



HOOFTUK 6

DIE BENADERING TOT GESTREMDHEID IN DIE REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA: DIE PROSES VAN REGSHERVORMING

An image the world will remember of the first democratic elections in South Africa in 1994 is that of thousands of people with disabilities queuing at voting stations across the country under the hot African sun. . . [t]hey came in wheelchairs, on crutches, navigating their way by means of white canes, in wheelbarrows and even physically carried on the backs of relatives and friends. . . [i]n support of their vision was the fact that the Interim Constitution had already outlawed discrimination on the grounds of disability. For the first time, disability was recognized in South Africa as a human rights issue, as opposed to the more traditional approach of health and welfare, a four hundred year old approach which still left disabled South Africans caught in a poverty trap of dependence and disempowerment.¹

1. Inleiding

1.1 Agtergrond tot die Grondwet van 1996

2. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

2.1 Artikel 9 van die Grondwet en gestremdes se reg op gelykheid

2.2 Diskriminasie ingevolge artikel 9 van die Grondwet

3. Wetgewing oor gestremdheid

3.1 Wet op die Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie (Wet 4 van 2000)

3.2 Arbeidswetgewing

3.3 Vaardigheidsontwikkeling

3.4 Onderwyswetgewing

3.5 Bouregulasies

3.6 Wet op Maatskaplike Bystand (Wet 13 van 2004)

3.7 Wet op die Raamwerk vir Voorkeurvercrygingsbeleid (Wet 5 van 2000)

3.8 Openbare vervoer

3.9 Wet op Geestesgesondheid (Wet 17 van 2002)

¹ Toespraak van voormalige president Thabo Mbeki op 18 Januarie 1998 by die amptelike opening van die "Perkins Brailleur Project" <<http://www.anc.org.za/ancdocs/history/mbeki/1998/sp980116.html>> (laaste besoek op 27 Mei 2008).

4. Die rol van die Menseregtekommissie
 5. Die witskrif oor die “Integrated National Disability Strategy” (INDS)
 6. Konvensie oor die Regte van Persone met Gestremdhede
 - 6.1 Monitering van die konvensie op nasionale vlak
 - 6.2 Die implikasie van die opsionele protokol
 7. Gevolgtrekking
-

1. Inleiding

In die inleidende hoofstuk *supra* word die pluralistiese staatsopvatting onderskryf. Binne so 'n staat is verskeidenheid moontlik en burgerskap multidimensioneel. Dit beteken dat die staat nie 'n enkele identiteit op sy burgers afdwing nie, maar elkeen met sy eie bepaalde agtergrond gelyk hanteer. So 'n staatsbeskouing erken uiteenlopende individuele identiteite, etiese en morele opvattinge, oortuigings vir ordelike gemeenskapslewe, en identiteite as die grondslag vir 'n goeie en sinvolle menslike bestaan. Die internasionale reg in hoofstuk 3 *supra*, en die regsvergelende ondersoek in hoofstuk 4 en 5 *supra* toon dat daar toenemend na so 'n pluralistiese beskouing betref die hantering van persone met gestremdhede beweeg word. So 'n beskouing komplementeer nie net multidimensionaliteit nie, maar ook multi-normaliteit van sy individuele burgers, en onderskryf 'n inklusiewe en geïntegreerde samelewing ten opsigte van die menslike behoeftes van persone met gestremdhede.

Dit beteken ook dat die staat binne so 'n pluralistiese staatsopvatting verplig is om *alle* burgers se individuele regte op 'n multidimensionele basis te beskerm en te handhaaf. Aangesien die staat se legitimititeit, en trouens, die essensiële grondslag van die bestaan van die staat (as doeltreffende beskermer) van sy effektiewe instandhouding van die regte van sy

individuele burgers afhang, word aanvaar dat die staat voortdurend sy doel en funksie moet hersien aan die hand van universeel (internasionaal) gedeelde waardes. Hierdie waardes vind uiting in internasionale menseregtedokumente (sien paragraaf 2 van hoofstuk 3 *supra*) waarin die erkenning van fundamentele vryhede en menseregte as toetssteen (sien in die verband paragraaf 1.2 van hoofstuk 3 *supra*) vir menslike optrede dien.

Wanneer aanvaar word dat fundamentele vryhede en menseregte – minstens in die Westerse beskawing - universeel (hoofstuk 3 *supra*) is, word die handhawing en instandhouding van hierdie regte onlosmaaklik deel van die staat se verantwoordelikheid. Teen die agtergrond volg noodwendig dat die handhawing van fundamentele vryhede en menseregte op internasionale vlak (paragraaf 2.2 van hoofstuk 3 *supra*) ook 'n invloed op die beskouing en hantering van persone met gestremdhede (paragraaf 2.5 van hoofstuk 3 *supra*) op nasionale vlak sou hê. Internasionale instrumente oefen nie slegs 'n invloed op die Suid-Afrikaanse reg uit nie, trouens die Handves van Regte (hoofstuk 2 van die Grondwet van 1996) is deur internasionale menseregtekonvensies geïnspireer. Die Handves van Regte (sien paragrawe 2.1 en 2.2 *infra*) verwys by geleentheid (artikels 35(3)(l), 37(4)(b)(i), en 39(1)(b)) direk na internasionale reg. Verder word die Handves van Regte ook aan 'n spesiale interpretasiewerkswyse kragtens artikel 39 van die Grondwet onderwerp. Dié interpretasielousule neem ook spesifiek kennis van internasionale reg wat vir doeleindes van die bespreking met betrekking tot die wisselwerking tussen internasionale- en Suid-Afrikaanse reg van belang is. (Sien in die verband paragraaf 1.2 van hoofstuk 3 *supra* en paragraaf 2 *infra*.)



Die gestremdheidsdiskoers binne Suid-Afrika is egter nie alleen deur ontwikkeling op internasionale gebied beïnvloed nie. Dit het ook eie-soortige Suid-Afrikaanse impulse. Hierdie hoofstuk fokus op die ontwikkeling van die reg in Suid-Afrika ten opsigte van persone met gestremdhede sedert 1994 en die invloed van die Handves van Regte op wetgewing relevant vir persone met gestremdhede.

Aangesien die impak wat die grondwetlike ontwikkeling en oorgang in die Republiek van Suid-Afrika sedert 1994 op gestremde persone gehad het nie geringgeskat mag word nie, is dit nodig dat hierdie impak in konteks geplaas word. Met die oog hierop, word 'n kort historiese oorsig oor die veranderinge van die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel wat die finale Grondwet van 1996 voorafgegaan het gegee.

1.1 Agtergrond tot die Grondwet van 1996

Die Unie van Suid-Afrika het in 1910 met die vereniging van die vier eertydse Britse kolonies tot stand gekom. Die Grondwet van die Unie – die Zuid-Afrikawet – het in navolging van die Britse konstitusionele tradisie die Westminsterstelsel in Suid-Afrika gevestig. Gevolglik was die Parlement - en nie die grondwet nie - oppermagtig. Die grondwet het ook, in ooreenstemming met die Britse grondwetlike tradisie nie oor 'n afdwingbare handves van regte beskik nie. Gevolglik het dit die wetgewer vrygestaan, om vir sover die politiek dit toegelaat het, enige wetgewende maatreëls aan te neem, net solank die voorgeskrewe prosedure in die aanneming daarvan gevolg is.²

² Klug H "Historical Background" in *Constitutional Law of South Africa*, 2-9, oorspronklike uitgawe van 1996, Chaskalson et al.



In ooreenstemming met die rassebeskouing van die tyd, was die Unie van Suid-Afrika polities, sosiaal en territoriaal ook rasgesegregeerd.³ Stemreg is hoofsaaklik tot blankes beperk.⁴ Die handjievol nie-blankes wat wel stemreg gehad het,⁵ is ook mettertyd in die aangesig van sterk opposisie van die gemeenskaplike kieserslys verwyder.⁶

Suid-Afrika het in 1961 'n Republiek geword. Die basiese aard van die grondwetlike orde het egter nie verander nie. Parlementêre soewereiniteit is gehandhaaf, 'n handves van regte is nie in die grondwet ingebou nie,⁷ en die grondwetlike bestel het ook nougeset vir 'n blanke minderheidsbewind voorsiening gemaak.⁸

Die blanke minderheidsregering was egter vanaf die 1950's onder toenemend druk.⁹ Die verskerpte aanslag het uiteindelik op 'n nuwe grondwetlike orde uitgeloop wat met die inwerkingtreding van die

³ Wet op Afsonderlike Verteenwoordiging van Kiesers (Wet 46 van 1951).

⁴ *Harris v Minister of Interior* 1952 (2) SA 428.

⁵ Wet op die Hoë Hof van die Parlement (Wet 35 van 1952).

⁶ *Minister v the Interior v Harris* 1952 (4) SA 769 (A); Wet op die Kworum van die Appèlhof (Wet 27 van 1955); Senaatswet (Wet 9 van 1956); Wet tot Wysiging van Suid-Afrikawet (Wet 9 van 1956); en Klug H in Chaskalson et al.

⁷ Die 1961 Grondwet (Wet 32 van 1961).

⁸ Bekink B *Principles of South African Constitutional Law* unpublished notes (to be published by LNB 2010) 99.

⁹ Chaskalson et al 2 – 10.



tussentydse Grondwet (van 1993)¹⁰ in 1994, en uiteindelik met die huidige finale Grondwet van 1996¹¹ wat in 1997 voltrek is.

Die huidige Grondwet vervang die eertydse grondwetlike orde wat op parlementêre soewereiniteit geskoei was. Dit is uitdruklik gebou op die beginsel van die soewereiniteit van die Grondwet self. Die Grondwet bevat ook 'n omvattende Handves van Regte. Hierdie Handves is deur die howe beregbaar en afdwingbaar. Die Grondwet beëindig ook die eertydse blanke minderheidbewind en maak voorsiening vir gelyke algemene stemreg vir alle volwasse Suid-Afrikaanse burgers. Die beginsel van gelyke stemreg is ook in die Handves van Regte in gebou.

Voor die huidige grondwetlike orde het talle mense in Suid-Afrika dubbele diskriminasie op grond van ras én gestremdheid ondervind, aangesien hulle swart en gestremd was. Swart gestremdes het op 'n daaglikse basis met armoede, ontneming van regte én geweld van die apartheidstelsel te kampe gehad, wat vererger is deur sy/haar gestremdheid. Nogtans is dit belangrik om daarop te wys dat alle gestremdes in Suid-Afrika, wit en swart, diskriminasie en marginalisering op grond van gestremdheid ondervind het. Weens hulle gestremdheid was werksgeleenthede, onderwys en geskikte gesondheids- en

¹⁰ Die tussentydse Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993. Hierna om doelmatigheidsredes slegs na verwys as "tussentydse Grondwet".

¹¹ Die finale Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996. Hierna om doelmatigheidsredes slegs na verwys as "Grondwet".

maatskaplike dienste beperk.¹² Talle gestremdes het hulle ook by die stryd teen die blanke minderheidsbewind aangesluit, aangesien hulle kon identifiseer met die diskriminasie wat swart mense ondervind het. Oor die algemeen is gestremde persone gesien as mense wat siek is en versorging benodig. Marginalisering van gestremdes het tot gevolg gehad dat hulle nie gelyke burgers met gelyke regte en verantwoordelikhede was nie.¹³ Wetgewing het dan ook hierdie sienswyse volgens die mediese model van gestremdheid (paragraaf 2.1 van hoofstuk 1 *supra*) weerspieël. Wetgewing relevant vir gestremde persone was onder ander die Nasionale Welsynswet¹⁴ en Wet op Geestesgesondheid.¹⁵ Wetgewing vóór 1994 - was gefragmenteerd en het net sydelings met kwessies oor gestremdheid binne die mediese model van gestremdheid gehandel. Dis slegs van historiese belang en nie die fokus van hierdie proefskrif nie.¹⁶

Die eerste nie-rassige gestremdheidsorganisasie in Suid-Afrika wat in 1984 deur persone met gestremdhede gestig is, is “Disabled People South

¹² Howell C, Chalklen S & Alberts T “A history of the disability rights movement in South Africa” in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M *Disability and Social Change: A South African Agenda* (2006) 48.

¹³ Howell C en Chalklen S *Disability – Our Voices, Our Rights: The history of Disabled People in South Africa and the struggles of the disability rights movement in South Africa (1980–2001)* (2003) 5–8. Vir meer oor die geskiedenis van gestremdheid in Suid-Afrika kan Howell C, Chalklen S & Alberts T “A history of the disability rights movement in South Africa” in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M *Disability and Social Change: A South African Agenda* (2006) geraadpleeg word.

¹⁴ Wet 100 van 1978.

¹⁵ Wet 18 van 1973.

¹⁶ In paragraaf 3 *infra* van hierdie hoofstuk volg ’n bespreking oor wetgewing wat na 1994 in werking getree het. Hierdie wetgewing wat binne die nuwe grondwetlike aangeneem is, weerspieël die sosiale model van gestremdheid met die menseregteperspektief.

Africa” (DPSA).¹⁷ Alhoewel swart en wit gestremdes die impak van die apartheidstelsel verskillend ervaar het, was die stigting van hierdie organisasie ’n direkte voortvloeiende van die stryd teen die blanke minderheidsregering wat deur almal teen wie gediskrimineer is gevoer is.¹⁸ Dié organisasie was die grootste nie-rassige gestremdeorganisasie in Suid-Afrika, wat deur gestremde persone beheer en bestuur is, en het ’n sentrale rol gespeel in die stryd wat in die meer as twintigjaar ten behoeve van gestremde Suid-Afrikaners gevoer is.¹⁹

Reeds in die vroeë 1990’s het die DPSA formele kontak met die ANC wat na verwagting die nuwe regering sou vorm gehad.²⁰ Tydens hierdie kontak is gewys op die belangrikheid daarvan dat die ANC ’n geïntegreerde gestremdebeleid moet formuleer. Die meeste van die DPSA se aktiwiteite het gefokus op die menseregte-raamwerk van gestremdheid. Namate DPSA se ledetal gegroei en die organisasie steeds meer bekendheid verwerf het, is daardie organisasie in toenemende mate genader om behulpsaam te wees met die oplossing van regsprobleme wat gestremdes ondervind het.²¹ Hierdie verwikkeling het aanleiding gegee

¹⁷ Na hierdie organisasie word verder slegs verwys as die DPSA. Sien ook Bhabha F “Disability Equality Rights in South Africa: Concepts, Interpretation and the Transformation Imperative” (2009) 25(2) *South African Journal on Human Rights* bladsy 4 daarvan – word binnekort gepubliseer.

¹⁸ Howell C, Chalklen S & Alberts in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 48.

¹⁹ Howell C, Chalklen S & Alberts in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 49 - 53.

²⁰ In 1990, ná die vrylating van Nelson Mandela en die ontbanning van die “African National Congress” (ANC) en “Pan Africanist Congress” (PAC), begin onderhandelings met die NP-regering met die oog op die skepping van ’n nuwe Grondwet.

²¹ Volgens Howell C, Chalklen S & Alberts in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 62 het DPSA nie alleen die belangrikheid van ’n geïntegreerde



tot die stigting van 'n "Discrimination Watch Programme" en die skepping van 'n gestremdheidseenheid deur Regslui vir Menseregte ("Lawyers for Human Rights"), 'n nie-regeringsorganisasie wat fokus op die bevordering, beskerming en versterking van menseregte.

Hierdie eenheid van Regslui vir Menseregte het onder meer gestremde persone van regsadvies bedien. In konsultasie met talle gestremdheidsorganisasies in Suid-Afrika het hiërdie eenheid in samewerking met DPSA in 1991 die langsame proses vir die opstel van 'n handves van eise van persone met gestremdhede begin. Vir die doel is persone met gestremdhede van oor die hele Suid-Afrika gemobiliseer.²² Die raad van DPSA het onder ander in Desember 1992 die "Disability Rights Charter of South Africa" aangeneem. Howell, Chalklen en Alberts²³ beskryf hierdie historiese gebeurtenis soos volg:

Few people would disagree that the formulation of the Disability Rights Charter was an extremely important moment, not only providing an opportunity for disabled people throughout the country, both in and outside formal structures, 'to band together', but also providing the movement 'with a weapon. . . to get into the new democracy'. . . most important because it located disability

gestremdheidsbeleid onder die ANC se aandag gebring nie, maar ook ". . . initiatives to integrate disability issues into ANC policy frameworks . . . [that] were followed up by submissions and lobbying at CODESA, with the result that the Constitution recognises the prevention of unfair discrimination on the basis of disability as well as the implementation of measures designed to redress inequalities experienced by disabled people in the past."

²² "Disability Rights Charter of South Africa" <http://www.dpsa.org.za/documents_disability_rights.htm> (laaste besoek op 27 Mei 2008).

²³ Howell C, Chalklen S & Alberts T in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 58; en Bhabha F (2009) 25(2) *SAJHR* bladsy 4 daarvan –word binnekort gepubliseer.

‘within a human rights approach’, and as a ‘progressive document’ it served as the basis for subsequent discussions with the ANC.

Persone met gestremdhede was baie betrokke in die opstel van die gestremdheidsregte handves. Gestremdes se betrokkenheid het daartoe bygedra dat die handves die mees progressiewe benadering tot die konseptualisering van gestremdheid op daardie tydstip beliggaam het. Dit het beteken dat die handves die mediese model van gestremdheid (paragraaf 2.1 van hoofstuk 1 *supra*) uitdruklik verwerp en die sosiale model van gestremdheid (paragraaf 2.2 van hoofstuk 1 *supra*) onderskryf het.²⁴ Dit beteken dat gestremde persone in Suid-Afrika gedurende die 1990’s gestremdheid - ooreenkomstig die beskouing op internasionale vlak (paragrafe 2.2.4 en 2.2.5 hoofstuk 3 *supra*) - uitdruklik binne die sosiale model van gestremdheid verstaan het. Verder het die nuwe grondwetlike raamwerk ook ’n keerpunt in die lewens van gestremde persone meegebring. Die aktiviste ten behoeve van gestremdes het in die tyd wat die tussentydse Grondwet van 1993²⁵ voorafgegaan het en ook voor die finale Grondwet van 1996²⁶ aanvaar is, hulle stem dik gemaak om ’n basis te lê vir die ideologiese erkenning van gestremdheid as ’n menseregte en ontwikkelingskwessie waarvolgens onder andere vereis word dat alle geleenthede op gelyke basis vir gestremdes en nie-gestremdes beskikbaar moet wees. Sowel die tussentydse Grondwet en die Grondwet bepaal

²⁴ Bhabha F (2009) 25(2) *SAJHR* bladsy 5 daarvan – word binnekort gepubliseer.

²⁵ *Op cit* vn 10. Artikel 8(2) daarvan lui soos volg: “No person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly, and, without derogating from the generality of this provision, on one or more of the following grounds in particular: race, gender, sex, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture or language.”

²⁶ *Op cit* vn 11. Artikel 9(3) daarvan.



uitdruklik dat daar nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde, soos in die betrokke bepalings vermeld, gediskrimineer mag word nie. Die verbode gronde van diskriminasie in beide die grondwette sluit gestremdheid in. Die skrywers Howell, Chalklen en Alberts²⁷ verklaar in dié verband soos volg:

The Constitution's recognition that disabled people have been, and continue to be, discriminated against because of their disability, means that disability has become an important consideration in new legislation and policy documents that make up South Africa's legal and policy framework. As a 'historical moment' in the history of the disability rights movement in South Africa, this recognition reflects the struggle of disabled people to be treated equally to all other people.

Soos reeds in die vorige hoofstuk aangetoon, kan diskriminasie teen gestremdes nie deur wetgewing alleen beperk of verwyder word nie. Ewe belangrik is dat 'n gesindheidsverandering in die gemeenskap teenoor gestremde persone moet intree. So 'n gesindheidsverandering kan in regsterme uitgedruk word as die erkenning van "menseregte" vir persone met gestremdhede.²⁸ Die klem is gevolglik op 'n fundamentele kopskuif weg van die mediese model van gestremdheid na die sosiale model van

²⁷ Howell C, Chalklen S & Alberts T in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 47.

²⁸ Southern African Regional Poverty Network se webwerf met betrekking tot "Report of the Taylor Committee into social security systems for SA – Essential reading on poverty issues; Committee Report No 9: Social security for people with disabilities" <<http://www.sarpn.org.za/CountryPovertyPapers/SouthAfrica/taylor/report9.php>> (laaste besoek op 1 Mei 2008).

gestremdheid en die menseregtiperspektief wat laasgenoemde model bied.²⁹

Vervolgens word aandag gegee aan die statutêre beskerming wat in Suid-Afrika vir gestremde persone beskikbaar is. Eerstens word grondwetlike bepalings in afdeling 2 in besonderhede bespreek. Daarna is die fokus in afdeling 3 op wetgewing. Daar word spesifiek gekyk na wetgewing wat regstreeks 'n uitwerking op gestremdheid het. Wetgewing wat in die algemeen met diskriminasie handel en wetgewing wat moontlik sydelings op gestremdheid betrekking kan hê maar nie spesifiek daarmee handel nie, word nie bespreek nie.³⁰

2. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

In hierdie afdeling volg onder andere 'n bespreking oor die Handves van Regte vervat in hoofstuk 2 van die Grondwet. In paragraaf 2.1 gaan bepalings in die Handves van Regte wat betrekking het op persone met gestremdhede bespreek word. Daarna gaan in paragraaf 2.2 in besonder op artikel 9 van die Handves gefokus word, onder meer omdat die gelykheidsbepaling diskriminasie op grond van gestremdheid verbied. In paragraaf 2.3 gaan na

²⁹ Voorwoord tot die 1997-witskrif vir 'n "Integrated National Disability Strategy"; sien ook paragrawe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*.

³⁰ Die metode word ook deur Theresia Degener gevolg in "Disability Discrimination Law: A Global Comparative Approach" in Lawson A & Gooding C *Disability Rights in Europe* (2005) 87, waarin sy meld dat "(i)n the context of equal rights, disabled people have until recently been a forgotten minority. Consequently, it was assumed (based on experience of German and international law) that an anti-discrimination statute which did not expressly mention disability (or health status) *would probably not, in practice, be applied for the protection of disabled people*" (my beklemtoning).

ander grondwetlike bepalings wat op die posisie van gestremde persone betrekking het gefokus word.

2.1 Die Handves van Regte

In die aanloop tot die aanvaarding van 'n nuwe grondwetlike orde in Suid-Afrika, was daar groeiende instemming onder die politieke besluitnemers en deelnemers aan die politieke proses, dat 'n handves van menseregte waarskynlik 'n noodsaaklike element van 'n nuwe grondwetlike orde sou wees. So 'n handves van menseregte moes benewens volle politieke en burgerskapregte aan alle landsinwoners terselfdertyd rekening hou met die pluraliteit van die Suid-Afrikaanse samelewing – pluraliteit wat vir doeleindes van hierdie studie belangrik is ten einde erkenning te gee aan 'n multidimensionele samelewing wat menslike diversiteit erken en beskerm. 'n Suid-Afrikaanse Handves van Menseregte het sy voorlopige beslag in hoofstuk 3, “Fundamentele Regte”, van die tussentydse Grondwet gekry. Vername kenmerke van dié Handves was dat dit bindend is op alle regeringsinstellings en die howe, dat dit alle mense en in die besonder die regte van Suid-Afrikaanse burgers beskerm en dat die bepalings daarvan deur verskeie regsorgane afdwingbaar is. Vir huidige doeleindes is die Handves van Regte van die Grondwet van belang.

