 15.

¹⁰ Heyer K in Nielsen LB en Nelson RL (reds) (2005) 237; en Bickenbach JE "Minority or Universal Participation: The Politics of Disablement" in Jones M en Marks AB (reds) *Disability, Diversity and Legal Change* (1999) 105.

¹¹ Heyer K *supra* 237-237. Meer oor die Raamwerkdirektief in paragraaf 3.3.3 van hoofstuk 4 *supra* van die proefskrif.

Alhoewel rewolusionêr vir sy tyd, is die ADA nie sonder gebreke nie. Hierdie probleme word in paragraaf 7 uitgelig. Paragraaf 7.1 toon dat die ADA deels steeds die mediese model van gestremdheid onderskryf; paragraaf 7.2 behandel die problematiek wat die fokus op gestremdeidsburgerregte meebring het; en laastens word moontlike wyses waarop tekortkominge van die ADA uitgeskakel kan word in paragraaf 7.3 voorgestel.

2. Historiese agtergrond

Hierdie afdeling bevat 'n kort historiese agtergrond oor ontwikkeling op die gebied van gestremdheid en wetgewing wat in verband daarmee gedurende die 20ste eeu in die VSA aangeneem is. Dié bespreking dek die tydperk vanaf 1948 tot voor inwerkingtreding van die Rehabilitasiewet van 1973.

Die geskiedenis van gestremdheid in die VSA word soos volg deur die regscommentator Timothy Cook opgesom:¹²

The public policy of segregating and sterilising children and adults with disabilities was first implemented throughout the nation in the decades surrounding the turn of the century. . . the xenophobic hysteria of the era was fuelled by the new “science” of the eugenics movement and possessed by severe structures of Social Darwinism dictating the survival of the fittest. The unprecedented flow of new immigration and the uncertainties of an industrial age added to the hysteria. The xenophobic movements took on all the force of state power and focused that force pervasively against African-Americans and against persons with disabilities. Thus was visited

¹² Cook TM “The Americans with Disabilities Act: The Move to Integration” 1991 *Temple Law Review* 400.

upon both groups the most severe disqualifications imaginable among citizens.

Die federale regering het ook die segregasie-benadering met betrekking tot gestremde persone gevolg. In 1925 het die Amerikaanse Kongres die segregering van persone met gestremdhede gemagtig aangesien hulle beskou is as “nie veel bo ’n dier verhewe nie”.¹³ Wetgewende sanksionering en openbare goedkeuring van segregering voor die 1940’s het ’n bitter smaak gelaat.¹⁴ Die depressie van die 1930’s en die Tweede Wêreldoorlog het uiteraard ook nie veel ontwikkeling op die gebied van dienslewering vir persone met gestremdhede meegebring nie. Die staat New York was ’n geringe uitsondering waar magtiging verleen is vir die finansiële vergoeding van gesinne wat gestremdes in pleegsorg gehad het.¹⁵

Daar was ook die knelpunt dat nie-gestremdes, in plaas van persone met gestremdhede self, die leiding geneem het in organisasies vir persone met gestremdhede. In die 1940’s het die “National Federation for the Blind” tot stand gekom as reaksie van gesiggestremde persone teen die nie-gestremde leierskap van die “American Foundation for the Blind”.¹⁶ Dit kan gesien word as ’n vorm van protesoptrede teen nie-gestremde leierskap oor sake wat gestremde persone spesifiek raak.

¹³ Cook TM 1991 *Temple Law Review* 401 (by vn 55) en 402 tot 404; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 17.

¹⁴ Cook TM 1991 *Temple Law Review* 405 tot 407.

¹⁵ Braddock D en Parish S “An Institutional History of Disability” in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) *Handbook of Disability Studies* (2001) 43.

¹⁶ Braddock D en Parish S in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) (2001) 44.

In 1948 het die Amerikaanse Kongres 'n wet¹⁷ uitgevaardig wat uitsluitlik gehandel het oor arbeidsdiskriminasie teen gestremde persone in die staatsdiens. Hierdie wet was spesifiek gemik op die behoeftes van oorlogsveterane van die Tweede Wêreldoorlog.¹⁸

Mary Jane Ward¹⁹ het met die boek *The Snake Pit* wat na die Tweede Wêreldoorlog gepubliseer is, die publiek bewus gemaak van toestande in hospitale vir geestesgestremdes. Hierdie boek gee 'n voorstelling van wat 'n vrou op haar pad na herstel destyds in 'n psigiatryse inrigting ervaar het. Die burokrasie binne die instelling, die optrede van die personeel – soms wreed, onbeskof en onkundig, en soms goedhartig – en die verhouding tussen pasiënte word in die boek uitgebeeld.

In 1946 het gemeenskapsgebaseerde geestesgesondheidsprogramme in 24 state bestaan en die getal programme het op daardie stadium steeds toegeneem. Die groeiende aantal programme na die Tweede Wêreldoorlog en die noodsaaklikheid aan federale befondsing²⁰ en navorsing oor geestesgesondheid het in 1946 aanleiding gegee tot die aanneem van die Nasionale Geestesgesondheidswet (“National Mental Health Act of 1946”).²¹ President

¹⁷ “Specially Adapted Housing (SAH) Act”, *Public Law* 80-702, 62 Stat. 500 (1948).

¹⁸ Siegel IH en Weinberg E “State Bonuses for Veterans” (1950) 58(1) *The Journal of Political Economy* 70.

¹⁹ Die publikasie van Mary Jane Ward se *The Snake Pit*. 'n Film is ook later van dié boek gemaak en is bekroon met Akademiesoekening (“Academy Award”).

²⁰ “History of the South Carolina Department of Mental Health” <<http://www.state.sc.us/dmh/history.htm> (laaste besoek op 30 Junie 2008).

²¹ *Public Law* 79-487.

Truman het dié wet op 3 Julie 1946 onderteken wat die “National Institute for Mental Health” (NIMH) geskep het. Die belangrikheid van die Nasionale Geestesgesondheidswet lê juis in die skepping van NIMH en die funksies daarvan kragtens dié wet. Die wet verleen aan NIMH drie funksies. Eerstens moes NIMH kragtens die wet gemeenskapsgebaseerde geestesgesondheidsprogramme deur befondsing ondersteun. Ten einde hierdie funksie te vervul, het die Kongres NIMH gemagtig om toelae aan state uit te betaal en te administreer. Hierdie toelae was daarop gemik om geestesgesondheidsdienste in state te verbeter deur hierdie dienste te ontwikkel en uit te bou. Tweedens moes NIMH toesien dat opleiding van geestesgesondheidspersoneel bevorder en ontwikkel word, en laastens moes NIMH voorsiening maak vir die onderneming en bevordering van navorsing oor geestesgesondheid.²² Hierdie ontwikkeling het ook tot verskerpte bewuswording oor en gemeenskapsdiens vir persone met geestesgestremdhede aanleiding gegee. Teen 1957 het ’n gemeenskapsgebaseerde geestesgesondheidsdiens in al die state bestaan wat op een of ander manier deur die NIMH geïnisieer is.²³

Desondanks het mense met geestesgestremdhede hulle steeds in betreurenswaardige toestande bevind. As gevolg daarvan is die debat onder regsgeleerdes oor die behandeling van sulke persone verskerp. Ene Morton

²² “The Role of Community Mental Health Centers as Rural Safety Net Providers Working Paper #30 November 2002” ><http://muskie.usm.maine.edu/Publications/rural/wp30.pdf> (laaste besoek op 30 Junie 2009).

²³ Braddock D en Parish S in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) (2001) 43 - 44.

Birnbaum,²⁴ mediese dokter en prokureur, het hierdie inisiatief geïnisieer met die publikasie in 1965 van sy referaat “The Right to Treatment” in die *Archives of General Psychiatry*.²⁵ Hierin propageer Birnbaum dat elke persoon in ’n geestesgesondheidshospitaal ’n reg het op behandeling wat aan daardie persoon ’n realistiese vooruitsig bied op genesing of verbetering van sy/haar toestand. Volgens Birnbaum behoort ’n persoon wat nie die gepaste behandeling ontvang nie ontslaan te word, ongeag die bestaan van of graad van die persoon se geestesongesteldheid.²⁶

Volgens Braddock en Parish is die eerste hofuitspraak waarin ’n Amerikaanse hof die reg op behandeling van geestesgestremdes erken het dié in die saak van *Rouse v. Cameron*.²⁷ In hierdie strafsak moes die hof bepaal of ’n persoon wat op grond van geestesongesteldheid vrygespreek is en onvrywillig in ’n geestesgesondheidshospitaal aangehou is, op behandeling geregtig was. Ten einde te bepaal of onvrywillige aanhouding noodsaaklik is, moet die geestestoestand beoordeel word wat behandeling noodsaak. Vir doeleindes hiervan is die doel van onvrywillige aanhouding dat die persoon in ’n geestesgesondheidshospitaal behandeling vir die geestestoestand moet ontvang, en nie om gestraf te word nie. Die hof stel dit soos volg:

²⁴ “Wyatt v. Stickney: A Landmark Decision” <<http://www.adap.net/Wyatt/landmark.pdf>> (laaste besoek op 25 Maart 2008).

²⁵ Birnbaum M “Some Comments on ‘the Right to Treatment’ (1965) 13 *Archives of General Psychiatry* 33 tot 45.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ 373 F. 2d 451 125 U.S., App D.C. 366. No. 19863. United States Court of Appeals District of Columbia Circuit, paragrawe 3 & 4.

Absent treatment, the hospital is “transform(ed) into a penitentiary where one could be held indefinitely for no convicted offense, and this even though the offense of which he was previously acquitted because of doubt as to his sanity might not have been one of the more serious felonies” or might have been, as it was here, a misdemeanor.

Die hof beslis dus in *Rouse v. Cameron* dat persone wat op grond van geestesongesteldheid vrygespreek is, en gevolglik onvrywillig in ’n geestesgesondheidshospitaal aangehou word, geregtig is op behandeling. Indien die persoon nie behandeling ontvang nie, word die geestesgesondheidshospitaal bloot ’n plek van onbepaalde aanhouding, sonder dat die persoon aan ’n oortreding skuldig bevind is. Die belangrikheid van hierdie uitspraak lê daarin dat gestremde persone se reg op behandeling deur dié hof erken word. Die doel van onvrywillige aanhouding in sulke gevalle moet dus behandeling wees en nie straf nie.

Die verkiesing in 1960 van John F. Kennedy as president van die VSA het die moderne era van geestesgestremdheidsdienste in die VSA ingelui.²⁸ Kennedy se suster, Rosemary, was self geestegestremd en is na ’n mislukte lobotomie sedert 1941 geïnstusionaliseer.²⁹ In ’n aankondiging op 11 Oktober 1961 het Kennedy ’n nasionale plan oor geestesgestremdheid aangekondig en onder andere gesê:

²⁸ Braddock D en Parish S in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) (2001) 46.

²⁹ “St. Petersburg Times online: John F. Kennedy The Exhibition” <<http://www.sptimes.com/News/111199/JFK/family-tree.shtml>> (laaste besoek op 18 Maart 2008).

“[w]e as a nation have for too long postponed an intensive search for solutions to the problems of the mentally retarded. . . [t]hat failure should be corrected.”³⁰

Hy het hierna die “President’s Panel on Mental Retardation” aangestel. Die paneel van 26 lede onder voorsitterskap van Dr. Leonard Mayo het uit vooraanstaande medici, wetenskaplikes, opvoedkundiges, psigiaters en sosiale-wetenskaplikes bestaan. Die lede van die paneel is in taakgroepe verdeel ten einde intensief oplossings vir die probleme van geestesgestremdes te soek.³¹ Die paneel het in 1962 95 aanbevelings bekendgemaak. Dié aanbevelings was uitgebreid en verreikend en het die beginsel van normalisering voorgestaan.³² Normalisering beteken om vir alle persone met gestremdhede ’n menslike lewenspatroon en lewenstoestand te skep wat in terme van die destydse woordgebruik as “normaal” beskou is.³³ Die paneel het in talle van sy aanbevelings uitbreiding van burgerregte vir geestesgestremdes voorgestel en

³⁰ Kennedy JF “Statement by the President Regarding the Need for a National Plan in Mental Retardation” *National Action to Combat Mental Retardation* (1961) 196, onder redaksie van die President se paneel met betrekking tot Geestesgestremdhede in Braddock D en Parish S in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) (2001) 46.

³¹ “President’s Panel on Mental Retardation” <http://www.mnddc.org/parallels/five/5c/5c_html/ht1.html (laaste besoek op 30 Julie 2008).

³² Braddock D en Parish S in Albrecht GL, Seelman KD en Bury M (reds) (2001) 46.

³³ Normaliseringsbeginsel met verwysing na Bengt Nirje, *The basis and logic of the normalisation principle*, Sixth International Congress of IASSMD, Toronto, 1982. Sien ook die volgende bronne vir breedvoerige bespreking oor die normaliseringsbeginsel: Ericsson K “The Principle of Normalization: History and Experiences in Scandinavian Countries”, Presentation ILSMH Congress, Hamburg 1985; Perrin B en Nirje B “Setting the record straight: a critique of some frequent misconceptions of the normalization principle” (1985) 11(2) *Australia and New Zealand Journal of Developmental Disabilities* 69-72; Wolfensberger W *The principle of Normalization in human services* (1972); en Wolfensberger W “The definition of normalisation: update, problems, disagreements and misunderstandings” in Flynn RJ en Nitsch KE (reds) *Normalization, social integration and human services* 1980.

die noodsaaklikheid van wetenskaplike navorsing in etologie beklemtoon. Verder het die paneel ook dramatiese afskaling van institusionalisering van gestremdes en die uitbreiding van gemeenskapsdiens voorgestel.

Talle van die aanbevelings is in 1963 as die “Maternal and Child Health and Mental Retardation Planning Amendments”³⁴ en die “Mental Retardation Facilities and Community Mental Health Centers Construction Act” in wetgewing opgeneem.³⁵ Eersgenoemde wet het die state en gemeenskappe bygestaan in die voorkoming van geestesgestremdheid deur uitbreiding en verbetering van swangerskapprogramme. Die wet het ook kleuterprogramme vir gestremde kinders verbeter en uitgebrei. Dit het meegebring dat die begroting van die bestaande “Maternal and Child Health State Grant Programs” verdubbel is en het ook voorsiening gemaak vir ’n toelaag wat ingevolge ’n nuwe beplanningsprogram (“mental retardation planning grant program”) betaalbaar was.

Die Kongres het ook in 1963 die “Mental Retardation Facilities and Community Mental Health Centers Construction Act”³⁶ aanvaar. Die wet maak voorsiening vir befondsing vir die oprigting van fasiliteite vir geestesgestremdes. Die sentrums wat kragtens dié wet tot stand gekom het, ten spyte daarvan dat hulle volgens hul aanhangers nooit voldoende befonds is nie, het tog bygedra tot die ontwikkeling van ’n bystandnetwerk vir persone met geestesgestremdhede.³⁷

³⁴ *Public Law* 88-156.

³⁵ *Public Law* 88-164.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Braddock D & Parish S in Albrecht GL, Seelman KD & Bury M (reds) (2001) 46.

In 1964 is die Wet op Burgerregte³⁸ aangeneem. Dié wet het diskriminasie op grond van ras in skole, openbare plekke en werksgeleenthede verbied. Alhoewel die wetsontwerp aanvanklik slegs daarop gemik was om Afro-Amerikaners te beskerm, is die wetsontwerp net voor aanvaarding gewysig om vroue in te sluit. Verbasend genoeg het dié belangrike wet geen direkte verwysing na die posisie van persone met gestremdhede bevat nie. Tog meen Quinn³⁹ dit is van belang om die afdwingingsmeganismes van hierdie veelbesproke stuk wetgewing te bestudeer aangesien dit ook vir gestremde persone van belang is. Alhoewel daar, soos reeds gesê, geen direkte verwysing na hulle gemaak word nie, het dele van die Wet op Burgerregte tog betrekking op persone met gestremdhede. Die remedies ingevolge hierdie wetgewing is later by wyse van verwysing ingelyf onder deel I van die ADA⁴⁰ van 1990 wat handel oor arbeidsdiskriminasie in die privaat sektor. In die verband is deel VII van die Wet op Burgerregte relevant vir persone met gestremdhede in die arbeidsmark waar die moontlikheid van diskriminasie bestaan. Dié deel van die wet het die “Equal Employment Opportunities Commission” (EEOC)⁴¹ in die lewe geroep. Dié kommissie kan ’n

³⁸ Die “Civil Rights Act of 1964”, *Public Law* 88-352; en Kanter A “Toward Equality: The ADA’s Accommodation of Difference” in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 229.

³⁹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 19.

⁴⁰ *Op cit* vn 8. Sien die bespreking in paragraaf 5 *infra* van die hoofstuk.

⁴¹ Hierdie akroniem sal voortaan in die hoofstuk om doelmatigheidsredes gebruik word om te verwys na die “Equal Employment Opportunities Commission”. Die kommissie gebruik die regulasies, aangeheg as bylaag tot die ADA om die arbeidsdiskriminasiebepaling in deel I van die ADA inwerking te stel. Die regulasies dien as riglyn by uitleg van die definisies in deel I van die ADA ten einde vas te stel wie kwalifiseer as gestremd ingevolge die wet. Die bylaag verteenwoordig gevolglik die kommissie se interpretasie van die kwessies wat in deel I van die ADA vervat word. Die kommissie gebruik gevolglik hierdie riglyne wanneer ’n dispuut ontstaan.

kennisgewing op die werkgewer bestel waarin 'n klag oor arbeidsdiskriminasie vervat is. Hierna kan 'n volskaalse formele ondersoek na die omstandighede van werknemers geloods word.⁴² Die implikasie hiervan vir persone met gestremdhede is dat hulle ook die kommissie kan nader indien hulle diskriminasie op grond van gestremdheid in die arbeidsmark ervaar, waarna die kommissie 'n kennisgewing op die werkgewer kan bestel waarin 'n klag oor arbeidsdiskriminasie vervat is.

Deur die jare is talle onsuksesvolle pogings aangewend om die Wet op Burgerregte te wysig sodat dit spesifiek op persone met gestremdhede van toepassing kan wees. Die herhaalde mislukkings kan moontlik daaraan toegeskryf word dat gestremdes spesifieke materiële behoeftes het waaraan moeilik voldoen kan word deur blote wysigings aan te bring aan bepalings van die Wet op Burgerregte wat diskriminasie in die algemeen belet. 'n Federale regter in *Garrity v. Gallen*⁴³ merk in dié verband op dat die burgerregte-benadering nie “automatically adaptable to the problem of discrimination against the handicapped” is nie.⁴⁴

Tussen die aanneem van die Wet op Burgerregte en die ADA het etlike dekades verloop waarin allerlei wetgewende maatreëls getref is in 'n poging om die posisie van persone met gestremdhede te verbeter. In 1968 is die “Architectural

⁴² Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 18.

⁴³ 522 F Supp 171, 206 (DNH 1981).

⁴⁴ Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 20.

Barriers Act”⁴⁵ aangeneem. Die wet kan as een van die eerste wetgewende maatreëls aangemerkt word wat toegang tot geboue en fasiliteite vir fisiek gestremde persone verbeter het. Hierdie wet bepaal dat alle geboue waaraan veranderings of verbouings beoog word en alle nuwe geboue waarvan die oprigting deur die federale regering gefinansier word, toeganklik moet wees vir persone met gestremdhede.⁴⁶

Beduidende vordering wat betref openbare beleid ten opsigte van persone met gestremdhede is gedurende die 1970's in die VSA gemaak. In 1971 is die “Social Security Act” aangeneem.⁴⁷ Afdeling XIX van dié wet bring 'n program bekend as die “Intermediate Care Facility/Mental Retardation” (ICF/MR)⁴⁸ op die been. Goedkeuring van dié wetgewing ingevolge waarvan hierdie program geloods is, het dit moontlik gemaak vir die state om befondsing te bekom vir die institusionele versorging van geestesgestremde persone. Om te kwalifiseer vir befondsing moes ICFs/MR aan agt federale standaarde voldoen. Hierdie standaarde word in die “Conditions of Participation”⁴⁹ uiteengesit en sluit die vereiste ten opsigte van die volgende in: bestuur, kliëntbeskerming, fasiliteitspersoneel, aktiewe behandeling (“active treatment services”), kliënt

⁴⁵ *Public Law* 90-480, 82 Stat. 718, gekodifiseer by 42 U.S.C. § 4151 et seq van 12 Augustus 1968 (soos gewysig in 1984).

⁴⁶ *Ibid*; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 19.

⁴⁷ *Public Law* 92-5.

⁴⁸ “Intermediate Care Facility for People with Mental Retardation (ICF/MR)” <http://www.workworld.org/wwwwebhelp/intermediate_care_facility_for_people_with_mental_retardation_icf_mr_.htm> (laaste besoek op 2 Junie 2008).

⁴⁹ Federal regulations at 42 CFR Part 483, Subpart I, Sections 483.400- 483.480.

gedrags- en fasiliteringspraktyk (“client behavior and facility practices”), gesondheidsdienste, fisiese omgewings- en dieetkundige dienste.

Befondsing het enersyds as aansporing gedien vir state om aan federale standaarde te voldoen en andersyds ’n groot afname in die getal inrigtings vir geestesgestremde persone meegebring. As gevolg hiervan moes oorvol inrigtings sluit omdat hulle nie aan federale vereistes ten opsigte van die maksimum getal pasiënte per inrigting kon voldoen nie.⁵⁰

In aansluiting by voorafgaande en veral in verband met die toestande wat destyds by sommige inrigtings geheers het, kan verwys word na die saak van *Wyatt v. Stickney*⁵¹ waarin geestesgestremdes se reg op behandeling onder die loep geneem is. Ricky Wyatt se regsverteenwoordigers het in hul navorsing oor staatsinrigtings in die VSA skokkende toestande ontbloot. Jack Drake, een van Wyatt se regsverteenwoordigers, het die toestande by Partlow, een van die betrokke staatsinrigtings, soos volg beskryf:⁵²

. . . I remember one of the things I did before the hearing was to review the accidental deaths of people who died at Partlow for a two-year-period and the extreme examples were residents who would get up in the middle of the night — go to one ward, maybe leave the door open and go into another ward, get into an unlocked medicine cabinet and eat the contents of 40 bottles and die.

⁵⁰ Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 19 -20.

⁵¹ 325 F. Supp 387 (M.D. Ala.1972).

⁵² Volgens ’n herdruk van die *Alabama Disabilities Advocacy Program Newsletter* gedateer Julie 2004 “*Wyatt v. Stickney: A Landmark Decision*” <<http://www.adap.net/Wyatt/landmark.pdf>> 3 (laaste besoek op 25 Maart 2008).

Drake het ook 'n grusame geval ondersoek waar 'n seun met 'n erge graad van geestesgestremdheid, en wat veronderstel was om onder behoorlike psigiatriese toesig te wees, 'n tuinslang in sy eie rektum gedruk en dit met water gevul het. Die seun is dood nadat sy milt gebars het. Ander voorbeelde was die van 'n inwoner wat in warm water verbrand het, en 'n inwoner wat vir nege jaar in 'n dwangbuis gehou is om te verhoed dat hy sy hande en vingers suig.⁵³

Met die voorafgaande as agtergrond oor die toestande in staatsinrigtings en geestesgestremdes se reg op behandeling, het Ricky Wyatt se regsverteenvoerders hulle doelwit vir die saak soos volg uiteengesit:⁵⁴

[to] (1) establish a constitutional right to treatment on behalf of people with mental illness, (2) establish a constitutional right to habilitation on behalf of people with mental retardation, and (3) set minimum standards regarding safety, education, training, medication, nutrition, physical accommodations, staff/patient ratios, individualized treatment and aftercare.

Op 12 Maart 1971 bevestig regter Johnson die konstitusionele beginsel waarvolgens persone met geestesgestremdhede in Alabama die reg op behandeling het. Die hof verklaar onder andere:⁵⁵

[t]here can be no legal (or moral) justification for the State of Alabama's failing to afford treatment—and adequate treatment from a medical standpoint—to the several thousand patients who have been civilly committed to Bryce for treatment purposes. To

⁵³ *Ibid*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Wyatt v. Stickney* 325 F.Supp. 781, (M.D.Ala.1971) 785.

deprive any citizen of his or her liberty upon the altruistic theory that the confinement is for humane therapeutic reasons and then fail to provide adequate treatment violates the very fundamentals of due process.

Die hof het Bryce Staatshospitaal (Bryce), waar geestesgestremdes gehuisves is, beveel om binne ses maande die standaard van die geriewe te verbeter en 'n volledige behandelingsprogram te implementeer. Hierdie bevel was daarop gemik om alle pasiënte 'n realistiese geleentheid te gee om hulle geestesgesondheid te verbeter.⁵⁶

Op 22 Augustus 1971 het die bestaande eisers in 'n klasaksie versoek dat hulle as klas in die geding uitgebrei word om ook pasiënte wat onvrywillig opgeneem is by Searcy en Partlow staatshospitale ("Searcy" en "Partlow" onderskeidelik) in te sluit. Hoofsaaklik geestesgestremde persone is hier gehuisves. Hierdie pasiënte was in 'n soortgelyke posisie as die van Bryce. Die bevel wat die hof op 12 Maart 1971 gemaak het met betrekking tot die konstitusionele reg waarvolgens persone met geestesgestremdhede in Alabama die reg op behandeling het, is hiermee uitgebrei na die Searcy en Partlow.⁵⁷

⁵⁶ "Wyatt v. Stickney: A Landmark Decision" <<http://www.adap.net/Wyatt/landmark.pdf>> 3 (laaste besoek op 25 Maart 2008).

⁵⁷ *Ibid*; en United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. Nos. 95-6637, 95-6875. *Ricky WYATT, By and Through his Aunt and Legal Guardian, Mrs. W.C. RAWLINS, Jr.; Glenda Brandner, By and Through her husband and legal guardian, Wolfgang Brandner; David S. Schoel, By and Through his father and legal guardian, J. Fred Schoel, Jr.; D.A.R. Peyman, Dr., for himself and all others similarly situated; Joseph L. Moudry, for himself and all others similarly situated; et al., Plaintiffs-Appellees, Diane Martin; Mary Beth Parker; William Smith; Adelia Keebler; Michael Guins, et al., Plaintiffs-Intervenors-Appellees, v. Virginia ROGERS, as Commissioner of Mental Health and the State of Alabama Mental Health Officer; James F. Reddoch, Jr., Director, Bryce Hospital; John T. Bartlett, Searcy Hospital; Kay V. Greenwood, North Alabama Regional Hospital; Dr. Larry L. Latham, Greil Memorial Psychiatric Hospital; et al., Defendants-Appellants, United States of America, Amicus*, bevestig dat:

Na afloop van die periode van ses maande wat aan Bryce gegun is om behoorlike behandelingstandaarde te formuleer en in werking te stel, het die hospitaal nog nie daaraan voldoen nie. Deskundiges het in hierdie stadium getuig dat toestande en behandeling by Bryce geheel en al onvoldoende was. Die regter het beveel dat al die partye minimum mediese en konstitusionele standaarde moes voorlê vir die behandeling van geestesgestremde pasiënte van Bryce, Searcy en Partlow. Op 17 Januarie 1972 het die partye in Atlanta, Georgia die vereiste voorlegging gedoen. Die partye het twee stelde ooreenkomste opgestel en by die hof ingedien. Die een ooreenkoms het die standaarde uiteengesit wat noodsaaklik is vir behoorlike geestesbehandeling in 'n staatsinrigting. Die ander ooreenkoms het die standaarde wat by Partlow toegepas moes word uiteengesit.⁵⁸

Die verhoor waarby Bryce en Searcy betrokke was, is op 3 en 4 Februarie 1972 gehou en die Partlow-verhoor het vanaf 28 Februarie tot 2 Maart 1972 geduur. Aan die einde van die Partlow-verhoor het die hof 'n dringende bevel uitgereik wat die verweerders verplig het om onmiddellike stappe by Partlow te doen. Die hof sê onder andere die volgende:⁵⁹

Several months after the district court's decision, the plaintiffs were given leave to amend their complaint to include allegations of constitutionally inadequate treatment at a second state-run hospital for the mentally ill, Searcy Hospital, in Mt. Vernon, Alabama, and at Partlow State School and Hospital, a state-run institution for mentally retarded persons in Partlow, Alabama. Following this amendment, the court's order of March 12, 1971, was made applicable to the Searcy and Partlow facilities.

⁵⁸ "Wyatt v. Stickney: A Landmark Decision" <<http://www.adap.net/Wyatt/landmark.pdf>> 3 (laaste besoek op 25 Maart 2008).

⁵⁹ *Op cit* vn 51.

[T]he evidence. . . has vividly and indisputably portrayed Partlow State School and Hospital as a warehousing institution which, because of its atmosphere of psychological and physical deprivation, is wholly incapable of furnishing [habilitation] to the mentally retarded and is conducive only to the deterioration and the debilitation of the residents.

Die belangrikheid van die uitslag in die *Wyatt v. Stickney*-saak is dat na afloop van die saak 'n golf van federale klasaksies oor toestande by staatsinrigtings waar persone met geestesgestremdhede aangehou is, die howe getref het. Meer as 70 sake in 41 state is aanhangig gemaak.⁶⁰

Teen die 1970's het die gestremdheidsburgerregte-agenda in die VSA wetgewing progressief beïnvloed om 'n sosiale model van gestremdheid te begin reflekteer.⁶¹ In die verband was 'n belangrike ontwikkeling die aanneem van die "Education for All Handicapped Children's Act of 1975".⁶² Hierdie wetgewing het vir gratis en geskikte openbare onderwys aan alle kinders en jeugdige met gestremdhede voorsiening gemaak. Vir die eerste keer in die geskiedenis van verpligte onderwys in die VSA het ouers 'n federaal afdwingbare reg met betrekking tot hulle gestremde kinders gehad.⁶³ Dowe en blinde persone in die VSA is tradisioneel vanaf die 19de eeu in residensiële skole onderrig.⁶⁴ Talle dowe en

⁶⁰ Braddock D & Parish S in Albrecht GL, Seelman KD & Bury M (reds) (2001) 47.

⁶¹ Stein MA & Stein PJS "Beyond Disability Civil Rights" 2007 *Hastings Law Journal* 1207.

⁶² *Ibid* en *Public Law* 94-142; en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 230.

⁶³ Braddock D & Parish S in Albrecht GL, Seelman KD & Bury M (reds) (2001) 47.

⁶⁴ Soos bespreek in paragraaf 3.5 en 4 van hoofstuk 2 *supra*.

blinde persone het egter kapsie gemaak teen hul gesegregeerde onderrig, aangesien dit nadelig vir hul ontwikkeling was. Dit is dus opmerklik dat daar in die tydperk van 1963 tot 1978 'n daling was in die persentasie blinde en dowe persone wat in residensiële skole vir blindes en dowes onderrig ontvang het.⁶⁵

Federale wetgewing wat voor die ADA spesifiek op gestremdheid betrekking gehad het, was die Rehabilitasiewet wat op 26 September 1973 aangeneem is.⁶⁶ Dié wet het die eerste statutêre bepaling in die VSA bevat wat diskriminasie teen persone met gestremdhede verbied het.⁶⁷ Volgens Degener⁶⁸ was hierdie wetgewing destyds revolusionêr. In die volgende afdeling gaan met hierdie wetgewing gehandel word.

3. Die Rehabilitasiewet

3.1 Inleiding

Voor inwerkingtreding van die Rehabilitasiewet is daar min ten opsigte van persone met gestremdhede op federale vlak gedoen om deelname aan, en gelyke toegang tot, federale befondsing te bewerkstellig en aan te moedig. Die Rehabilitasiewet het hierdie posisie verander.

⁶⁵ Braddock D & Parish S in Albrecht GL, Seelman KD & Bury M (reds) (2001) 48; volgens die "American Printing House for the Blind (1999)" het hierdie syfers in 1998 gedaal tot 'n skrale 8%.

⁶⁶ *Public Law* 93-112.

⁶⁷ Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 230; en "The Rehabilitation Act of 1973" <<http://www.bu.edu/cpr/reasaccom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

⁶⁸ Degener T in Lawson A en Gooding C (reds) (2005) 89.

Hierdie wetgewing is grootliks ingespan om werksgeleenthede en opleiding aan volwasse persone met gestremdhede te bied en was van toepassing op federale liggame wat federale befondsing ontvang soos kolleges wat deelneem aan federale studente-leningsprogramme, federale werksgeleenthede en indiensneming, en sake-ondernemings wat federale kontrakte ontvang.⁶⁹ Die wet verwys ook na openbare skole se onvermoë vir sover dit onderwys vir studente met gestremdhede betref.

Die wet bestaan uit sewe dele wat handel oor beroepsrehabilitasiedienste (title I, vocational rehabilitation services); navorsing en opleiding (title II, research and training); professionele ontwikkeling en spesiale projekte en verduidelikings (title III, professional development and special projects and demonstrations); Nasionale Raad oor Gestremdheid⁷⁰ (title IV, National Council on Disability); regte en voorspraak (title V, rights and advocacy); arbeidsgeleenthede vir individue met gestremdhede (title VI, employment opportunities for individuals with disabilities); en dienste en sentra om selfstandigheid te bevorder (title VII, independent living services and centers for independent living).

Afdeling V van die Rehabilitasiewet met die titel “rights and advocacy” is die kern van die wet.⁷¹ Dit handel veral met diskriminasie, maar bevat ook

⁶⁹ “The Rehabilitation Act of 1973” <<http://www.bu.edu/cpr/reasacom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

⁷⁰ Die “National Council on Disability” van titel IV van die Rehabilitasiewet.

⁷¹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M & Kimber C (reds) (1993) 21.

bepalings wat oor beroepsonderwys handel. Om hierdie rede word vir huidige doeleindes slegs gefokus op bepalings vervat in afdeling V in verband met diskriminasie. Dit is hierdie bepalings wat vervolgens in oorweging geneem word.

3.2 Artikel 501 van die Rehabilitasiewet

Artikel 501 is deel van afdeling V wat handel oor regte en voorspraak (“rights and advocacy”). Volgens artikel 501 (a)(1) word ’n “Interagency Committee on Employees who are Individuals with Disabilities” opgerig. Die doel hiervan was om ’n fokus op federale en ander werksgeleenthede vir individue met gestremdheid te plaas. Die komitee moes in samewerking met elke departement, agentskap en liggaam binne die federale uitvoerende gesag op ’n periodieke basis die beleid oor geskiktheid, plasing, en bevordering van persone met gestremdhede hersien. Verder moes die komitee ook verseker dat aan die spesiale behoeftes van gestremde persone voldoen word.

Artikel 501(2)(b) verbied diskriminasie op arbeidsterrein binne die uitvoerende sfeer van die federale regering.⁷² Hierdie artikel bepaal dat alle liggame in die federale uitvoerende gesag binne 180 dae regstellende aksieplanne vir die indiensneming, plasing en bevordering van persone met gestremdhede moet voorlê. Dié planne moet die spesiale behoeftes van gestremde persone en die wyses waarop dit hanteer gaan word uiteensit. Die

⁷² “The Rehabilitation Act of 1973” <<http://www.bu.edu/cpr/reasacom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

artikel vereis verder van die federale agentskappe om jaarliks hierdie regstellende aksieplanne te hersien.

3.3 Artikel 502 van die Rehabilitasiewet

Artikel 502 van afdeling V skep die “Architectural and Transportation Barriers Compliance Board” (ATCB). Ingevolge artikel 502 6(B)(b)(1) is die funksie van hierdie raad om te verseker dat daar voldoen word aan die standaard wat voorgeskryf word kragtens die “Architectural Barriers Act” (soos bespreek in paragraaf 2 *supra*).⁷³ Geboue wat deur federale befondsing opgerig en onderhou word, moet so ontwerp word dat dit vir persone met fisieke gestremdhede toeganklik is. Artikel 502(B)(b)(1) vereis dat alle standaard ingevolge dié wet nagekom moet word en nie strydig met die bepaling van die artikel mag wees nie.

3.4 Artikel 503 van die Rehabilitasiewet

Hierdie artikel is van toepassing op federale kontrakte, dit wil sê federale regeringkontraakteurs en sub-kontraakteurs met kontrakte van meer as \$10 000. Werkgewers met federale kontrakte, soos kolleges en universiteite, instansies waar opleidingsprogramme gevolg word, privaat verdedigings- en navorsingsmaatskappye, val onder hierdie artikel. Hierdie werkgewers moet ingevolge artikel 503 regstellende aksie ten gunste van persone met gestremdhede toepas. Arbeidsdiskriminasie op grond van gestremdheid

⁷³ *Public Law* 90-480, 82 Stat. 718, gekodifiseer by 42 U.S.C.§ 4151 van 12 Augustus 1968; en sien in die verband paragraaf 2 *supra* en *op cit* vn 45 van hierdie hoofstuk wat ook na hierdie wet verwys.

deur genoemde kontrakteurs en sub-kontrakteurs word ook verbied.⁷⁴
Ongelukkig is hierdie artikel nie afdwingbaar teen privaat kontrakteurs nie.⁷⁵

3.5 Artikel 504 van die Rehabilitasiewet

Hierdie artikel bevat die bekendste anti-diskriminasiebepaling van die Rehabilitasiewet. Dit lui soos volg:

No otherwise qualified handicapped individual in the United States, as defined in section 7(6), shall, solely by reason of his handicap, be excluded from the participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance.

Dit beteken dat geen gekwalifiseerde persoon met 'n gestremdheid⁷⁶ uitgesluit mag word van deelname aan; ontnem mag word van enige voordele verbonde aan; of onderwerp mag word aan diskriminasie deur enige program of aktiwiteit wat federale finansieringsbystand verkry nie. Lughawens, openbare biblioteke, kolleges, universiteite en skole wat federale befondsing ontvang word hierdeur geraak.

⁷⁴ "The Rehabilitation Act of 1973" <<http://www.bu.edu/cpr/reasaccom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

⁷⁵ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 21.

⁷⁶ Ingevolge artikel 7(7)(A) van die Rehabilitasiewet kwalifiseer iemand as 'n gestremde persoon indien hy/sy gebuk gaan aan "(1) a physical or mental impairment which substantially limits one or more of such person's major life activities; (2) has a record of such impairment; or (3) is regarded as having such an impairment".

Die nodige reëls en prosedures vir afdwinging van artikel 504-bepalings het nie ten tyde van inwerkingtreding van die wet bestaan nie. Artikel 504 is in 1978 gewysig deur die “Rehabilitation, Comprehensive Services, and Developmental Disabilities Amendments”.⁷⁷ Dié wysigings het bepaal dat elke federale agentskap sy eie regulasies met betrekking tot artikel 504 moet publiseer.⁷⁸ Die regulasies staan bekend as artikel 504-regulasies.