Die Handves van Regte vervat in hoofstuk 2 van die Grondwet is die hoeksteen van die Suid-Afrikaanse demokrasie. Die regte van alle mense, insluitende persone met gestremdhede, word verskans in die demokratiese waardes gevestig in menswaardigheid, gelykheid en

vryheid.³¹ Artikel 7(2) van die Grondwet verplig die staat om sy grondwetlike verpligting na te kom. Verder vereis artikel 7(2) dat die staat die regte in die handves moet eerbiedig, beskerm, bevorder en aan voldoen word. Hierdie artikel reflekteer die grondwetlike verandering wat ingetree het en beteken dat die regte in die Handves van Regte wat tot voordeel van alle persone (ook persone met gestremdhede) eerbiedig, beskerm, bevorder en aan voldoen word. Só 'n beskouing val binne die sosiale model van gestremdheid binne 'n menseregteperspektief (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*).

Talle bepalings in die Handves van Regte het op persone met gestremdhede betrekking, aangesien dit tot voordeel is van "elkeen". Die woord "elkeen" wat in hierdie bepalings gebruik word, sluit elke persoon, burger of nie-burger, gestremd of nie-gestremd, binne die grense van die Republiek van Suid-Afrika in. Die bepalings in die Handves van Regte wat op elke persoon met 'n gestremdheid betrekking het moet ingevolge artikel 7(2) deur die staat eerbiedig, beskerm en bevorder word. In aansluiting hiermee bepaal artikel 237 dat alle grondwetlike verpligtinge getrou en sonder versuim nagekom moet word. Die bepalings wat onder andere ter sprake is, is die volgende:

Ingevolge artikel 10 het elkeen, en gevolglik ook 'n gestremde persoon, 'n ingebore waardigheid en 'n reg op respek vir en beskerming daarvan. Elke gestremde persoon het ook 'n reg op persoonlike vryheid en veiligheid, insluitend 'n reg op liggaamlike en psigiese integriteit.³² Verder

³¹ Artikel 7(1) van die Grondwet.

³² Artikel 12(1) van die Grondwet.

het elke gestremde 'n reg op privaatheid,³³ vryheid van uitdrukking³⁴ en assosiasie,³⁵ beweging en verblyf,³⁶ asook 'n reg om vrylik 'n bedryf, beroep of professie te kies.³⁷ Elke persoon met 'n gestremde het ook 'n reg op billike arbeidspraktyk (sien paragraaf 3.2.2 *infra*),³⁸ gesondheidsorg,³⁹ onderwys,⁴⁰ toegang tot howe,⁴¹ en kinders met gestremde het dieselfde regte as nie-gestremde kinders.⁴²

Artikel 7(2) bepaal dat die staat die regte in die Handves van Regte moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwezenlik. Hierdie artikel skep dus vier verskillende verpligtinge vir die staat. Artikel 7(2) belet nie alleen die staat om met die uitoefening van vermeldde regte in te meng nie (waar van die staat eerbiediging van 'n reg vereis word), maar verplig in ander gevalle die staat tot optrede (waar beskerming of bevordering of verwezenliking van 'n reg vereis word). Die staat se verpligting kan dus 'n positiewe of 'n negatiewe een wees.⁴³

³³ Artikel 14 van die Grondwet.

³⁴ Artikel 16 van die Grondwet.

³⁵ Artikel 18 van die Grondwet.

³⁶ Artikel 21 van die Grondwet.

³⁷ Artikel 22 van die Grondwet.

³⁸ Artikel 23 van die Grondwet.

³⁹ Artikel 27 van die Grondwet.

⁴⁰ Artikel 29 van die Grondwet.

⁴¹ Artikel 34 van die Grondwet.

⁴² Artikel 28 van die Grondwet.

⁴³ Currie I & De Waal J *The Bill of Rights Handbook* (2005) 13-18.



Eerbiediging van 'n reg behels egter ook dat positiewe optrede deur die staat geverg word wanneer regskenning deur 'n derde party verhoed moet word. Die staatsverpligting tot bevordering van 'n reg behels onder andere ook dat die staat verplig is om die reghebbende bewus te maak van die bestaan van die reg, 'n verpligting wat veral vir gestremde persone van besondere belang kan wees.⁴⁴ Die positiewe verpligting van beskerming verplig die staat om skending van die regte in die Handves van Regte deur 'n derde partye te voorkom. Dit geskied deur te verseker dat aan die standarde vervat in die Grondwet voldoen word deur relevante wetgewing aan te neem ten einde die reghebbendes (vir huidige doeleindes) die gestremde persoon, in die Handves van Regte te beskerm. Die positiewe verpligting tot verwesenliking van 'n reg verplig die staat om, wanneer nodig, toepaslike wetgewende, administratiewe, finansiële, regsprekende of ander gepaste maatreëls te tref ten einde uitoefening van die reg te verwesenlik en benutting of aanwending van 'n bestaande reg te verhoog of uit te brei.

Ingevolge artikel 7(3) is alle regte in die handves onderworpe aan die beperkings wat in artikel 36 of elders in die handves genoem word.

2.2 Artikel 9 van die Grondwet en gestremdes se reg op gelykheid

⁴⁴ In die verband kan verwys word na Liebenberg S "The interpretation of socio-economic rights" in Chaskalson et al *Constitutional law of South Africa* (2de uitgawe, Oorspronklike 12-03) (2003) hoofstuk 33 6. Net soos met sosio-ekonomiese regte is daar 'n verpligting op die staat om bewusmaking van die regte van persone met gestremdhede te loods. Dit geskied deur die wyses waarop hulle toegang kan kry tot hierdie regte onder die draers se aandag te bring.

Vanweë die besondere belang van artikel 9 van die Grondwet vir sover dit die regte van gestremde persone betref, word daar onder hierdie hoof spesifiek daarop ingegaan. Ter inleidend tot die bespreking volg in paragraaf 2.2.1 'n kort bespreking oor die begrip “gelykheid”.

2.2.1 Die begrip “gelykheid”

Die begrip “gelykheid” kom in artikel 1 (die grondliggende bepaling van die Grondwet), verskeie kere in die Handves van Regte en verder in artikels 185 en 187 in verband met twee grondwetlike kommissies (die Kommissie vir die Bevordering en Beskerming van die Regte van Kultuur-, Godsdiens- en Taalgemeenskappe, en die Kommissie vir Geslagsgelykheid) voor.⁴⁵

“Gelykheid” is nie 'n eenvoudige begrip met 'n eenduidige betekenis nie. Dit blyk uit Suid-Afrikaanse regspraak wat gelykheid pertinent in die Suid-Afrikaanse konteks en veral 'n historiese konteks vertolk.⁴⁶ Anders as in die Amerikaanse gelykheidsregspraak, waar 'n formele gelykheidsberip die toon aangee, word substantiewe gelykheid in Suid-Afrika nagestreef.⁴⁷ Ockert Dupper verduidelik die verskil tussen formele en substantiewe gelykheid soos volg:⁴⁸

⁴⁵ Venter F “Die Beperkings van Regstellende Gelykheid” 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 1 en 2.

⁴⁶ *Brink v Kitshoff* NO 1996 (4) SA 197 (CC) paragraaf 40; en Currie I & De Waal J (2005) 231.

⁴⁷ Venter F *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 5.

⁴⁸ Dupper O “Affirmative Action and Substantive Equality: The South African Experience” 2002 *SA Tydskrif vir Handelsreg/ South African Mercantile Law Journal (SA Merc LJ)* 275.



In short, formal equality means sameness of treatment – the law must treat persons in the same manner regardless of their circumstances. Substantive equality takes the circumstances of people into account and requires the law to ensure equality of outcome. The Constitution, it is then stressed, requires us to look at substance. It requires us to focus on the purpose or effects of rules and conduct and not merely on their form.

Weens Suid-Afrika se geskiedenis van ongelykhede is daar 'n grondwetlike verbintenis in artikel 1 van die grondliggende bepalings tot die bereiking van gelykheid (en die uitbouing van menseregte en vryhede) as waardes waarop die Republiek van Suid-Afrika gebou is.⁴⁹ Dit beteken dat die grondwetlike verbintenis tot gelykheid nie net bloot as 'n verbintenis tot formele gelykheid verstaan kan word nie. Formele gelykheid vereis dat alle persone gelyke draers is van regte, maar neem nie die werklike sosiale en ekonomiese ongelykhede van groepe of individue, soos persone met gestremdhede, in ag nie. Formele gelykheid kan derhalwe tot substantiewe ongelykheid lei. Daarteenoor neem substantiewe gelykheid die werklike sosiale en ekonomiese omstandighede van groepe of individue in ag wanneer daar vasgestel moet word of die grondwetlike verbintenis tot gelykheid bereik is.⁵⁰ Dit word bevestig in die konstitusionele hof

⁴⁹ Roederer C “Founding Provisions” in Chaskalson et al *Constitutional law of South Africa* (2de uitgawe, Oorspronklike 12-05) (2003) 13 - 18.

⁵⁰ *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC) paragraaf 112 reflekteer 'n verbintenis tot substantiewe interpretasie: “There are at least two factors relevant to the determination of unfairness: it is necessary to look at the group or groups which have suffered discrimination in the particular case and at the effect of the discrimination on the interest of those concerned. The more vulnerable the group adversely affected by the discrimination, the more likely the discrimination will be held to be unfair. Similarly, the more invasive the nature of the discrimination upon the interests of the individuals affected by the discrimination, the more likely it will be held to be unfair”; TP van Reenen “Equality,

uitspraak van *President of the Republic of South Africa v Hugo* waar die hof onder andere sê:⁵¹

We need. . . to develop a concept of unfair discrimination which recognises that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, *we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved* [my beklemtoning]. Each case, therefore, will require a careful and thorough understanding of the impact of the discriminatory action upon the particular people concerned to determine whether its overall impact is one which furthers the constitutional goal of equality or not.

Verdere bevestiging van substantiewe gelykheid word aangetref in artikel 9(2) wat bepaal dat gelykheid die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede insluit. Dit word as volg deur die konstitusionele hof in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*⁵² verduidelik:

Not only is the achievement of equality one of the founding values of the Constitution, section 9 of the Constitution also guarantees the achievement of substantive equality to ensure that the opportunity to enjoy the benefits of an egalitarian and non-sexist society is available to *all including those who have been subjected to unfair discrimination in the past* [my beklemtoning].

Uit bogaande blyk dit duidelik dat die reg op van substantiewe gelykheid ook die sosiale model van gestremdheid binne die

Discrimination and Affirmative Action: An Analysis of Section 9 of the Constitution of South Africa" 1997 SA *Publiekreg* 153.

⁵¹ 1997 (4) SA 1 (CC) paragraaf 41.

⁵² 2005 (1) SA 850 (CC) paragraaf 50.

menseregteperspektief reflekteer (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*). Vir huidige doeleindes is dit van belang om daarop te wys dat artikel 9 ook as regstellende of herstellende gelykheid (“restitutionary equality”) gesien word.⁵³ Die konstitusionele hof interpreteer artikel 9(2) in *National Coalition of Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* as:⁵⁴

Particular in a country as South Africa, persons belonging to certain categories (soos persone met gestremdhede) [my invoeging] have suffered considerable unfair discrimination in the past. It is insufficient for the Constitution merely to ensure, through its Bill of Rights, that statutory provisions which have caused such unfair discrimination in the past are eliminated. Past unfair discrimination frequently has ongoing negative consequences, the continuation of which is not halted immediately when the initial causes thereof are eliminated, and unless remedied, may continue for a substantial time and even indefinitely. Like justice, equality delayed is equality denied. . . One could refer to such equality as remedial or restitutionary equality.

Die reg op regstellende of herstellende gelykheid vereis daadwerklike staatsoptrede ten einde gelykheid te bewerkstellig. So 'n interpretasie strook met die formulering in artikel 1 van die Grondwet wat voorsiening maak vir die bereiking van gelykheid as een van die waardes waarop die Republiek van Suid-Afrika gebou is. Die

⁵³ Currie I & De Waal J (2005) 234.

⁵⁴ 1999 (1) SA 6 (CC) paragrafe 60 en 61.

interpretasie strook ook met artikel 9(2) wat owerheidsmaatreëls magtig, waardeur die bereiking van gelykheid bevorder moet word.⁵⁵

Met die voorafgaande as agtergrond gaan daar weens die besondere belang van gelykheid, vir sover dit die regte van gestremde persone betref, op artikel 9 van die Grondwet gefokus word.

2.2.2 Artikel 9: die bepaling

Die Handves van Regte se gelykheidsbepaling, artikel 9 van die Grondwet, is vir huidige doeleindes vir persone met gestremdhede van belang en bevat die mees spesifieke hantering van die gelykheidsbegrip:

- (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
- (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
- (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
- (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet

⁵⁵ Venter 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 6; en Bhabha F (2009) 25(2) *SAJHR* bladsy 9 daarvan – word binnekort gepubliseer.

verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.

(5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

Artikel 9(1) bepaal dat elkeen gelyk is voor die reg en die reg het op gelyke beskerming en voordeel van die reg. Hierbo is reeds aangetoon dat alle bepalings van die Handves van Regte ook vir of ten behoewe van enige gestremde persoon geld. Die gelykheidsbepalings van artikel 9(1) geld dus ook vir gestremdes. Volgens artikel 9(2) sluit gelykheid die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Wetgewende en ander maatreëls kan getref word met die oog op die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë van persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.⁵⁶ Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls - met ander woorde regstellendemaatreëls - getref word vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.⁵⁷ Persone met gestremdhede kwalifiseer klaarblyklik as so 'n kategorie persone wat deur wetgewende en ander maatreëls beskerm kan word. 'n Bespreking oor wetgewing en regulasies wat op persone met gestremdhede betrekking het, volg hieronder in afdeling 3 van hierdie hoofstuk.

Artikel 9(3) bepaal dat die staat nie regstreeks of onregstreeks onbillik op een of meer van bepaalde gronde teen enigeen mag diskrimineer nie. Die gronde wat ingevolge artikel 9(3) gelys word is ras,

⁵⁶ Artikel 9(2) van die Grondwet.

⁵⁷ *Ibid.*

geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, *gestremdheid*, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte. Dié bepaling verbied dus uitdruklik onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid. Artikel 9(4) verbied ook elke ander persoon (behalwe die staat) om onbillik teen iemand anders op een of meer van vermelde gronde te diskrimineer. Voorts vereis artikel 9(4) dat nasionale wetgewing verorden moet word om onbillike diskriminasie te voorkom en te belet. Ingevolge artikel 9(5) is diskriminasie op een of meer van die gronde genoem in subartikel (3) onbillik tensy vasgestel is dat dit billik is. Hiervolgens is diskriminasie op grond van gestremdheid onbillik, tensy daar vasgestel word dat sodanige diskriminasie billik is. Die vraag wat ontstaan is: Presies wat word met diskriminasie in hierdie konteks bedoel? By beantwoording van hierdie vraag word vervolgens stilgestaan.

2.2.3 Diskriminasie ingevolge artikel 9 van die Grondwet

Blote differensiasie of onderskeid tussen persone of 'n groepe persone, soos persone met gestremdhede, kom nie noodwendig op diskriminasie neer nie. Ongeoorloofde diskriminasie vind eers plaas as daar op so 'n wyse gedifferensieer of onderskei word tussen persone of groepe persone dat dit neerkom op onbillike diskriminasie. Dit is ook duidelik uit artikel 9(2) dat diskriminasie *per se* nie verbied word nie, maar wel onbillike diskriminasie. Indien diskriminasie op enige van die gronde in artikel 9(3) vasgestel word, word kragtens artikel 9(5)

vermoed dat dit onbillik is, tensy die diskrimineerder die teendeel bewys.⁵⁸

Die lys van verbode gronde van diskriminasie verskyn in artikel 9(3) en word by implikasie in artikel 9(4) herhaal.⁵⁹ Artikel 9(3) verbied diskriminasie deur die staat en artikel 9(4) maak die diskriminasieverbod ook op privaat persone van toepassing.

In welke omstandighede differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie is 'n moeilike vraag. In die konstitusionele hof se heel eerste uitspraak oor onbillike diskriminasie in *Prinsloo v Van der Linde*⁶⁰ het die hof menswaardigheid as toetssteen gebruik om vas te stel wanneer diskriminasie onbillik is.⁶¹ Die kernvraag wat beslis moes

⁵⁸ Currie I & De Waal J (2005) 239; en TP van Reenen 1997 *SA Publikereg* 156.

⁵⁹ Die konstitusionele hof het beslis dat differensiasie op grond van "analogous ground", met ander woorde ooreenkomstig die gelyste gronde, ook op diskriminasie sal neerkom. In *Harksen v Lane NO* 1998 (1) SA 300 (CC) bevestig die konstitusionele hof dat ooreenkomstige gronde, gronde insluit "based on attributes or characteristics which have the potential to impair the fundamental dignity of persons as human beings, or to affect them seriously in a comparably serious manner (my beklemtoning)."

⁶⁰ *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (CC); 1997 3 SA 1012 (CC).

⁶¹ Die saak handel oor die grondwetlikheid van artikel 84 van die Boswet (Wet 122 van 1984) wat 'n vermoede van nalatigheid in seker omstandighede skep. Dié wet reguleer die voorkoming en beheer van brande deur skemas wat verpligte brandbeheermaatreëls in "brandbeheerdegebiede" toepas. Grondeienaars wat nie binne hierdie "brandbeheerdegebiede" val nie, is nie verplig om dié maatreëls te tref nie. Artikel 84 skep 'n vermoede van skuld ten opsigte van die ontstaan van 'n brand waar die grondeenaar nie binne die "beheerde area" val nie. In die hof *a quo*, die hooggeregshof van die Transvaalse Provinsiale Afdeling, is 'n skadevergoedingseis ingestel vir skade wat deur 'n brand veroorsaak is wat vanaf die grond van die applikant (toe verweerder in die aksie), na die grond van die respondent (toe eiser in die aksie) versprei het. Ingevolge artikel 84 van die Boswet word skuld vermoed, tot die teendeel bewys word. Artikel 84 van dié wet bepaal:

Wanneer in enige geding uit hoofde van die bepalings van hierdie Wet of van die gemenerereg die vraag van nalatigheid ontstaan in verband met veld-, bos- of bergbrand wat op grond geleë buite 'n brandbeheergebied

word, is of die vermoede van skuld wat deur artikel 84 van die Boswet⁶² geskep is, nie in botsing is met die fundamentele regte vervat in Hoofstuk 3 van die tussentydse Grondwet nie. Die regte wat hier ter sprake kom, is die reg op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur die reg soos vervat in artikel 8(1) van die tussentydse Grondwet; die verbod op diskriminasie soos vervat in artikel 8(2) van die tussentydse Grondwet; en die reg om onskuldig geag te word totdat skuld bewys word soos vervat in artikel 25(3)(c) van die tussentydse Grondwet. Vir doeleindes van hierdie bespreking word op die vraag gefokus of differensiasie of onderskeid in die behandeling van mense neerkom op onbillike diskriminasie.

Die verbod op diskriminasie ingevolge artikel 8(2) van die tussentydse Grondwet, en ook artikel 9(3) en 9(4) van die Grondwet, is nie 'n verbod op onbillike differensiasie of onderskeid nie, maar op onbillike diskriminasie. In die verband verwys die hof na die geskiedenis van Suid-Afrika en die beskouing dat "*discrimination* has acquired a particular pejorative meaning relating to the unequal treatment of people based on attributes and characteristics attaching to them."⁶³ In die lig van hierdie beskouing beteken onbillike diskriminasie "treating persons differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, who are inherently equal in dignity."⁶⁴

voorgekom het, word daar vermoed dat daar nalatigheid was totdat die teendeel bewys word.

⁶² Wet 122 van 1984.

⁶³ *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (CC); 1997 3 SA 1012 (CC) paragraaf 31.

⁶⁴ *Ibid.*



In *Prinsloo v Van der Linde* gebruik die konstitusionele hof vervolgens menswaardigheid as toetssteen om vas te stel wanneer diskriminasie onbillik is. Die Hof onderskryf die standpunt dat:⁶⁵

At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups.

Wat van belang is vir persone met gestremdhede is dat die hof erkenning verleen aan die feit dat ingebore menswaardigheid die kern van individuele regte in 'n vry en demokratiese samelewing is. Gelykheid beteken gevolglik niks "if it does not represent a commitment to recognizing each person's equal worth as a human being, regardless of individual differences."⁶⁶ Op hierdie basis beslis die hof dat differensiasie op onbillike diskriminasie neerkom wanneer die onderskeid wat getref word die menswaardigheid aantast van die betrokke persoon of persone wat inherent gelyke menswaardigheid besit.⁶⁷

⁶⁵ *Op cit* vn 63, paragraaf 32 daarvan.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

In *Harksen v Lane*⁶⁸ het die konstitusionele hof beslis dat sekere faktore in ag geneem moet word om te bepaal of diskriminasie onbillik is.⁶⁹ Hierdie faktore word soos volg deur die hof uiteengesit:⁷⁰

(a) the position of the complainants in society and whether they have suffered in the past from patterns of disadvantage, whether the discrimination in the case under consideration is on a specified ground or not; (b) the nature of the provision or power and the purpose sought to be achieved by it. If its purpose is manifestly not directed, in the first instance, at impairing the complainants in the manner indicated above, but is aimed at achieving a worthy and important societal goal, such as, for example, the furthering of equality for all, this purpose may, depending on the facts of the particular case, have a significant bearing on the question whether complainants have in fact suffered the impairment in question; . . . (c) with due regard to (a) and (b) above, and any other relevant factors, the extent to which the discrimination has affected the rights or interests of complainants and whether it has led to an impairment of their fundamental human dignity or constitutes an impairment of a comparably serious nature.

Verder het die konstitusionele hof in die *Harksen*-saak die stadia geformuleer waarvolgens 'n ondersoek na beweerde ongelyke

⁶⁸ 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 52.

⁶⁹ Dieselfde faktore is ook toegepas in *WH Bosch v The Minister of Safety and Security & Minister of Public Works* Saakno. 25/2005 9. om vas te stel of onbillike diskriminasie plaasgevind het. In hierdie saak het gestremde persone wat hulle vuurwapens wou lisensieer, nie toegang tot die eerste vloer van 'n polisiestasie verkry nie. Die faktore bedoel in die *Harksen*-saak speel dus 'n beduidende rol wanneer gelykheidshowe moet vasstel of onbillik teenoor persone met gestremdhede gediskrimineer is.

⁷⁰ 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 51.

behandeling en onbillike diskriminasie ingestel moet word.⁷¹ Hierdie stadia is ook belangrik wanneer bepaal moet word of daar onbillik teen persone met gestremdhede gediskrimineer is. Dit word nou bespreek.⁷²

Eerstens moet vasgestel word of die betrokke wetgewing of handeling van die respondent tussen persone of kategorieë persone differensieer of onderskei. Indien wel, moet vasgestel word of die onderskeid 'n rasonale verband met 'n legitieme regeringsdoel het. Indien geen sodanige verband vasstelbaar is nie, is die onderskeid irrasioneel en arbitrêr, en dan is 'n bevinding geregtig dat inbreukmaking die reg op gelykheid ingevolge artikel 9(1) skend.⁷³

⁷¹ 'n Uiteensetting van die gestruktureerde vertolkingsproses by die toepassing van die gelykheidsbepaling volg in *Harksen v Lane* 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 53 en word in *National Coalition for Gay & Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC) paragraaf 17 herbevestig. In die daaropvolgende paragraaf 18 word dit effens verfyn en kom op drie hoofstappe neer. Dit kan volgens Venter 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 4 soos volg opgesom word: (1) Differensieer die gewraakte handeling tussen mense of kategorieë van mense? (2) Indien wel, kom sodanige differensiasie neer op onbillike diskriminasie? (3) As die teenwoordigheid van onbillike diskriminasie vasgestel is, kan die gewraakte handeling ingevolge die beperkingsbepaling (artikel 36) geregtig word?