Dié artikel 504-regulasies het die anti-diskriminasiebepaling in werking gestel en is ook gebruik om artikel 504 te interpreteer. Die regulasies bepaal dat aanpassings gemaak moet word om gestremde persone redelik te akkommodeer (“reasonable accommodation”). Dit beteken dat gestremde persone se deelname aan alle programme of aktiwiteite moontlik gemaak moet word en kommunikasiefasiliteite vir gehoor- of gesiggestremdes beskikbaar gestel word. Dit beteken ook dat terreine en geboue vir gestremde persone toeganklik gemaak moet word. Indien nodig moes strukturele veranderinge aan geboue aangebring word ten einde toegang vir gestremdes te verseker.⁷⁹

⁷⁷ *Public Law* 95-602.

⁷⁸ “Disability Rights Law” <http://www.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html> (laaste besoek op 31 Maart 2008); ook “A Guide to Disability Rights Laws” <<http://www.usdoj.gov/crt/ada/cguide.htm>> (laaste besoek op 31 Maart 2008); Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 24.

⁷⁹ “Disability Rights Law” <http://www.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html> (laaste besoek op 31 Maart 2008); ook “A Guide to Disability Rights Laws” <<http://www.usdoj.gov/crt/ada/cguide.htm>> (laaste besoek op 31 Maart 2008).

Die 1978-wysigings het ook die werking van artikel 504 verbreed⁸⁰ aangesien dit ook op die uitvoerende gesag van die federale regering - federale agentskappe - en op die VSA se posdiens van toepassing gemaak is. In die verband moes die hoof van die betrokke agentskappe die nodige regulasies promulgeer om aan dié wysiging van artikel 504 uitvoering te gee.

Die 1978-wysigings aan die Rehabilitasiewet het die federale regering as't ware 'n model-werkgewer gemaak. Die federale regering onderneem nie alleen om die bepalings teen diskriminasie op grond van gestremdheid deur te voer nie, maar ook om regstellende aksie by wyse van kwotas te implementeer.⁸¹

Verder moedig artikel 504 die ontwikkeling van steundienste vir persone met gestremdhede by kolleges en universiteite aan.⁸² Die artikel vereis egter nie dat spesiale onderrigprogramme vir studente met gestremdhede ontwikkel word nie.⁸³ Die aard en inhoud van hierdie steundienste word duidelik in *Robert T. McGregor v. Louisiana State University Board of Supervisor* uiteengesit.⁸⁴

⁸⁰ "Disability Rights Law" <http://www.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html> (laaste besoek op 31 Maart 2008).

⁸¹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 25.

⁸² Artikel 504(b)(2)(A) en (B) van die Rehabilitasiewet.

⁸³ *Robert T. McGregor v. Louisiana State University Board of Supervisors* 3 F.3d 850, 3 ADD 354 van 24 September 1993.

⁸⁴ *Ibid.*

McGregor het weens 'n motorongeluk kop- en ruggraatbeserings opgedoen wat permanente fisieke gestremdheid tot gevolg gehad het. Ten spyte van sy fisieke gestremdheid was McGregor vasbeslote om 'n loopbaan in die regte te volg en het by die Louisiana Staatsuniversiteit ingeskryf. Hy het as regsstudent versoek om op verskeie wyses geakkommodeer te word. Alhoewel die regskool op talle gebiede ruim voorsiening gemaak het om McGregor redelikerwys te akkommodeer by wyse van steundienste, het hy nie die eksamen geslaag nie. McGregor het egter addisionele akkommodering en voorkeur behandeling versoek wat sou beteken dat die regskool sy akademiese standaard beduidend moes wysig. Hy wou onder andere ten spyte van sy swak punte toegang tot die volgende jaar verkry. Die hof beslis dat sy versoek dat die regskool sy program moet wysig buite die toepassingsveld van artikel 504 is. Die artikel vereis wel dat instansies voorbereidings moet tref om toepaslike akademiese aanpassings en redelike wysigings aan beleid en praktyk aan te bring ten einde volle deelname te verseker.⁸⁵ Voorkeurbehandeling, soos wat McGregor versoek, is egter ontoelaatbaar. Wat wel uitgeskakel moet word, is nadelige behandeling van 'n persoon met 'n gestremdheid, weens die betrokke gestremdheid.

Ten einde uitvoering te gee aan artikel 504, die anti-diskriminasiebepaling, moet gestremde persone redelik geakkommodeer word. Die positiewe verpligting wat op federale agentskappe geplaas word om gestremde persone redelik te akkommodeer, soos voorheen genoem, is in die artikel 504-regulasies vervat. Hierdie regulasies word gebruik om die anti-diskriminasiebepaling te interpreteer.

⁸⁵ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 23.

Die hoewe gebruik ook hierdie regulasies as interpretasie-strategie met betrekking tot redelike akkommodasie. Om hierdie rede voer Quinn⁸⁶ aan dat artikel 504 nie op sigwaarde enige positiewe verpligting op die federale agentskappe plaas nie, maar dat enige sodanige verpligtinge deur die hoewe geïmpliseer word. Martha McCluskey verduidelik dit soos volg:⁸⁷

(I)f section 504 simply required equal treatment of people with disabilities and non-disabled people, it would fail to address the particular disadvantages faced by people with disabilities. . . Accordingly, courts have generally adopted a “reasonable accommodation” approach to section 504. Reasonable accommodation goes beyond a simple equal treatment principle to require changes in some practices and structures to alleviate the disadvantageous effects of physical differences.

Die redelike akkommodasie benadering tot artikel 504 wat deur die hoewe gevolg word, het in praktyk die effek dat daadwerklike positiewe optrede ten gunste van persone met gestremdhede gevolg word.

3.5.1 Redelike akkommodasie en artikel 504 van die *Rehabilitasiewet*

Elke federale liggaam moes sy eie stel artikel 504-regulasies promulgeer wat van toepassing is op sy program. Ten einde toegang tot werksgeleenthede te verseker, vereis die artikel 504-regulasies redelike akkommodasie ten behoeve van persone met gestremdhede. Dit sou,

⁸⁶ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 23.

⁸⁷ McCluskey M “Rethinking Equality and Difference: Disability Discrimination and Public Transportation” 1988 *Yale Law Journal* 866-867 in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 23.

soos voorheen in paragraaf 3.5 *supra* genoem, aanpassings insluit om deelname aan alle programme of aktiwiteite moontlik te maak;⁸⁸ om kommunikasiefasiliteite vir gehoor- of gesiggestremdes beskikbaar te stel; terreine en geboue toeganklik te maak; en om indien nodig strukturele veranderinge aan geboue aan te bring⁸⁹ om toegang te verseker.⁹⁰

Alhoewel artikel 504 destyds ongekend en revolusionêr was, bevat die artikel tog inherente beperkings waarvan sommige vervolgens bespreek word.

⁸⁸ "Program or activity" na verwys in artikel 504(a) word ingevolge artikel 504(b) omskryf as:

(1)(A) a department, agency, special purpose district, or other instrumentality of a State or of a local government; or (B) the entity of such a State or local government that distributes such assistance and each such department or agency (and each other State or local government entity) to which the assistance is extended, in the case of assistance to a State or local government; (2)(A) a college, university, or other postsecondary institution, or a public system of higher education; or (B) a local educational agency (as defined in section 14101 of the Elementary and Secondary Education Act of 1965), system of vocational education, or other school system; (3)(A) an entire corporation, partnership, or other private organization, or an entire sole proprietorship- (i) if assistance is extended to such corporation, partnership, private organization, or sole proprietorship as a whole; or (ii) which is principally engaged in the business of providing education, health care, housing, social services, or parks and recreation; or (B) the entire plant or other comparable, geographically separate facility to which Federal financial assistance is extended, in the case of any corporation, partnership, private organization, or sole proprietorship; or (4) any other entity which is established by two or more of the entities described in paragraph (1), (2), or (3); any part of which is extended Federal financial assistance.

⁸⁹ Artikel 504(a) en (c) van die Rehabilitasiewet.

⁹⁰ "Disability Rights Law" <http://www.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html> (laaste besoek op 31 Maart 2008); ook "A Guide to Disability Rights Laws" <<http://www.usdoj.gov/crt/ada/cguide.htm>> (laaste besoek op 31 Maart 2008).

3.5.1.1 *Beperking met betrekking tot die strekking van artikel 504*

Artikel 504 se werking is beperk tot gevalle waar die federale regering self, of 'n ander instelling wat in 'n noue of kontraktuele verhouding met die federale regering staan, betrokke is. Dit is die vereiste van “proximity” tot die federale regering.⁹¹ Hierdie vereiste is egter beperkend in *Grove City College v. Bell* uitgelê.⁹²

Die meeste privaat werkgewers sal dus nie binne die werking van die bepaling van artikel 504 val nie, behalwe as hulle by federale kontrakte betrokke is, federale handellisensiehouers is, federale persele huur of op enige ander wyse betreklik nou by die federale regering betrokke is.

3.5.1.2 *Ongespesifiseerde afdwingingsmeganismes van artikel 504*

Soos voorheen in paragraaf 3.5 *supra* genoem, het die reëls en prosedures vir afdwinging van die artikel 504-bepalings nie ten tyde van die inwerkingtreding van die wet bestaan nie. Die federale agentskappe was ook nie haastig om die nodige voorskrifte te laat afkondig nie. Artikel 504 is - soos voorheen in paragraaf 3.5 *supra* genoem - in 1978 gewysig en dié wysigings het bepaal dat elke federale agentskap sy eie regulasies met betrekking tot artikel 504 moet publiseer.⁹³

⁹¹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 24.

⁹² 465 U.S. 555 (1984).

⁹³ “Disability Rights Law” <http://www.fcc.gov/cgb/dro/504/disability_primer_1.html> (laaste besoek op 31 Maart 2008); ook “A Guide to Disability Rights Laws” <<http://www.usdoj.gov/>

Dié publiserings van elke federale agentskap se afsonderlike regulasies het nie met die nodige samewerking tussen die verskillende federale agentskappe plaasgevind nie. Dit het gevolglik tot 'n aantal probleme aanleiding gegee. Eerstens was daar 'n gebrek aan koördinerende van die federale agentskappe se verantwoordelikhede wat tot verwarring gelei het oor watter agentskap aan bepaalde afgekondigde regulasies uitvoering moes gee en watter agentskap nie. 'n Verdere probleem wat ontstaan het was dat waar regulasies reeds bestaan het, daar min of geen addisionele federale befondsing beskikbaar was om die uitgawes verbonde aan die voorsiening van redelike akkommodasie te dek. Openbare instellings was gevolglik in die netelige posisie om fondse wat vir ander projekte bedoel was, aan te wend om redelike akkommodasie te voorsien, of om die onafwendbare regstappe wat teen hulle ingestel kon word, af te wag.⁹⁴

3.5.1.3 *Die reg van 'n privaat persoon om artikel 504 af te dwing*

Die Amerikaanse Hooggeregshof het in *Consolidated Rail Corp'n. v. Darone*⁹⁵ die reg van 'n privaat persoon om 'n siviele aksie (teen 'n ander persoon en in die besonder maatskappye) ingevolge artikel 504 in te stel erken.

crt/ada/cguide.htm> (laaste besoek op 31 Maart 2008); Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 24.

⁹⁴ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 24.

⁹⁵ 465 US 624 (1984), paragrawe 1 - 4.

Die hof verwys in *Consolidated Rail Corpn. v. Darone*⁹⁶ na die vroeëre beslissing van *Trageser v. Libbie Rehabilitation Center, Inc.*⁹⁷ Hierin maak die hof die opmerking dat die taal en geskiedenis van artikel 504 van die wet 'n wyer uitleg noodsaak om die reg van 'n privaat persoon om artikel 504 af te dwing te erken.

Met betrekking tot die privaatregtelike werking van artikel 504 van die Rehabilitasiewet beslis die Amerikaanse Hooggeregshof in *Consolidated Rail Corpn. v. Darone* dat 'n privaat eiser *locus standi* ingevolge artikel 504 het om 'n eis weens arbeidsdiskriminasie in te stel. Dit gebeur volgens die hof indien die eiser kan bewys dat daar in die werkplek gediskrimineer word teen persone met gestremdhede ten behoeve van wie federale bystand ingevolge die Rehabilitasiewet, voorsien moet word.⁹⁸

3.5.1.4 Diskriminasie op veelvoudige gronde

Artikel 504 bepaal dat “[n]o otherwise qualified handicapped individual in the United States, as defined in Section 7(6), shall, solely [my beklemtoning] by reason of his handicap, be excluded from the participation. . .”. Volgens een letterlike uitleg van hierdie bepaling is diskriminasie uitsluitlik op grond van gestremdheid 'n voldoende

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ 590 F.2d 87 (CA4 1978), cert. denied, 442 U.S. 947, 99 S.Ct. 2895, 61 L.Ed.2d 318 (1979).

⁹⁸ 465 US 624 (1984).

grond om 'n gestremde persoon deelname te ontsê. Waar diskriminasie dus op meerdere gronde, met ander woorde gestremdheid en nog (n) ander grond(e) rus, blyk die artikel letterlik vertolk, nie van toepassing te wees nie.

Tog het 'n federale distriks Hof, ten spyte van die gebruik van die woord "solely" in *Julio Cortes v. Board of Governors of State Colleges and Universities for Northeast Ill. Univ. And Santos Rivera*⁹⁹ beslis dat waar diskriminasie op meerdere gronde plaasvind, artikel 504 wel van toepassing is.

Die hof verwys in dié 1990-saak na die ADA en wys daarop dat die woord "solely" nie daarin voorkom nie. Die hof argumenteer dat:

. . . [h]ad Congress believed the word created a difference . . . that was desirable in legislation concerning discrimination against persons with disabilities, it seems that the word would have been used in this new legislation. . .

Aangesien die Amerikaanse Kongres nie weer die woord "solely" gebruik het nie, is die federale distriks Hof in die *Julio Cortes*-saak van mening dat artikel 504 nie diskriminasie uitsluitlik op grond van gestremdheid uitsluit nie. Die artikel bied dus ook beskerming wanneer diskriminasie gelyktydig op gestremdheid en (n) ander

⁹⁹ No. 89 C 3449, 1990 WL 186425 (Mem.Op. November 14, 1990) paragrawe 8 - 10.

grond(e) berus. Dit is onwaarskynlik dat die howe van hierdie siening sal afwyk aangesien dit die oogmerk van artikel 504 sal verydel.¹⁰⁰

Dit is belangrik om in gedagte te hou dat, alhoewel die ADA in die 1990's in werking getree het, die Rehabilitasiewet van die 1970's steeds van krag is. Dit beteken dat artikel 504 van die Rehabilitasiewet byvoorbeeld steeds van toepassing is op staatsonderwys wat federale befondsing ontvang. Die "Department of Health, Education and Welfare" (DHEW) het gedetailleerde regulasies ingevolge artikel 504 van die Rehabilitasiewet in verband met onderwys uitgevaardig.¹⁰¹ Dié DHEW-regulasies het die bepaling teen diskriminasie ingevolge artikel 504 van die Rehabilitasiewet geïnterpreteer om toepaslike openbare onderwys vir kinders met gestremdhede te bewerkstellig.¹⁰²

3.6 Die verband tussen die Rehabilitasiewet en die ADA

Soos reeds genoem, was die Rehabilitasiewet 'n belangrike mylpaal in gestremdheidsreg in die VSA. Die belangrikheid hiervan is tweërlei. Eerstens lê die belang daarin dat hierdie wet die eerste omvattende statutêre bepaling in die VSA bevat wat diskriminasie teen persone met gestremdhede verbied het.¹⁰³ Tweedens lê afdeling IV van die Rehabilitasiewet die

¹⁰⁰ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 25.

¹⁰¹ DHEW 34 CFR 104 (1990).

¹⁰² Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 27.

¹⁰³ "The Rehabilitation Act of 1973" <<http://www.bu.edu/cpr/reasaccom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

grondslag vir die aanvaarding van die wetsontwerp van die ADA gestel het. Die verband tussen afdeling IV van die Rehabilitasiewet en die aanvaarding van die wetsontwerp van die ADA word hieronder uiteengesit.

Afdeling IV van die Rehabilitasiewet het die Nasionale Raad vir Gestremdes tot stand gebring. Hierdie raad het aanvanklik binne die “Department of Health, Education and Welfare” (DHEW) gefunksioneer, maar is sedert 1984 ’n onafhanklike agentskap wat fokus op federale gestremdeheidsbeleid. Dié raad het in 1986 ’n mylpaalverslag met die titel “Toward Independence” uitgebring. Hierdie verslag is in 1988 opgevolg met die verslag “On the Threshold of Independence” wat die hoofdryfveer was vir die aanname van die ADA. Dié 1988-verslag is saam met ’n gemotiveerde ADA-wetsontwerp uitgebring, wat dit vir die Amerikaanse Kongres onmoontlik gemaak het om wetgewing oor Amerikaners met gestremdhede verder uit te stel.¹⁰⁴

Heelwat van die bewoording in die Rehabilitasiewet het ook in die latere ADA verskyn. Die grondslag vir die beskerming van persone met gestremdhede is dus te vinde in die eersgenoemde wet waarvan veral van belang is die bepaling in artikel 504 in afdeling V van die wet met betrekking tot die “non-discrimination mandate for all institutions receiving federal funds, covering areas such as education, employment, and housing”.¹⁰⁵ Hierdie mandaat is later ingevolge die ADA na die privaat sektor uitgebrei.

¹⁰⁴ “On the Threshold of Independence” by <<http://www.ncd.gov/newsroom/publications/1988/threshold.htm>> (laaste besoek op 30 Mei 2008).

¹⁰⁵ Heyer K in Nielsen LB en Nelson RL (reds) (2005) 241. Alhoewel hierdie wetgewing die ontvangers van federale fondse verbied het om teen persone met gestremdhede te diskrimineer, merk Stein en Stein op dat “these instruments continued certain medical model notions by determining that individuals are disabled due to “special” medical problems and were therefore

Volledigheidshalwe word op enkele tersaaklike kwessies met betrekking tot opvoeding van persone met gestremdhede gefokus. Die ADA en die impak daarvan op die gestremdheidsdiskoers word daarna bestudeer.

4. Wetgewing oor opvoeding en relevante regspraak

Die VSA se grondwet maak nie voorsiening vir die reg op onderwys nie – in besonder nie op gelyke toegang tot onderwys nie. Die ontwikkelende staatsonderwysstelsel het gevolglik 'n neiging gehad om sekere groepe kinders geheel en al van onderwys uit te sluit, of om gesegregeerde voorsiening te maak vir sekere groepe kinders. So het nie alleen kinders met gestremdhede aparte of gesegregeerde onderrig ontvang nie, maar ook kinders van verskillende rassegroepe. Die welbekende beslissing in *Brown v. Board of Education*¹⁰⁶ het daartoe bygedra dat daar ook 'n verandering in denkrigting ingetree het oor die onderwys van kinders met gestremdhede. Die *Brown*-saak het gehandel oor gesegregeerde onderrig op grond van ras en die 14de Amendement se vereiste van gelyke regsbeskerming. Die Amerikaanse Hooggeregshof het in daardie saak beslis dat “separate but equal” nie 'n plek in die openbare onderwys het nie. Die hof verklaar onder andere soos volg:¹⁰⁷

In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an

dependent on social services and institutions”, Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1207 in die verband.

¹⁰⁶ 347 US 483 (1954).

¹⁰⁷ 347 US 483, 493 & 494 (1954).

education. . . separate education facilities are inherently unequal. . .
.[and] . . . to separate children from others of similar age and
qualifications solely because of their race generates a feeling of
inferiority as to their status in the community that may affect their
hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.