⁷² Hierdie stadia as riglyne waarvolgens 'n ondersoek na beweerde ongelyke behandeling en onbillike diskriminasie ingestel moet word geniet weens die vanselfsprekende belangrikheid daarvan heelwat aandag deur regsrywers. Verdere bespreking en analise deur regsrywers van dié riglyne is egter nie die fokus van hierdie proefskrif nie. Sien meer hieroor en vergelyk die analise van Rautenbach IM "Die Konstitusionele Hof se Riglyne vir die Toepassing van die Reg op Gelykheid" 2001 *TSAR* 329, asook Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order: the early cases (part 1)" 2001 *THRHR* 409; "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order: important trilogy of decisions (part 2)" 2001 *THRHR* 619; "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order: the sage continues (part 3)" 2002 *THRHR* 37 en "Equality and non-discrimination in the new South African constitutional order: update (part 4)" 2002 *THRHR* 177.

⁷³ 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 53.

Indien die onderskeid wel 'n legitieme doel dien en dus nie die reg op gelykheid skend nie, kan dit nogtans steeds moontlik die reg teen onbillike diskriminasie van artikel 9(2) skend. Wanneer die eerste deel van die ondersoek dus wel toon dat 'n maatreël wat 'n onderskeid tref nie arbitrêr is nie en 'n legitieme doel dien, moet die hof tweedens vasstel of die vermelde onderskeid op onbillike diskriminasie neerkom. Hiervoor is 'n twee stadia-analise nodig. Eers moet vasgestel word of die onderskeid neerkom op diskriminasie. Indien die onderskeid op een of meer van die gronde bedoel in artikel 9(3) soos byvoorbeeld gestremdheid is, is daar 'n vermoede dat die diskriminasie onbillik is. Die respondent moet dan aandui dat die diskriminasie billik was.⁷⁴

Indien diskriminasie nie op een van die vermelde gronde in artikel 9(3) berus nie, moet die klaer bewys dat die onderskeid onbillik is. Die toets vir onbillikheid fokus hoofsaaklik op die uitwerking wat die diskriminasie op die klaer en andere in sy/haar posisie het.⁷⁵

Aantasting van die waardigheid van die slagoffer is dus kernbelangrik⁷⁶ om te bepaal of die beweerde diskriminasie inderdaad

⁷⁴ Die vermoede tree in werking kragtens artikel 9(5) van die Grondwet. Indien nie 'n gelyste grond nie, moet daar objektief gesproke, gebaseer op die karakteristieke kenmerke en eienskappe, gekyk word of die diskriminasie die potensiaal het om op die menswaardigheid van mense inbreuk te maak, of hulle nadelig te affekteer in 'n ernstige vergelykbare manier. Sien in die verband *Hoffmann v South African Airways* 2001(1) SA 1 (CC).

⁷⁵ *Op cit* vn 69.

⁷⁶ Volgens Albertyn C en Goldblatt B ("Facing the Challenge of Transformative Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality" 1998 *SAJHR* 248 – 249) staan waardigheid sentraal in die gelykheidsvraagstuk.

onbillik is.⁷⁷ In *Harksen v Lane*,⁷⁸ net soos in *Prinsloo v Van der Linde*,⁷⁹ is die bepalende faktor wat diskriminasie onbillik maak klaarblyklik die impak wat dit op die slagoffer het. Hierdie aspek is van 'n subjektiewe aard, wat die waardigheid van die slagoffer betrek by die vraag of die diskriminasie inderdaad onbillik was al dan nie.⁸⁰

Die rol van menswaardigheid as maatstaf om te bepaal of diskriminasie onbillik was, word bevestig in die 2008 arbeidshof-saak van *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others*.⁸¹ In hierdie saak het dit gegaan oor 'n gestremde persoon wat na bewering onbillik ontslaan is. Pillay R wys daarop dat integrasie en insluiting in die hoofstroom van die samelewing nie net daarop gemik is om gelykheid te bewerkstellig nie, maar ook om die *waardigheid* van persone met gestremdhede te herstel. Die hof verklaar soos volg:⁸²

Dignity, for employees with disabilities, is about being independent socially, and most of all, economically, about managing their normal day to day activities with minimum hardship for themselves and others and about

⁷⁷ Die applikant hoef egter nie te bewys dat die diskriminerende reg of handeling bedoel was om te diskrimineer nie. Gevolglik is daar nie 'n plig op die applikant om opsetlikheid te bewys nie. Die applikant moet slegs bewys dat daar *onbillike* diskriminasie plaasgevind het. Of die diskriminasie opsetlik was is gevolglik nie bepalend nie.

⁷⁸ 1998 (1) SA 300 paragraaf 51.

⁷⁹ 1997 6 BCLR 759 (CC) paragraaf 32.

⁸⁰ In *Bhe v Magistrate of Khayelitsha* 2005 (1) SA580 (CC), 2005 (1) BCLR (CC) word bevind dat die reëls van gewoontereg met betrekking tot eersgeboortereg op beide die reg op gelykheid en waardigheid inbreuk maak.

⁸¹ [2008] 4 BLLR 370 paragraaf 65; sien ook paragraaf 3.2 van hierdie hoofstuk vir 'n verder bespreking van die saak.

⁸² *Ibid.*

contributing to and participating society. It is about self-respect and self worth.

Insgelyks word die rol van menswaardigheid as maatstaf om te bepaal of diskriminasie onbillik is bevestig in die gelykheidshofuitspraak in *WH Bosch v The Minister of Safety and Security & Minister of Public Works*.⁸³ In dié saak het die gelykheidshof in Port Elizabeth beslis dat:⁸⁴

[t]here is no price that can be attached to dignity or a threat to that dignity. There is no justification for the violation or potential violation of the disabled person's right to equality and maintenance of his dignity that was tendered or averred by the respondent. . . Thus the court find the discrimination is unfair.

Onderskeid op enige grond bedoel in artikel 9(3) van die Grondwet word vermoed onbillik te wees tensy die teendeel bewys word.⁸⁵ Dit geld dus ook vir gestremdheid omdat dit een van artikel 9(3) se spesifiek vermelde gronde van onbillike diskriminasie is.

In *Hoffmann v South African Airways*⁸⁶ het die Suid-Afrikaanse Lugdiens se beleid oor HIV/Vigs onder die soeklig gekom. Volgens hierdie beleid mag 'n persoon wat HIV-positief was, nie as lid van die kajuitbemanning deur die Lugdiens in diens geneem word nie. Hoffmann het aangevoer dat dié beleid ingevolge artikel 9(3) neerkom

⁸³ Saakno. 25/2005 (9) aangehoor in die gelykheidshof in Port Elizabeth. In paragraaf 3.5.1 van hierdie hoofstuk word meer breedvoerig gehandel met die feite van die saak en toegang tot geboue ingevolge nasionale bouregulasies.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Artikel 9(5) van die Grondwet en *Harksen v Lane supra*.

⁸⁶ 2001 (1) SA 1 (CC).

op onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid. Alhoewel gestremdheid een van die gronde is wat in artikel 9(3) gelys word, vermy die hof die omstrede vraag of 'n persoon se positiewe HIV/Vigs-status op gestremdheid neerkom. Die hof gooi die aangeleentheid oor die boeg van 'n nie-gelyste gelyksoortige grond ("analogous ground"). Wanneer dit 'n nie-gelyste grond is, word die toets vir onbillike diskriminasie soos dit in *Harksen* verduidelik is gevolg. Die aspek het die hof in *Harksen* soos volg verduidelik:⁸⁷

Section 8(2) [van die tussentydse Grondwet] contemplates two categories of discrimination. The first is differentiation on one (or more) of the fourteen grounds specified in the subsection (a "specified ground"). The second is differentiation on a ground not specified in subsection (2) but analogous to such ground.

Ten einde te kan kwalifiseer as 'n nie-gelyste grond, beslis die hof in *Harksen* dat dit gebaseer moet wees "on attributes or characteristics which have the potential to impair the fundamental dignity of persons as human beings, or to affect them seriously in a comparably serious manner."⁸⁸

Die konstitusionele hof sê verder in die *Hoffmann*-saak dat diskriminasie op grond van die gelyste gronde in artikel 9(3) juis op 'n persoon se waardigheid inbreuk maak. In dié verband identifiseer die

⁸⁷ 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 46; Ngwena C "Deconstructing the definition of 'disability' under the employment equity act: legal deconstruction" 2007 *SAJHR* 124 en Bhabha F (2009) 25(2) *South African Journal on Human Rights* bladsy 12 daarvan – word binnekort gepubliseer.

⁸⁸ *Harksen v Lane* 1998 (1) SA 300 (CC) paragraaf 46.

hof 'n heersende vooroordeel⁸⁹ teenoor HIV-positiewe persone omdat verdere diskriminasie op grond van sodanige persone se HIV-status 'n nuwe geval van stigmatisering⁹⁰ en aanslag op hierdie persone se waardigheid meebring. Indien daar op grond daarvan 'n onderskeid getref word, sal dit 'n persoon se waardigheid skend.

Diskriminasie op 'n nie-gelyste grond moet gevolglik dieselfde uitwerking hê as enige van die gronde gelys in artikel 9(3).⁹¹ Die konstitusionele hof beslis dat Hoffmann sy werk as kajuitbemanningslid by die Suid-Afrikaanse Lugdiens moet voortsit. Sodoende word 'n skending van Hoffmann se waardigheid herstel. Die arbeidshof verwys in *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others*⁹² na die *Hoffmann*-beslissing en bevestig die beginsel dat Hoffmann se waardigheid herstel word as hy se werk as kajuitbemanningslid by die Suid-Afrikaanse Lugdiens voortsit.⁹³

Die grondwetlike “reg op gelykheid” moet in die lig van voorgaande bespreking kontekstueel geïnterpreteer word. By die interpretasie van onbillike diskriminasie teen 'n persoon met 'n gestremdheid speel die

⁸⁹ *Hoffmann v South African Airways* 2001 (1) SA 1 (CC) paragraaf 28.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Volgens die *Harksen*-saak moet die applikant wat beweer dat daar deur die reg of 'n handeling op 'n onbillike wyse gediskrimineer word op grond van 'n ooreenkomstige grond (anders as die wat gelys is in artikel 9(3)) bewys word dat “based on attributes or characteristics which have the potential to impair the fundamental dignity of persons as human beings, or to affect them seriously in a comparable manner” gediskrimineer word.

⁹² [2008] 4 BLLR 371.

⁹³ In die *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others* [2008] 4 BLLR 371 verwys die hof ook na die arbeidshofsak [2000] 12 BLLR 1365 (CC) by paragraaf 52.

herstel van so 'n persoon se waardigheid 'n uiters belangrike rol. So 'n interpretasie van 'n "reg op gelykheid" binne die Suid-Afrikaanse grondwetlike bestel strook met die sosiale model van gestremdheid en die menseregteperspektief daartoe (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*).

2.3 Ander grondwetlike bepalings wat betrekking het op gestremdes

Vervolgens gaan lig op tersaaklike bepalings van die Grondwet, wat betrekking het op gestremdheid, gewerp word.

Artikel 6(5)(a)(i) van die Grondwet bepaal dat 'n Pan-Suid-Afrikaanse Taalraad deur nasionale wetgewing ingestel moet word om die ontwikkeling en gebruik van alle amptelike en ander tale, onder andere ook gebaretaal, te bevorder, en om omstandighede vir die ontwikkeling en gebruik daarvan te skep. Daar moet dus aan die kommunikasiebehoefte van gestremde persone, en meer spesifiek gehoorgestremde persone, op dieselfde wyse in voorsien word as die van nie-gestremde persone.

Verder lê artikel 195(1) sekere waardes vir die openbare administrasie neer. Artikel 195(1)(i) bepaal dat openbare administrasie in die breë verteenwoordigend van die Suid-Afrikaanse bevolking moet wees. Dié breë verteenwoordiging het hier volgens vermelde artikel betrekking op indiensnemings- en personeelbestuurspraktyke wat gebaseer is op vermoë, objektiwiteit, billikheid en die behoefte om die wanbalanse van die verlede reg te stel ten einde breë verteenwoordiging te bewerkstellig. Voorts bepaal artikel 195(3) van die Grondwet dat nasionale wetgewing die bevordering van die waardes en beginsels wat in artikel 195(1)

vermeld word, moet verseker. Die Staatsdienswet⁹⁴ maak inderdaad hiervoor voorsiening. Hiermee sal in paragraaf 3.2.3 *infra* gehandel word.

Wetgewing relevant vir gestremde persone word vervolgens bespreek.

3. Wetgewing oor gestremdheid

Artikel 9(2) van die Grondwet bepaal dat gelykheid die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede insluit; en dat, ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, wetgewende en ander maatreëls getref kan word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is. Talle wetgewende maatreëls wat op een of ander wyse op gestremdes betrekking het, spruit voort uit hierdie grondwetlike bepaling. Alhoewel die regte van persone met gestremdhede, onder andere in die gelykheidsbepaling van die Grondwet, beskerm word, word verdere beskerming, weliswaar gefragmenteer, in 'n aantal wette wat ná die Grondwet in werking getree het, aan gestremdes verleen. Hierdie wetgewing, en meer spesifiek die relevansie vir gestremdheid, sal nou van nader beskou word.

3.1 Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie (Wet 4 van 2000)

Artikel 9(4) van die Grondwet bepaal dat nasionale wetgewing aangeneem moet word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet. Item 3 (1) van Bylae 6 van die Grondwet bepaal verder dat wetgewing

⁹⁴ Wet 103 van 1994.

binne drie jaar vanaf die inwerkingtreding van die Grondwet, met ander woorde voor 3 Februarie 2000, uitgevaardig word. Hieraan is uitvoering gegee⁹⁵ by wyse van die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie (Gelykheidswet).⁹⁶

Hoewel die Gelykheidswet op 3 Februarie 2000 uitgevaardig is, het die belangrikste bepalings van die wet op 16 Junie 2003 in werking getree, omdat 'n proses van opleiding van hofpersoneel⁹⁷ vir gelykheidshowe eers van stapel gestuur moes word,⁹⁸ regulasies uitgevaardig word⁹⁹ en 'n Gelykheidshersieningskomitee ("Equality Review Committee") tot stand gebring moes word.¹⁰⁰

Die Gelykheidswet is 'n besonder ambisieuse stuk wetgewing.¹⁰¹ Soos uit die titel van die wet blyk, word twee oogmerke daardeur nagestreef, naamlik die *voorkoming* van (veral) onbillike diskriminasie, en *bevordering*

⁹⁵ Pityane B "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000" 2003 *Codicillus XLIV* 3. Behalwe dat die Gelykheidswet aan artikel 9(4) uitvoering gee, gee dit verder aan twee internasionale instrumente uitvoering. Die eerste is die Internasionale Konvensie oor die Uitskakeling van Alle Vorme van Rasse Diskriminasie (sien hoofstuk 3, paragraaf 2.5 *supra*) en tweedens die Konvensie oor die Uitskakeling van Alle Vorme van Diskriminasie teen Vroue (sien hoofstuk 3 paragraaf 2.3.1 *supra*).

⁹⁶ Hierdie Afrikaanse benaming word om doelmatigheidsredes gebruik om te verwys na die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act, 4 of 2000" wat nie in Afrikaans uitgevaardig is nie.

⁹⁷ Pityane B 2003 *Codicillus XLIV* 5.

⁹⁸ Artikel 31(4) van die Gelykheidswet.

⁹⁹ Artikel 30 van Gelykheidswet.

¹⁰⁰ Artikel 32 tot 33 van die Gelykheidswet.

¹⁰¹ Kok A "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: Proposals for Legislative Reform" 2002 *SAJHR* 445; en Pityane B 2003 *Codicillus XLIV* 7.

van gelykheid.¹⁰² Die doel van die wet is om sosiale transformasie te bereik deur die uitwissing van sosiale en ekonomiese ongelykhede, veral ongelykhede wat sistemies van aard is en deur 'n "geskiedenis van kolonialisme, apartheid en patriargie" teweeggebring is.¹⁰³ Hierdie ongelykhede is volgens die aanhef van die wet verantwoordelik vir pyn en leiding wat die grootste gedeelte van die Suid-Afrikaanse bevolking ondervind het.

Alhoewel die Gelykheidswet verskeie gevalle van onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag en *gestremdheid* meld, word die strekking van die algemene verbodsbepaling in artikel 6 nie hierdeur beperk nie.¹⁰⁴ Die Gelykheidswet is bepaald die belangrikste wet vir gestremde persone, aangesien dit in artikel 9 wat aanstons bespreek word, 'n breedvoerige beperking bevat wat spesifiek diskriminasie op grond van gestremdheid verbied.

Die lang titel van die Gelykheidswet bepaal dat die doel van die wet is "to prevent and prohibit unfair discrimination and harassment; to promote equality and eliminate unfair discrimination; to prevent and prohibit hate speech; and to provide for matters connected therewith." Die wet se oogmerk is dus om onbillike diskriminasie te voorkom, remedies aan slagoffers van onbillike diskriminasie te voorsien¹⁰⁵ en substantiewe

¹⁰² Venter 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 9.

¹⁰³ Aanhef tot die Gelykheidswet.

¹⁰⁴ Volgens Kok A 2002 *SAJHR* 448 bevat die Gelykheidswet 'n "oop" lys verbode gronde.

¹⁰⁵ In *Pretoria City Council v Walker* 1998 (2) SA 363 (CC) het die konstitusionele hof 'n uitleg van die betekenis van die begrip "onbillike diskriminasie" in artikel 9 van die Grondwet

gelykheid te bevorder.¹⁰⁶ Die Gelykheidswet verskaf 'n afdwingingsmeganisme met betrekking tot die grondwetlike reg op gelykheid, veral in verband met onbillike diskriminasie.¹⁰⁷ Verder het die Gelykheidswet 'n vertikale en horisontale toepassingsveld, want dit bind die staat en alle ander persone.¹⁰⁸

Die Gelykheidswet word in artikel 5(2) met 'n hoër status as ander wetgewing beklee. Dié bepaling maak daarvoor voorsiening dat, indien enige strydigheid tussen die Gelykheidswet en die bepalings van enige ander wet in verband met 'n aangeleentheid waaroor die Gelykheidswet handel, sou ontstaan, die bepalings van die Gelykheidswet voorrang moet geniet. Die enigste uitsonderings wat toegelaat word, is die Grondwet en 'n parlementswet wat die Gelykheidswet uitdruklik wysig.¹⁰⁹

Artikel 6 van die Gelykheidswet plaas 'n algemene verbod op onbillike diskriminasie¹¹⁰ deur te bepaal dat nòg die staat nòg enige ander persoon onbillik teen enigeen mag diskrimineer. Die Gelykheidswet kwalifiseer nie onbillike diskriminasie nie. Wanneer artikel 6 streng letterlike uitgelê

gegee wat heel waarskynlik ook van toepassing sal wees op dieselfde begrip bedoel in die Gelykheidswet.

¹⁰⁶ Artikel 1(1)(ix) van die Gelykheidswet omarm substantiewe gelykheid.

¹⁰⁷ Artikel 5 van die Gelykheidswet bepaal dat 'n persoon gedefinieer word "to include juristic person, and non-juristic entity, a group or a category of persons".

¹⁰⁸ Artikel 5 van die Gelykheidswet; en Currie I & De Waal (2005) 268.

¹⁰⁹ Venter 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 10.

¹¹⁰ Die voorkoming van onbillike diskriminasie waarna in die Gelykheidswet verwys word, sluit nie diskriminasie in die werkplek in nie. Onbillike diskriminasie in die werkplek word mee gehandel in die "Employment Equity Act 55 of 1998" wat nie in Afrikaans uitgevaardig is nie. Sien die bespreking in paragraaf 3.2.1 *infra* betref die Wet op Billike Werkseleenthede.

word beteken “onbillike diskriminasie” in hierdie artikel, onbillike diskriminasie “orals”, “enige plek” en in “alle omstandighede” hetsy privaatregtelik, hetsy publiekregtelik.¹¹¹

Artikel 9, wat onderworpe is aan die algemene verbodsbepaling van artikel 6, het spesifiek op diskriminasie op grond van gestremdheid betrekking. Dit lui:

Subject to section 6, no person may unfairly discriminate against any person on the ground of disability, including

- (a) denying or removing from any person who has a disability, any supporting or enabling facility necessary for their functioning in society;
- (b) contravening the code of practice or regulations of the South African Bureau of Standards that govern environmental accessibility;
- (c) failing to eliminate obstacles that unfairly limit or restrict persons with disabilities from enjoying equal opportunities or failing to take steps to reasonably accommodate the needs of such persons.

Die Gelykheidswet definieer nie in artikel 1 die begrippe ras en geslag nie en die begrip gestremdheid word ook nie deur die wet gedefinieer nie.¹¹²

Artikel 9 identifiseer ook nie die spesifieke persone waarteen nie onbillik gediskrimineer mag word nie. Die wet bepaal wel in artikel 1,¹¹³ wat oor

¹¹¹ Kok A 2008 SAJHR 449.

¹¹² *Op cit* vn 104.

¹¹³ In artikel 1(1) van die Gelykheidswet word “verbode gronde” eerstens in ’n subparagraaf (a) gedefinieer as presies dieselfde gronde wat in artikel 9(3) van die Grondwet voorkom, en word die volgende as alternatief (“or”) bygevoeg. Hierdie gronde is enige ander grond waar diskriminasie wat op sodanige ander grond gebaseer is (i) sistemiese benadeling veroorsaak of voorsit; (ii) menswaardigheid ondermyn, of (iii) die gelyke genieting van ’n persoon se regte op ’n ernstige manier wat vergelykbaar is met diskriminasie op een van die gelyste gronde, nadelig raak. Volgens Venter (2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif* 10) is dit

definiëring handel, dat diskriminasie weens gestremdheid verbied word en artikel 9 bevestig dat onbillik diskriminasie teen enige persoon op grond van gestremdheid onbillik is. Sodanige diskriminasie sluit in die weiering of verwydering van ondersteunende of bemagtigende fasiliteite wat vir 'n persoon met 'n gestremdheid noodsaaklik is om in die gemeenskap te funksioneer.¹¹⁴ So ook is daar 'n verbod op oortreding van praktykskodes of regulasies van die Suid-Afrikaanse Buro van Standaarde (SABS-kode) waarvolgens omgewingsfaktore of hindernisse by geboue gereguleer word wat die beweeglikheid van gestremde persone belemmer.¹¹⁵ In dié verband word die bouregulasies vervat in die SABS-kodes in paragraaf 3.5 *infra* bespreek. 'n Versuim om hindernisse te verwyder wat gestremde persone se genieting van gelyke geleentheid onbillik beperk of verhinder, kom ingevolge van artikel 9(c) neer op onbillike diskriminasie. So ook word daar onbillik teen 'n persoon met 'n gestremdheid gediskrimineer indien daar nie stappe gedoen word om die behoeftes van persone met gestremdhede redelike te akkommodeer nie.

Artikel 9 bevat die beginsel van redelike akkommodasie van persone met gestremdhede.¹¹⁶ Deur gestremde persone redelik te akkommodeer word sosiale transformasie bereik deur sosiale en ekonomiese ongelykhede, veral ongelykhede wat sistemies van aard is, uit te wis. 'n Versuim om persone met gestremdhede te akkommodeer, het hulle marginalisering en

duidelik dat hierdie toevoeging deur die konstitusionele hof se regspraak geïnspireer is, en 'n aanvulling is tot lys gronde wat in artikel 9(3) van die Grondwet voorsien is.

¹¹⁴ Artikel 9(a) van die Gelykheidswet.

¹¹⁵ Artikel 9(b) van Gelykheidswet.