Volgens Quinn kan hierdie argument ook deurgevoer word na kinders met gestremdhede.¹⁰⁸ Deur 'n kind met 'n gestremdheid vroeg te skei van die nie-gestremde kinders, kan maklik tot skeiding buite die skool lei en later tot gevolg hê dat die gestremde persoon nie op gelyke basis met ander mense om beskikbare geleenthede kan meeding nie.¹⁰⁹

Ten einde die belange van kinders met gestremdhede te beskerm is daar sedert 1966 maatreëls getref om kinders met gestremdhede se reg op onderwys te beskerm. Die "Elementary and Secondary Education Amendments Act" (ESEA)¹¹⁰ is in daardie jaar deur die Amerikaanse Kongres aangeneem. Ingevolge hierdie wet is 'n "Bureau of Education for Handicapped" (BEH) gestig om 'n beleidmakende rol te speel.¹¹¹ Die wet het ook voorsiening gemaak vir 'n program waarvolgens welsynstoelae betaalbaar was, maar geen riglyne is bekendgemaak oor die prosedure wat gevolg moes word om die program in werking te stel nie.¹¹² Die "Education of the Handicapped Act" (EHA)¹¹³ van

¹⁰⁸ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Public Law* 89-750.

¹¹¹ Titel VI van die Wet met betrekking tot "Elementary and Secondary Education Amendments Act" van 1966.

¹¹² Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 27.

¹¹³ *Public Law* 92-230.

1970 magtig die “Office of Education” om subsidies aan universiteite te betaal wat navorsing op die gebied van gestremdheid en onderwys onderneem.¹¹⁴

Die benaderings gevolg in die genoemde *Brown*-saak is byna twintig jaar later deur die VSA Appèlhof in *Pennsylvania Association For Retarded Children (PARC) v. Pennsylvania*¹¹⁵ op onderwys vir gestremde leerlinge toegepas. In hierdie saak waarin die belange van kinders met gestremdhede op die spel was, is die Amerikaanse Kongres bewus gemaak van die betekenis van die 14de Amendement wat betref gestremde kinders se reg op gelyke beskerming en die noodsaaklikheid van omvattende wetgewing in die verband.

In die *PARC*-saak is ’n skikking tussen *PARC* en die Statebond¹¹⁶ van Pennsilvanië met betrekking tot onderwys vir intellektueel gestremde kinders bereik. Die geskil het ontstaan toe die Statebond van Pennsilvanië (“Commonwealth of Pennsylvania”) geweier het om kinders met erge intellektuele gestremdhede te onderrig. Alhoewel hierdie aangeleentheid nooit op ’n verhoor uitgeloop het nie, lê die belangrikheid van hierdie saak daarin dat daar ooreengekom is dat ’n kind met ’n gestremdheid nie van onderwys sonder “careful due process (of law)” uitgesluit kan word nie. Verder is die beginsel onderstreep dat dit die verantwoordelikheid van skole is om toepaslike programme vir gestremde kinders aan te bied. Hierdie skikking het ’n geweldige

¹¹⁴ *Op cit* vn 112.

¹¹⁵ 343 F. Supp. 279 (E.D.Pa 1972).

¹¹⁶ Vier state van die VSA word na verwys as “commonwealth”, hierdie state is Kentucky, Massachusetts, Virginia en Pennsilvanië. Formeel word na Pennsilvanië verwys as “Commonwealth of Pennsylvania”.

impak op spesiale onderwys in Pennsilvanië gehad. Dit het beteken dat kinders wat in staat is om te kan leer geregtig is om in 'n openbare skool onderrig te word, ongeag die graad van die betrokke kind se gestremdheid. Ná hierdie skikking kon openbare skole nie meer kinders met gestremdhede wegwys op grond van die feit dat hulle nie aan die gestremde kind se spesiale onderwysbehoefte kan voorsien nie. Voortaan was openbare skole dus verplig om ook spesiale onderwysprogramme aan te bied.¹¹⁷

Wysigings van die "Education of the Handicapped Amendment Act" (EHA)¹¹⁸ is in 1974 aangeneem. Dit bepaal uitdruklik dat kinders met gestremdhede 'n reg op onderwys het. Die wet magtig ook addisionele befondsing aan state om kinders met gestremdhede in gewone skole te integreer.¹¹⁹

Die belangrikste wet wat in die onderhawige verband ná die *PARC*-saak op die wetboek geplaas is, was die "Education for All Handicapped Children Act" (EAHCA) van 1975.¹²⁰ Om erkenning te verleen aan die menswaardigheid van die kind is die benaming van die wet in 1990 verander na die "Individuals with Disabilities Education Act" (IDEA).¹²¹ Hierdie wet is van toepassing op openbare

¹¹⁷ 343 F. Supp. 279 (E.D.Pa 1972).

¹¹⁸ Wysigings tot die "Education of the Handicapped Act" word aangebring in 1974, "Education of the Handicapped Amendments of 1974", *Public Law* 93-380, en wysigings word in 1975 aangebring deur die "Education of All Handicapped Children Act" van 1975.

¹¹⁹ *Public Law* 93-380; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 27.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Die titel verandering is inwerking gestel deur die "Education of the Handicapped Act Amendments (EHA)", *Public Law* 101-476 van 1990. Dié IDEA is later gewysig deur "The Individuals with Disabilities Education Improvement Act", *Public Law* 108-446 van 2004.

skole wat deur die federale regering befonds¹²² word en waarborg gelyke, gratis en geskikte openbare onderwys vir kinders met gestremdhede.¹²³

Van verdere belang is die aanvaarding in 1975 van die “Developmental Disabled Assistance and Bill of Rights Act”.¹²⁴ Die wet het die vroeëre “Developmental Disabilities Services and Facilities Construction Act” hersien en ten doel gehad om die reg op onderwys van persone met ontwikkelingsgestremdhede uit te brei.¹²⁵ Hierdeur is persone met ontwikkelingsgestremdhede se reg op behoorlike behandeling, dienste en verblyf uitgebrei.¹²⁶

5. Wet op Amerikaners met Gestremdhede van 1990 (Americans with Disabilities Act of 1990 - ADA)

5.1 Indeling van die ADA

Die ADA, stewig gegrond op waarborge oor gelyke behandeling vervat in die Wet op Burgerregte,¹²⁷ is op 26 Julie 1990 deur president Bush onderteken. Die ADA omvat wetsartikels wat handel oor definisies, Amerikaanse Kongresbevindinge (Congressional findings), Kongresmagtiging

¹²² Die doel van die wet, *Public Law* 101-476; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 28.

¹²³ “Free Appropriate Public Education” of “FAPE” soos gewaarborg kragtens artikel 504 van die Rehabilitasiewet van 1973.

¹²⁴ *Public Law* 94-103, van 1975.

¹²⁵ Abstrak tot *Public Law* 94-103 van 1975; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 34.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Heyer K in Nielsen LB en Nelson RL (reds) (2005) 254.

(Congressional authority) en 'n verdere indeling van die wet in vyf substantiewe dele: Deel I (artikels 101 – 108) handel oor diskriminasie teen werknemers; deel II (artikels 201 - 246) handel oor dienste wat deur openbare instansies gelewer word; deel III (artikels 301 - 310) handel oor gestremdheidsdiskriminasie deur privaat instansies; deel IV (artikels 401 - 402) handel oor telekommunikasie, televisie-uitsendings en verwante sake; en deel V (artikels 501 - 514) handel oor verskeie ander sake relevant vir persone met gestremdhede.

Die bespreking oor die ADA in hierdie afdeling verloop ooreenkomstig bogenoemde uiteensetting van die wet. Die bespreking sal dus eerstens fokus op kongresbevindinge soos vervat in artikel 2, die definisie van gestremdheid soos vervat in artikel 3, en daarna sal die vyf dele van die wet behandel word.

5.2 Amerikaanse Kongresbevindinge

Alhoewel die historiese agtergrond tot die ADA nie vir huidige doeleindes gedetailleerd bespreek gaan word nie, is dit van belang om 'n paar gebeure uit te lig wat noodwendig terugverwys na die bespreking in paragraaf 3.6 *supra* wat die Rehabilitasiewet betref.

Soos in paragraaf 3.6 *supra* genoem, lê die belangrikheid van die Rehabilitasiewet nie alleen daarin dat dié wet die eerste statutêre bepaling in die VSA bevat het wat diskriminasie teen persone met gestremdhede verbied het nie,¹²⁸ maar ook dat afdeling IV van daardie wet die grondslag gestel het

¹²⁸ "The Rehabilitation Act of 1973" <<http://www.bu.edu/cpr/reasaccom/whatlaws-rehaba.html#S501>> (laaste besoek op 27 Maart 2008).

vir aanvaarding van die ADA-wetsontwerp. Soos voorheen uitgewys in paragraaf 3.6 *supra*, het afdeling IV van die Rehabilitasiewet die Nasionale Raad vir Gestremdes tot stand gebring. Hierdie raad wat aanvanklik binne die “Department of Health, Education and Welfare” (DHEW) gefunksioneer het, is sedert 1984 ’n onafhanklike agentskap wat fokus op federale gestremdheidsbeleid. Dié raad het in 1986, ’n mylpaalverslag met die titel “Toward Independence” en in 1988 die opgevolgverslag “On the Threshold of Independence” uitgebring. Die bevindinge in laasgenoemde verslag is in Januarie 1988 aan die president en die Amerikaanse Kongres (die Kongres) oorhandig.¹²⁹

Die bevindinge in die 1988-verslag, wat ’n omvattende wetsontwerp vir burgerregte vir persone met gestremdhede voorgestel het, was die hoofdryfveer vir die aanname van die ADA. Die bevindinge van die raad en die gemotiveerde ADA-wetsontwerp in die verslag, het dit vir die Kongres onmoontlik gemaak om wetgewing oor Amerikaners met gestremdhede verder uit te stel.¹³⁰

Hierdie ontwikkelinge was die aanloop tot die Kongres se aanstel van ’n taakgroep wat gestremde Amerikaners se ondervindinge moes dokumenteer. Die taakgroep het gestremde Amerikaners se ervarings weens diskriminasie wat hulle weens hul gestremdheid ondervind het gedokumenteer. Dit het

¹²⁹ Weicker LP “Historical Background of the Americans with Disabilities Act” 1991 (64) *Temp. L. Rev.* 387, 387-389.

¹³⁰ “On the Threshold of Independence” by <<http://www.ncd.gov/newsroom/publications/1988/threshold.htm>> (laaste besoek op 30 Mei 2008).

uiteindelik op 'n aantal aanhore (“hearings”) voor die Kongres uitgeloopt. Elf openbare aanhore het voor die Huis van Verteenwoordigers en drie voor die Senaat plaasgevind. In hierdie aanhore het die Kongres eerstehandse inligting ontvang van die vooroordeel en diskriminasie wat gestremde persone daaglik in die VSA ondervind het.¹³¹

Die Kongres het deur die talle gedokumenteerde ondervindings en aanhore verneem dat miljoene gestremde Amerikaners steeds diskriminasie en segregasie in hul daaglikse lewe ondervind.¹³² Die getuienis voor die Kongres het 'n prentjie van daaglikse, ongehinderde diskriminasie op grond van gestremdheid in elke sfeer van gestremde Amerikaners se lewe geskets.¹³³

Die ADA is in 1989 tydens die 101ste Senaatsitting by die Senaat ingedien.¹³⁴ Hierna het die Senaat ten gunste van die wetsontwerp gestem en dit na die Huis van Verteenwoordigers vir aanvaarding gestuur. Na aanvaarding in beide huise het die ADA op 26 Julie 1990 in werking getree.

Die bevindinge van die Kongres, na aanleiding van die aanhore oor die noodsaaklikheid van 'n wet oor gestremdheid, is in artikel 2 van die ADA

¹³¹ Cook TM “The Americans with Disabilities Act: The Move to Integration” 1991 *Templeton Law Review* 393 en 408; en Weicker LP “Historical Background of the Americans with Disabilities Act” 1991 *Templeton Law Review* 387-389.

¹³² Cook TM “The Americans with Disabilities Act: The Move to Integration” 1991 *Templeton Law Review* 414.

¹³³ 136ste Kongresrekord H2627, van 22 Mei 1990.

¹³⁴ Cook TM *Templeton Law Review* 393.

vervat. Hierdie bevindinge is belangrik aangesien die wet teen dié agtergrond gelees moet word.

Dié bevindinge beskryf hoe persone met gestremdhede tradisioneel afgesonder en hoe teen hulle gediskrimineer is.¹³⁵ Die Kongres bevind dat diskriminasie steeds op die gebied van arbeid, behuising, openbare akkommodasie, opvoeding, vervoer, kommunikasie, ontspanning en toegang tot openbare dienste voortduur.¹³⁶ Die Kongres verwys na sensusdata en ander studies wat aantoon dat persone met gestremdhede, as 'n groep 'n minderwaardige status in die gemeenskap beklee en dat hulle beroepsgewys en op ekonomiese, en onderwysgebied ernstig benadeel word.¹³⁷ In vergelyking met die remedies beskikbaar vir slagoffers van diskriminasie op grond van ras en geslag, het slagoffers van diskriminasie op grond van gestremdheid volgens die Kongres, dikwels geen regsmiddels tot hulle beskikking nie.¹³⁸

Dit is teen hierdie agtergrond dat die belangrikheid van artikel 2(a)(7) beklemtoon word. Die noukeurigheidsondersoek ("scrutiny") wat Amerikaanse howe ingevolge die ADA – die burgerregwetgewing gerig op die beskerming van die belange van gestremdes – moet instel ten einde 'n bevinding oor diskriminasie op grond van gestremdheid te maak, moet op dieselfde hoë vlak wees as dié wat ten opsigte van diskriminasie op grond

¹³⁵ Artikel 2(a)(1) – (2) van die ADA.

¹³⁶ Artikel 2(a)(3) van dieselfde wet.

¹³⁷ Artikel 2(a)(6) van dieselfde wet.

¹³⁸ Artikel 2(a)(4) van dieselfde wet.

van ras en geslag ingestel word. Vervolgens gaan artikel 2(a)(7) van die ADA wat hieraan gevolg gee bespreek word.

5.2.1 Artikel 2 kongresbevindinge en regsnukeurige ondersoek (“scrutiny”)

Artikel 2(a)(7) van die kongresbevindinge beskryf persone met gestremdhede soos volg:

. . . [I]ndividuals with disabilities are a *discrete and insular minority* [my beklemtoning] who have been faced with restrictions and limitations, subjected to a history of purposeful unequal treatment, and relegated to a position of political powerlessness in our society, based on characteristics that are beyond the control of such individuals and resulting from stereotypic assumptions not truly indicative of the individual ability of such individuals to participate in, and contribute to, society.

Die Kongres verwys in sy bevindinge na gestremde persone as ’n afsonderlik en geïsoleerde minderheid (“discrete and insular minority”). Hierdie frase is direk geneem uit die 1938 saak van *United States v. Carolene Products Company*,¹³⁹ ’n saak oor rassediskriminasie waarin ras as ’n eienskap van ’n afsonderlik en geïsoleerde minderheid beskou is en daarom by ’n geskil oor diskriminasie aan die hoogste vlak van regsnukeurige ondersoek onderwerp is. Gestremdheid word deur vermeldde frase aan ras gelykgestel wat aan die hoogste vlak van regsnukeurige ondersoek onderwerp word. So kondig die Kongres aan dat wetgewing en ander praktyke wat teen persone met gestremdhede diskrimineer, aan ’n strengere of verhoogde toets onderwerp

¹³⁹ 304 U.S. 144 (1938).

moet word as wat normaalweg volgens die gelykheidsbeskermingsbepaling (“equal protection clause”) kragtens die 14de Amendement geskied het.¹⁴⁰

Deur die werking van artikel 2(a)(7) verwag die Kongres dus van die howe om ’n strenger of verhoogde regsnuokeurigheidstoets toe te pas wanneer diskriminasie op grond van gestremdheid oorweeg word.¹⁴¹ Die belangrikheid van dié bepaling is duidelik as aanvaar word dat diskriminasie weens gestremdheid op dieselfde vlak van regsnuokeurige ondersoek (“scrutiny”) as diskriminasie op grond van ras deur die howe oorweeg sal moet word. Die beskerming wat ingevolge die ADA verleen word, word gevolglik gelyk gestel aan die waarborge van die Wet op Burgerregte ten opsigte van gelykheid op grond van ras of geslag.

Ten einde artikel 2(a)(7) van die kongresbevindinge beter te begryp, moet die regsposisie van gestremde persone kragtens die gelykheidsbeskermingsbepaling vóór inwerkingtreding van die ADA kortliks bespreek word. Voor die inwerkingtreding van die ADA is daar tydens hersiening ingevolge die gelykheidsbeskermingsbepaling, nie met dieselfde mate van regsnuokeurigheid oorweging gegee aan diskriminasie op grond van gestremdheid, as wat die geval ten opsigte van diskriminasie op grond van ras of geslag was nie.

¹⁴⁰ Shaman JM *Constitutional interpretation: illusion and reality* (2001) 71- 120; Tribe LH *American Constitutional Law* (1988) 1451 – 4, 1594 - 1600; en Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 46.

¹⁴¹ *Ibid.*

Daar bestaan drie grade of vlakke van strengheid waarmee diskriminasie beoordeel word, afhangende van op watter gronde daar na bewering gediskrimineer is.¹⁴² Die eerste en hoogste vlak is die van streng regsnoekeurige ondersoek (“strict scrutiny”) waarmee diskriminasie beoordeel word. Hiervolgens is ’n regsvoorskrif wat tussen groepe diskrimineer ongrondwetlik, tensy dit eng geformuleer (“narrowly tailored”) word om ’n dwingende (“compelling”) regeringsdoelwit te dien.¹⁴³ Volgens hierdie vlak van regsnoekeurige ondersoek is daar ’n vermoede van diskriminasie as ’n regsvoorskrif op grond van ras,¹⁴⁴ godsdienst, vreemdelingskap (“alienage”) en nasionale oorsprong (“national origin”) differensieer.¹⁴⁵ Die tweede en middelste vlak verg intermediêre (“intermediate scrutiny”) waarmee diskriminasie beoordeel word. ’n Regsvoorskrif is hiervolgens ongrondwetlik, tensy dit klaarblyklik verband hou (“substantially related”) met ’n belangrike regeringsdoelwit.¹⁴⁶ Volgens hierdie vlak is daar ’n vermoede van diskriminasie as ’n regsvoorskrif op grond van geslag¹⁴⁷ of buite-egtelikheid (“illegitimacy”)¹⁴⁸ differensieer. Die laagste vlak van strengheid of regsnoekeurigheids ondersoek waarmee diskriminasie beoordeel word is die rasonelegrondslagtoets (“rational-basis

¹⁴² *Op cit vn 140.*

¹⁴³ *Johnson v. California* 543 U.S. 499, 505 (2005); *Gratz v. Bollinger* 539 U.S. 244, 270 (2003); en *Republican Party of Minn. v. White* 536 U.S. 765, 774-75 (2002).

¹⁴⁴ *Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944); en Shaman JM (2001) 89.

¹⁴⁵ *Graham v. Richardson* 403 U.S. 365 (1971).

¹⁴⁶ *United States v. O’Brien* 391 U.S. 367 (1968); en Shaman JM (2001) 93.

¹⁴⁷ *Craig v. Boren* 429 U.S. 190, 197 (1976).