¹¹⁶ Sien ook die bespreking in paragraaf 3.5 *infra* van hierdie hoofstuk in verband met bouregulasies.



uitsluiting vanuit die hoofstroom van samelewing tot gevolg. Alhoewel *MEC for Education Kwazulu-Natal & Others v Pillay*¹¹⁷ nie oor gestremdheid gaan nie, maar oor godsdienst- en kultuurregte, is dit tog vir gestremdes van belang betref die beginsel van redelike akkommodasie. Die konstitusionele hof verwys soos volg na hierdie beginsel:¹¹⁸

(T)he Equality Act specifically requires that reasonable accommodation be made for people with disabilities. Disabled people are often unable to access or participate in public or private life because the means to do so are designed for able-bodied people. The result is that disabled people can, without any positive action, easily be pushed to the margins of society.

In hierdie saak wys die hof daarop dat billikheid in sekere omstandighede redelike akkommodasie vereis.¹¹⁹ In die verband moet twee faktore in aanmerking geneem word:¹²⁰

First, reasonable accommodation is most appropriate where, as in this case, discrimination arises from a rule or practice that is neutral on its face and is designed to serve a valuable purpose, but which nevertheless has a marginalising effect on certain portions of society. Second, the principle is particularly appropriate in specific localised contexts, such as an individual workplace or school, where a reasonable balance between conflicting interests may more easily be struck. Even where fairness requires a reasonable

¹¹⁷ *MEC for Education Kwazulu-Natal & Others v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC).

¹¹⁸ 2008 (2) BCLR 99 (CC) paragraaf 74.

¹¹⁹ Carpenter G “The Equality Act in the Constitutional Court” “*MEC for Education: Kwa-Zulu-Natal v Pillay* 2008 2 BCLR 99 (CC)” 2008 SA *Publiekreg* 200.

¹²⁰ *Op cit vn 117* paragraaf 78.

accommodation, the other factors listed in section 14 will always remain relevant.

In dieselfde saak word goedkeurend verwys na die Kanadese hooggeregshofsaak van *Eaton v Brant County Board of Education*¹²¹ waar in verband met redelike akkommodasie van persone met gestremdhede die volgende gesê word:¹²²

Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on 'mainstream' attributes to which disabled persons will never be able to gain access. . . Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them.

Artikel 9 van die Gelykheidswet verteenwoordig 'n keerpunt wat betref die erkenning van gestremde persone se reg op gelykheid en die verbod op onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid. Die artikel is spesifiek op onbillike diskriminasie wat persone met gestremdhede raak van toepassing. Dit verleen erkenning aan die feit dat benewens die samelewing se beskouing¹²³ oor gestremdheid, omgewingsfaktore beslis vir persone met gestremdhede struikelblokke skep. Sodoende word gepoog om die uitskakeling te bewerkstellig van sistemiese ongelykhede en onbillike diskriminasie teen gestremde persone wat diep in sosiale strukture, praktyke en beskouinge gewortel is.

¹²¹ [1997] 1 SCR 241 at paragraaf 67.

¹²² Artikel 9(b) van die Gelykheidswet.

¹²³ Gelykheidswet se aanhef.

Ten einde onbillike diskriminasie te voorkom, identifiseer die wet in 'n bylaag tot die wet (“illustratiewe lys”) wie se taak dit is om diskriminasie op grond van die gelyste verbode gronde te voorkom. Hierdie bylaag bevat 'n verduidelikende lys van onbillike praktyke wat in bepaalde sektore, insluitende sektore wat vir gestremdes relevant is, mag voorkom.

In vergelyking met die gewone bewysregtelike beginsels wat van toepassing is in siviele sake,¹²⁴ geniet 'n persoon met 'n gestremdheid as klaer prosedurele voordele ingevolge die Gelykheidswet wanneer 'n *prima facie* saak van diskriminasie uitgemaak word.¹²⁵ Wanneer die klaer bewys lewer van diskriminasie waarop die respondent moet antwoord, verskuif die bewyslas na die respondent,¹²⁶ wat dan moet bewys dat diskriminasie billik was.

Artikel 10,¹²⁷ 11 en 12 van die Gelykheidswet bevat verbodsbepalings teen haatspraak, teistering en die verspreiding van inligting wat onbillik diskrimineer.¹²⁸ Dit spreek vanself dat gestremde persone ook die beskerming van hierdie bepalings geniet.

¹²⁴ Kok A 2008 SAJHR 449.

¹²⁵ Artikel 13 van die Gelykheidswet; en Bohler-Muller N “The Promise of Equality Courts” 2006 SAJHR 387.

¹²⁶ Artikel 6 en 13 van dieselfde wet.

¹²⁷ Artikel 10(1) bepaal: “(N)o person may publish, advocate or communicate words based on one or more of the prohibited grounds, against any person, that could reasonably be construed to demonstrate a clear intention to – (a) be hurtful; (b) harmful or to incite harm; (c) promote or propagate hatred.” Die verbod op haatspraak in hierdie artikel 10(1) is wyer as die verbod op haatspraak in artikel 16(2) van die Grondwet.

¹²⁸ Ingevolge die Gelykheidswet is dit nie nodig om te bewys dat haatspraak, teistering of die verspreiding van materiaal wat onbillik diskrimineer, neerkom op onbillike diskriminasie nie. Die Gelykheidswet verbied sulke handeling spesifiek in artikel 10, 11 en 12.

Hoofstuk 4 van die Gelykheidswet handel oor toegang tot die reg, remedies vir slagoffers van onbillike diskriminasie, haatspraak en teistering. Wye bevoegdhede word aan die gelykheidshof verleen, wat insluit die bevoegdheid om 'n interdik te verleen; skadevergoeding toe te staan; onvoorwaardelike verskoning te eis; van die respondent te vereis om bepaalde beleid en praktyk te laat heroorweeg; of om van die respondent te vereis om gereelde vorderingsverslae in verband met die implementering van 'n hofbevel voor te lê.¹²⁹ Die Gelykheidswet verskaf 'n ongewoon lang en breedvoerige lys van remedies wat deur gelykheidshowe toegestaan kan word. Dié lang lys remedies bemagtig die gelykheidshowe om 'n gepaste bevel te gee.¹³⁰ So kan die hof 'n gepaste innoverende remedie “skep” wat vir elke besondere geval van onbillike diskriminasie (en ook vir onbillike diskriminasie teenoor gestremde persone) voorsiening maak, en gevolglik 'n toepaslike bevel vir die betrokke omstandighede gee.

Hoofstuk 5 van die Gelykheidswet handel oor die bevordering van gelykheid. Die hoofstuk bevat in artikel 25 'n lys van positiewe verpligtinge¹³¹ waaraan die staat moet voldoen om substantiewe gelykheid te bevorder en onbillike diskriminasie te verhoed. Soortgelyke

¹²⁹ Artikel 21(2) van Gelykheidswet; en Bohler-Muller N 2006 SAJHR 387.

¹³⁰ Kok A 2008 SAJHR 450. Die ongewone lang lys van remedies wat die Gelykheidswet gee strook met die uitspraak van die konstitusionele hof in *Fose v Minister of Safety & Security* 1997 (3) SA 789 (CC) waar die konstitusionele hof, howe “smee” om nuwe wyses en innoverende remedies te bedink in 'n land waar grootskaalse menseregte skendings plaasgevind het en min mense daadwerklik toegang het howe.

¹³¹ *WH Bosch v The Minister of Safety and Security & Minister of Public Works* Saakno. 25/2005 aangehoor in die gelykheidshof in Port Elizabeth. Sien ook die bespreking wat hierna in paragraaf 3.5 van die hoofstuk volg met betrekking tot die Nasionale Bouregulasies.

verpligtinge word ingevolge artikel 26 op privaat individue geplaas wat direk of indirek in 'n kontraktuele verhouding met die staat staan of wat 'n openbare bevoegdheid uitoefen.¹³²

Uit die voorgaande bespreking van die Gelykheidswet is die doel van die wet duidelik. Dit is om 'n erfenis van ongelykheid uit te skakel en die gelykheidshowe speel 'n belangrike rol in die bereiking van hierdie doelwit.¹³³ Die skep van hierdie howe is ook van besondere belang vir persone met gestremdhede aangesien dit 'n forum vir hulle skep waar klagtes van onbillike diskriminasie aangehoor kan word. Dié howe is uniek in die sin dat toegang tot so 'n hof relatief maklik is.¹³⁴ Die rede hiervoor is dat streng regsformaliteite,¹³⁵ wat die publiek gewoonlik sien as vreemd en moeilik om te volg, ontbreek.¹³⁶ In die verband word verwys na die bespreking in paragraaf 3.5 *infra* van die gelykheidshofsake van *WH Bosch v Minister of Safety and Security & Minister of Public Works*¹³⁷ (aangehoor in die gelykheidshof in Port Elizabeth) en *Esthe Muller v Minister of Justice and Minister of Public Works*¹³⁸ (aangehoor in die gelykheidshof te Germiston).

¹³² sien in dié verband die gelykheidshofsake van *WH Bosch v The Minister of Safety and Security & Minister of Public Works* Saakno. 25/2005 aangehoor in die gelykheidshof in Port Elizabeth en *Esthe Muller v Minister of Justice and Minister of Public Works* Saakno. 01/2003 in die gelykheidshof te Germiston.

¹³³ *Bohler-Muller* N 2006 SAJHR 383.

¹³⁴ Artikel 4 van die Gelykheidswet.

¹³⁵ Artikel 21(1) en (4) van die Gelykheidswet.

¹³⁶ De Vos P "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act and socio-economic rights" 2004 *Economic and Social Rights Review* 1.

¹³⁷ Saakno. 25/2005.

¹³⁸ Saakno. 01/2003.



Vir huidige doeleindes is die Gelykheidswet bepaald die belangrikste wet vir gestremde persone in Suid-Afrika, aangesien dit spesifiek onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid verbied. Die Gelykheidswet - as wetgewing teen diskriminasie - stuur 'n sterk morele boodskap¹³⁹ aan die Suid-Afrikaanse samelewing. Die boodskap is om sosiale transformasie te bereik deur sosiale en ekonomiese ongelykhede, veral ongelykhede wat sistemies van aard is, uit te wis.¹⁴⁰ In die konteks van gestremdheid is hierdie boodskap dat sistemiese ongelykhede en onbillike diskriminasie teenoor gestremde persone wat diep in sosiale strukture, praktyke en beskouinge gewortel is (en die strewe na grondwetlike demokrasie ondermyn)¹⁴¹ uitgeskakel en bewerkstellig word. Tot dusver is dit bepaald die belangrikste wetgewende boodskap vir persone met gestremdhede binne die gestremdhediskoers in Suid-Afrika.

Vir doeleindes van hierdie studie is dit belangrik om die beskouingsverandering wat deur die Grondwet en ook die Gelykheidswet aan te merk. Dit is 'n verskuiwing waarvolgens gestremdheid nie ooreenkomstig die mediese model met sy welsynsperspektief (paragrafe 2.1 en 3.1 van hoofstuk 1 *supra*) as 'n siekte en mediese afwyking verstaan word wat terapeutiese ingryping vereis nie, maar wel eerder in terme van 'n sosiale model van gestremdheid met 'n mensregteperspektief (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*). Daarvolgens word die klem

¹³⁹ Kok A 2008 SAJHR 451.

¹⁴⁰ Aanhef tot die Gelykheidswet.

¹⁴¹ Die Gelykheidswet moet ingevolge artikel 3(1)(a) toegepas word om uitwerking aan die Grondwet te gee.



op regte van persone met gestremdhede binne die menseregtebenadering op gelyke grondslag met alle ander mense geplaas. Hierdie klemverskuiwing in die beskouingsverandering is kernbelangrik in die verandering van Suid-Afrikaners se opvatting oor gestremdheid. Die Gelykheidswet (soos afgelei kan word uit die aanhef van die wet) is gevolglik 'n transformatiewe wet¹⁴² wat gesindhede van die breër Suid-Afrikaansegemeenskap moet verander sodat rassisme, seksisme, homofobie, xenofobie en dergelike diskriminasie (soos onbillike diskriminasie teen gestremde persone) anatema word.¹⁴³ Dit is juis in die lig hiervan dat die wet as 'n uiters ambisieuse stuk wetgewing beskou word.

Die Gelykheidswet is egter nie 'n gestremdeheidspesifieke wet nie en handel gevolglik nie uitsluitlik met kwessies rakend gestremdheid nie. Die Gelykheidswet bevat 'n algemene definisie van “diskriminasie” en 'n algemene toets vir “billike of onbillike” diskriminasie. Dit word egter oorgelaat aan die gelykheidshowe om met verloop van tyd op 'n *ad hoc* basis te bepaal in watter omstandighede 'n bepaalde aangeleentheid op onbillike diskriminasie neerkom. Gevolglik word dit ook aan die howe oorgelaat om te bepaal in watter omstandighede daar onbillik teenoor 'n persoon met 'n gestremdheid gediskrimineer word.

¹⁴² Kok A (in 2008 *SAJHR* 453) argumenteer dat die Gelykheidswet nie alleen wetgewing teen diskriminasie is nie, maar ook transformatiewe wetgewing is.

¹⁴³ *Ibid*; Brand D “Die Wet op Bevordering van Gelykheid en die Voorkoming van Onbillike Diskriminasie” 2000 *Word and Action* 13; en Moseneke D “The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture: Transformative Adjudication” 2002 *SAJHR* 309.

Alhoewel hierdie wet spesifiek onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid verbied, is dit te betwyfel of dit alléén sistemiese ongelykhede en onbillike diskriminasie teenoor gestremde persone wat diep in sosiale strukture, praktyke en beskouinge gewortel is, spoedig sal uitskakel en bewerkstellig. Die rede hiervoor is dat gestremde persone se behoeftes uniek is en dus in vele opsigte nie met ander persone van die samelewing vergelykbaar is nie. Om hierdie rede word aan die hand gedoen dat wetgewing teen diskriminasie afsonderlik met die kwessie van gestremdheid behoort te handel.

Die Gelykheidswet het ook ten doel om uitvoering te gee aan die twee internasionale instrumente naamlik die Internasionale Konvensie oor die Uitskakeling van Alle Vorme van Rasse Diskriminasie (sien hoofstuk 3, paragraaf 2.5 *supra*) en die Konvensie oor die Uitskakeling van Alle Vorme van Diskriminasie teen Vroue (sien hoofstuk 3 paragraaf 2.3.1 *supra*). Dit is belangrik om daarop te wys dat die Verenigde Nasies se 2006 Konvensie oor Gestremdheid ná die Gelykheidswet van 2000 in werking getree het.

Dié Konvensie oor Gestremdheid vereis van staatspartye om *alle* fundamentele regte en fundamentele vryhede van alle persone met gestremdhede te verwesenlik.¹⁴⁴ Die Konvensie is 'n holistiese menseregteverdrag wat beduidende invloed gaan uitoefen op die gestremdhediskoers. Dit is egter te betwyfel dat die Gelykheidswet van 2000 vir al die omvattende verdragsverpligtinge (soos bespreek in hoofstuk 3 paragraaf 2.5 *supra*) wat kragtens die Konvensie ontstaan het voorsiening maak.

¹⁴⁴ Artikel 4 van die Konvensie oor Gestremdheid.

3.2 Arbeidswetgewing

In 'n onlangse arbeidshofbeslissing in *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others*¹⁴⁵ merk regter Pillay soos volg op:¹⁴⁶

Many employers tend to exclude and marginalise employees with disabilities not merely because the disability impairs the employee's suitability for employment, but also because the employer regards the disability as an abnormality or flaw. When the attitude that disability is the problem of the disabled individual, not society, that the workplace is hazardous for disabled people and that they need to be looked after combines with paternalism, charitableness, ignorance and misinformation about disabilities, the result is that more disabled people are dismissed than accommodated. . . . When these attitudes feature in decisions about people with disabilities, they can obscure innate prejudice, stereotyping and stigma.

Wetgewing om gestremde persone in die werkplek te beskerm, is dus nodig. Arbeidswetgewing wat betrekking het op gestremde persone is vervat in die Wet op Billike Werksgeleenthede¹⁴⁷ en die Wet op Arbeidsverhoudinge. Verder is daar die sogenaamde "Code of Good Practice: Dismissal" kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge en ander kodes soos die "Code of Good Practice on the Employment of People with Disabilities" kragtens die Wet op Billike Werksgeleenthede en die departement van arbeid se "Code of Good Practice: Key Aspects on the

¹⁴⁵ [2008] 4 BLLR 356 – 390.

¹⁴⁶ [2008] 4 BLLR 369.

¹⁴⁷ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die "Employment Equity Act 55 of 1998".

Employment of People with Disabilities 2002” oor gestremde persone. Hierdie kodes het almal ten doel om beskerming te bied aan gestremde werknemers as ’n kwesbare minderheidsgroep wat eienskappe het wat verskil van dié van ander mense in die hoofstroom van die samelewing.¹⁴⁸

Hierdie kodes gee uitvoering aan die gelykheidsbepaling (artikel 9) en arbeidsverhoudingbepaling (artikel 23) van die Grondwet, die Wet op Arbeidsverhoudinge en die Wet op Billike Werksgeleenthede, sowel as internasionale en buitelandse goeie praktyk.¹⁴⁹ Hierdie wetgewing word in paragrawe 3.2.1 en 3.2.2 *infra* bespreek en die aanvullende praktykskodes oor persone met gestremdhede sal in paragrawe 3.2.1.1 en 3.2.2.1 *infra* bespreek word.

3.2.1 Wet op Billike Werksgeleenthede (Wet 55 van 1998)

Die Wet op Billike Werksgeleenthede¹⁵⁰ se hoofdoel is om die uitoefening van die grondwetlike reg op gelykheid en ware demokrasie te bevorder. Dit word bewerkstellig deurdat die Wet op Billike Werksgeleenthede onbillike diskriminasie verbied deur gelyke geleenthede en billike behandeling in arbeidsaangeleenthede te bevorder en voorsiening te maak vir regstellende aksie maatreëls.¹⁵¹ Artikel 2 maak voorsiening vir sodanige maatreëls om benadeling wat

¹⁴⁸ *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others* [2008] 4 BLLR 368.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die “Employment Equity Act 55 of 1998”.

¹⁵¹ Artikel 2(a) van die Wet op Billike Werksgeleenthede (Wet 55 of 1998); Venter 2004 *Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif*7.

die aangewese groepe op arbeidsgebied ervaar het, uit te skakel en om billike verteenwoordiging in alle beroepskategorieë en op alle vlakke in die werksmag te bevorder.¹⁵²

Die “aangewese groep” mense word deur die Wet op Billike Werkseleenthede as swart mense, vroue en mense met gestremdhede gedefinieer.¹⁵³ Alhoewel die wet nie “gestremdheid” (as gelyste grond ingevolge artikel 6(1)) definieer nie, word “persone met gestremdhede” wel gedefinieer as mense wat ’n langtermyn of herhalende fisieke of geestesbenadeling/gestremdheid (“impairment”) het wat hulle vooruitsig op indiensneming of bevordering in die arbeidsveld beduidend beperk. Die wet verbied onbillike diskriminasie in die werkplek in artikel 6(1). Die artikel bepaal:¹⁵⁴

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

*IMATU en Ander v City of Cape Town*¹⁵⁵ is die eerste gerapporteerde saak in Suid-Afrika waarin die hof moes beslis of onbillike diskriminasie in die werkplek op grond van gestremdheid (’n gelyste grond ingevolge

¹⁵² Artikel 2(b) van die Wet op Billike Werkseleenthede.

¹⁵³ Artikel 1 van die Wet op Billike Werkseleenthede.

¹⁵⁴ Artikel 6(1) van die Wet op Billike Werkseleenthede.

¹⁵⁵ [2005] 11 BLLR 1084 (LC).



die Wet op Billike Werksgeleentheids) plaasgevind het. Die klaer, wat verteenwoordig is deur sy vakbond, was 'n tipe I (insulienbeheerde) diabeteslyer wat aansoek gedoen het vir 'n pos as brandweerbeampte. Hy word nie vir die pos in aanmerking geneem nie omrede hy nie aan die inherente vereistes vir die werk voldoen nie. Vanweë die klaer se gesondheidstoestand, is daar volgens die respondent altyd 'n moontlikheid dat hy 'n verlamme hipoglisemiese aanval mag kry en gevolglik die publiek, sy kollegas en sy eie lewe in gevaar kan stel.¹⁵⁶ Die klaer voer aan dat diabetes 'n gestremdheid is, en dat daar op grond van die gestremdheid onbillik teen hom gediskrimineer word.

Die hof bevind in *IMATU* dat die klaer nie 'n gestremdheid het nie, en beskou diskriminasie teen die klaer op grond van sy mediese toestand nie as 'n grond wat in artikel 6(1) gelys is nie. Die hof bevind egter dat die bestaande nie-gelyste grond gelyksoortig is aan die gronde wat wel in artikel 6(1) gelys is, en beslis op daardie basis in die guns van die klaer.

Wat vir huidige doeleindes van belang is, is dat die arbeidshof in *IMATU* nie huiwer om uit te vind of die klaer wel gestremd is, en op beskerming geregtig is nie.¹⁵⁷ Om te bepaal of die klaer gestremd is, moet die hof vasstel wat met die begrip "gestremdheid" bedoel word en wys daarop dat die begrip "gestremdheid" nie deur die Wet op Billike Werksgeleentheids gedefinieer word nie.¹⁵⁸ Die wet definieer

¹⁵⁶ *Ibid* paragraaf 10 daarvan.

¹⁵⁷ Vergelyk in die verband *Hoffmann v South African Airways* 2001 (1) SA (CC) wat in paragraaf 2.2.2 *supra* van die hoofstuk bespreek word.

¹⁵⁸ [2005] 11 BLLR 1084 paragraaf 90.

wel, soos reeds gesê, “persone met gestremdhede”. Die hof verwys egter nie na hierdie definisie nie, maar na die definisie van persone met gestremdhede in die praktykskode oor indiensneming van gestremdes (paragraaf 3.2.1.1 *infra*)¹⁵⁹ wat ingevolge artikel 54 van die Wet op Billike Werkseleenthede in werking gestel is. Hierdie kode moet deur howe en tribunale by die interpretasie van die Wet op Billike Werkseleenthede gebruik word.¹⁶⁰ Item 5 van die praktykskodes bepaal:

The scope of protection for people with disabilities in employment focuses on the *effect of a disability on the person in relation to the working environment, and not on the diagnosis of the impairment* [my beklemtoning]. People are considered as persons with disabilities who satisfy all the criteria in the definition:

- (i) having a physical or mental impairment;
- (ii) which is long term or recurring; and
- (iii) which substantially limits their prospects of entry into, or advancement in employment

Dit is besonder belangwekkend dat item 5 van die praktykskodes nie gestremdheid in die eerste plek as afwykend of as ’n patologiese toestand beskou nie. Gestremdheid is dus nie ’n diagnose van ’n gebrek (“impairment”) nie.¹⁶¹ Hierdie definisie in die praktykskode volg gevolglik nie die mediese model van gestremdheid nie maar die

¹⁵⁹ Die “Code of Good Practice: Key aspects on the Employment of People with Disabilities” kragtens die Wet op Billike Werkseleenthede (Wet 55 of 1998), gepubliseer in Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002.

¹⁶⁰ “Status of the Code” vervat in item 3 van die praktykskodes oor indiensneming van gestremdes.

¹⁶¹ Dupper O et al *Essential Discrimination Law* (2004), 60 by 163.

sosiale model (paragrafe 2.1 en 2.2 van hoofstuk 1 *supra*), aangesien dit fokus op die effek wat gestremdheid op die persoon in verhouding tot sy werksomgewing het.

Die hof bevind egter dat die klaer nie aan die vereiste van die definisie voldoen nie. Insulien kan diabetes beheer of korrigeer en diabetes beperk gevolglik nie die klaer beduidend nie. Die hof verduidelik dit soos volg:¹⁶²

It must follow that although diabetes mellitus can be accurately described as a longterm impairment, in our law, a sufferer of it is not regarded as a person with a disability under the EEA [Wet op Billike Werksgeleenthede]. Murdoch [die klaer] lives a normal life apart from his medication regime, and there is no substantial limitation of his abilities to carry out tasks. He does therefore not fall within the definition of “people with disabilities” in the Code of Good Practice [praktykskode oor indiensneming van gestremdes].

Wat egter kommerwekkend is van die uitspraak in *IMATU*, is dat die hof na die Amerikaanse beslissing van *Sutton v United Airlines Inc*¹⁶³ verwys en bevestig dat hy óók tot dieselfde gevolgtrekking as in *Sutton* kom. In die *Sutton*-saak, wat in meer besonderhede in paragrafe 5.4.2 en 5.4.3 van hoofstuk 5 bespreek is, volg die Amerikaanse hooggeregshof 'n besondere beperkende benadering tydens die assesseringsproses om te bepaal wie vir beskerming in verband met 'n arbeidsaangeleentheid ingevolge die ADA kwalifiseer. Hierdie

¹⁶² [2005] 11 BLLR 1084 paragraaf 89.

¹⁶³ 527 US 471 (1999).



uitspraak fokus hoofsaaklik op die definiëring van gestremdheid wat veral die mediese model van gestremdheid onderskryf. Deur die klem op die definiëringsraamwerk van gestremdheid te plaas, fokus dié 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 en weerspieël die mediese model van gestremdheid. Dít lei noodwendig tot uitsluiting van die sosiale model van gestremdheid.¹⁶⁴ Soos reeds voorheen in hoofstuk 5 daarop gewys is, het die meeste omstredeneheid in verband met die ADA juis betrekking gehad op die definiëring van die begrip gestremdheid ten einde vas te stel wie beskerming kragtens die wet geniet en wie nie. Dit is waarom die Amerikaanse Kongres, soos blyk uit die bespreking in hoofstuk 5, die ADA-wysigingswet ("ADA Amendments Act" of ADAAA)¹⁶⁵ aangeneem het.¹⁶⁶

Wat vir hierdie bespreking en die *IMATU*-saak van belang is, is dat die Amerikaanse Kongres bevind het dat die beslissing in *Sutton v United Air lines, Inc*¹⁶⁷ en die Amerikaanse uitsprake wat daarop volg, die oorspronklike bedoeling van die kongres met betrekking tot breë beskerming vir persone met gestremdhede belemmer het. Gevolglik is

¹⁶⁴ Areheart BA (2008) 83 *Indiana Law Journal* 40.; sien ook paragrawe 2.1 en 2.2 van hoofstuk 1 *supra*.

¹⁶⁵ Artikel 12101 wat handel met "Findings and Purpose of ADA Amendments Act of 2008", *Public Law* 110-325, § 2 van 25 September 2008.

¹⁶⁶ "Day in Washington – Home of the Disability Policy Podcast" ><http://dayinwashington.com/?p=141> (laaste besoek op 31 Mei 2008).

¹⁶⁷ 527 U.S. 471 (1999).

talle persone uitgesluit van beskerming kragtens die ADA, aangesien hulle gestremdheid hulle nie beduidend aan bande gelê het nie.¹⁶⁸

Dit word respekvol aan die hand gedoen dat die Suid-Afrikaanse howe daarteen moet waak om by die uitleg van die begrip gestremdheid nie aan oppervlakkige regsvergelyking van buitelandse reg, soos wat in die *IMATU*-saak gebeur het, skuldig maak nie.¹⁶⁹ Indien ons howe dieselfde beperkende uitleg van die begrip gestremdheid gaan volg, kan Suid-Afrika hom weldra in dieselfde betreuenswaardige posisie, soos uitgewys in hoofstuk 5 paragraaf 5.4.2, bevind. Ofskoon talle mense die ADA beskou as 'n prysenswaardige stuk wetgewing, is daar tog talle tekortkoming in daardie wet waarop reeds in hoofstuk 5 paragraaf 7 gewys is. Oppervlakkige regsvergelyking deur Suid-Afrikaanse howe van die ADA en sy gevolglike regspraak is daarom kommerwekkend vir Suid-Afrikaanse persone met gestremdhede.

¹⁶⁸ § 2(a)(4) en (6), Public Law 110-325 van 25 September 2008: "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 fund in individual cases that people with a range of substantially limiting impairments are not people with disabilities."

¹⁶⁹ *MEC for Education: KwaZulu-Natal v Pillay* 2008 2 BCLR 99 (CC) paragraaf 49 (Langa): "While foreign jurisprudence is useful, the context in which a particular pronouncement was made needs to be carefully examined. . . "; en *NK v Minister of Safety and Security* (konstitusionele hof 4 April 2007, ongerapporteer) paragraaf 35 (O'Regan J): ". . . It is for this very reason that our Constitution contains an express provision authorising courts to consider the law of other countries when interpreting the Bill of Rights. It is clear that in looking to the jurisprudence of other countries, all the dangers of shallow comparativism must be avoided"; *Carpenter* G 2008 *SA Publiekreg* 200; *Ngwenya* C 2007 *SAJHR* 151; en *Malan K "Regsvergelyking in Fundamentele Regte Litigasie" THRHR* 1997 217.

Soos reeds hierbo aangedui, identifiseer die Wet op Billike Werksgeleenthede, 'n aangewese groep mense (onder meer persone met gestremdhede) wat benadeling op arbeidsgebied ervaar het. Die Wet op Billike Werksgeleenthede identifiseer verder bepaalde werkgewers, die sogenaamde "aangewese werkgewers", wat verplig word om maatreëls gerig op regstellende aksie ten opsigte van hulle werknemers te implementeer.¹⁷⁰ 'n Aangewese werkgewer is onderworpe aan die Wet op Billike Werksgeleenthede en is óf 'n openbare óf 'n privaat werkgewer wat 50 of meer werknemers in diens het. 'n Werkgewer met minder as 50 werknemers, maar met 'n jaarlikse omset wat hoër of gelyk is aan die toepaslike omset van 'n klein besigheid soos bedoel in die wet, is ook 'n aangewese werkgewer.¹⁷¹ Die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie¹⁷² meld in sy 2002-verslag getitel *Towards a barrier-free society: A report on accessibility and built environment*¹⁷³ dat die Wet op Billike Werksgeleenthede erkenning verleen aan die feit dat die samelewing onbillik weens algemene onkunde, vrees en stereotipering teen mense met gestremdhede diskrimineer. Die verslag gaan soos volg voort:

As a result, people with disabilities experience high unemployment levels and, if they are employed, often remain in low status jobs and earn lower than average remuneration. In terms of the Act, all legal entities that employ more than 50 people must submit Employment

¹⁷⁰ Artikel 13 van die Wet op Billike Werksgeleenthede.

¹⁷¹ Artikel 1 van die Wet op Billike Werksgeleenthede.

¹⁷² Verder na verwys as die Menseregtekommissie.

¹⁷³ Hierdie verslag kan by <http://www.sahrc.org.za/towards_barriers_free_society.pdf> (2002) 22 besoek word (laaste besoek op 28 Mei 2008).

Equity Plans to the Department of Labour, showing how many people with disabilities are employees and what positions they hold.

Die Wet op Billike Werkseleenthede is nie 'n gestremdeheidspesifieke wet nie en handel gevolglik nie uitsluitlik met kwessies rakende gestremdheid nie. Die doel van die wet is om diskriminasie wat in die verlede op arbeidsgebied plaasgevind het om te keer, en politieke benadeling reg te stel. Aangesien die wet nie uitsluitlik met kwessies van gestremdheid handel nie, maak die wet in artikel 54 voorsiening vir kodes van goeie praktyk. Hiervolgens kan kodes van goeie praktyk, relevant vir 'n spesifieke benadeelde groepe, in werking gestel word.

Vervolgens word die kode van goeie praktyk oor sleutelaspekte van gestremdheid in die werkplek ("Code of Good Practice: Key aspects on the Employment of People with Disabilities") wat ingevolge artikel 54 van die Wet op Billike Werkseleenthede in werking gestel is, aan bespreking onderwerp.

3.2.1.1 Kode van goeie praktyk oor sleutelaspekte van gestremdheid in die werkplek¹⁷⁴

Die kode van goeie praktyk oor sleutelaspekte van gestremdheid in die werkplek is, soos hierbo verduidelik, ingevolge die Wet op

¹⁷⁴ Die "Code of Good Practice: Key aspects on the Employment of People with Disabilities" ingevolge die Wet op Billike Werkseleenthede (Wet 55 of 1998). Hierdie kode van goeie praktyk oor sleutelaspekte en Arbeidsverhoudingswet is in September 2009 gewysig. Die nuwe kode van goeie praktyk oor sleutelaspekte en Arbeidsverhoudingswet verander die definiëring van gestremdes deur maatskappye, asook wat hulle verpligtinge teenoor gestremdes is.

Billike Werksgeleenthede in werking gestel.¹⁷⁵ Dit is gebaseer op die grondwetlike beginsel dat daar nie onbillik op grond van gestremdheid teen iemand gediskrimineer mag word nie.¹⁷⁶

Die kode is in Augustus 2002 in die staatskoerant gepubliseer om werkgewers en werknemers in te lig oor hulle regte en verpligtinge, om regsekerheid in die hand te werk en arbeidsgeskille waarby gestremde persone betrokke is, te voorkom.¹⁷⁷ Dié kode is nie 'n gesaghebbende samevatting van die wet nie, en skep ook nie bykomende regte en verpligtinge nie. Dit moet egter deur howe en tribunale by die interpretasie van die Wet op Billike Werksgeleenthede (soos in die *IMATU*-saak hierbo) gebruik word.¹⁷⁸

Die kode verskaf ook riglyne aan werkgewers, werknemers en organisasies vir die ontwikkeling, verfyning en inwerkingstelling van gestremdheidsgelykheidsbeleid wat vir die behoeftes van hul betrokke werkplekke ontwerp is.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Artikel 54 van die Wet op Billike Werksgeleenthede bepaal: "The Minister may, on the advice of the Commission (a) issue any code of good practices; and (b) change or replace any code of good practice. (2) Any code of good practice, or any change to, or replacement of, a code of good practice must be published in the Gazette."

¹⁷⁶ "Legal Framework" vervat in item 4 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002.

¹⁷⁷ "Aims" vervat in item 2 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002.

¹⁷⁸ "Status of the Code" vervat in item 3 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002.

¹⁷⁹ "South Africa Country Profile; Promoting the Employability and Employment of People with Disabilities through Effective Legislation (Southern Africa), prepared by the ILO Skills and Employability Department Funded by Irish Aid" (Junie 2006) 10 <<http://www.ilo.org/public/english/employment/skills/disability/download/sthafrcp.pdf>> (laaste besoek op 19 Mei 2008).

Volgens item 6 van die kode is die regte en verpligtinge waaraan erkenning verleen moet word, onder ander die “redelike akkommodasie” van persone met gestremdhede. Met “redelike akkommodasie” word nie net bedoel om hindernisse in die weg van gestremde persone in die werkplek te verwyder nie, maar ook om positiewe maatreëls te tref om die werkplek se beleid, praktyk, strukture en omgewing te verander, aan te pas of te wysig ten einde vir gestremde persone toegang tot en bevordering in die werkplek te vergemaklik.¹⁸⁰ In dié verband gee die kode voorbeelde van redelike akkommodasie in die werkplek. Redelike akkommodasie word byvoorbeeld voorsien wanneer bestaande fasiliteite en toerusting, insluitend rekenaar harde- en sagteware, aangepas word; werkstasies herorganiseer word; opleidings- en evalueringsmateriaal en – stelsels verander word; werkstyd en verlof aangepas word; voorlesers, tolke gespesialiseerde toesig, opleiding en bystand voorsien word.

Die kode verlang verder dat gedurende die volle diens-siklus van gestremde werknemers onbillike diskriminasie teen hulle voorkom moet word en arbeidgelykheid tussen hulle en ander werknemers bewerkstellig moet word, onder andere by wyse van aanpassing van diensvoorwaardes en beplanning van gelyke werkseleenthede.¹⁸¹

¹⁸⁰ Item 6 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002; en Ngwena C “Equality for people with disabilities in the workplace an overview of the emergence of disability as a human rights issue” 2004 *Journal for Juridical Science* 179.

¹⁸¹ *Ibid.*

Verder verduidelik die kode wat gestremdheid soos bedoel in die Wet op Billike Werksgeleenthede beteken. Item 5 van die kode bepaal dat die beskerming vir persone met gestremdhede fokus op die effek wat gestremdheid op die persoon in verhouding tot sy werksomgewing het, en nie op gestremdheid as 'n diagnose van 'n gebrek ("impairment") nie.¹⁸² Daar moet basies aan drie vereistes voldoen word alvorens iemand as 'n persoon met 'n gestremdheid kwalifiseer. Hierdie drie vereistes is dat die betrokke persone onder 'n i) fisieke of geestesgestremdheid gebuk moet gaan; ii) wat langtermyn of herhalend van aard is; en iii) dat die gestremdheid die persoon se vooruitsig om in diens geneem te word, of bevorder te word, beduidend beperk.¹⁸³ Die kode verduidelik hierna wat verstaan moet word onder elkeen van hierdie vereistes.

Die kode vereis verder van werkgewers om maatreëls te tref wat billike verteenwoordiging en billike behandeling van persone met gestremdhede in die werkplek moet verseker. Hierdie maatreëls hou verband met redelike akkommodasie, werwing- en

¹⁸² Hierdie definisie volg die sosiale model van gestremdheid, soos uitgewys in paragraaf 3.2.1 *supra*.

¹⁸³ "Definition of People with Disabilities" vervat in item 5 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002 lui soos volg: "the effect of a disability on the person in relation to the working environment, and not on the diagnosis or the impairment. People are considered as persons with disabilities who satisfy all the criteria in the definition: (i) having a physical or mental impairment; (ii) which is long term or recurring; and (iii) which substantially limits their prospects of entry into, or advancement in employment."

keuringsprosesse en die behoud van werknemers wat 'n gestremdheid opdoen.¹⁸⁴

3.2.1.2 Tegniesehulpriglyne oor die indiensneming van persone met gestremdhede

Tegniesehulpriglyne oor die indiensneming van persone met gestremdhede (TAG)¹⁸⁵ is in 2004 deur die departement van arbeid bekendgestel en is aanvullend tot die praktykskode oor indiensneming van gestremdes (paragraaf 3.2.1.1 *supra*). TAG moet saam met die Wet op Billike Werksgeleenthede, die praktykskodes oor indiensneming van gestremdes en ander relevante praktykskodes gelees en gebruik word. Dit bou voort op die praktykskode oor indiensneming van gestremdes, maar is meer prakties van aard en het gevolglik betrekking op die nakoming van verpligtinge teenoor gestremde werknemers ingevolge die Wet op Billike Werksgeleenthede. Die doel daarvan is om werknemers, werkgewers, vakbonde en persone met gestremdhede behulpsaam te wees met die verstaan van die Wet op Billike Werksgeleenthede en die praktykskode oor indiensneming van gestremdes. TAG sluit regstellende aksie, sowel as maatreëls teen diskriminasie in en verskaf riglyne oor hoe dit in werking gestel moet word.

¹⁸⁴ Items 6, 7 en 10 van Staatskoerant no. 23702 van 19 Augustus 2002; en "South Africa Country Profile; Promoting the Employability and Employment of People with Disabilities through Effective Legislation (Southern Africa), prepared by the ILO Skills and Employability Department Funded by Irish Aid" (Junie 2006) 10 <<http://www.ilo.org/public/english/employment/skills/disability/download/sthafrcp.pdf>> (laaste besoek op 19 Mei 2008).

¹⁸⁵ Die "Technical Assistance Guidelines on the Employment of People with Disabilities (TAG)" uitgegee deur die departement van arbeid.

3.2.2 Wet op Arbeidsverhoudinge (Wet 66 van 1995)

Die doel van die Wet op Arbeidsverhoudinge is om ekonomiese ontwikkeling, sosiale geregtigheid, arbeidsvrede en die demokratisering van die werkplek te bevorder. Die Wet op Arbeidsverhoudinge is gemoeid met sake soos sosiale geregtigheid, demokratisering van die werkplek, werknemer-werkgewer-verhoudings, kollektiewe bedinging, prosedures vir die hantering van griewe, prosedures vir dissipline en prosedures vir ontslag (wangedrag, onbevoegdheid en operasionele redes). Vir huidige doeleindes gaan op laasgenoemde aspek - ontslag - as onbillike arbeidspraktyk ten opsigte van persone met gestremdhede gefokus word.

Elkeen het kragtens artikel 23(1) van die Grondwet 'n reg op billike arbeidspraktyke. Uit hierdie bepaling blyk dat elke persoon, dit wil sê elke werknemer (ook 'n gestremde werknemer) werkgewer of enige ander organisasie of instansie of entiteit wat by arbeidsverhoudinge betrokke is - as 'n fundamentele reg - 'n reg op billike arbeidspraktyke het.¹⁸⁶

Volgens Van Jaarsveld en van Eck is dit onseker watter betekenis aan die begrip "billike arbeidspraktyke", soos vervat in artikel 23(1) van die Grondwet, geheg moet word.¹⁸⁷ Volgens dié skrywers is die

¹⁸⁶ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 137.

¹⁸⁷ *Ibid.*



probleem, dat alhoewel die Wet op Arbeidsverhoudinge dit as een van sy primêre oogmerke stel om aan die fundamentele regte verleen deur die Grondwet uitvoering te gee en te reguleer, geen spesifieke bepaling in die Wet op Arbeidsverhoudinge tot dusver dieselfde omvangryke beskerming, soos voorsien in die Grondwet, verleen nie.¹⁸⁸ Aangesien die Grondwet billike arbeidspraktyke aan elke persoon waarborg, beteken dit by implikasie dat enige persoon wat die slagoffer van 'n onbillike arbeidspraktyk is, dit wil sê ook 'n persoon met 'n gestremdheid wat 'n slagoffer van onbillike arbeidspraktyk is, regstreeks op beskerming kragtens die Grondwet geregtig is.¹⁸⁹

Vir huidige doeleindes gaan egter op die ontslag van 'n persoon met 'n gestremdheid (as onbillike arbeidspraktyk) kragtens die Wet op Arbeidsverhoudinge gefokus word. Hoofstuk 8 van die wet behandel ontslag van werknemers en bepaal dat elke werknemer die reg het om nie onbillik ontslaan te word, of onderwerp te word aan onbillike arbeidspraktyke nie.¹⁹⁰ Artikel 186(1) van die Wet op Arbeidsverhoudinge bepaal dat ontslag die beëindiging van 'n dienskontrak met of sonder kennisgewing deur 'n werkgever beteken.¹⁹¹ Ontslag vind plaas indien 'n verwagting redelikerwys by 'n werknemer deur 'n werkgever geskep word dat 'n vastetermyndienskontrak op dieselfde voorwaardes hernu sal word, terwyl die werkgever slegs bereid is om dit op minder gunstige voorwaardes te

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Artikel 185 van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

¹⁹¹ Artikel 186(1)(a) van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

hernu of glad nie te hernu nie.¹⁹² Die weiering van die werkgewer om 'n werknemer toe te laat om haar werk na kraamverlof te hervat kom op ontslag neer.¹⁹³ Ontslag beteken ook die weiering om bepaalde werknemers weer in diens te neem terwyl ander wel weer in diens geneem word nadat almal vir dieselfde redes deur die werkgewer ontslaan is.¹⁹⁴ Die beëindiging van diens deur 'n werknemer omdat die werkgewer voortgesette diens vir die werknemer ondraaglik gemaak het, kom ook op ontslag neer.¹⁹⁵ Die Wet op Arbeidsverhoudinge maak ook voorsiening vir Goeie Praktykskodes: Ontslag in Bylae 8 van die wet. Hierdie kodes word in paragraaf 3.2.2.1 *infra* bespreek.

Volgens artikel 186(2) van die Wet op Arbeidsverhoudinge beteken onbillike arbeidspraktyk enige onbillike handeling of versuim wat tussen 'n werkgewer en 'n werknemer ontstaan met betrekking tot:

- die onbillike gedrag van die werkgewer rakende die bevordering, afgradering, proeftydperk (uitgesonderd geskille oor ontslag om 'n rede rakende proeftydperk) of opleiding van 'n werknemer of rakend die voorsiening van voordele aan 'n werknemer;
- die onbillike skorsing van 'n werknemer of enige ander onbillike dissiplinêre optrede behalwe ontslag ten opsigte van 'n werknemer;

¹⁹² Artikel 186(1)(b) van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

¹⁹³ Artikel 186(1)(c) van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

¹⁹⁴ Artikel 186(1)(d) van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

¹⁹⁵ Artikel 186(1)(e) van die Wet op Arbeidsverhoudinge.



- die versuim of weiering van 'n werkgewer om 'n gewese werknemer in diens te herstel of weer in diens te neem ingevolge enige ooreenkoms; of
- 'n beroepsnadeel, uitgesonderd ontslag, in stryd met die Wet op Beskermdede Bekendmakings,¹⁹⁶ omrede die werknemer 'n beskermdede bekendmaking soos in daardie wet omskryf, gedoen het.

Artikel 187 van die wet is vir gestremde persone van belang. Die artikel bepaal dat ontslag outomaties onbillik is indien die werkgewer by die ontslag van die werknemer strydig met artikel 5 van die wet optree, of indien die rede vir die ontslag is dat die werkgewer, regstreeks of onregstreeks, op enige arbitrêre grond, wat insluit maar nie beperk is nie tot, onder andere gestremdheid (Artikel 187(1)(f)),¹⁹⁷ onbillik teen 'n werknemer gediskrimineer het.¹⁹⁸ 'n Gestremde persoon sal beskerming teen diskriminasie of enige ander soortgelyke onbillike optrede geniet wanneer die persoon vir werk aansoek doen, tydens die termyn van die dienskontrak en ten tyde van diensbeëindiging.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Wet 26 van 2000.

¹⁹⁷ *Van Rensburg v Northern Cape Provincial Administration* 1997 ILJ 1421; *Hoffmann v SA Airways* 2000 ILJ 891 (W), 2000 IJL 2357 (KH); *N v Minister of Defence* 2000 ILJ 999 (AHN); en *IMATU v City of Cape Town* 2005 ILJ 1404 (AH).

¹⁹⁸ Ander spesifieke gronde kragtens artikel 187(1)(f) is: geboorte, kleur, etniese of sosiale herkoms, politieke oortuiging, of ras; huwelikstaat, swangerskap, gesinsverantwoordelikheid; kultuur, taal; godsdiens, gewete, oortuiging; gestremdheid of ouderdom.

¹⁹⁹ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 168.

Ongeskiktheid (“disability” of “incapacity”)²⁰⁰ mag egter verhoed dat die betrokke werknemer sy dienste bevredigend kan lewer of hoegenaamd lewer.²⁰¹ Enige diskriminasie gebaseer op die werknemer se ongeschiktheid en wat tot sy ontslag lei kom op ’n outomatiese onbillike ontslag neer. Volgens Van Jaarsveld en Van Eck word die volgende gevalle van ongeschiktheid onderskei: ²⁰² (i) fisiese ongeschiktheid as gevolg van swak gesondheid of beserings; geestesongeskiktheid (of gestremdheid) as gevolg van spanning, siekte, intellektuele beperking, trauma, ensovoorts;²⁰³ en kroniese siekte wat deurlopend afwesigheid van diens tot gevolg het. Daar is egter ’n groter verpligting op ’n werkgewer om ’n werknemer te akkommodeer as sy ongeschiktheid deur werksverwante omstandighede veroorsaak is.²⁰⁴

Ontslag is dus insigself onbillik indien gestremdheid van die werknemer die rede daarvoor is.²⁰⁵ ’n Billikheidstoets met betrekking tot die ontslag van ’n werknemer,²⁰⁶ ook ’n werknemer met ’n

²⁰⁰ Item 10 van Bylae 8 van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

²⁰¹ *Carr v Fisons Pharmaceuticals* 1995 ILJ 173 (NH); en *Bennet v Mondipak* 2004 ILJ 583 (KVBA).