¹⁴⁸ *Caban v. Mohammed* 441 U.S. 380 (1979).

test”). Hiervolgens is ’n regsvoorskrif grondwetlik solank dit rederlikerwys verband hou (“reasonably related”) met ’n legitieme regeringsdoelwit.¹⁴⁹ Mense wat nie binne die streng of mees regsnoukeurige ondersoek en die intermediêre ondersoekvlak geklassifiseer word nie, word aan die rasidelegrondslagtoets onderwerp.¹⁵⁰ Voor inwerkingtreding van die ADA is laasgenoemde vlak van regsnoukeurige ondersoek in verband met gestremdheid toegepas.¹⁵¹ Diskriminasie weens gestremdheid kon derhalwe betreklik maklik regverdig word.

Volgens hierdie drieledige model van regsnoukeurige ondersoek sal dit vir die staat baie moeilik wees om diskriminasie weens ras, godsdiens of nasionale oorsprong as grondwetlik te regverdig, aangesien dié soort diskriminasie aan die strengste toets of die regsnoukeurigste ondersoek (“strict scrutiny”) onderwerp word. Daarenteen was diskriminasie deur die staat op grond van gestremdheid - vóór inwerkingtreding van die ADA - aan die minder streng regsnoukeurige ondersoek of rasidelegrondslagtoets onderwerp wat diskriminasie die maklikste regverdig.

Sommige laer howe het wel vóór inwerkingtreding van die ADA ’n strenger benadering met betrekking tot diskriminasie weens gestremdheid toegepas. So ’n strenger benadering of groter regsnoukeurigheid blyk byvoorbeeld uit

¹⁴⁹ Die rasidelegrondslagtoets het sy oorsprong in die “means-ends” toets wat gebruik is in *McCulloch v. Maryland* van 1819.

¹⁵⁰ *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.* 473 U.S. 432 (1985); *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1982); en *Romer v. Evans* 517 U.S. 620 (1996).

¹⁵¹ Shaman JM (2001) 78.

die toepassing van die 14de amendement in *Fialkowski v. Shapp*.¹⁵² Die laer hof verklaar onder andere soos volg:

Even if alleged denial of minimal educational opportunity for mentally retarded children was not subject to strict scrutiny on grounds that such children were a suspect class, such claim warranted greater judicial scrutiny than was required by claim of unequal financial expenditures among school districts in state. . . plaintiffs argue that we should strictly scrutinize their claims because retarded children are a suspect class. Reviewing the characteristics of a suspect class as the Supreme Court has identified them, we find a certain immediate appeal to plaintiffs' argument. Class . . . saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process. . . Such a test could certainly be read to include retarded children. Retarded children are precluded from the political process and have been neglected by state legislatures. Moreover, the label "retarded" might bear as great a stigma as any racial slur. . . Although the present posture of this case does not require us to resolve this issue, we will say that depriving retarded children of all educational benefits would appear to warrant *greater judicial scrutiny* [my beklemtoning].

Die opmerking wat die hof oor 'n groter regsnukeurige ondersoek maak en die etikettering van persone met geestesgestremdhede as vertraag ("retarded"), is insiggewend. Deur die gebruik van die woorde "racial slur" word diskriminasie teen die "retarded" oor dieselfde kam as rassediskriminasie geskeer wat aan 'n hoër vlak van regsnukeurige ondersoek onderwerp word.

¹⁵² 405 F. Supp. 946, 947, 958, 959 (E.D.Pa, 1975).

Nogtans het die Amerikaanse Hooggeregshof in die tyd voor die ADA tog nie 'n streng maatstaf by die beoordeling van diskriminasie op grond van gestremdheid toegepas het nie. Dit blyk duidelik uit die 1985 saak van *City of Cleburne v. Cleburne Living Centre*.¹⁵³

In hierdie saak was die hof traag om die beginsel van groter regsnuokeurige ondersoek, soos toegepas in die *Fialkowski*-saak, ten opsigte van gestremde persone toe te pas.¹⁵⁴ In die *City of Cleburne*-saak is die beginsel van noukeurige ondersoek deur die federale distrikshof, die federale appèlhof en die hooggeregshof verskillend ten opsigte van intellektueelgestremde persone toegepas.

In hierdie saak was *Cleburne Living Centre* van voorneme om 'n huis vir intellektueelgestremde persone op te rig. Hiervoor het die sentrum 'n spesiale behuisingspermit nodig gehad. Die permit moes deur die stadsraad van Cleburne, 'n stad in die staat Texas, uitgereik word. Die sentrum word egter die permit deur die stadsraad vanweë bepalings van 'n munisipale soneringsordonnansie geweier. Die sentrum stel hierna 'n aksie teen die Cleburne stadsraad in. Die sentrum beweer dat die stadsraad op sý en die reg van inwoners op gelyke regsbeskerming inbreuk gemaak het. Die federale distrikshof beslis dat die stadsraad se optrede en die ordonnansie nie strydig met die 14de Amendement is nie. Wat betref die beskerming van intellektueelgestremdes en die graad van regsnuokeurigheidsondersoek met betrekking tot diskriminasie teen gestremdes, bevind die hof dat

¹⁵³ 473 U.S. 423 (1985); en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 231.

¹⁵⁴ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 46.

intellektueelgestremdes in die kategorie val waar die rasienelegrondslagtoets (“rational basis test”) toegepas moet word. Dit bring mee dat intellektueelgestremdes in die laagste kategorie van hersiening kragtens die gelykheidsbeskermingsbepaling val. Op appèl beslis die federale appèlhof egter dat die beweerde diskriminerende optrede teenoor intellektueelgestremdes as groep wel aan ’n hoër vlak van regsnuokeurige ondersoek onderwerp moet word, en onder die kategorie van optrede wat teenoor persone wat aan intermediêre regsnuokeurige ondersoek onderwerp word val. Hierdie beslissing word egter deur die hooggeregshof omvergewerp. Die hooggeregshof beslis dat intellektueelgestremdes ’n groot en gediversifiseerde groep is waarvoor staats- en federale wetgewing ruim voorsiening maak. Om hierdie rede moet enige wetgewing wat tussen intellektueelgestremde persone en ander persone onderskei, slegs rasioneel verband hou met ’n wettige regeringsdoelwit ten einde die hersieningstoets ingevolge die gelykheidsbeskermingsbepaling te slaag. Dit bring mee dat intellektueelgestremde persone volgens die hooggeregshof in die kategorie van die rasienelegrondslagtoets val, en gevolglik in die laagste kategorie van hersiening onder die gelykheidsbeskermingsbepaling val.

Met die voorgaande as agtergrond is dit duidelik waarom die Kongres deur die werking van artikel 2(a)(7) verwag dat die howe ’n strenger of verhoogde toets by die oorweging van diskriminasie weens gestremdheid moet toepas.¹⁵⁵

Artikel 2(a)(7) plaas diskriminasie weens gestremdheid op dieselfde vlak van

¹⁵⁵ Met die voorafgaande as agtergrond is die bedoeling van die ADA in die 1990 kongresbevindinge duidelik. Die bedoeling van die ADA blyk onder ander uit artikel 2(9)(b) dat die onmiddellike doel van die wet die voorsiening van ’n “clear and comprehensive national mandate for the elimination of discrimination” en die voorsiening van “clear, strong, consistent, enforceable standards” in verband met gestremde diskriminasie is.

regsnoukeurige ondersoek (“scrutiny”) as diskriminasie op grond van ras. Dit blyk dus dat die beskerming wat ingevolge die ADA verleen word, gelyk gestel kan word aan die waarborge van die Wet op Burgerregte ten opsigte van gelykheid ongeag ras of geslag.

In die volgende paragraaf volg ’n bespreking oor die definisie van gestremdheid. Die streng uitleg daarvan deur die Amerikaanse howe word in paragraaf 5.4.2 *infra* en die herinstelling van die vermelde oorspronklike bedoeling van die Kongres in paragraaf 5.4.3 *infra* bespreek.

5.3 Die betekenis van gestremdheid in die ADA

Ten einde te bepaal wie beskerming kragtens die ADA ingevolge artikel 3 kan geniet en wie nie, moet die bedoeling van die Kongres ook in aanmerking geneem word. Die bedoeling was dat die ADA ’n duidelike en omvattende nasionale mandaat vir die uitskakeling van diskriminasie op grond van gestremdheid sou skep om sodoende breë beskerming aan persone met gestremdhede te verleen. Die definisie van gestremdheid kragtens artikel 3 van die ADA, moes gevolglik ooreenkomstig hierdie breë bedoeling uitgelê word. Ten einde te bepaal wie vir beskerming kragtens die ADA kwalifiseer, word artikel 3 van die ADA vervolgens bespreek.

5.3.1 *Definisie van gestremdheid ingevolge artikel 3 van die ADA: agtergrond*

Voor inwerkingtreding van die ADA in 1990, het die Amerikaanse Kongres die verwagting gekoester dat interpretasie van die begrip gestremdheid in die ADA ooreenkomstig die definisie van ’n

“handicapped individual” kragtens die Rehabilitasiewet van 1973 sou wees. Die definisie van gestremdheid kragtens artikel 3(2) van die ADA is:

- (A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual;
- (B) a record of such an impairment; or
- (C) being regarded as having such an impairment.

Hierdie definisie toon heelwat ooreenstemming met die definisie van artikel 504 van die Rehabilitasiewet van 1973. Die rede hiervoor is dat die senaatskomitee wat verantwoordelik was vir die deurvoer van die ADA aanbeveel het dat die regulasies en ontleding wat deur die DHEW¹⁵⁶ oor artikel 504 uitgevaardig is, steeds moes geld waar die betekenis van gestremdheid kragtens die ADA vasgestel word.¹⁵⁷ Die betekenis van gestremdheid kragtens die ADA is egter nie ooreenkomstig dié aanbeveling vasgestel nie.

Met die deurvoer van die wysigings van die ADA in 2008 stel die Amerikaanse Kongres dit in sy kongresbevindinge dat die Kongres:¹⁵⁸

. . .expected that the definition of disability under the ADA would be interpreted consistently with how courts had applied the definition of a handicapped individual under

¹⁵⁶ Sien paragraaf 3.5.1.4 *infra* en *op cit* vn 101.

¹⁵⁷ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 47; en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 233.

¹⁵⁸ “Americans with Disabilities Act of 1990 Proposed Amendments” ><http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm#12101note> (laaste besoek op 28 Mei 2008)

the Rehabilitation Act of 1973, that expectation has not been fulfilled. . .

Soos uit die aanhaling hierbo blyk, is die definisie van gestremdheid soos vervat in artikel 3(2) egter nie gedurende die voorafgaande agtien jaar ooreenkomstig hierdie oogmerk van die Kongres deur die howe uitgelê nie. Die howe, soos uit die bespreking van hierdie afdeling en paragraaf 5.4.2 *infra* sal blyk, het die begrip beperk uitgelê en sodoende die Kongres se oorspronklike breër beoogde beskerming ingekort. In hierdie afdeling volg 'n bespreking oor die definisie van gestremdheid in die ADA en in paragraaf 5.4.2 *infra* die beperkende benadering wat die Amerikaanse howe by die uitleg van gestremdheid gevolg het.

Ten einde die begrippe vervat in artikel 3(2) te bespreek, gaan die ADA se "Equal Employment Opportunities Commission" (EEOC) regulasies,¹⁵⁹ en meer spesifiek die interpreteringsriglyne¹⁶⁰ in hierdie afdeling gebruik word. Die EEOC is verantwoordelik vir die uitvoering van deel I van die ADA wat arbeidsdiskriminasie op grond van gestremdheid verbied. Die EEOC was van mening dat dit belangrik is om interpreteringsriglyne uit te vaardig saam met die regulasies om die arbeidsgelykheidsbepaling in die ADA in werking te stel. Die bylaag tot die ADA bevat gevolglik hierdie interpreteringsriglyne wat die EEOC se interpretasie van sekere kwessies omskryf,¹⁶¹ insluitend die hoofbepalings van deel I van die ADA

¹⁵⁹ Sien bespreking onder paragraaf 2 *supra* en *op cit* vn 41.

¹⁶⁰ EEOC "Interpretive Guidance" 29 CFR 1630.

¹⁶¹ Titel: Arbeid; deel 1630 – Regulasies om die arbeidsgelykheidsbepaling van die ADA inwerking te stel, bylaag tot deel 1630 "Interpretive Guidance on Title I of the Americans with

en begrippe wat met die definiëring van gestremdheid verbandhou. Hierdie regulasies met betrekking tot deel I van die ADA en interpreteringsriglyne verskaf bruikbare verduidelikings oor die betekenis van bogenoemde begrippe vervat in vermelde artikel 3(2). Die interpreteringsriglyne wat die EEOC saam met die regulasies uitgevaardig het, sal in die bespreking wat volg gebruik word om lig te werp op die betekenis van bepaalde begrippe in artikel 3(2) van die ADA.

In hierdie bespreking word eerstens lig gewerp op die regsposisie en EEOC se ADA-regulasies en interpreteringsriglyne van artikel 3(2) soos die posisie was vóór inwerkingtreding van die 2008 ADA-wysigingswet. Die betekenis wat die EEOC heg aan “physical or mental impairment”; “substantial limitation”; “major life activity”; “record of disability”; en “misclassifications” in artikel 3(2) van die ADA sal ook kortliks bespreek word. Daarna sal die wysigings, relevant tot hierdie bespreking, wat die ADA-wysigingswet teweeggebring het in paragraaf 5.4.2 en 5.4.3 *infra* uitgelig word.

5.3.1.1 “Physical or mental impairment”

“Physical impairment” (fisieke gestremdheid) beteken volgens die EEOC se interpreteringsriglyne enige fisiologiese versteuring of toestand, kosmetiese skending of anatomiese verlies wat een of meer liggaamsisteme affekteer. “Mental impairment”

Disabilities Act ><http://law.justia.com/us/cfr/title29/29-4.1.4.1.20.0.26.17.7.html> (laaste besoek op 28 Mei 2008).

(geestesgestremdheid) beteken volgens die regulasies enige geestes- of sielkundige versteuring, soos verstandelikvertraagdheid, emosionele- of geestessiekte en leergestremdheid. Die regulasie sit die betekenis soos volg uiteen:¹⁶²

(1) Any physiological disorder, or condition, cosmetic disfigurement, or anatomical loss affecting one or more of the following body systems: neurological, musculoskeletal, special sense organs, respiratory (including speech organs), cardiovascular, reproductive, digestive, genitor-urinary, hemic and lymphatic, skin, and endocrine; or

(2) Any mental or psychological disorder, such as mental retardation, organic brain syndrome, emotional or mental illness and specific learning disabilities.

Dit is belangrik om daarop te let dat die EEOC se interpreteringsriglyne¹⁶³ bepaal dat die bestaan van 'n gebrek bepaal moet word sonder om enige korrektiewe of remediërende maatreëls, soos medikasie of ondersteunende of prostetiese aparate, in ag te neem.

5.3.1.2 “Substantial limitation”

Hierdie vorm van gestremdheid moet volgens die toepaslike definisie in die ADA die persoon se hooflebensaktiwiteit beduidend beperk.

¹⁶² EEOC 29 CFR 1630.2 (h) 1 -2; en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 234.

¹⁶³ EEOC “Interpretive Guidance” 29 CFR 1630.2 (h), App by 407.

Die EEOC se ADA-regulasies definieer “beduidend beperk” as ’n toestand wat dit onmoontlik maak vir iemand om:¹⁶⁴

- (1) . . . to perform a major life activity that the average person in the general population can perform, or
- (2) significantly restricted as to the condition, manner or duration under which an individual can perform a major life activity. . .

Ten einde te bepaal wat “substantial limitation” in verband met ’n persoon met ’n gestremdheid se hooflewensaktiwiteit beteken, bepaal die EEOC-regulasies onder andere dat sekere faktore in aanmerking geneem moet word: die aard en graad van die gestremdheid; die duur of verwagte duur van die gestremdheid; die langtermyn of permanente impak van die gestremdheid; die geografiese beperking wat weens die gestremdheid op die individu geplaas word; die soort, klas of gelyksoortige werk waarvan die individu in die betrokke geografiese gebied uitgesluit word; en laastens die breër spektrum werk, wat nie gelyksoortige opleiding en vaardigheid vereis nie, waarvan die individu uitgesluit word.¹⁶⁵ Hieruit blyk dat die EEOC se ADA-regulasie streng vereistes stel by die bepaling of ’n persoon weens gestremdheid ’n beduidend beperking of inperking van sy hooflewensaktiwiteit ervaar.

Volgens die EEOC se regulasies is ’n blote mediese diagnose van ’n toestand van gestremdheid nie voldoende bewys dat iemand in so ’n

¹⁶⁴ EEOC 29 CFR 1630.2 (i) 1 -2.

¹⁶⁵ EEOC 29 CFR 1630.2 (j); en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 234.

toestand as 'n persoon met 'n gestremdheid beskou kan word nie. Om onder die ADA se definisie van gestremdheid te val, moet die persoon ook aantoon dat hy of sy 'n beduidende inkorting of inperking van sy hooflewensaktiwiteite weens sy gestremdheid ervaar.¹⁶⁶

Hierdie streng vereiste wat die EEOC se ADA-regulasies vir die bepaling van gestremdheid stel, blyk nie ooreenkomstig die Amerikaanse Kongres se oorspronklike bedoeling te wees nie. Daar word gevolglik nie aan die verwagting van breë beskerming aan persone met gestremdhede voldoen nie. Om hierdie rede verwerp die 2008 ADA-wysigingswet die EEOC-regulasies se definiëring van “substantially limits”. Die Kongres bevind in 2008 dat die betekenis wat die EEOC aan “substantially limits” gee, onbestaanbaar is met die Kongres se bedoeling.

5.3.1.3 “Major life activity”

Die relevante EEOC-regulasies definieer hooflewensaktiwiteit in deel I van die ADA as 'n aktiwiteit wat die gemiddelde persoon met min of geen moeite kan uitvoer. Dit beteken dat 'n persoon vir homself kan sorg, handtakte kan verrig en kan loop, sien, hoor, praat, asemhaal, leer en werk.

5.3.1.4 “Record of disability”

¹⁶⁶ Sien die bespreking in paragraaf 5.4.2 *infra* wat handel met die howe se dilemma vanweë hul gebondheid aan die definisie van gestremdheid.

Artikel 3(2)(b) van die ADA sluit ook gevalle in waar 'n persoon tans nie gestremd is nie, maar wel 'n geskiedenis van gestremdheid het. Hierdie bepaling beskerm individue wat herstel het van 'n gestremdheid en steeds diskriminasie weens daardie geskiedenis van gestremdheid ondervind. Die rede vir hierdie insluiting word soos volg deur die Senaat en Huis van Verteenwoordigers se "Senate and House Judiciary Committee" uiteengesit:¹⁶⁷

This provision is included in the definition in part to protect individuals who have recovered from a physical or mental impairment which previously limited them in a major life activity. Discrimination on the basis of such a past impairment would be prohibited under the ADA. Frequently occurring examples. . . are people with histories of mental or emotional illness, heart disease or cancer.

5.3.1.5 "Misclassifications"

Artikel 3(2)(c) van die ADA maak voorsiening vir die beskerming van persone wat verkeerdelik geklassifiseer word as gestremd. Daar word na hierdie groep persone as die "attitudinally disabled" verwys. Hierdie persone ondervind dieselfde diskriminasie as persone wat inderdaad gestremd is omdat hulle fisieke of geestestoestand dieselfde reaksie van ander ontlok as wat die toestand van werklik gestremdes

¹⁶⁷ Vir volledigheid kan Gerson HE en Addison JG "Handicapped Discrimination Law and the Americans with Disabilities Act" 1991 *Mississippi College Law Review* 241 geraadpleeg word.

ontlok. Die tersaaklike regulasies van die EEOC definieer hierdie kategorie soos volg:¹⁶⁸

Is regarded as having such an impairment means:

- (1) Has a physical or mental impairment that does not substantially limit major life activities but is treated by a covered entity as constituting such limitation;
- (2) Has a physical or mental impairment that substantially limits major life activities only as a result of the attitudes of others toward such impairment;
- (3) Has none of the impairments defined. . . but is treated by a covered entity as having a substantially limiting impairment.