²⁰² Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 164.

²⁰³ *Spero v Elvey International (Pty) Ltd* 1995 16 ILJ 1210 (NH); en *Automobile Association of SA v Govender* DA23/99 [2000] ZALAC 19 (20 September 2000).

²⁰⁴ Item 10(4) van Bylae 8; en *Free State Consolidated Gold Mines (Operations) Bpk v Labuschagne* 1999 ILJ 2823 (AAH).

²⁰⁵ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 164; Artikel 187(1)(f) van die Wet op Arbeidsverhoudinge gelees met artikel 6(1) van die Wet op Billike Werksgeleenthede van 1998; en *Leonard Dingler (Pty) Ltd v Ngwenya* 1999 ILJ 1171 (AAH).

²⁰⁶ Die toets of van ’n werkgewer billikerwys verwag kan word om die diensverhouding voort te sit, is afhanklik van ’n aantal faktore. Sien in die verband Van Jaarsveld F en Van Eck S

gestremdheid, word in die Grondwet,²⁰⁷ en meer spesifiek die Handves van Regte vasgelê.²⁰⁸ Dit beteken dat waar 'n gestremde persoon 'n eis weens onregmatige ontslag instel wanneer hy/sy ontslaan word weens sy/haar onvermoë om te werk (“incapacity dismissal”), sal dié eis op enige van die volgende regte of praktyke gegrond mag word: die grondwetlike reg op gelykheid²⁰⁹ en menswaardigheid,²¹⁰ die reg om 'n bedryf, beroep of profesie te kies²¹¹ en billike arbeidspraktyke.²¹²

In *Standard Bank Ltd. v CCMA & Others*²¹³ word bogenoemde beginsels bevestig. In hierdie 2008 saak waarin dit gegaan het oor die ontslag van 'n werknemer wat in 'n motorongeluk beseer is, het die hof gesê die oorkoepelende beleid vir ondersteuning en beskerming van persone met gestremdhede is om uitvoering te gee aan hulle menseregte.²¹⁴ Die hof beslis dat die eiser 'n eis weens onregmatige ontslag het. Dit is gegrond in die onvermoë om te werk. Die tersaaklike grondwetlike

Kompendium van Arbeidsreg (2003) 163; en *Croucamp v Le Carbonne SA (Pty) Ltd* 1995 ILJ 1223 (NH).

²⁰⁷ Artikel 23(1) van die Grondwet.

²⁰⁸ *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others* [2008] 4 BLLR 368.

²⁰⁹ Artikel 9 van die Grondwet.

²¹⁰ Artikel 10 van die Grondwet.

²¹¹ Artikel 22 van die Grondwet.

²¹² Artikel 23 van die Grondwet.

²¹³ [2008] 4 BLLR 357.

²¹⁴ Die hof sê dat die: “overarching policy underpinning the protection of disabled people is to give effect to human rights” en gee in sy uitspraak op 368 erkenning aan verskeie buitelandse en internasionale menseregte en arbeidsinstrumente “[that] seek to re-enforce the protection of people with disabilities and prevent discrimination against them”.



regte is gelykheid, menswaardigheid, die reg om vrylik 'n bedryf, beroep of profesie te kies en billike arbeidspraktyke.²¹⁵ Die hof verwys soos volg na gestremde werknemers se marginalisering deur werkgewers:²¹⁶

Many employers tend to exclude and marginalise employees with disabilities not merely because the disability impairs the employee's suitability for employment, but also because the employer regards the disability as an abnormality or flaw. When the attitude that disability is the problem of the disabled individual, not society, that the workplace is hazardous for disabled people and that they need to be looked after combines with paternalism, charitableness, ignorance and misinformation about disabilities, the result is that more disabled people are dismissed than accommodated. Some employers may find it more convenient to budget for a disability dismissal than to attempt to accommodate an employee.

Om hierdie rede vereis regmatige ontslag van 'n gestremde werknemer weens onvermoë of ongeskiktheid om te werk die volgende:²¹⁷

[E]mployers are required to adopt a four-stage inquiry before dismissing employees for incapacity. The question to be asked are: (i) whether the employee is unable to perform his or her work, and if not; (ii) the extent to which the employee is capable of working; (iii) whether the employee's work circumstances can be adapted and, if not; (iv) whether alternative work is available. If an employer dismisses an incapacitated employee without taking these steps, the dismissal is not only unfair, but

²¹⁵ [2008] 4 BLLR 368.

²¹⁶ [2008] 4 BLLR 369.

²¹⁷ [2008] 4 BLLR 357; en Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 164 to 165.

also automatically unfair, because people with disabilities constitute a designated group. The *obligation to accommodate a disabled employee* is accordingly even *more onerous than the obligation to take affirmative action measures* [my beklemtoning].

Ondanks die voorafgaande kan ontslag op grond van gestremdheid steeds billik wees indien die werknemer vanweë gestremdheid nie meer voldoen aan die inherente vereistes van die werk nie.²¹⁸ In *Standard Bank Ltd v CCMA & Others*²¹⁹ bevind die hof dat “in the case of incapacity employees, dismissal is fair where the obligation to accommodate the employee imposes unreasonable hardship on the employer” en verklaar verder dat “[h]ardship in this context means more than mere inconvenience.” So ook is ontslag weens ouderdom billik as die werknemer die normale of ooreengekome ouderdom vir aftrede bereik van ’n persoon wat in die betrokke hoedanigheid aangestel is.²²⁰ Die bewyslas is egter op die werkgever²²¹ om te bewys dat die ontslag van ’n werknemer weens sy/haar gestremdheid billik is.²²²

Indien die arbeidshof of ’n arbiter bevind dat die ontslag onbillik was,

²¹⁸ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 168; *Association of Professional Teachers v Minister of Education* 1995 ILJ 1048 (NH); *Woolworths (Pty) Ltd v Whitehead* 2000 ILJ 571 (AAH); *Hoffmann v SA Airways* 2000 ILJ 891 (W); *Mahlanyana v Cadbury (Pty) Ltd* 2000 ILJ 2274 (AH); en *Ackerman v United Cricket Board of SA* 2004 IJL 353 (KVBA).

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Artikel 187 (2)(a) en (b) van die Wet op Arbeidsverhoudinge; Grogan J *Workplace Law* 2005 (147); *Schmahmann v Concept Communication Natal (Pty) Ltd* 1997 ILJ 1333 (AH); en *Archer v United Association of SA* 2005 ILJ 790 (KVBA).

²²¹ Artikel 192 van die Wet op Arbeidsverhoudinge.

²²² Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 166.

kan 'n bevel ingevolge artikel 193 van die Wet op Arbeidsverhoudinge gemaak word waarvolgens die werknemer, onder andere in diens herstel moet word of vergoeding moet ontvang.²²³

Die Wet op Arbeidsverhoudinge is op elke werkgewer, werknemer, onderneming, nywerheid, bedryf of beroep van toepassing. Dit verleen dus wye beskerming aan persone met gestremdhede in die werkplek en verleen in praktyk waarskynlik die meeste beskerming aan persone met gestremdhede.

3.2.2.1 Goeie praktykskode: ontslag²²⁴

Bylae 8 van die Wet op Arbeidsverhoudinge bevat die kode vir goeie²²⁵ praktyk oor ontslag waarin die beginsels van substantiewe en prosedurele billikheid neergelê word wat gevolg moet word in elke geval van ontslag weens onbevoegdheid om te werk. Wat vir huidige doeleindes van belang is, is dat dié kode riglyne bevat oor optrede teenoor werknemers wat beseer of siek is, of 'n gestremdheid opgedoen het.

²²³ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 169; *Van Niekerk v Minister of Labour* 1996 ILJ 525 (K); *Walters v Transitional Local Council of Port Elizabeth* 2000 ILJ 2723; en *POPCRU v SA Police Service* 2003 ILJ 254.

²²⁴ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die "Code of Good Practice: Dismissal" ingevolge die Wet op Arbeidsverhoudinge.

²²⁵ Volgens Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 149 is die woord "goeie" 'n populêre begrip en nie werklik een wat regtens gegrond is nie. Die begrip "billik" sou volgens die skrywers 'n meer toepaslike en funksionele begrip gewees het.

Volgens die kode moet die werkgever in so 'n geval óf poog om vir die werknemer ander werk te vind óf die werknemer se werkverpligtinge of werkomgewing aanpas alvorens ontslag oorweeg word.²²⁶ Ingevolge artikel 188(2) van die Wet op Arbeidsverhoudinge mag 'n arbiter of arbeidshof die kode gebruik wanneer bewerings van onbillike ontslag oorweeg word.

3.2.3 Staatsdienswet (Wet 103 of 1994)

Ingevolge artikel 197 van die Grondwet is daar binne die openbare administrasie 'n staatsdiens vir die Republiek van Suid-Afrika wat ingevolge nasionale wetgewing moet funksioneer en gestruktureer word, en die wettige beleid van die regering aan bewind, getrou moet uitvoer. Die nasionale wetgewing wat ingevolge artikel 197 van die Grondwet die Suid-Afrikaanse staatsdiens reguleer, is die Staatsdienswet. Vir doeleindes van administrasie, word die staatsdiens in Bylae 1 en 2 van die wet in nasionale en provinsiale departemente ingedeel.²²⁷ Die wet reguleer, onder ander ook die voorwaardes vir indiensneming, ampstermyne, dissipline, aftrede en afdanking van staatsamptenare.

Artikels 10 en 11 van die wet handel oor aanstellings. Volgens artikel 11(2)(b) van die wet moet by aanstelling van 'n persoon in die staatsdiens, die volgende oorweeg word: opleiding, vaardighede, bevoegdheid, kennis en die behoefte om die wanbalanse van die

²²⁶ Van Jaarsveld F & Van Eck S *Kompendium van Arbeidsreg* (2003) 164.

²²⁷ Artikel 7(2) van die Staatsdienswet.

verlede reg te stel. Die doel hiervan is om 'n staatsdiens te bewerkstellig wat in die breë verteenwoordigend van die Suid-Afrikaanse bevolking is, met inbegrip van verteenwoordiging volgens ras, geslag en gestremdheid. By aanstelling is dit dus belangrik om ook persone met gestremdhede, wat verteenwoordigend is van die breër Suid-Afrikaanse publiek, in te sluit.

3.2.4 Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en –Siektes (Wet 130 van 1993)

Die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -Siektes maak voorsiening vir mediese dekking en vergoeding vir beroepsbeserings en -siektes wat werknemers in die loop van hulle diens opgedoen het. Werknemers kan ingevolge hierdie wet eis vir die verlies aan inkomste tydens tydelike gestremdheid, vir mediese uitgawes aangegaan en vir vergoeding vir enige permanente gestremdheid as gevolg van 'n beroepsbesering of -siekte.

In geval van permanente gestremdheid moet die vergoedingskommissaris²²⁸ 'n enkele geldsom of pensioen aan die werknemer toeken wat bereken word ooreenkomstig die omvang van die blywende aard van die gestremdheid.

3.3 Wet op Vaardigheidsontwikkeling (Wet 67 van 1998)

²²⁸ Die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en –Siekte maak voorsiening vir die amp van vergoedingskommissaris in artikel 2 van die wet. Die vergoedingskommissaris se bevoegdhede en se funksies word onderskeidelik in artikel 3 en 4 van die wet uiteengesit.

Die Wet op Vaardigheidsontwikkeling²²⁹ verskaf 'n raamwerk vir die bevordering van vaardighede van die Suid-Afrikaanse arbeidsmag deur die implementering van nasionale en plaaslike werkpleksstrategieë. Volgens artikel 2 is die doel van die wet om, onder andere vaardighede van die arbeidsmag te ontwikkel ten einde produktiwiteit, vooruitsig op werksgeleentheid en lewenskwaliteit van werkers te verbeter. Verdere oogmerke is om selfindiensneming te bevorder, investering in onderwys en vaardigheidsonderrig in die arbeidsmark te verhoog, vaardigheidsonderrig en werksvooruitsigte van groepe wat deur diskriminasie benadeel is, te verbeter en om werkgewers aan te moedig om hulle werknemers aan vaardigheidsonderrig bloot te stel.

Die wet bring die “National Skills Authority” (waarna verder verwys word as NSA),²³⁰ asook die “Sector Education and Training Authorities” (waarna verder verwys word as SETAs)²³¹ tot stand. Die hoofmerk van SETAs is om leerlingskappe (“learnerships”) in die lewe te roep, vaardigheidskemas in die werkplek goed te keur, hulptoelae toe te deel, onderrig en opleiding te monitor en vaardigheidsontwikkelingheffings in te samel en toe te deel. Opleiding word gefinansier deur een persent op elke werknemer se salarisse te hef.²³² Werkgewers moet hiervoor begroot.²³³

²²⁹ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die “Skills Development Act 97 of 1998” wat nie in Afrikaans afgekondig is nie.

²³⁰ Artikel 4 van die Vaardigheidsontwikkelingswet.

²³¹ Artikel 9 van die Vaardigheidsontwikkelingswet.

²³² Sien die “Skills Development Levies Act 9 of 1999”.

²³³ Grogan J *Workplace Law* (2006) 9.

Die NSA adviseer die Minister van Arbeid oor die uitwerking wat die “National Skills Development Strategy” (hierna verwys as NSDS) het op die ontwikkeling van maatstawwe om die oogmerke van die wet te bereik.²³⁴ Die wet bring ook ’n “National Skills Fund” tot stand²³⁵ vir projekte wat as nasionale prioriteite deur die NSDS geïdentifiseer word.

Volgens ’n 2005-navorsingsverslag deur Andrew Dube word verskeie vorme van bystand aan persone met gestremdhede gebied. In opdrag van “Disability Knowledge and Research”, ’n internasionale navorsingsprogram oor gestremdheid en armoede, het Dube dié navorsingsverslag opgestel wat sleutelaspekte identifiseer en ontleed oor die regering se pogings om toegang van gestremde persone tot regeringsdienste deur implimentering van beleid en wetgewing te fasiliteer. In Dube se navorsing word bevind dat doeltreffende departementele dienste gelewer moet word om gestremde persone in te lig oor die verskillende bystandsmatreëls. Leerlingskappe word ook ontwerp om persone met gestremdhede by te staan om werk te vind en selfwerkzaam en selfonderhoudend te wees.²³⁶

Ondanks bogenoemde blyk die matreëls wat tot dusver getref is steeds onvoldoende te wees. Die NSDS stel ’n teiken van 4% vir leerlingskappe

²³⁴ Artikel 5 (1)(a)(ii) van die Vaardigheidsontwikkelingswet.

²³⁵ Artikel 27 van die Vaardigheidsontwikkelingswet.

²³⁶ Dube AK “The role and effectiveness of disability legislation in South Africa” Samaita Consultancy and Programme Design (Maart 2005) 24 <http://disabilitykar.net/docs/legislation_sa.doc> (laaste besoek op 20 Mei 2008).

wat vir persone met gestremdhede beskikbaar moet wees.²³⁷ Volgens die 2005-navorsingsverslag word bevind dat indien ras, geslag en gestremdheidsyfers van werkers wat deelneem aan die gestruktureerde programme vergelyk word met die NSDS se billikheidsteiken (“equity target”), is slegs 0,08% vordering gemaak met betrekking tot gestremde persone.²³⁸ Hierdie presentasie vergelyk swak met die gestelde teiken van 4%.

Die voormalige minister van arbeid, Membathisi Mdladlana, het tydens die bekendstelling van ’n SETA-projek die mening uitgespreek dat die projek ’n perfekte oplossing bied “towards reversing the poor success rate of fulfilling the National Skills Development Strategy’s objective, which requires 4 % of the country’s learnerships to be given to people with disabilities.”²³⁹ Hy het egter sy teleurstelling uitgespreek dat selfs die regering nie die mikpunt van 4% bereik het nie, en het beklemtoon dat daar nie net van die privaat sektor verwag kan word om alleen aan hierdie vereiste te voldoen nie.

3.4 Onderwyswetgewing

3.4.1 Wet op Hoër Onderwys (Wet 101 of 1997)

²³⁷ Volgens die “National Skills Development Strategy Implementation Report” onderskryf die strategie die 4% teiken wat deur die NSDS gestel is vir leerlingskap van persone met gestremdhede. Sien <<http://www.labour.gov.za/download/10666/Useful%20Document%20-%20SD%20-%20National%20Skills%20Development%20Implementation%20Report.pdf>> (laaste besoek op 20 Mei 2008).

²³⁸ Andrew K Dube “The role and effectiveness of disability legislation in South Africa” Samaita Consultancy and Programme Design, (Maart 2005) 25 <http://disabilitykar.net/docs/legislation_sa.doc> (laaste besoek op 20 Mei 2008).

²³⁹ Volgens die webwerf “The Skills portal, exploring the new world of work”.

Die Wet op Hoër Onderwys bepaal in artikel 37 dat die toelatingsbeleid van 'n openbare inrigting vir hoër onderwys voorsiening moet maak vir geskikte maatreëls vir die regstel van ongelykhede van die verlede, en nie op enige wyse onbillik mag diskrimineer nie.²⁴⁰ Ongelukkig definieer die wet nie die begrip “ongelykhede van die verlede” nie, en gevolglik is dit moeilik vasstelbaar of persone met gestremdhede hierby ingesluit word. Wat wel vir gestremde persone van belang is, is artikel 8(2)(b)(i) wat bepaal dat die lede van die Raad vir Hoër Onderwys (RHO), wat ingevolge artikel 4 in die lewe geroep is, in die algemeen “verteenwoordigend van die stelsel van hoër onderwys en verwante belange” moet wees. Volgens artikel 8(2)(c) en (d) moet aandag gegee word aan verteenwoordiging op die RHO met inagneming van, onder andere ras en gestremdheid.

3.4.2 Suid-Afrikaanse Skolewet (Wet 84 of 1996)

Die Suid-Afrikaanse Skolewet bepaal ingevolge artikel 5(1), wat handel oor die toelating van leerders in openbare skole, dat 'n openbare skool leerders moet toelaat en hul opvoedkundige behoeftes moet dien “sonder om op enige wyse onbillik te diskrimineer.”

Artikel 5(6) van die wet skryf voor dat wanneer besluit moet word oor die plasing van 'n leerder met spesiale onderwysbehoefte, die

²⁴⁰ Sien ook *MEC for Education Kwazulu-Natal & Others v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC); en 2008 (1) SA 4740; *Eaton v Brant County Board of Education* [1997] 1 SCR 241 by paragraaf 67 waar die konstitusionele hof handel met aspekte van gestremdheid en onderwys.

departementshoof en die prinsipaal die regte en wense van die ouers van sodanige leerder in ag moet neem.

Dit is voorts belangrik om daarop te let dat gebaretaal vir doeleindes van onderrig ingevolge artikel 6(4) as amptelike taal erken word. In die verband versoek 'n matriekleerling van Westville Boys High in KwaZulu-Natal, Kyle Springate,²⁴¹ in Junie 2009 in 'n aansoek ingedien by die hooggeregshof in Pietermaritzburg dat die onderwysdepartement gebaretaal as amptelike matriekvak moet erken. Springate, wat met die onderwysdepartement se goedkeuring dwarsdeur sy hoërskoolloopbaan gebaretaal studeer het, is meegedeel dat dié vak nie erken word as 'n amptelike matriekvak nie. Springate nader die hooggeregshof in 'n dringende aansoek vir 'n bevel om die provinsiale en nasionale minister van basiese onderwys te verplig om hom toe te laat om die vak in die nasionale matriekeindeksamen te skryf. Die aansoek is verder ook van groter openbare belang met die grondwetlike skakel (wat met regte in die Handves van Regte verband hou)²⁴² om gebaretaal as 'n amptelike skoolvak te erken.

Artikel 12(5) van die Skolewet bepaal dat die betrokke lid van die provinsiale uitvoerende komitee (LUR) belas met onderwys, redelike maatreëls moet tref om te verseker dat die fisiese geriewe van openbare skole toeganklik vir gestremde persone is. Die toeganklikheid van fisiese geriewe word vervolgens bespreek.

²⁴¹ *Springate en Andere v Minister van Basiese Onderwys en Andere* [ongerapporteerde 2009].

²⁴² Aansoek is gedoen kragtens artikel 9(3), 10, 28, 29, 30 en 31 van die Grondwet.

3.5 Bouregulasies

Persone met gestremdhede ondervind dikwels diskriminasie weens die ontwerp van geboue. Omgewingsfaktore en hindernisse wat die gevolg is van argitektoniese ontwerp skep soms 'n omgewing wat persone met gestremdhede marginaliseer.²⁴³ Die volgende opmerking van hoofregter Langa in *MEC for Education Kwazulu-Natal & Others v Pillay* oor persone met gestremdhede se deelname aan die samelewing en die ontwerp en toegang tot fasiliteit is hier van belang:²⁴⁴

Disabled people are often unable to access or participate in public or private life because the means to do so are designed for able-bodied people. The result is that disabled people can, without any positive action, easily be pushed to the margins of society.

Die Konvensie oor die Gestremdheid²⁴⁵ wys op die verband tussen gestremde persone, die beskouing van die gemeenskap en omgewingsfaktore wat persone met gestremdhede verhinder om op 'n

²⁴³ Sien afdeling 4 hieronder in die hoofstuk. Die witskrif oor die INDS van 1997 bevat talle verwysings na omgewingshindernisse. Hoofstuk 3 van die INDS, wat handel oor beleidsriglyne, het betrekking op, onder ander "Barrier Free Access" wat daarop wys dat: "The way in which the environment is developed and organised contributes, to a large extent, to the level of independence and equality that people with disabilities enjoy. There are a number of barriers in the environment which prevent people from enjoying equal opportunities with non-disabled people. For example: structural barriers in the built environment, inaccessible service points, inaccessible entrances due to security systems, poor town planning and poor interior design".

²⁴⁴ 2008 (1) SA 474 (CC) paragraaf 74; en 2008 (1) SA 4740.

²⁴⁵ Sien die bespreking in paragraaf 2.5 van hoofstuk 3 van hierdie proefskrif.

gelyke basis met ander in die gemeenskap deel te neem.²⁴⁶ Artikel 9(1)(a) van die Konvensie bepaal soos volg:²⁴⁷

To enable persons with disabilities to live independently and participate fully in all aspects of life, State Parties shall take appropriate measures to ensure to persons with disabilities access, on an equal basis with others, to the physical environment, to transportation, to information and communication technologies and systems, and to other facilities and services open or provide to the public, both in urban and rural areas. These measures, which shall include the identification and elimination of obstacles and barriers to accessibility, shall apply to, inter alia, buildings, roads, transportation and other indoor and outdoor facilities, including schools, housing, medical facilities and workplaces.

Soos voorheen in hoofstuk 3 vermeld, is Suid-Afrika 'n party tot die Konvensie en Protokol en gevolglik gebonde aan die verpligtinge vervat in hiérdie artikel van die Konvensie.

Argitektoniese veranderings aan bestaande geboue en nuwe geboue word in Suid-Afrika gereguleer deur nasionale bouregulasies²⁴⁸ kragtens die Wet op Nasionale Bouregulasies en Boustandaarde van 1977. Dié regulasies word aangevul deur die Suid-Afrikaanse Buro van Standaarde se kode

²⁴⁶ Die aanhef, paragraaf (e) van die Konvensie oor die Regte van Persone met Gestremdhede ("die Konvensie oor Gestremdheid").

²⁴⁷ "Convention on the Rights of Persons with Disabilities [A/RES/61/106], resolution adopted by the General Assembly [without reference to a Main Committee (A/61/611)] <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=61>> (laaste besoek op 11 Maart 2008).