Persone met 'n letsel aan die gesig of met erge brandwonde, of persone wat van tyd tot tyd trekkings of rukbewegings van enige liggaamsdeel ondervind, sal byvoorbeeld onder hierdie groep val.

5.4 Deel I van die ADA: arbeidsdiskriminasie

Deel I handel oor die hindernisse wat gestremde persone te bowe moet kom om aan die ekonomiese verkeer deel te neem. Gestremde persone se toegang tot en deelname aan ekonomiese aktiwiteite word deur hierdie deel beskerm. Die doel van deel I is om gestremde persone se ekonomiese onafhanklikheid en sosiale integrasie deur werkseleenthede te bevorder.¹⁶⁹ Deel I verbied arbeidsdiskriminasie teen 'n persoon wat as 'n gestremde kwalifiseer

¹⁶⁸ EEOC 29 CFR 1630.2(1)1 -3.

¹⁶⁹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 54.

(“qualified individuals with a disability” sien paragraaf 5.4.1 *infra*).¹⁷⁰ Hierdie bepaling verplig werkgevers in die privaat sektor om rasideel en onbevooroordeeld by aanstellings in die werkplek teenoor persone met gestremdhede te wees.¹⁷¹ Die verbod teen arbeidsdiskriminasie op grond van gestremdheid word soos volg in artikel 102(a) van die ADA bewoord:

No covered entity shall discriminate against a qualified individual with a disability because of the disability of such individual in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment.

Volgens artikel 101(a) van die ADA beteken die term “covered entity” enige werkgever, plasingagentskap, arbeidsorganisasie of gesamentlike arbeidbestuurskomitee. Daar word ook van hierdie instansies verwag om persone in die werkplek te akkommodeer. So word ’n regsplig op hulle geplaas om aan die geaffekteerde persoon redelike akkommodasie (“reasonable accommodation”) te verseker. Redelike akkommodasie kan bewerkstellig word by wyse van redelike aanpassings aan ’n gebou (of omgewing) of herstrukturering binne die werksplek.¹⁷²

¹⁷⁰ Artikel 101(8) bepaal dat die term “qualified individual with a disability” beteken: “an individual with a disability who, with or without reasonable accommodation, can perform the essential functions of the employment position that such individual holds or desires. For the purposes of this title, consideration shall be given to the employer's judgment as to what functions of a job are essential, and if an employer has prepared a written description before advertising or interviewing applicants for the job, this description shall be considered evidence of the essential functions of the job”.

¹⁷¹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 54 en 114.

¹⁷² *Ibid.*

5.4.1 *Wie word beskerm?*

Soos gemeld, geniet 'n persoon wat as 'n gestremde kwalifiseer (“qualified individuals with a disability”) beskerming kragtens artikel 101(8) van die ADA. Artikel 101(8) bepaal dat:

[A]n individual with a disability who, with or without reasonable accommodation, can perform the essential functions of the employment position that such individual holds or desires. For the purposes of this title, consideration shall be given to the employer’s judgment as to what functions of a job are essential, and if an employer has prepared a written description before advertising or interviewing applicants for the job, this description shall be considered evidence of the essential functions of the job.

Die praktiese implikasie van hierdie artikel is dat, behalwe vir die feit dat bewys moet word dat 'n persoon 'n gestremde is soos bedoel in artikel 3 van die ADA (en die reëls ingevolge daarvan), verder ook bewys moet word dat hy of sy binne die definisie van ‘n “qualified individual with a disability” ingevolge artikel 101(8) val.¹⁷³ Dit beteken dat 'n eiser, ten einde suksesvol met 'n aksie wat ingevolge deel I van die ADA op grond van diskriminasie in die werkplek te wees, aan vier drumpelvereistes moet voldoen. Eerstens moet die eiser bewys dat hy/sy gestremd is. Ten einde gestremdheid te bewys moet die eiser aantoon dat gestremdheid

¹⁷³ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 55. Sien in die verband ook Bickenbach JE in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 107 wat aanvoer dat “membership in the minority group of people with disabilities is not simply a matter of having an impairment or a disability. Reproducing a doctrine that first saw the light of day in the English Poor Law . . . [paragraaf 3.2 van hoofstuk 2 *supra*] . . . the ADA prevents “unworthy” people with disabilities from its protection”.

teenwoordig is, of dat daar 'n geskiedenis van gestremdheid is of dat die eiser as gestremd beskou word. Tweedens moet die eiser bewys dat hy/sy gekwalifiseerd is om die wesenlike pligte verbonde aan die werk te kan uitvoer. Ten derde moet die regshulp wat die eiser aanvra redelik wees, en laastens moet die regshulp wat die eiser aanvra nie die werkgewer onredelike ongerief (“undue hardship”) veroorsaak nie.¹⁷⁴

Die laaste twee vereistes kom selde ter sprake aangesien die meeste ADA-aksies reeds op grond van nie-nakoming van die eerste twee vereistes faal.¹⁷⁵

Uit die bespreking hierbo blyk die besondere streng vereistes wat die howe moet toepas om te bepaal wie beskerming kragtens die ADA geniet en wie nie. Die howe het hulle die afgelope agtien jaar weens hierdie streng maatstawwe in 'n besondere problematiese situasie bevind weens hul gebondenheid aan die definisie (die definisie van gestremdheid soos bespreek in paragraaf 5.3 *supra*) en die EEOC se ADA-vereistes daaronder. In die volgende paragraaf word hierdie aangeleentheid verder bespreek.

5.4.2 Die howe se gebondenheid aan definisies

Soos uit die bespreking in paragraaf 5.3 en 5.4.1 *supra* blyk, is besonder streng maatstawwe deur die EEOC se ADA-regulasies en

¹⁷⁴ Areheart BA “When Disability Isn’t “Just Right”: The Entrenchment of the Medical Model of Disability and the *Goldilocks* Dilemma” (2008) 83 *Indiana Law Journal* 30; en Kanter A in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 234.

¹⁷⁵ *Ibid.*

interpreteringsriglyne by interpretasie van die begrip gestremdheid neergelê. Dit het meegebring dat die howe by interpretasie die betekenis van die begrip verder vernou en die werking van die ADA ingeperk het. Bitter min gestremde Amerikaners geniet gevolglik kragtens die definisie van gestremdheid beskerming. Hierin lê die dilemma vir gestremde Amerikaners: Die Amerikaanse Hooggeregshof bevind by die interpretasie van gestremdheid dat die betrokke persoon óf té gestrem óf nie gestrem genoeg is nie om op die beskerming van die ADA aanspraak te maak.¹⁷⁶ Hierdie dilemma sal in die afdeling, aan die hand van die *Sutton*-saak hieronder, van nader beskou word.

Alhoewel die oogmerk van die ADA is om weg te beweeg van die mediese model van gestremdheid, blyk dit dat die howe met hulle eng interpretasie van die begrip “gestremdheid” die mediese model van gestremdheid laat herleef.¹⁷⁷ Deur die eng interpretasie van die begrip gestremdheid fokus die Amerikaanse howe op die gestremdheid van die persoon en val die klem, net soos in die mediese model van gestremdheid, op die fisiologiese toestand van die persoon. Die werking van die ADA word erg hierdeur ingeperk.

Weens volgehoue vernouing van die betekenis van die begrip gestremdheid deur federale howe, en spesifiek die Amerikaanse

¹⁷⁶ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 1.

¹⁷⁷ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 29; *Sutton v. United Air Lines, Inc.* 527 U.S. 471 (1999); *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002); en Bickenbach JE in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 106 en 107.

Hooggeregshof,¹⁷⁸ word die werking van die wet ingeperk.¹⁷⁹ Die gevolg is dat baie min persone werklik beskerming kragtens die ADA geniet aangesien hulle nie aan die kriteria soos wat dit eng deur die howe uitgelê word “disabled just right” is nie: Areheart stel dit soos volg:¹⁸⁰

In the judicial sphere, the entrenchment of the medical model - and its concomitant focus on the physiological condition of disability - has translated into a type of *Goldilocks* dilemma whereby courts are fixated on the definitional bounds of disability. By having to fit into a very narrow construction of disability, claimants are often found either “too disabled” or “not disabled enough” to qualify for the protections of the ADA. Very few are “disabled just right”.

Hierdie besondere beperkende benadering wat deur die Amerikaanse Hooggeregshof tydens die assesseringsproses gevolg word om te bepaal wie vir beskerming in verband met ’n arbeidsaangeleentheid ingevolge die ADA kwalifiseer, blyk uit die 1999 *Sutton v. United Airlines* saak.¹⁸¹

In hierdie saak het tweelingsusters by ’n groot kommersiële lugredery, *United Airlines*, aansoek gedoen om werk as kommersiële vlieëniers. Hulle was albei erg bysiende en het ongekorrigeerde visie van 20/200 of

¹⁷⁸ *Sutton v. United Air Lines, Inc.* 527 U.S. 471 (1999) en *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002).

¹⁷⁹ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 1.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ 527 U.S. by 471, 511 (1999); sien ook die bespreking in paragraaf 3.2.1 van hoofstuk 6 waar die Arbeidshof in *IMATU en Ander v City of Cape Town* [2005] 11 BLLR 1084 (LC) na die *Sutton*-saak verwys.

slegter gehad, maar was danksy korrektiewe maatreëls in staat om net so goed as mense met normale visie te funksioneer. Die tweeling se aansoek om betrekkinge as vlieëniers is egter weens hulle swak visie afgekeur, aangesien hulle nie aan die minimum vereiste van ongekorrigeerde visuele sig van 20/100 of beter voldoen het nie. Die susters het hierna 'n aksie weens diskriminasie ingevolge die ADA ingestel. Die hof het bevind dat hulle nie werklik ingevolge artikel 3(2)(A) van die ADA se definisie van gestremdheid gestremd is nie, aangesien hulle hulle visie ten volle met 'n bril of kontaklense kon korregeer. Die hof bevind ook dat die petisionarisse nie deur die respondent as gestremd ingevolge artikel 3(2)(C) van die definisie van gestremdheid beskou is nie.

Hierdie uitspraak is besonder kommerwekkend want, die effek daarvan is dat wanneer 'n potensiële werknemer sy/haar gestremdheid "te veel" verminder, die hof kan bevind dat die persoon nie gestremd genoeg is nie en gevolglik op 'n gelyke grondslag met enige ander gemiddelde persoon geplaas word. As 'n potensiële werknemer egter nie sy/haar gestremde toestand "versag" het nie, kan die hof bevind dat die persoon té gestremd is om vir die werk te kwalifiseer of dat die akkommodasie wat die persoon vereis onredelike ongerief ("undue hardship") vir die werkgewer veroorsaak. Korrektiewe of remediërende maatreëls wat 'n gestremde persoon tref om vir 'n werk te kwalifiseer, kan inderdaad die gevolg hê dat die betrokke nie meer as gestremd beskou word nie.

Hierin lê die dilemma vir 'n persoon met 'n gestremdheid in die VSA: 'n Werknemer met 'n gestremdheid moet sy natuurlike gestremdheid korregeer of remedieer om vir diens in aanmerking geneem te word.

Indien dié persoon die korrektiewe maatreël gebruik, verminder die persoon sy kans vir beskerming kragtens die ADA. Dit spreek vanself dat hierdie dilemma wat ontstaan as gevolg van bepaalde definiëring van gestremdheid 'n gestremde persoon in die VSA in 'n onbenydenswaardige posisie plaas.¹⁸²

Die *Sutton*-saak fokus hoofsaaklik op die definiëringsbeperking van gestremdheid wat veral die mediese model van gestremdheid beklemtoon. Deur die klem op die definiëringsraamwerk van gestremdheid te plaas, fokus die hof op die persoon se gestremdheid in plaas van op die diskriminasie waaronder die betrokke persoon gebuk gaan. Dit verplaas die kollig weg van die euwel van diskriminasie na die gestremdheid van 'n persoon. Hierdie benadering hervestig die mediese model van gestremdheid en lei noodwendig tot uitsluiting van beskerming wat kragtens die sosiale model van gestremdheid verleen sou word.¹⁸³

Sedert die inwerkingtreding van die ADA het die meeste omstredenheid in verband met die wet juis betrekking gehad op die definiëring van die begrip gestremdheid ten einde vas te stel wie beskerming kragtens die wet geniet en wie nie. Die Amerikaanse Hooggeregshof het veral sedert 1999 'n definieringsbeperking op die begrip gestremdheid geplaas.¹⁸⁴ Dit

¹⁸²Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 38.

¹⁸³ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 40.

¹⁸⁴ *Sutton v. United Air Lines, Inc.* 527 U.S. 471 (1999) en *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002).

is egter te betwyfel of die Amerikaanse Kongres in 1990 hierdie inperking van die begrip gestremdheid beoog het. Dit is juis om hierdie rede dat die Huis van Verteenwoordigers in September 2006, met die steun van albei partye, 'n wetsontwerp gebaseer op die Nasionale Raad oor Gestremdheid se aanbevelings, ter tafel gelê het.¹⁸⁵ Die titel van hierdie wetsontwerp was die “Americans with Disabilities Restoration Act of 2006”.¹⁸⁶ Hierdie wetsontwerp is egter nie deurgevoer nie. Die sakegemeenskap in die VSA wat die kamer van koophandel (“chamber of commerce”) lei, was nie ten gunste daarvan nie.¹⁸⁷

'n Kompromie-wetsontwerp, die ADA-wysigingswet (“ADA Amendments Act” of “ADAAA”)¹⁸⁸ is egter in Junie 2008 ter tafel gelê en later, in die aanloop tot die Amerikaanse Presidentsverkiesings op 25 September 2008 deur die voormalige Amerikaanse President, George W. Bush Jr. onderteken. Die sakegemeenskap en die gestremdheidsgemeenskap was beide ten gunste van hierdie kompromie ADA-wysigingswet.

Wat vir huidige doeleindes van belang is, is dat dit lyk of hierdie wet poog om die oorspronklike bedoeling van die Amerikaanse Kongres in

¹⁸⁵ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 1 en 2.

¹⁸⁶ “H.R. 6258 [109th]: Americans with Disabilities Act Restoration Act of 2006” <<http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=h109-6258>> (laaste besoek op 9 April 2008).

¹⁸⁷ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 1.

¹⁸⁸ Artikel 12101 wat handel met “Findings and Purpose of ADA Amendments Act of 2008”, en *Public Law* 110-325, § 2 van 25 September 2008.

verband met die breë dekking vir gestremde persone te herstel.¹⁸⁹ Die Kongres het inderdaad geoordeel dat die beslissing in *Sutton v United Air Lines, Inc*¹⁹⁰ en die daaropvolgende sake,¹⁹¹ die oorspronklike bedoeling van die Kongres oor breë beskerming vir persone met gestremdhede belemmer het. Die Kongres laat hom onder andere soos volg in die verband uit:¹⁹²

Congress finds that the holdings of the Supreme Court in *Sutton v United Air Lines, Inc.* . . and its companion of cases have narrowed the broad scope of protection intended to be afforded by the ADA, thus eliminating protection for many individuals whom Congress intended to protect. . . as a result of these Supreme Court cases, lower courts have incorrectly found in individual cases that people with a range of substantially limiting impairments are not people with disabilities.

Hieruit blyk dat die Kongres 'n streep deur dié Amerikaanse Hooggeregshof beslissing getrek het. Hierdeur poog die Kongres om die oorspronklike bedoeling van die ADA te herstel. Vervolgens gaan die wysigingswet in paragraaf 5.4.3 *infra* bespreek word.

¹⁸⁹ "Day in Washington – Home of the Disability Policy Podcast" <<http://dayinwashington.com/?p=141> (laaste besoek op 31 Mei 2008).

¹⁹⁰ 527 U.S. 471 (1999).

¹⁹¹ Onder andere *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams* 534 U.S. 184 (2002).

¹⁹² § 12101 (a)(4) en (6) van die ADA-wysigingswet, *Public Law* 110-325 van 25 September 2008.

5.4.3 Die 2008 ADA-wysigingswet en die herinstelling van die oorspronklike bedoeling van die Amerikaanse Kongres: hersiening van die definisie oor gestremdheid

Die ADA-wysigingswet wysig spesifiek dele van die kongresbevindinge in artikel 2 van die wet wat op die definiëring van gestremdheid betrekking het. Hierdie wysigings beoog om die Kongres se oorspronklike bedoeling met betrekking tot die definiëring van gestremdheid te herstel.¹⁹³ Om hierdie rede word verskeie Hooggeregshofuitsprake, asook bepaalde dele van die EEOC se ADA-regulasies deur die Amerikaanse Kongres in die ADA-wysigingswet verwerp. Hierdie wysigings beoog wyer beskerming aan gestremdes en beoog ook om dit vir hulle makliker te maak om beskerming kragtens die ADA te verkry. Dít word onder ander gedoen deurdat die Kongres die argumentering van die Hooggeregshof¹⁹⁴ in *Sutton v United Air Lines, Inc.*,¹⁹⁵ asook die veeleisende standaard¹⁹⁶ wat in die 2002-uitspraak van *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*¹⁹⁷ neergelê is te skrap. Laasgenoemde saak het die definisie van gestremdheid kragtens die ADA verder ingeperk.¹⁹⁸ In 2002 het die Hooggeregshof in die *Toyota-*

¹⁹³ Long AB “Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008” 2009 *Northwestern Law Review Colloquy* 219.

¹⁹⁴ § 12101(b)(3) van dieselfde wet.

¹⁹⁵ 527 U.S. 471 (1999).

¹⁹⁶ § 12101(b)(4) van dieselfde wet.

¹⁹⁷ 534 U.S. 184 (2002).

¹⁹⁸ Long AB 2009) *Northwestern Law Review Colloquy* 219.

saak beslis dat die begrippe “beduidend” (“substantially” in die begrip “beduidende beperking”) ¹⁹⁹ en “hoof-” (“major” in die begrip “hooflewensaktiwiteit”) ²⁰⁰ in die ADA se definisie van gestremdheid “need to be interpreted strictly to create a demanding standard [my beklemtoning] for qualifying as disabled.”²⁰¹

Hierdie uitspraak het gevolglik ’n verdere beperking op definiëring van die begrip gestremdheid geplaas, en beskerming kragtens die ADA nog meer ingeperk. Die kongresbevindinge van die ADA-wysigingswet verwys na die *Toyota*-saak en verwerp die Amerikaanse Hooggeregshof se veeleisende standaard (“demanding standard”) met betrekking tot uitleg van die begrip gestremdheid.²⁰² Die wysigingswet meld dat dié Hooggeregshofuitspraak die beoogde breë beskerming verder vernou het.²⁰³ Wat vir huidige doeleindes van belang is, is dat hierdie bevinding en die van die *Sutton*-saak (paragraaf 5.4.2 *supra*) deur die ADA-wysigingswet verwerp is.²⁰⁴

Deurdat die Kongres die argumentering in die *Sutton*-saak en die veeleisende standaarde in die *Toyota*-saak in die 2008 ADA-wysigingswet

¹⁹⁹ Sien paragraaf 5.3.1.2 *supra*.

²⁰⁰ Sien paragraaf 5.3.1.3 *supra*.

²⁰¹ *Op cit* vn 197.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ § 12101 (a)(4) van die ADA-wysigingswet.

²⁰⁴ § 12102(4)(A) van die ADA-wysigingswet (ADAAA) van 2008, *Public Law* 110-325.

verwerp het, verwyder die Kongres die definiëringsbeperkinge wat hoofsaaklik deur die Hooggeregshof vanaf 1999 opgelê is. Hierdie definiëringsbeperkinge het juis die fokus op die persoon se gestremdheid geplaas en die mediese model van gestremdheid laat herleef.²⁰⁵ Deur hierdie beperkinge te verwyder, verwyder die Kongres gevolglik ook die fokus wat die howe op die persoon se gestremdheid, in plaas van die diskriminasie wat hy beleef, geplaas het. Sodoende herbevestig die Kongres nie alleen sy oorspronklike bedoeling met die ADA nie, maar onderskryf dit ook die sosiale model van gestremdheid.

5.5 Deel II van die ADA: openbare dienste

Deel I van die ADA verteenwoordig 'n poging om die onafhanklikheid van gestremdes te verseker deur die arbeidsmark daadwerklik vir hulle toeganklik te maak. In aansluiting by deel I dit ook van groot belang vir persone met gestremdhede om in staat te wees om openbare dienste onafhanklik en dus sonder bystand te gebruik. Onafhanklikheid van persone met gestremdhede impliseer noodwendig ook toeganklikheid tot openbare dienste en dit is waarvoor deel II van die ADA uitdruklik voorsiening maak.²⁰⁶

Deel II van die ADA word in twee subtitels ingedeel. Subtitel A van deel II maak in die algemeen voorsiening vir die beskikbaarstelling van openbare dienste aan persone met gestremdhede op 'n gelyke basis met nie-gestremdes.

²⁰⁵ Sien die bespreking in paragraaf 7 *infra*.

²⁰⁶ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 86.

Artikels 221 tot 231 van hierdie subtitel handel oor openbare entiteite wat verantwoordelik is vir openbare vervoer (byvoorbeeld busdienste), maar sluit nie lugvervoer of vervoer deur sekere treinstelsels in nie.²⁰⁷ Subtitel A bepaal dat hierdie openbare diensverskaffers onder die algemene diskriminasieverbod ingevolge artikel 201 val. Hierdie entiteite word volgens artikel 201(1) van die ADA gedefinieer as:

- (1) any State or local government
- (2) any department, agency, special purpose district, or other instrumentality of a State or States or local government; and
- (3) The National Railroad Passenger Corporation and any commuter authority (as defined under relevant legislation)

Die federale regering word nie as 'n openbare entiteit wat openbare dienste verskaf gesien nie, aangesien die probleem van diskriminasie deur die federale regering in artikel 504 van die Rehabilitasiewet behandel word.²⁰⁸ Die staat of enige organe van die staat moet wel aan die bepaling teen diskriminasie kragtens subtitel A van deel II van die ADA voldoen, ongeag of die relevante program of diens wat die openbare entiteit verskaf federale fondse ontvang of nie. Die diskriminasieverbod vervat in artikel 202 van die ADA lui soos volg:

Subject to the provisions of this title no qualified individual with a disability shall, by reason of such disability, be excluded from participation in or be denied the benefits of the services, programs, or activities of a public entity or be subjected to discrimination by any such entity.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Sien bespreking in paragraaf 3.5 en 3.5.1 *supra*.

Ten einde hierdie bepaling in werking te stel het die federale Departement van Justisie (DOJ) gedetailleerde regulasies oor die inwerkingstelling van hierdie bepaling asook subtitel A van titel II in 1992 uitgevaardig.²⁰⁹ Daar sal vir doeleindes van hierdie proefskrif nie met hierdie regulasies gehandel word nie.

Subtitel B van dieselfde deel (deel II) handel oor die spesifieke reëls waarvolgens openbare vervoer sonder enige diskriminasie teenoor gestremdes toeganklik moet wees. Artikels 241 tot 246 van die ADA handel oor openbare vervoer en sluit vervoer deur sekere treinstelsels in. Interstedelike treinstelsels, met ander woorde *intercity* en *commuterail* treinstelsels (soos *Amtrak*), word hierdeur geraak. Die Kongres was van mening dat ten einde uitvoering te gee aan die begrip gelykheid, gelyke en doeltreffende toegang tot vervoer noodsaaklik is. Gelyke toegang tot vervoer moet persone met gestremdhede in alle dele van die samelewing integreer - ekonomies, sosiaal en in die openbaar lewe. Ten einde hierdie oogmerk te bereik, vereis die ADA dat die vervoer van persone met gestremdhede so vermoontlik geïntegreer word met die bestaande vervoerstelsel.²¹⁰

5.6 Deel III van die ADA: gestremdheidsdiskriminasie en privaat dienste

Ekonomiese onafhanklikheid van persone met gestremdhede en toeganklike openbare vervoer wat van staatsweë verskaf word, sal onvoldoende wees

²⁰⁹ DOJ 28 CFR 35 *et seq.*

²¹⁰ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 91.

indien persone met gestremdhede steeds van die sosiale sfeer wat privaat gereguleer word, uitgesluit word. Talle sosiale fasiliteite, soos restaurante, teaters, winkelsentrums, mediese dienste, om maar 'n paar te noem, is in die hande van die privaat sektor. Hierdie sektor moet ingevolge Deel III van die ADA aan persone met gestremdhede maksimum toegang tot sodanige fasiliteite bied ten einde hulle sosiale integrasie te verseker.

Diskriminasie kom gewoonlik voor wanneer 'n persoon met 'n gestremdheid die geleentheid ontnem word om deel te neem aan, of voordeel te trek uit, 'n diens of fasiliteit. Diskriminasie kom ook voor as daar 'n bepaalde diens of fasiliteite vir gestremdes bestaan wat verskil van die fasiliteit of diens wat in dieselfde omstandighede vir nie-gestremdes bestaan, of as van gestremdes verwag word om van 'n aparte diens of fasiliteit gebruik te maak. Diskriminasie vind ook plaas indien daar nie voorsiening gemaak word vir dienste vir gestremdes wat optimaal met die dienste aan alle ander persone geïntegreer is nie. Die toepassing van standaardmetodes van administrasie, wat ten opsigte van nie-gestremde persone heeltemal aanvaarbaar mag wees, kan diskriminerend wees teenoor 'n persoon met 'n gestremdheid as die betrokke metode die persoon met 'n gestremdheid self, of iemand met wie hy of sy in 'n besondere verhouding staan, van die verlangde diens uitsluit.²¹¹ Deel III van die ADA handel oor hierdie vorme van diskriminasie in die privaat sektor.

Deel III het 'n baie wye trefwydte. Dit handel spesifiek oor die probleme wat persone met gestremdhede mag ondervind as gevolg van diskriminasie

²¹¹ Quinn G in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 99.

weens ontoeganklike openbare fasiliteite wat die privaat sektor bied. Dit is die sogenaamde openbare bates (“public goods”) soos vervoerdienste en ander fasiliteite waaronder restaurante, teaters, winkelsentrums en so meer waarna reeds verwys is, wat persone met gestremdhede gebruik. In dié verband is die bepaling teen diskriminasie in deel III van belang:²¹²

No individual shall be discriminated against on the basis of disability in the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodation of any place of public accommodation by any person who owns, lease (or leases to) a place of public accommodation.

Hierdie bepaling verbied gevolglik diskriminasie teen persone met gestremdhede in privaat dienste insluitende verblyf. Diskriminasie teen ’n gestremde persoon in verband met ’n privaat woning val egter onder die bepalings van die “Fair Housing Act” van 1988 wat buite die bestek van hierdie proefskrif val.

5.7 Deel IV van die ADA: telekommunikasie

Die hoofmerk van deel IV is om te verseker dat individue wat hardhorend is, nie geïsoleer word van die openbare, ekonomiese en sosiale sfeer bloot omrede kommunikasie vir hulle nie moontlik is nie. Artikel 402 van deel IV het die “Communication Act” van 1934 gewysig om te vereis dat enige openbare televisie-aankondiging wat geheel of gedeeltelike deur die

²¹² Artikel 302 van deel III van die ADA.

federale regering befonds word, onderskrifte bevat wat die verbale inhoud van die beeldmateriaal weergee.²¹³

6. Die internasionale invloed van die ADA

Uit die voorafgaande bespreking blyk dat die ADA poog om die leemtes wat in vorige wetgewing, deur litigasie of andersins, blootgelê is, aan te vul. Ten spyte van die tekortkominge van die wet, veral wat betref die omskrywing van “disability” in deel I wat deur die ADA-wysigingswet van 2008 na die oorspronklike bedoeling van die Kongres herstel is, was dit ten tyde van die aanname daarvan ongetwyfel rewolusionêr op die gebied van gestremdheidsreg, omdat dit in daardie stadium die mees omvattende statutêre bemoeienis met die belange van persone met gestremdhede in die VSA verteenwoordig het.

Die ADA het in die 1990's ook wetgewing oor diskriminasie teen gestremdes in talle lande en ook die aanvaarding van die Standaardreëls van die Verenigde Nasies beïnvloed.²¹⁴ Degener²¹⁵ meen dat sowel die Standaardreëls van die Verenigde Nasies²¹⁶ as die ADA as 'n universele maatstaf gedien het by die ontwikkeling van wetgewing oor diskriminasie teen persone met gestremdhede.

²¹³ Sien DuBow S “The Television Decoder Circuit Act-TV for All” 1991 *Temple Law Review* 609 in Quinn G, McDonagh M en Kimber C (reds) (1993) 111.

²¹⁴ Verenigde Nasies se Standaardreëls met betrekking tot Gelyke Geleentheid vir Persone met Gestremdhede (UN Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities) van 1993 wat in paragraaf 2.1.5 van hoofstuk 3 *supra* bespreek is.

²¹⁵ Degener T in Lawson A en Gooding C (reds) (2005) 88.

²¹⁶ Sien die bespreking daarvan in paragraaf 2.1.5 van hoofstuk 3 *supra*.

Stein en Stein voer aan dat die Amerikaanse gestremdheidsregbeweging 'n sterk invloed op die internasionale arena uitgeoefen het. Hulle verklaar soos volg:²¹⁷

The American disability rights movement has strongly influenced its international counterparts to mobilize for equality as expressed through the social model's precepts. The results are demonstrated by the 1990s passage of United Nations proclamations and soft laws. Perhaps the most notable among these is the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities. . . Encouraged by the ADA's passage, international advocates have increasingly sought legally binding domestic approaches to protect disabled citizens.

VSA-wetgewing, en meer spesifiek die ADA, het dus in talle lande²¹⁸ 'n bydra gelewer tot die ontwikkeling van wetgewing oor diskriminasie teen gestremdes. Volgens Stein en Stein²¹⁹ het die ADA in meer as veertig lande 'n belangrike rol gespeel in die ontwikkeling van gestremdheidsreg. Hierdie lande het die ADA se bepalinge as maatstaf gebruik om hulle eie wetgewing te ontwikkel.²²⁰ Heyer²²¹ meld dat die Amerikaanse gestremdheidsregbeweging se politieke mobilisering, en die ADA as eerste omvattende gestremdheidsregwetgewing, 'n enorme impak wêreldwyd op die gestremdheidsdiskoers gehad het. Stein verklaar verder dat internasionale gestremdheidsregaktiviste na die ADA as 'n

²¹⁷ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1208.

²¹⁸ Degener T in Lawson A en Gooding C (reds) (2005) 88 en 89.

²¹⁹ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1204; Stein MA "Disability Human Rights" 2007 *California Law Review* 90.

²²⁰ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1208.

²²¹ Heyer K in Nielsen LB en Nelson RL (reds) (2005) 238.

navolgenswaardige model verwys het.²²² Die ADA het so 'n groot impak op die reg van talle state gehad dat sommige skrywers meen dat die uitwerking van dié wetgewing groter was in die buiteland as in die VSA self.²²³

Volgens Degener²²⁴ blyk dit uit die geskiedenis van wetgewing teen diskriminasie op grond van gestremdheid in 'n aantal lande dat die ADA, die Standaardreëls of beide as voorbeeld gedien het vir die ontwikkeling van gestremdheidsreg in daardie lande. Ofskoon talle mense die ADA beskou as 'n prysenswaardige stuk wetgewing, wys sommige skrywers op talle tekortkominge daarvan. Hierdie aspek word in die volgende afdeling bespreek.

7. ADA: Die tekortkominge

Stein en Stein voer aan dat alhoewel die ADA as 'n gewilde raamwerk gebruik word vir gestremdheidswetgewing, gewaak moet word teen 'n benadering waar

²²² Stein MA 2007 *California Law Review* 90.

²²³ Krieger LH "Forward - Backlash Against the ADA: Interdisciplinary Perspectives & Implication for Social Justice Strategies" 2000 *Berkley Journal of Employment & Labour Law* 1 – 18. Vir volledigheidshalwe kan ook verwys word na die Verenigde Nasies se Standaardreëls wat as verdere aansporing vir lande gedien het om wetgewing wat diskriminasie teen persone met gestremdhede verbied, te implementeer. In die verband bepaal die Standaardreëls in reël 15 dat:

States have responsibility to create the legal basis for measures to achieve the objectives of full participation and equality for persons with disabilities. . . States must ensure that organizations of persons with disabilities are involved in the development of national legislation concerning the rights of persons with disabilities, as well as in the ongoing evaluation of that legislation. . . Any discriminatory provisions against persons with disabilities must be eliminated. National Legislation should provide for appropriate sanctions in case of violations of the principle of non-discrimination.

²²⁴ Degener T in Lawson A en Gooding C (reds) (2005) 89.

die ADA gebruik word as 'n voorbeeld of model van gestremdheidswetgewing.²²⁵ Hulle verklaar:²²⁶

Yet despite its laudable achievements, the ADA contains design and implementation shortcomings. The legislation is unable to adequately protect Americans with disabilities in many aspects of their lives. . . Consequently, people with disabilities remain socially marginalized and mired in poverty. . . In sum, despite many positive affects American disability civil rights legislation has not – and structurally cannot – bring about equality on their own.

Agtien jaar na die aanname van die wet blyk daar, benewens die definiëringsbeperking (paragraaf 5.4.2 *supra*) van die begrip gestremdheid, egter ook ander tekortkominge te wees. Daar gaan in hierdie paragraaf op drie tekortkominge gefokus word.

Eerstens blyk dit uit paragraaf 7.1 *infra* dat daar ten spyte van die ADA se beoogde konseptuele neiging weg van die mediese model van gestremdheid, daar jare later steeds nie veel vordering in die rigting van die sosiale model van gestremdheid gemaak is nie. Die rede hiervoor blyk onder ander te wees dat die toepassing van die sosiale model van gestremdheid beperk is tot die aanwendingsveld van formele gelykheid in die VSA. Die probleem met hierdie benadering is dat daar oordrewe klem op die sogenaamde negatiewe of eerste generasie regte, wat in paragraaf 7.2 *infra* uitgelig is, geplaas word. Die sogenaamde positiewe regte, wat gewoonlik sterk met tweede generasie

²²⁵ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1208.

²²⁶ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1204.

menseregte²²⁷ geassosieer word, word deur hierdie benadering afgeskeep. Die menseregtebenadering binne die gestremdheidsdiskoers kan egter net suksesvol wees indien positiewe én negatiewe regte binne dieselfde raamwerk wedersyds aanvullend toegepas word. 'n Uitstekende voorbeeld hiervan is die nuwe Konvensie oor Gestremdheid wat 'n meer holistiese benadering volg. In paragraaf 7.3 *infra* gaan gekyk word na die moontlike invloed van die konvensie op die ADA om hierdie tekortkominge te verwyder.

7.1 Die ADA: 'n voortsetting van die mediese model van gestremdheid?

Die deurvoer van die ADA in 1990 word as 'n konseptuele vertrekpunt weg van die mediese model van gestremdheid gesien. Gevolglik bou die ADA nie op die aanname voort dat 'n persoon se fisiologiese of psigologiese gebrek 'n individuele probleem is nie. Die ADA bring eerder 'n sosiale dimensie na vore deur statutêre remedies te verleen waardeur aanpassings in die fisiese en sosiale omgewing gemaak word om persone met gestremdhede gelykwaardig te akkommodeer. Derhalwe is die fokus nie op die mediese toestand van die betrokke individue met 'n gestremdheid nie. Dit is eerder op hoe die sosiale en ekonomiese omgewing heringerig kan word ten einde gestremdes op gelyke grondslag met ander mense te akkommodeer. Dit verleen hoofsaaklik beskerming aan persone met gestremdhede in arbeidsaangeleenthede (deel I); verplig openbare entiteite om meer

²²⁷ Met ander woorde die volle spektrum sosiale, kulturele en ekonomiese regte van persone met gestremdhede.

toeganklik te wees (deel II); en waarborg die reg om geakkommodeer te word (deel III).²²⁸

Die ADA verleen erkenning aan die sosiale dimensie van gestremdheid.²²⁹ Gevolglik word diskriminasie op grond van gestremdheid, net soos diskriminasie op grond van ras of geslag, as irrasioneel gesien.²³⁰ Areheart voer aan dat om gestremdheid te verstaan dit nodig is “[to] understand disability discrimination as another type of socially constructed bias, such as raced-based or sex-based discrimination.”²³¹ Aktiviste teen diskriminasie op grond van gestremdheid gebruik hierdie sosiologiese dimensie om die sosiale model van gestremdheid voordelig in die stryd vir gelyke behandeling van persone met gestremdhede te benut. Stein en Stein verklaar soos volg:²³²

At the forefront of this endeavor, American advocates expressed the social model of disability through a civil rights prism whose tenets paralleled earlier advocacy on behalf of people of color and women.

Net soos kwessie oor ras en geslag in die VSA deur ’n burgerregteperspektief aangespreek is, word die sosiale model van gestremdheid binne die VSA ook by wyse van ’n burgerregteperspektief hanteer. Hierdie perspektief van gestremdheid word ook bespeur in die Amerikaanse Kongres se bevindinge

²²⁸ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 11.

²²⁹ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 12.

²³⁰ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 10.

²³¹ *Ibid.*

²³² Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1203.

in die ADA (sien paragraaf 5.2 *supra*) waar verwys word na “a discrete and insular minority” wat beskerm moet word.²³³

Ondanks die ADA se revolusionêre konseptuele neiging weg van die mediese model van gestremdheid, blyk dit tog dat daar jare later steeds nie veel vordering in die rigting van die sosiale model van gestremdheid was nie. Areheart verduidelik dat die idee van gestremdheid as sosiale denkbild (“social construct”) met die aanneem van die ADA steeds nie tot die nasionale bewussyn deurgedring het nie. Jare later is daar steeds net geringe vordering in hierdie rigting en die mediese model van gestremdheid is steeds sigbaar. Volgens die skrywer is hierdie beskouing nie net in die Amerikaanse kultuur in verband met gestremdes gevestig nie, maar dit reflekteer ook in die uitbeelding van gestremdes in die media.²³⁴ Soos reeds uit onder andere paragraaf 5.4.2 *supra* hierbo blyk, dui die definiëringsbeperking van die begrip gestremdheid met die fokus op gestremdheid (in plaas van op diskriminasie teen gestremdes) daarop, dat die mediese model van gestremdheid in die Amerikaanse regspraak behoue bly. Sodoende word die vestiging van die sosiale model van gestremdheid teengewerk.

Die wysigings wat aan die 2008 ADA-wysigingswet aangebring is, behoort hierdie klem wat op die gestremdheid van die persoon geplaas word (soos bespreek in paragraaf 5.4.3 *supra*), te verwyder.