²⁴⁸ Staatskoerant No. 11333, kennisgewing no. R. 1081, 10 Junie 1988 en die SABS 0400-1987 regulasies, deel S daarvan kragtens die Wet op Nasionale Bouregulasies en Boustandaarde (Wet 103 van 1977).

(SABS-kode)²⁴⁹ wat 'n stel nie-bindende riglyne oor die toepassing van die bouregulasies neerlê.²⁵⁰

Volgens deel S van die SABS-kode moet geriewe vir gestremdes in alle geboue voorsien word. Dit geld ook ten opsigte van alle gestremdes, insluitende rolstoelgebruikers.²⁵¹ Geskikte en toeganklike toiletgeriewe moet voorsien word;²⁵² auditoriums of sale moet in verhouding tot die getal sitplekke genoeg oop ruimtes hê vir rolstoelgebruikers;²⁵³ toereikende parkeerruimtes moet voorsien word;²⁵⁴ en geboue met geriewe vir gestremde persone moet vry wees van enige obstruksie wat die beweging van gesiggestremdes belemmer of vir hulle gevaar inhou.²⁵⁵

Die SABS-kodes bevat gedetailleerde spesifikasies wat betref die helling, hoogte en breedte van opritte vir rolstoelgebruikers.²⁵⁶ Die minimum binne-afmetings van outomatiese hysbakke moet voldoen aan die vereistes van rolstoelgebruikers om toegang tot die hysbak te

²⁴⁹ Sien ook die bespreking in paragraaf 3.1 *infra* van hierdie hoofstuk.

²⁵⁰ South Africa Country Profile "Promoting the Employability and Employment of People with Disabilities through Effective Legislation (Southern Africa), Junie 2006 12, voorberei deur "ILO Skills and Employability Department" wat befonds word deur "Irish Aid" <<http://www.ilo.org/publns>> (laaste besoek op 20 Mei 2008).

²⁵¹ Regulasie S2(1) van die bogenoemde SABS-kodes.

²⁵² Regulasie S2(2) van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵³ Regulasie S2(3) van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵⁴ Regulasie S2(4) van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵⁵ Regulasie S2(5) van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵⁶ Regulasie SS2.1 van die dieselfde SABS-kodes.

vergemaklik.²⁵⁷ In die hysbakportaal moet op hoorbare en sigbare wyse aangedui word wanneer hysbakke se deure oopgaan.²⁵⁸

Die SABS-kodes bevat duidelike voorskrifte in verband met sanitêre geriewe in geboue, (insluitende hotelle, losieshuise en hostelle). Die getal spoelklosetpanne en handewasbakke vir rolstoelgebruikers moet in 'n bepaalde verhouding tot die getal soortgelyke geriewe vir nie-gestremde persone beskikbaar wees. Hierdie kodes geld egter nie ten opsigte van 'n hotel, losieshuis of hostel met minder as 25 slaapkamers nie. Geriewe wat vir gestremde persone in geboue voorsien word, moet deur die internasionale simbool vir gestremdes aan die buitekant by die hoofingang van die betrokke gebou en op enige ander goedgekeurde plekke in die gebou aangebring word. Die internasionale simbool vir gestremdes kan uitgeken word aan die teken van 'n rolstoelgebruiker.

Ondanks die voorskrifte vervat in die SABS-kodes word steeds op gestremdes se reg op gelyke toegang tot openbare en privaat fasiliteite inbreuk gemaak. Esthe Muller, 'n parapleeg en praktiserende prokureur wat bygestaan is deur die Menseregtekommissie,²⁵⁹ het op 24 Februarie 2004 in die gelykheidshof in Germiston die stryd teen die departemente van justisie en openbare werke oor toegang tot hofgeboue gewen.²⁶⁰ Muller, as rolstoelgebruiker, het dit moeilik gevind om toegang tot howe

²⁵⁷ Regulasie SS3.1 van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵⁸ Regulasie SS3.2 van die dieselfde SABS-kodes.

²⁵⁹ "Equality Court Victory for People with Disabilities" <http://www.sahrc.org.za/sahrc cms/publish/printer_150.shtml> (laaste besoek op 21 Mei 2008).

²⁶⁰ Saakno. 01/03 in die gelykheidshof te Germiston.



te kry ten einde aan haar pligte as prokureur uitvoering te gee. Die gelykheidshof het op grond van die Gelykheidswet²⁶¹ die betrokke staatsdepartemente verplig om beter toegang tot howe vir rolstoelgebruikers te verseker.²⁶²

Die gelykheidshof het die betrokke departemente beveel om die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie binne twee maande te voorsien van 'n verslag oor alle hofgeboue in die land wat nie aan die vereistes vir toeganklikheid voldoen nie. Ingevolge die hofbevel het partye 'n skikking bereik²⁶³ dat daar binne vyf jaar nadat die skikking bereik is ten volle voldoen sal word aan die vereistes wat vir toeganklikheid neergelê is. Die respondente moet ook daarvoor verslag aan die hof en die Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie doen. Die skikkingsooreenkoms is op 15 September 2004 'n bevel van die hof gemaak en dit beteken dus dat alle howe voor 15 September 2009 vir alle gestremde persone toeganklik moet wees.

In 2005 het 'n rolstoelgebruiker, ene meneer Bosch, ingevolge artikel 20 van die Gelykheidswet in die gelykheidshof in Port Elizabeth 'n aansoek teen die ministers van veiligheid en sekuriteit en openbare werke ingestel weens die ontoeganklikheid vir rolstoelgebruikers tot die eerste vloer van

²⁶¹ Hierdie verkorte Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die "Promotion of Equity and Prevention of Unfair Discrimination Act, 4 of 2000" wat nie in Afrikaans uitgevaardig is nie.

²⁶² Regulasie SS3.1 van die SABS-kodes. Sien in die verband die bespreking in paragraaf 3.5 *supra*.

²⁶³ "Esthe Muller Settlement in Equality Court" <<http://www.info.gov.za/speeches/2004/04091609451001.htm>> (laaste besoek op 21 Mei 2008).



die Kabegapark-polisiestase in Port Elizabeth waar Bosch vir 'n vuurwapenlisensie moes betaal. Uit getuienis wat uit die uitspraak blyk is die eerste vloer van die betrokke gebou nie toeganklik vir persone wat looprame en rolstoele gebruik nie. Mense wat krukke gebruik, kan met groot moeite en ondersteuning van nie-gestremdes wel die eerste vloer bereik. Die ondersteuning is egter nie sonder vernedering en ongemak vir die gestremde persoon nie. Die applikant voer in die verband aan dat die ondersteuning deur 'n onbekende nie-gestremde persoon inbreuk maak op die gestremde persoon se menswaardigheid. Persone met gestremdhede is onafhanklik en wil nie op hierdie wyse "gehelp" word wanneer geboue ontoeganklik is nie.²⁶⁴

Die hof bevind dat die polisiestase vir gestremde persone ontoeganklik is en beveel soos volg:²⁶⁵

[T]he court orders that the office be moved down from the first floor to the ground floor and be appropriately fitted with a ramp, where necessary, and support bar to make it accessible to persons with physical disabilities within one (1) month of the granting of this order. An inspection in loco will be held by this court on 30 June 2006 to ensure that the order has been given effect to.

Uit bostaande twee uitsprake van gelykheidshowe blyk dit dat alle openbare geboue nog nie aan die standaard vervat in die SABS-kodes voldoen nie. Dit kan heel moontlik toegeskryf word aan onkunde aan die kant van die verantwoordelike persone oor die toeganklikheidsvereistes

²⁶⁴ *WH Bosch v The Minister of Safety and Security & Minister of Public Works* Saakno.25/2005 (2) aangehoor in die Gelykheidshof te Port Elizabeth.

²⁶⁵ *Ibid.*

waaraan ingevolge die SABS-kodes ten behoeve van gestremdes voldoen moet word. Alle gestremde persone is ook waarskynlik self nie bewus van hulle regte in dié verband nie.

Judith Cohen, Hoof van Parlementêre Programme van die Menseregtekommissie het in 'n toespraak²⁶⁶ daarop gewys dat die kommissie baie min deur gestremdes genader word om hulle in die gelykheidshof by te staan. Dit blyk dus dat daar 'n behoefte is aan bewusmakingsveldtogte oor die regte van gestremde persone. Die Konvensie oor Gestremdheid, waarvan Suid-Afrika 'n staatsparty is, bepaal in artikel 8(1)(a) dat staatspartye onmiddellik doeltreffende en toepaslike maatreëls moet tref om persone met gestremdhede bewus te maak van hulle regte ten einde hulle waardigheid te beskerm.

3.6 Wet op Maatskaplike Bystand (Wet 13 of 2004)

Die Wet op Maatskaplike Bystand maak daarvoor voorsiening dat die minister van maatskaplike ontwikkeling met die instemming van die minister van finansies uit geld wat die parlement vir die doel bewillig, maatskaplike toelae, byvoorbeeld sorgafhanklikheidstoelae, gestremdheidstoelae en hulptoelae, beskikbaar moet stel.²⁶⁷

Die wet maak in artikel 7 voorsiening vir 'n sorgafhanklikheidstoelae. Sulke toelae is betaalbaar aan elke persoon wat 'n ouer, primêre versorger of pleegouer is van 'n kind onder die ouderdom van 18 jaar wat

²⁶⁶ Tydens die "Sub-regional Meeting on Disability Legislation – Decent Work for Persons with Disabilities in Africa" op 12-14 Mei 2008 wat in Kaapstad gehou is.

²⁶⁷ Artikel 4 van die Wet op Maatskaplike Bystand.



permanente sorg of ondersteuningsdienste weens sy of haar fisieke of geestesgestremdheid benodig en ontvang. Ingevolge artikel 9 kwalifiseer vroue vanaf die ouderdom van 18 tot 59 jaar, en mans vanaf die ouderdom van 18 tot 64 jaar, vir 'n gestremdheidstoelaag. Sulke toelae word betaal indien hy of sy weens 'n fisieke of geestesgestremdheid onbekwaam is om uit hoofde van enige diens, werk of professie die benodigde middele te verkry wat hom of haar in staat sal stel om vir sy of haar lewensonderhoud voorsiening te maak. Verder word vereis dat persone wat aansoek doen om 'n gestremdheidstoelaag 'n Suid-Afrikaanse burgers moet wees of permanente binne die landsgrense van Suid-Afrika verblyfreg het.²⁶⁸

'n Persoon is ingevolge artikel 12 geregtig op 'n hulptoelae indien hy of sy in sodanige fisieke of geestestoestand verkeer dat hy of sy gereelde aandag deur 'n ander persoon benodig. Die wetsbepalings met betrekking tot die betaling van bogenoemde toelaes is almal onderworpe aan artikel 5 waarin vereistes oor onder meer burgerskap, verblyfreg, inkomstedrempel, middelebepaling, vorms, prosedures, prosesse en maatreëls om bedrog en misbruik te voorkom, gestel word.

3.7 Openbare vervoer

Beleidsformulering en wetgewing wat afgestem is op die behoeftes van gestremde persone moenie gefragmenteer geskied nie, want dit kan maklik daartoe lei dat op net bepaalde behoeftes ten koste van ander gekonsentreer word. As 'n holistiese benadering gevolg word, sal 'n

²⁶⁸ Artikel 5 van die Wet op Maatskaplike Bystand.

belangrike aspek van die lewe van gestremde persone, naamlik openbare vervoer, nie, soos meermale in die verlede die geval was, buite rekening gelaat word nie.

Dat openbare vervoer vir die meeste persone met gestremdhede van uiterste belang is, spreek eintlik vanself. Daarsonder is hulle van ander mense afhanklik om in hulle vervoerbehoefte te voorsien. Nie alleen boet hulle dan onafhanklikheid in nie, maar hulle vermoë om vrylik in die samelewing geïntegreer te word, word ernstig benadeel. Hulle vind dit moeilik om die arbeidsmark te betree en word die geleentheid ontnem om normale, ekonomies aktiewe, belastingbetalende lede van die gemeenskap te wees. Omvattende wetgewing wat dit, onder andere vir persone met gestremdhede maklik maak om openbare vervoer te gebruik, is dus noodsaaklik.

Die 1997-witskrif oor die “Integrated Disability Strategy” (INDS)²⁶⁹ wys ook daarop dat daar ’n behoefte is aan vinnige ontwikkeling op die gebied van openbare vervoer wat buigsaam en toeganklik is. Dié witskrif (waarna ook in paragraaf 5 *infra* verwys word), wat in November 1997 deur die kantoor van die adjunk-president uitgereik en deur voormalige presidente Mbeki bekend gestel is, is daarop gemik om die proses aan die gang te sit om gestremde persone te betrek by die ontwikkeling van beleid en wetgewing wat uitvoering sal gee aan die aanbevelings wat in die witskrif vervat is. Hiérvan aanbevelings het ook betrekking op openbare vervoer.

²⁶⁹ Hierdie akroniem word gebruik om te verwys na die “Integrated Disability Strategy” wat in paragraaf 5 *supra* verder bespreek word.

Sonder 'n toeganklike en effektiewe openbare vervoerstelsel word persone met gestremdhede verder gemarginaliseer. Gestremde persone sal volgens die witskrif steeds “onsigbaar” wees, en dit sal vir hulle onmoontlik wees om by te dra tot, of voordeel te trek uit dienste en kommersiële aktiwiteite wat vir die meeste ander mense beskikbaar is.²⁷⁰ Die INDS verwys spesifiek na minibus taxi's, busse, metrotreine, “dial-a-ride” en vliegtuie as vervoermiddels waar die behoeftes van spesifieke kategorieë passasiers aandag moet kry.

Dr. E G Pahad, voormalige minister in die presedensie, wys in 'n toespraak, op 3 Desember 2006 nege jaar nadat die regering die witskrif oor die INDS bekragtig het dat toeganklike vervoer, 'n enorme probleem is betref vervoer van persone met gestremdhede na hul werk, skool en gesondheidsdienste.²⁷¹

Met verwysing na 'n voorval in Maart 2008 waarby “Airports Company South Africa” (ACSA) betrokke was, het Maxwell Moss LP beweer dat die lugrederye nie aan die behoeftes van persone met gestremdhede aandag gee nie en gevolglik hulle tot tweederangse burgers in hulle eie land reduseer.²⁷²

²⁷⁰ INDS, hoofstuk 3 wat handel oor “Transport” <<http://www.info.gov.za/whitepapers/1997/disability.htm>> (laaste besoek op 29 Mei 2008).

²⁷¹ Gehou ten tyde van die gedenking van die “International Day of Disabled Persons: Awareness raising with regard to transport, health care, accessibility and education” op 3 Desember 2006 <<http://www.thepresidency.gov.za/show.asp?type=sp&include=minister/sp/2006/sp1203847.htm>> (laaste besoek op 29 Mei 2008).

²⁷² “ACSA not attending to the needs of disabled” <http://www.iol.co.za/index.php?click_id=13&set_id=1&art_id=nw20080320133606931C536404> (laaste besoek op 29 Mei 2008).



Op 11 Maart 2008 het ACSA 'n dringende vergadering belê na aanleiding van kommer wat deur die gestremdheidsektor uitgespreek is oor die hantering van gestremde passasiers by ACSA lughawens. Volgens 'n besluit van die vergadering moes onmiddellike stappe gedoen word om die toestande op lughawens wat gestremde passasiers nadelig affekteer, te verbeter. Hiervolgens moet lugrederye in samewerking met ACSA, waar dit hoegenaamd moontlik is, gestremde passasiers by wyse van 'n lugbrug ("air bridges") vanaf die terminaal na die vliegtuig vervoer. Dit sal die noodsaaklikheid van passasiershulp-eenhede (PAUs)²⁷³ verminder, en sodoende vertragings en ongemak uit die weg ruim. Grondhanteringsmaatskappye ("ground handling companies") moet met die gepaste toerusting voorsien word om gestremde passasiers waardig te vervoer. Lugrederye en grondhanteringsmaatskappye moet saam met "Quadriplegic Association of South Africa"(QASA) en die "National Council for Person with Physical Disabilities in South Africa"(NCPDSA) werk om deur middel van opleiding te verseker dat gestremde passasiers menslik en gemaklik hanteer word. Laastens moet lugrederye en hanteringsmaatskappye meer opgeleide personeel beskikbaar stel om gestremde passasiers te hanteer.²⁷⁴

Uit die voorafgaande bespreking en bogenoemde onlangse gebeure by Suid-Afrikaanse lughawens blyk dit dat die vervoerwese nie die behoeftes van gestremde persone ten volle begryp nie en nie altyd op hoogte is van die regte van gestremdes persone/passasiers en die verpligtinge wat

²⁷³ Hierdie akroniem word gebruik om te verwys na "Passenger Aid Units".

²⁷⁴ "Aviation industry to address concerns of disabled passengers" <<http://www.airports.co.za/home.asp?PID=94&ToolID=2&ItemID=4766>> (laaste besoek op 29 Mei 2008).

teenoor hulle nagekom moet word nie. Daar word ook nie op grondvlak uitvoering gegee aan amptelike beleid wat ten opsigte van gestremde persone geformuleer is nie.

3.8 Die Wet op Geestesgesondheid (Wet 17 van 2000)

Die Wet op Geestesgesondheid²⁷⁵ het veral betrekking op persone met geestesiektes en persone wat verstandelik gestrem is. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word slegs die bepaling uitgelig wat op die regte van die betrokke groep betrekking het.

Hoofstuk 3 van die wet handel oor die regte en verpligtinge van “mental health care users”, dit wil sê geestesgestremde persone wat gebruik maak van gesondheidsdienste. Volgens artikel 7 moet daar gelet word op die beste belang van die geestesgestremde persone, en artikel 8(1) bepaal dat elke geestesgestremde persoon se menswaardigheid en privaatheid gerespekteer moet word. Artikel 10 van die wet, wat onbillike diskriminasie²⁷⁶ teen geestesgestremde gesondheidsgebruikers (“mental health care users”) verbied. Hiervolgens moet daar nie onbillik teenoor hierdie persone op grond van hulle geestesgesondheid gediskrimineer word nie. Elke geestesgestremde persoon as gesondheidsgebruiker moet dieselfde versorging en rehabilitasiedienste ontvang in ooreenstemming met die standaard wat van toepassing is op enige ander persoon.

²⁷⁵ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die “Mental Health Act 17 of 2002”, wat nie in Afrikaans afgekondig is nie.

²⁷⁶ Hierdie bepaling is in ooreenstemming met die Verenigde Nasies se *Beginsels vir die Beskerming van Persone met Geestesiektes en die Verbetering van Geestesgesondheidsorg van 1991* (*Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care*) wat in hoofstuk 3 paragraaf 2.3.6 *supra* bespreek word.

'n Geestesgestremde gesondheidsgebruiker moet deur 'n geestesgesondheidsvoorsiener ingevolge artikel 17 ingelig word van enige van sy/haar regte alvorens versorgingsbehandeling en rehabilitasiedienste toegepas en/of verleen word.

Hoofstuk 8 van die wet handel oor die versorging en administrasie van eiendom van 'n persoon met 'n geestesiekte of verstandelik gestremdeheid. Artikel 59 bepaal dat die meester van die hoë hof 'n administrateur kan aanstel om 'n geestesiek of verstandelik gestremde persoon te versorg en om sy eiendom te administreer. Artikels 60 tot 65 handel oor enige aansoek wat tot die meester gerig kan word met betrekking tot die aanstelling van so 'n administrateur²⁷⁷ en die aanbevelings vir so 'n aanstelling.²⁷⁸ Hierdie artikels bevat ook bepalings oor die magte, funksies en verpligtinge²⁷⁹ en die beëindiging van die aanstelling²⁸⁰ van die administrateur.

4. Die rol van die Menseregtekommissie

Hoofstuk 9 van die Grondwet handel oor staatsinstellings wat grondwetlike demokrasie moet ondersteun. Hierdie instellings moet onafhanklik en onpartydig wees; hulle is slegs onderworpe aan die Grondwet en die reg en oefen hulle bevoegdhede uit en verrig hulle funksies sonder vrees,

²⁷⁷ Artikel 60 van die Wet op Geestesgesondheid.

²⁷⁸ Artikel 61 en 62 van die Wet op Geestesgesondheid.

²⁷⁹ Artikel 63 van die Wet op Geestesgesondheid.

²⁸⁰ Artikel 64 van die Wet op Geestesgesondheid.

begunstiging of vooroordeel.²⁸¹ Die Menseregtekommissie is een van hierdie instellings wat ingevolge artikel 181 van die Grondwet, grondwetlike demokrasie moet versterk.²⁸²

Ingevolge artikel 184 van die Grondwet moet die Menseregtekommissie respek vir en 'n kultuur van menseregte bevorder; die beskerming, ontwikkeling en verwesenliking van menseregte bevorder; en die handhawing van menseregte monitor.²⁸³ Die bevoegdheide van die Menseregtekommissie word deur nasionale wetgewing gereguleer.²⁸⁴ Die nasionale wetgewing bedoel in artikel 184(2) is die Menseregtekommissiewet.²⁸⁵

Aangesien die Menseregtekommissie die beskerming, ontwikkeling en verwesenliking van menseregte moet bevorder, was een van die eerste vrae wat die Menseregtekommissie moes beantwoord²⁸⁶ of die Menseregtekommissie gestremdheidskwessies moes hanteer, en of 'n aparte kommissie vir dié doel opgerig moes word. Na breedvoerige konsultasie met

²⁸¹ Artikel 181(2) van die Grondwet.

²⁸² Artikel 181(1)(b) van die Grondwet.

²⁸³ Artikel 184(1) van die Grondwet.

²⁸⁴ Artikel 184(2) van die Grondwet.

²⁸⁵ Hierdie Afrikaanse benaming word in hierdie proefskrif gebruik om te verwys na die Wet op die Menseregtekommissie (Wet 54 van 1994).

²⁸⁶ Sien die gestremdheidsreghandves ("Disability Rights Charter of South Africa") en bespreking in afdeling 1 *infra* van hierdie hoofstuk.

die gestremdheidsektor is besluit dat gestremdheidkwessies, soos ander menseregtekweessies, deur die Menseregtekommissie hanteer moes word.²⁸⁷

Artikel 5 van die Menseregtekommissiewet maak voorsiening vir komitees. Die mandaat van die komitees word ook deur artikel 5 van die Menseregtekommissiewet gereël.²⁸⁸ Bepaalde gebiede, soos gestremdheid, word geïdentifiseer en 'n komitee met 'n paneel van kundiges aangestel. Volgens Nhlapo, Watermeyer en Schneider²⁸⁹ is die komitee (op die gebied van gestremdheid) gestig om die regte van persone met gestremdhede te hanteer, en deur die toedoen van hierdie komitee is 'n plan van aksie binne die Menseregtekommissie ontwikkel.²⁹⁰ In hierdie hoedanigheid het die Menseregtekommissie 'n rol gespeel by die opstel van die Gelykheidswet.²⁹¹

Die Grondwet vereis van die Menseregtekommissie om jaarliks van die betrokke staatsorgane inligting te bekom oor die maatreëls wat hulle getref het ter verwesenliking van die regte in die Handves van Regte in verband met die volgende: behuising, gesondheidsorg, voedsel, water, maatskaplike sekerheid, onderwys en die omgewing.²⁹² Die uitvoer van hierdie opdrag is 'n

²⁸⁷ Nhlapo CM, Watermeyer B en Schneider M "Disability and human rights: the South African Human Rights Commission" in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 100.

²⁸⁸ Artikel 5 van die Menseregtekommissiewet.

²⁸⁹ *Op cit* vn 287.

²⁹⁰ Hierdie akroniem word gebruik om te verwys na die "South African Human Rights Commission".

²⁹¹ Gelykheidswet; sien in die verband paragraaf 3.1 *supra*.