7.2 Gestremdeidsburgerregte

²³³ 42 U.S.C. artikel 1210(a)(7)(2000) in Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 11.

²³⁴ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 12.

Soos uit hoofstuk 2 blyk, was die tradisionele beskouing dat persone met gestremdhede ooreenkomstig die beginsels van die mediese model van gestremdheid behandel moes word. Hierdie model het die effek dat persone met gestremdhede (die “handicapped”) stelselmatig uitgesluit word uit die hoofstroom van die samelewing. Persone met gestremdhede het sosiale welsynsvoordele ontvang in plaas daarvan dat werks- of ander geleenthede vir deelname vir hulle geskep is.²³⁵

Ooreenkomstig die sosiale model van gestremdheid speel die houding van die gemeenskap 'n sentrale rol met betrekking tot die etikettering van persone met gestremdhede.²³⁶ Ongelukkig het aktiviste wat die belange van gestremdes in die VSA op die hart dra, die toepassing van die sosiale model van gestremdheid beperk tot formele gelykheid binne die raamwerk van burgerregtebeskerming. Die werking daarvan is sodoende binne die menseregte-arena²³⁷ gestrem. Die rede hiervoor is dat burgerregte gemik is op gelyke behandeling van mense en nie om mense in 'n daadwerklike gelyke posisie te plaas nie. Die probleem met hierdie benadering is dat daar oordrewe klem op die sogenaamde negatiewe of eerste generasie regte geplaas word om formele gelykheid te bewerkstellig. Die gevolg is dat die ADA en ander burgerregtewetgewing nie die volle insluiting van persone

²³⁵ Stein MA 2007 *California Law Review* 86. Sommige skrywers soos Bagenstos SR argumenteer in “The Future of Disability Law” 2004 *The Yale Law Journal* 114: 1 -83 dat deur die maatskaplike welsynbenadering uit te sluit en te vervang met 'n burgerregte-benadering nie noodwendig tot voordeel van gestremde persone in die VSA was nie. Sien in die verband paragraaf 7.2 *infra*.

²³⁶ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1206 en 1207.

²³⁷ Stein MA 2007 *California Law Review* 85.

met gestremdhede in die samelewing bewerkstellig nie.²³⁸ Die menseregtebenadering binne die gestremdhheidsdiskoers kan egter net suksesvol wees indien positiewe én negatiewe regte binne dieselfde raamwerk wedersyds aanvullend toegepas word.

Aangesien aktiviste slegs formele gelykheid binne die sosiale model beklemtoon het, word uitsluitlik op eerste generasie regte (die sogenaamde negatiewe regte) gefokus. Die sosiale model van gestremdheid word dus verhoed om die volle spektrum tweede generasie regte (die sogenaamde positiewe regte) in werking te stel,²³⁹ sodat die gestremde persoon in 'n daadwerklike gelyke posisie geplaas word. Ten einde volle integrasie van persone met gestremdhede te bewerkstellig, moet sowel negatiewe as positiewe regte toepassing vind. Burgerregte-aktivisme het dus nie tweede generasie regte ten volle by die gestremdhheidsdiskoers ingesluit nie.²⁴⁰ Die rede hiervoor is blykbaar dat die burgerregte-agenda binne die sosiale model van gestremdheid in die VSA persone in dieselfde posisie te streng op dieselfde wyse hanteer het.²⁴¹

²³⁸ Bagenstos SR 2004 *The Yale Law Journal* 20 argumenteer dat die ADA nie daarin slaag om werkseleenthede vir persone met gestremdhede te verbeter nie. Hy meen sy teorie is baie eenvoudig: "Because accommodation are costly, the ADA gave employers an incentive to refuse to hire people with disabilities; because it is difficult to enforce the statute effectively at the hiring stage, employers were likely to act on that incentive". Sien ook Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1209; en Bickenbach JE in Jones M en Marks AB (reds) (1999) 108.

²³⁹ Stein MA 2007 *California Law Review* 91.

²⁴⁰ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1210.

²⁴¹ *Ibid.*

Aangesien die sosiale model van gestremdheid beperk was tot die grense van die burgerregte agenda, is ander aanvullende wyses vir institusionele herstrukturering nie ondersoek nie.²⁴² Aktiviste se beperkende fokus op burgerlike en politieke regte het Amerikaanse beleidsmakers verhoed om 'n meer holistiese benadering oor gestremdheid te ondersoek.²⁴³

Alhoewel die ADA 'n merkwaardige poging was om weg te beweeg van die mediese model van gestremdheid, is dit duidelik dat die Amerikaners die sosiale model van gestremdheid, met 'n beperkte visie gerig op die bevordering van burgerregte, toegepas het. Deur alleen staat te maak op wetgewing teen diskriminasie om formele gelykheid te bewerkstellig, word slegs gefokus op die burgerregte van persone met gestremdhede.²⁴⁴

²⁴² Stein MA 2007 *California Law Review* 91.

²⁴³ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1210 en 1211 verklaar in die verband:

The disjuncture between first-and second-generation rights in the civil rights agenda manifests in antidiscrimination laws and policies that do not link socially contingent exclusion in diverse sectors with artificial exclusion from the workplace. This may be because policy makers view second-generation type rights as beyond their political mandate.

²⁴⁴ Bagenstos SR 2004 *The Yale Law Journal* 23 argumenteer dat:

Antidiscrimination requirements can prohibit employers from discrimination against qualified people with disabilities who apply for jobs, but they cannot put people with disabilities in a position to apply and be qualified for jobs in the first place. For a large number of people with disabilities, it is not the discriminatory acts of particular employers but instead deep-rooted structural barriers – such as the lack of personal-assistance services, assistive technology, and accessible transportation and, above all, the current setup of our health insurance system – that keep them out of the workforce. Antidiscrimination laws like the ADA are a singularly ineffective means of eliminating such structural barriers.

Sien ook in die verband Ramirez A “Disability as field of study?” *New York Times* 21 Desember 1997 waar daar melding gemaak word van gestremdheid wat gesien word as “an ordinary human variation like gender, race or ethnicity”.

Hierteenoor argumenteer Stein en Stein dat 'n oplossing vir die probleem te vinde is in 'n menseregteperspektief op gestremdheid met 'n kombinasie van eerste en tweede generasieregte.²⁴⁵ Sodoende word die tradisionele burgerregte, of die sogenaamde negatiewe of eerste generasieregte²⁴⁶ en die volle spektrum van sosiale, kulturele en ekonomiese regte, die sogenaamde positiewe of tweede generasieregte,²⁴⁷ gekombineer in 'n holistiese gestremdeidsmenseregteparadigma.²⁴⁸ Stein verduidelik hierdie benadering soos volg:²⁴⁹

Applying a disability paradigm highlights the effect of social exclusion, and points out the need of ensuring that the human rights of all socially marginalized groups are protected. As a result, the disability human rights paradigm reaffirms that established human rights protections, like those extending to women, require indivisible application of first- and second-generation rights. . . Ultimately, the disability rights paradigm

²⁴⁵ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1213; Stein MA 2007 *California Law Review* 75.

²⁴⁶ Stein verwys in "Disability Human Rights" 2007 *California Law Review* 78 na die regte as die: "right to life, movement, thought, expression, association, religion, and political participation".

²⁴⁷ Bagenstos SR 2004 *The Yale Law Journal* 17 argumenteer dat "Disability rights activists urged that disability policy should promote integration and inclusion in all arenas of political, civic, and social life." Stein verduidelik in "Disability Human Rights" 2007 *California Law Review* 78 hierdie regte as volg:

These rights are understood as providing equal opportunity, and are often thought of as "positive rights". Second-generation rights generally focus on standards of living, including issues such as the availability of housing and education".

²⁴⁸ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1221; en Stein MA 2007 *California Law Review* 77.

²⁴⁹ Stein MA 2007 *California Law Review* 78.

indicates that human rights protection can progress from a group to an individual basis. . . I proffer an argument for extending disability-based human rights concepts to other socially excluded individuals.

In aansluiting by bovermelde opmerkings, en soos Donnelly beweer, kan die menseregteperspektief slegs suksesvol wees as daar aan die vereistes van sowel positiewe as negatiewe regte doeltreffend voldoen word.²⁵⁰ As positiewe en negatiewe regte binne dieselfde raamwerk wedersyds aanvullend geplaas word, sal die sosiale model van gestremdheid binne die VSA versterk word.²⁵¹ Dit beteken dat die oplossing nie alleen in wetgewing teen diskriminasie, soos die ADA, te vinde is nie, maar 'n holistiese gestremdheidsmenseregteparadigma wat noodwendig 'n balans tussen beide beleidsbenaderingswyses (sien paragrawe 3. 3.1 en 3.2 van hoofstuk 1 *supra*) naamlik die maatskaplike welsynsbenadering en burgerregte-benadering sal vereis. Volgens skrywers soos Bagenstos is die belangrike taak van die gestremdheidsbewing in die 21ste eeu om:²⁵²

[F]irst, to confront honestly the promise and limitations of an antidiscrimination approach and, second, to craft social welfare laws and policies that address the movement's own critique of social welfare responses to disability.

²⁵⁰ Donnelly J *International Human Rights* (1998) 25; Stein verwys in "Disability Human Rights" 2007 *California Law Review* 96 dat hierdie geïntegreerde benadering tot menseregte ook deur die internasionale instrument CEDWA gevolg word "by demanding both prevention of direct discrimination and reinvention of environments to eviscerate the more subtle effects of cultural bias".

²⁵¹ Stein MA 2007 *California Law Review* 97.

²⁵² Bagenstos SR 2004 *The Yale Law Journal* 83.

7.3 Alternatief tot die ADA: Konvensie oor Gestremdheid?

Volgens Stein het die ADA nie aan sy potensiaal voldoen om die lewens van persone met gestremdhede in die VSA te verbeter nie.²⁵³ Gevolglik moet die beperkinge wat die burgerregte-benadering meebring, in die lig van die voorafgaande paragraaf, heroorweeg word. Stein en Stein meen dat daar baie geleer kan word uit 'n breër internasionale beskouing van gelykheid en ander fundamentele regte.²⁵⁴

Die Verenigde Nasies se Konvensie oor Gestremdheid is 'n holistiese menseregteverdrag wat beduidende invloed gaan uitoefen op die gestremdhediskoers. Die konvensie kombineer sowel burgerlike as politieke regte wat deur wetgewing teen diskriminasie geïmplementeer word, met die volle spektrum van sosiale, kulturele en ekonomiese regte en funksionele gelykheidsmaatreëls.²⁵⁵ Hierdie holistiese benadering verreken volgens Stein faktore buite-om burgerregtetewetgewing, soos wat in die ADA vervat is. Sodoende verseker dit dat individue met gestremdhede op gelyke grondslag met ander mense en as deel van die samelewing kan presteer.²⁵⁶

²⁵³ *Op cit* vn 251.

²⁵⁴ Stein MA en Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1208.

²⁵⁵ Stein MA "A Quick Overview of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for Americans with Disabilities" 2007 *Mental & Physical Disability Law Reporter* 679.

²⁵⁶ Stein MA 2007 *Mental & Physical Disability Law Reporter* 680.

Die menseregtebenadering oor gestremdheid soos vervat in die Verenigde Nasies se Konvensie oor Gestremdheid beskerm volgens Stein die regte van persone met gestremdhede beter.²⁵⁷ Dit is daarom te betreur dat die VSA tydens die tweede sessie van 'n *ad hoc*-komitee oor die nuwe Konvensie oor Gestremdheid in Augustus 2003 aangekondig het dat die VSA nie van voorneme is om tot enige toekomstige verdrae oor gestremdheidsreg toe te tree nie.²⁵⁸ Die hoofrede hiervoor is volgens die webwerf van "American Association of People with Disabilities" dat die VSA van mening is dat sy wetgewing voldoende beskerming aan persone met gestremdhede verleen en dat ondertekening en bekragtiging van die nuwe Konvensie oor Gestremdheid daarom onnodig is.²⁵⁹ Op 13 Desember 2006 het Richard T. Miller, die VSA se verteenwoordiger op die Verenigde Nasies se Ekonomiese en Sosiale Raad²⁶⁰ met betrekking tot die Konvensie oor Gestremdheid verklaar dat:²⁶¹

Our nation's commitment to the rights and dignities of persons with disabilities is embodied in our vast array of strong national laws, notably the historic Americans with Disabilities Act [ADA]. The United States has shown strong leadership in

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ American Association of People with Disabilities "Briefing Report for USICD on the UN Ad Hoc Committee Meeting" <<http://www.aapd-dc.org/News/disability/unadhocmeeting.html>> (laaste besoek op 22 April 2008).

²⁶⁰ Sien paragraaf 2.1 van hoofstuk 3 *supra*.

²⁶¹ "Explanation of Position on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Agenda Item 67(b), in the General Assembly" deur Ambassadeur Richard T. Miller van die VSA, Verteenwoordiger tot die VN Ekonomiese en Sosiale Raad, New York City 13 Desember 2006 1 <<http://www.state.gov/p/io/rls/rm/81455.htm>> (laaste besoek op 23 April 2008).

combating discrimination and inequality on the basis of disability . . . The United States believes that the most effective way for states to improve the real world situation of persons with disabilities from a legal perspective is to strengthen their domestic legal frameworks related to non-discrimination and equality. This approach is rooted in our own national experience with legislation such as the Americans with Disabilities Act.

In die lig van voorgaande bespreking onder paragraaf 7, 5.4.2 en 5.4.3 *supra* is die verklaring van die VSA dat hy op die voorpunt is van gestremdheidsreg en -beleid enigszins onoortuigend.²⁶² Dit is duidelik uit die voorafgaande bespreking dat die ADA as burgerregwetgewing nie ten volle gelykheid vir persone met gestremdhede bewerkstellig het nie.²⁶³ Lex Frieden, voorsitter van die Nasionale Raad oor Gestremdheid, bevestig hierdie standpunt in sy verslag "Righting the ADA", van 1 Desember 2004 aan die Amerikaanse President. Die verslag vestig die aandag op die doel van die ADA, naamlik om 'n duidelike en omvattende mandaat vir die uitskakeling van diskriminasie op grond van gestremdheid te verskaf. Die verslag verklaar verder dat die bepalings van die ADA vir sover dit op argitektoniese, vervoer- en kommunikasietoeganklikheid betrekking het, die Amerikaanse gemeenskap vir altyd verander het. Die verslag lig ook die kwessie oor die eng interpretasie van die howe uit en bevestig dat dié interpretasie die geleentheid vir beskerming kragtens die ADA toenemend verlaag het. Hierdie eng interpretasie van die howe en definiëringsbeperking was egter nie deel van die Amerikaanse Kongres se oogmerk ten tye van die aanname

²⁶² Stein MA 2007 *Mental & Physical Disability Law Reporter* 680 is van mening dat die Konvensie oor Gestremdheid die ADA vêr oortref.

²⁶³ Stein MA 2007 *Mental & Physical Disability Law Reporter* 680.

van die ADA in die 1990's nie. Die verslag bepleit dringende wetgewing om hierdie posisie te verander, ten einde die oorspronklike bedoeling van die Amerikaanse Kongres te herstel.²⁶⁴

Soos uit die bespreking blyk, was die VSA op daardie stadium nie van plan om die 2006 Konvensie oor Gestremdheid te onderteken nie. Wetgewing was dus die enigste wyse waarop die tekortkominge in die definiëringsbeperking van die ADA uitgeskakel kon word ten einde 'n menseregtebenadering te vestig. In die verband is die hoop op daardie stadium op die 2008 ADA-wysigingswet gevestig. Hierdie wysigingswet, soos voorheen verduidelik, wysig spesifiek dele van die kongresbevindinge in artikel 2 van die wet. Hierdie wysigings verwys spesifiek na die oorspronklike bedoeling van die Amerikaanse Kongres en het as oogmerk die verbreding van die definiëring van gestremdheid. Daar kan maar net gehoop word dat by die uitleg 'n meer holistiese benadering gevolg sal word wat sowel burger- as politieke regte en ook ekonomiese, sosiale, en kulturele regte in 'n menseregtebenadering sal verreken.

Wat verder vir doeleindes van hierdie bespreking van belang is, is dat President Barack Obama op 24 Julie 2009 aankondig het dat die VSA wel die Konvensie oor Gestremdheid gaan onderteken. Op 30 Julie 2009 het Susan Rice, die VSA se ambassadeur tot die Verenigde Nasies, die Konvensie oor Gestremdheid by die Verenigde Nasies se Hoofkwartier in New York onderteken. Hierdie historiese stap kan as 'n erkenning van die

²⁶⁴ "Righting the ADA" <http://www.ncd.gov/newsroom/publications/2004/pdf/righting_ada.pdf> (laaste besoek op 22 April 2008).

menseregtebenadering tot gestremdheid deur die Obama-administrasie aangeteken word. Die ondertekening en bekragtiging van die Konvensie oor Gestremdheid kan moontlik 'n holistiese benadering met betrekking tot gestremdheid in die VSA verseker. Hierdie benadering behoort sowel burger- as politieke regte en ook ekonomiese, sosiale, en kulturele regte in 'n menseregtebenadering tot gestremdheid te verreken. Ten tye van afsluiting van navorsing van hierdie proefskrif op 31 Desember 2009, het die VSA egter nog nie die Konvensie oor Gestremdheid bekragtig nie.

8. Gevolgtrekking

Na oorweging van die VSA se geskiedenis van anti-diskriminasie wetgewing ter sake vir persone met gestremdhede kan met instemming na Degener²⁶⁵ se standpunt verwys word waarvolgens dié wetgewing “reveals that the legislative battle for equality is long, and more than one statute needs to be passed in order to achieve the goal of comprehensive protection against discrimination”.

Uit hierdie hoofstuk blyk dit duidelik dat goed-ontwikkelde gestremdheidsreg nie net op burgerregte van persone met gestremdhede mag fokus nie. Daar moet noodwendig erkenning verleen word aan 'n hele reeks regte van gestremdes, nie alleen burgerregte en politieke regte nie maar ook ekonomiese, sosiale, en kulturele regte. Die burgerregte-benadering van gestremdheid kan klaarblyklik nie alléén omvattende regsbeskerming aan die gestremde persoon bied nie.

²⁶⁵ Degener T “Disability Discrimination Law: A Global Comparative Approach” in Lawson A en Gooding C (reds) (2005) 90.

Uit 'n menseregte-oogpunt beskou, is die regte waarop gestremdes kan aanspraak maak ondeelbaar as dit kom by die verwesenliking van eerste-, tweede-,²⁶⁶ as derdegenerasieregte.

Soos uit die bespreking in afdelings 7 hierbo blyk, verteenwoordig gestremdheidswetgewing wat slegs op die burgerregte-benadering van gestremdheid geskoei is, 'n miskenning van die totale omvang van regsbeskerming waaraan persone met gestremdhede 'n behoefte het. 'n Meer holistiese benadering tot gestremdheidswetgewing aan die hand van 'n menseregtebenadering van gestremdheid moet gevolg word. Die Verenigde Nasies se Konvensie oor Gestremdheid sal heel moontlik in dié verband die pas aangee. Nie net beskerm hierdie konvensie die regte van persone met gestremdhede nie, maar dit vereis ook van staatspartye om alle fundamentele regte van persone met gestremdhede te verwesenlik.

In die volgende hoofstuk sal die ontwikkeling in onderhawige verband in Suid-Afrika in die lig van die 1996-grondwet en die implikasies wat die Konvensie oor Gestremdheid vir gestremde Suid-Afrikaners kan inhou, bestudeer word.

~ooOoo~

²⁶⁶ Stein MA 2007 *California Law Review* 120.