²⁹² Artikel 184(3) van die Grondwet.

aaneenlopende proses wat beoordeling van nuwe beleid op nasionale, provinsiale en plaaslike regeringsvlak vereis.²⁹³

Die Menseregtekommissie verleen ook bystand aan gestremdes by die instel van regsgedinge weens op beweerde menseregteskendings.²⁹⁴

5. Die Witskrif oor die INDS²⁹⁵

Myns insiens het Suid-Afrikaanse wetgewing wat sedert 1994 in werking gestel is, 'n uitstekende basis skep vir die bevordering van menseregte van persone met gestremdhede. Daar bestaan egter 'n risiko dat hierdie basis verlore kan gaan weens 'n gebrek aan deurvoering van implementeringsprogramme. Die fokus moet gevolglik nie net wees op goeie beleidsontwikkeling nie, maar ook op die toepassing van die beleid.²⁹⁶ Wat hierdie kwessie betref, is die "Office on the Status of Disabled Persons" (OSDP)²⁹⁷ in die kantoor van die president van belang. Die OSDP se taak is

²⁹³ Nhlapo CM, Watermeyer B en Schneider M in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 101.

²⁹⁴ Sien onder andere die bespreking in paragraaf 3.5 *supra* oor die sake van Muller en Bosch, asook die probleem by ACSA wat in paragraaf 3.8 *supra* bespreek word.

²⁹⁵ Die akroniem INDS word gebruik om na die betrokke strategie te verwys wat vervat is in die witskrif met betrekking tot die "Integrated National Disability Strategy" van die kantoor van die adjunk-president, November 1997. Sien ook die bespreking in paragraaf 3.7 *supra*.

²⁹⁶ "Address On The Occasion Of His Inauguration" Union Buildings, Pretoria, 27 April 2004 <<http://www.anc.org.za/ancdocs/history/mbeki/2004/tm0427.html>> (laaste besoek op 28 Mei 2008).

²⁹⁷ Dieselfde akroniem word ook verder in hierdie proefskrif gebruik om na die betrokke kantoor te verwys; sien ook die INDS by <http://www.polity.org.za/govdocs/white_papers/disability1.html> (laaste besoek op 28 Mei 2008).

om seker te maak dat wetgewing korrek en volledig toegepas word binne die staatsdepartemente.²⁹⁸

'n OSDP is op provinsiale vlak binne die kantoor van elk van die premiers van die nege provinsies geskep. Munisipaliteite is ook in die proses om gestremdheidseenhede op plaaslike vlak op die been te bring.²⁹⁹ Hieruit blyk die uitvoering van die OSDP se mandaat om gestremdheidskwessies in alle sektore van die samelewing te inkorporeer.³⁰⁰ Die raamwerk vir die werk van die OSDP is die INDS.³⁰¹ Weens die mandaat van die OSDP is die witskrif oor die INDS deur die OSDP opgestel en in 1997 deur die regering goedgekeur.³⁰²

In die voorwoord tot die INDS word gewys op 'n fundamentele klemverskuiwing wat sedert die aanname van die Verenigde Nasies se Standaardreëls,³⁰³ en die formulering van die Wêreldprogram van Aksie oor

²⁹⁸ Matsebula S, Schneider M & Watermeyer B "Integrating disability within government: the Office on the Status of Disabled Persons" in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 88.

²⁹⁹ *Ibid* by 85.

³⁰⁰ "OSDP Response tot the 2008 State of the Nation Address" <<http://www.pmg.org.za/files/docs/080305.htm>> (laaste besoek op 5 Junie 2009).

³⁰¹ "The OSDP contributed in the development of the Communication Strategy for the implementation of the disability" <<http://www.thepresidency.gov.za/docs/reports/annual/2006/pcas-2.pdf>> (laaste besoek op 30 Mei 2008).

³⁰² *Op cit* vn 298. Wat betref die meer onlangse omstandighede van die OSDP verklaar die skrywers op bladsy 90 soos volg: "At the time of writing, the situation of the OSDP within the Presidency is challenging in the sense that commitment to, and understanding of, disability integration is not shared by all levels of staff. . . The result is that the OSDP must continuously reassert its position that a multi-sectoral vision is essential to protection and promotion of the rights of disabled people, and that it is essential that disability issues remain a focus within the work of the President's Office. . .".

³⁰³ Sien die bespreking wat handel oor die Standaardreëls in paragraaf 2.1.5 van hoofstuk 3 van hierdie proefskrif.

Persone met Gestremdhede³⁰⁴ ingetree het. Hierdie klemverskuiwing weg van die mediese model van gestremdheid (paragraaf 2.1 van hoofstuk 1 *supra*) na 'n sosiale model van gestremdheid met 'n menseregteperspektief (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*) is soos volg deur die Suid-Afrikaanse regering in die INDS erken:³⁰⁵

Over the past decade disabled people's organisations all over the world have worked to reposition disability as a human rights issue. The result is a social model for disability based on the premise that if society cannot cater for people with disabilities, it is society that must change. This model requires substantial changes to the physical environment. The goal must be the right of people with disabilities to play a full, participatory role in society.³⁰⁶

Die oogmerk van die INDS is dus om die proses aan die gang te kry wat gestremde persone betrek by die ontwikkeling van beleid en wetgewing wat daarop gemik is om uitvoering te gee aan die aanbevelings vervat in die witskrif.³⁰⁷

Nadat die Suid-Afrikaanse regering die betrokke witskrif goedgekeur het, het daar sedert November 1997 talle wetgewende bepalings die lig gesien wat die

³⁰⁴ Sien die bespreking wat handel oor die Wêreldprogram van Aksie in paragraaf 2.1.4 van hoofstuk 3 van hierdie proefskrif.

³⁰⁵ Die INDS se "executive summary" <<http://www.info.gov.za/whitepapers/1997/disability.htm>> (laaste besoek op 29 Mei 2008). Wat vir doeleindes van hierdie proefskrif van belang is, is dat persone met gestremdhede baie betrokke in die opstel van die INDS was. Gestremdes se betrokkenheid het daartoe bygedra dat die INDS die mees progressiewe benadering tot konseptualisering van gestremdheid beliggaam het. Dit het beteken dat die INDS die mediese model van gestremdheid (paragraaf 2.1 van hoofstuk 1 *supra*) uitdruklik verwerp het.

³⁰⁶ Sien die bespreking in paragraaf 3.5.1 *supra* van hierdie hoofstuk.

³⁰⁷ Voorwoord van die INDS.

sosiale model van gestremdheid (paragraaf 2.2 van hoofstuk 1 *supra*) weerspieël en die regte van persone met gestremdhede beskerm. Alhoewel daar ruim voorsiening gemaak word vir sodanige bepalings in wetgewing, blyk daar steeds probleme te wees met implementering hiervan. Dit kan heel moontlik toegeskryf word aan leemtes by die uitvoering van regeringsbeleid asook aan 'n gebrek aan kennis oor die regte van gestremde persone.

Die OSDP is ook tans besig om 'n Nasionale Gestremdheidsbeleidsraamwerk ("National Disability Policy Framework") te finaliseer.³⁰⁸ Hiërdie beleidsraamwerk is egter nie bedoel om die INDS te vervang nie, maar eerder om dit te kwalifiseer. Die Nasionale Gestremdheidsbeleidsraamwerk wat as amptelike regeringsbeleid in werking gestel moet word, is in Julie 2008 deur die Kabinet goedgekeur.³⁰⁹

Hierdie beleidsraamwerk sal heel waarskynlik die deurvoer van die geratifiseerde Konvensie oor Gestremdheid (paragraaf 2.5 van hoofstuk 3 *supra*) bevorder. Die Konvensie wat op 3 Mei 2008 in werking getree het, sal nuwe uitdagings aan die Suid-Afrikaanse regering stel.³¹⁰ In 2010 moet 'n

³⁰⁸ "OSDP Response tot the 2008 State of the Nation Address" <<http://www.pmg.org.za/files/docs/080305.htm> (laaste besoek op 5 Junie 2009).

³⁰⁹ "Convention on Rights of Persons with disabilities: briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign" <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524-convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa>> (laaste besoek op 31 Mei 2008).

³¹⁰ Die rede vir die spoedige ondertekening en ratifisering deur Suid-Afrika word soos volg deur Louise Graham, adjunkdirekteur, van die departement van buitelandse sake gegee: "The reasons for South Africa to be amongst the first of the countries to sign related both to political imperatives and the fact that South Africa had been involved with the drafting of the protocol from the beginning and was involved in the advocacy initiative for it even before the United Nations started the process of drafting a formal international treaty" by "Convention on Rights of Persons with disabilities: briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign" <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524-convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa>> (laaste besoek op 30 Mei

omvattende verslag aan die Komitee oor die Regte van Persone met Gestremdhede (die Komitee) voorgelê word.³¹¹ Hieroor sal meer breedvoerig in die volgende afdeling gehandel word.

6. Konvensie oor die regte van persone met gestremdhede

Soos voorheen genoem, het Suid-Afrika die Konvensie oor Gestremdheid (ook na verwys as “die Konvensie” in hierdie afdeling van die hoofstuk)³¹² en sy protokol onderteken en bekragtig, en is gevolglik gebonde aan die verpligting wat dit meebring. Die Konvensie bepaal dat konkrete, pragmatiese stappe deur staatspartye tot die Konvensie gedoen moet word om die insluiting van alle gestremde persone op alle gebiede te bewerkstellig.³¹³ Die Konvensie beweeg onder andere weg van die skepping van gespesialiseerde programme vir persone met gestremdhede (soos rehabilitasieprogramme) na insluiting van persone met gestremdhede in alle

2008). Verder berig die webblad dat OSDP voor ratifisering van die konvensie seker gemaak het dat plaaslike wetgewing nie verwerplik sal wees nie. Volgens dié webblad het meneer Palime opgemerk dat: “[with] . . . regard to domestic law OSDP had consulted with the DFA and Department of Justice (DOJ) to ensure compliance and harmonisation with domestic laws. DOJ assured OSDP that the Convention was not objectionable and had addressed issues of human rights. A number of pieces of existing legislation did already protect the rights of people with disability, including the Social Assistance Act, Labour Relations Act, Skills Development Act, Employment Equity Act, and the equality legislation and the system of equality courts. If a Disability Act was to be drafted consideration would need to be given whether it should repeal and replace provisions in other Acts or need to amend them.”

³¹¹ Artikel 35(1) van die konvensie bepaal: “Each State Party shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, a comprehensive report on measures taken to give effect to its obligations under the present Convention and on the progress made in that regard, within two years after the entry into force of the present Convention for the State Party concerned”.

³¹² Sien paragraaf 2.5 van hoofstuk 3 van hierdie proefskrif.

³¹³ Artikel 3 van die Konvensie oor Gestremdheid (“die Konvensie”).

ontwikkelingsprogramme.³¹⁴ Wanneer 'n staat die Konvensie bekragtig moet die verpligtinge daarvan in die staat se nasionale regsraamwerk, ontwikkelingsbeplanning en begroting, sowel as in verwante beleid neerslag vind.³¹⁵

Volgens die Konvensie is die blote “skepping van 'n reg” onvoldoende. Ten einde te verseker dat gestremdes se belange deur daardie reg gedien word, moet staatspartye tot die Konvensie verseker dat *alle* menseregte en fundamentele vryhede verwesenlik word.³¹⁶ In dié verband bepaal artikel 4 van die Konvensie dat: “State Parties undertake to ensure and promote the full realization of all human rights and fundamental freedoms for all persons with disabilities without discrimination of any kind on the basis of disability.”

³¹⁷ Die implikasie van hierdie artikel vir Suid-Afrika as staatsparty is dat nie net die OSDP nie, maar elke relevante departement, sy personeel en finansies deur die Konvensie geraak sal word.³¹⁸

³¹⁴ Artikel 19 van die Konvensie; “From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities” in UN Enable *Handbook for Parliamentarians on the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (2007) 7. Hierdie handboek is saamgestel deur die “Department of Economic and Social Affairs” (UN-DESA), die “United Nations High Commissioner for Human Rights” (OHCHR) en die “Inter-Parliamentary Union” (IPU) word die volgende verpligting op elke staatsparty tot die konvensie geplaas om.

³¹⁵ Aanhef en artikel 4 van die Konvensie; en “From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities” in UN Enable *Handbook for Parliamentarians on the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (2007) 7.

³¹⁶ Artikel 4 van die Konvensie; en “From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities” in UN Enable *Handbook for Parliamentarians on the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (2007) 16.

³¹⁷ “From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities” in UN Enable *Handbook for Parliamentarians on the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (2007) 19.

³¹⁸ “Convention on Rights of Persons with disabilities: briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign” <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524->



Soos in paragraaf 2.5 *supra* van hoofstuk 3 bespreek, vul hierdie Konvensie ander internasionale menseregte-instrumente aan. Dit skep geen “nuwe” menseregte vir gestremdes nie, maar bring eerder helderheid oor staatspartye se verpligtinge in verband met bestaande menseregte vir sover dit spesifiek aanwending met betrekking tot gestremdes vind.

6.1 Monitering van die konvensie op nasionale vlak

Ten einde toe te sien dat staatspartye die verpligtinge nakom wat die konvensie oplê, beskik die Konvensie oor moniteringsmeganismes³¹⁹ wat op sowel nasionale as internasionale vlak funksioneer. Wat die nasionale vlak betref, bepaal artikel 33 dat staatspartye:

[s]hall designate one or more focal points within government for matters relating to the implementation of the present Convention, and shall give due consideration to the establishment or designation of a coordination mechanism within government to facilitate related action in different sectors and at different levels.

Die Konvensie het op 3 Mei 2008 in werking getree en dit blyk op hierdie stadium dat die OSDP waarskynlik die owerheidsinstelling sal wees wat met die fasiliteringsfunksie bedoel in artikel 33 van die Konvensie gemoeid sal wees.³²⁰ In Mei 2009 is ’n nuwe portefeulje van die van

convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa> (laaste besoek op 30 Mei 2008).

³¹⁹ Artikel 33 en 34 van die Konvensie “Convention on the Rights of Persons with Disabilities” <<http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=259>> (laaste besoek op 30 Mei 2008).

³²⁰ Uit die volgende aanhaling uit ’n mediaberig van 27 Mei 2007 op die webwerf van “Parliamentary Monitoring Group”, in “Convention on Rights of Persons with disabilities:

minister van vroue, die jeug, kinders en mense met gestremdhede bekend gemaak.³²¹ Die departement sal heel waarskynlik ook gemoed wees met toepassing van die Konvensie.

Volgens die Konvensie moet elke staatsparty binne twee jaar na die Konvensie inwerkingtreding daarvan 'n omvattende verslag vir die

briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign” <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524-convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa>> (laaste besoek op 30 Mei 2008) blyk dit dat die OSDP moontlik hierdie belangrike rol sal vervul:

The Office would be responsible for developing a national implementation plan for the Convention, would work in collaboration with the Joint Monitoring Committee [for Children, Youth and Persons with Disabilities] and would set up disability focal points in the Departments to raise awareness nationally. A committee of experts would be appointed to write the implementation reports.

Volgens dieselfde mediaberig het Benny Palime, direkteur van die OSDP, homself soos volg uitgelaat:

Firstly the Treaty would come into full force in South Africa. Secondly ratification would require South Africa to comply with the obligations described in all articles of the Convention, and with the optional protocols. Thirdly, as a matter of principle, the time between signing and ratification should not be prolonged. . . Mr Palime noted that once this Convention was ratified, South Africa would then be obliged to put into place systems, procedures and laws to make ensure the Convention would be implemented correctly. A progress report on the implementation of this Convention would have to be submitted two years after ratification to the United Nations. . . The OSDP would be responsible for developing a national implementation plan for the Convention, would work in collaboration with the Joint Monitoring Committee (JMC) and would set up disability focal points in the Departments to raise awareness nationally. OSDP would implement, monitor and evaluate the process. . . Mr Palime said that a committee of experts would be appointed to write the reports, including those relating to legislative amendments, and would appreciate some of the Members of this Committee being included.

³²¹ “Statement by President Jacob Zuma on the appointment of the new cabinet” <<http://www.thepresidency.gov.za/main.asp?include=president/pr/2009/pr05101555.htm>> (laaste besoek op 15 Junie 2009).

Komitee oor die Regte van Gestremdes (die “Komitee”), via die Sekretaris-generaal van die Verenigde Nasies, indien.³²² Suid-Afrika moet dit dus in 2010 doen. Die verslag moet die vordering wat met die implementering gemaak word uiteensit, aan die hand van die maatstawwe soos in die Konvensie vervat.³²³ Die eerste verslag wat Suid-Afrika as staatsparty in 2010 moet indien, moet verduidelik hoe die lande se grondwetlike, regs- en administratiewe raamwerk daar uitsien. So ook moet die beleid en programme wat aangeneem is om uitvoering aan die Konvensie te gee en die vordering wat ná bekragtiging met implementering van die Konvensie gemaak is om die nodige regsbeskerming aan persone met gestremdhede te gee, in die verslag uiteengesit word.³²⁴

6.2 Die implikasie van die opsionele protokol

Gelyktydig met die aanname van die Konvensie, is die opsionele protokol tot die Konvensie aangeneem. Dit handel oor internasionale implementeringsmeganismes, soos bespreek in paragraaf 2.5.6 *supra* van hoofstuk 3. Suid-Afrika is ’n party tot die Opsionele protokol.

Die doel van die Opsionele protokol is om monitering van die Konvensie deur addisionele moniteringsprosedures te versterk. ’n Staatsparty tot die Opsionele protokol, soos Suid-Afrika, is kragtens die Opsionele protokol

³²² Die samestelling en oprigting van die Komitee word in artikel 34 van die Konvensie uiteengesit en artikel 35. Artikel 35 bepaal: “Each State Party shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, a comprehensive report on measures taken to give effect to its obligations . . .”

³²³ Paragraaf 1 van artikel 35 van die Konvensie.

³²⁴ Artikel 34 en 35 van die Konvensie.

aan twee addisionele moniteringsprosedure onderworpe. Die eerste hiervan is die “individual communications procedure” (die “kommunikeringsprosedure”). Hiervolgens kan enige individu of groep individue van ’n staatsparty (wat ook die Opsionele protokol bekragtig het), by die komitee ’n klagte indien as dié staat na bewering enige van sy verpligtinge ingevolge die Konvensie verbreek het.³²⁵ Gevolglik kan individue of ’n groep individue in Suid-Afrika wat van mening is dat die regering op regte vervat in die Konvensie inbreuk maak, die komitee nader. Wat egter van belang is, is dat die klaers eers die plaaslike remedies moet uitput voor die komitee genader word. Die tweede moniteringsmeganisme is die “inquiry procedure” (die “ondersoekprosedure”). Hiervolgens kan die komitee na ontvangs van betroubare inligting,³²⁶ beweerde growwe of sistematiese inbreukmaking op die regte van persone met gestremdhede ingevolge die Konvensie ondersoek.

7. Gevolgtrekking

Uit die voorafgaande studie blyk dat met die aanbreek van die nuwe grondwetlike bestel in 1994 ook weggebreek is van die mediese model van gestremdheid (paragraaf 2.1 van hoofstuk 1 *supra*). Volgens hierdie model was die klem op die fisiologiese en/of psigiese toestand van die wesenlik “afhanklike” persoon met ’n gestremdheid; die individu met die “gebrek” wat die middelpunt van die “probleem” was wat as afwyking beleef is. Dit is duidelik uit die bespreking in afdeling 3 *supra* dat gestremdheid nie meer in

³²⁵ Artikels 1 tot 5 van die Opsionele protokol tot die Konvensie.

³²⁶ Dit maak nie saak welke weg die betroubare inligting onder die aandag van die Komitee geplaas word nie.

wetgewing as net 'n gesondheid- en welsynskwessie (paragraaf 3.1 van hoofstuk 1 *supra*) gesien word nie.

In die talle wetgewing wat in afdeling 3 *supra* bespreek is, word die sosiale model van gestremdheid met die menseregteperspektief (paragrafe 2.2 en 2.2.1 van hoofstuk 1 *supra*) weerspieël. Die sosiale model se klem is op die verstaan van gestremdheid as iets wat deur omgewings- en sosiale hindernisse meegebring of veroorsaak is. Daar word volgens hierdie model op die verstaansraamwerk wat hierdie model bied gefokus – die hindernisse wat die “abnormaliteit” van gestremdheid veroorsaak of vererger en die strategieë om hierdie hindernisse te verwyder. Gevolglik word die samelewing her-ingerig om almal – insluitend “persone met gestremdhede” gelykwaardig te akkommodeer. In aansluiting by die sosiale model, fokus die menseregteperspektief binne die sosiale model op die inherente menswaardigheid van persone met gestremdhede. Dié klem op menswaardigheid benadruk die inherente waarde van die gestremde persoon op gelyke voet met alle ander persone. Dit impliseer dat die “probleem” van gestremdheid nie by die gestremde persoon self lê nie, maar eerder by gelyke beskerming wat aan almal gebied moet word. Die oplossing vir gestremdheid lê dus buite die gestremde persoon. Dit moet daarenteen eerder in die her-inrig van die gemeenskap gesoek word. Hierdie beskouing strook ook met die grondliggende bepalings van die tussentydse Grondwet en die Grondwet. Die rede hiervoor is dat die wetgewing in afdeling 3 *supra* die grondwetlike waardes van menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbouing van menseregte en vryhede bevorder. Hierdie grondwetlike regte en waardes weerspieël ook die internasionale beskouing binne die gestremdhediskoers soos vervat in die sosiale model van gestremdheid.

Alhoewel daar 'n grondwetlike verbodsbepaling teen onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid bestaan,³²⁷ en ander wetgewing voorsiening maak vir die beskerming van regte van persone met gestremdhede, beteken dit nie dat persone met gestremdhede se regte verseker is nie. Soos uit die bespreking in afdeling 3 *supra* afgelei kan word, is daar nie gestremdhedspeesifieke wetgewing nie en word aan die regte van persone met gestremdhede in verskeie wette erkenning gegee. Aangesien daar nie omvattende gestremdhedspeesifieke wetgewing is nie, is die beskerming vir persone met gestremdhede oor 'n hele aantal wetgewing versprei en gevolglik moeiliker toeganklik, bloot omdat daar op verskeie plekke daarvoor gesoek moet word.

Tog verskaf die huidige wetgewing 'n raamwerk met voorskrifte waarbinne die proses van ondersoek en regstelling moet begin. Beleidsformulering en wetgewing wat afgestem is op die behoeftes van gestremde persone moet egter verkieslik nie gefragmenteer wees nie. Gefragmenteerde wetgewing kan maklik daartoe lei dat op net bepaalde behoeftes van gestremdes ten koste van ander gekonsentreer word. Om hierdie rede moet 'n holistiese benadering by gestremdheidswetgewing gevolg word in die vorm van 'n enkele wet. Gestremdhedspeesifieke wetgewing behoort alle aspekte van die lewe van gestremde persone te hanteer. Die skrywers Nhlapo, Watermeyer en Schneider bevind in 'n studie³²⁸ wat in 2006 oor verwesenliking van die regte van persone met gestremdhede onderneem is, dat daar 'n dringende

³²⁷ Artikel 9(3) van die Grondwet.

³²⁸ Gepubliseer deur die "Human Science Research Council".

behoefte bestaan om 'n groot hoeveelheid wetgewing wat betrekking het op gestremde persone te hersien.³²⁹

Verder kan daar baie geleer word uit 'n internasionale, breër beskouing van gelykheid en ander fundamentele regte.³³⁰ In die lig van die bespreking in hierdie hoofstuk en in paragraaf 2.5 van hoofstuk 3 *supra* word ter oorweging gegee dat bestaande wetgewing onvoldoende voorsiening maak vir die verwesenliking van alle menseregte en fundamentele vryhede in die privaat en openbare sferes van alle persone met gestremdhede soos wat die Konvensie oor Gestremdheid vereis. Dit beteken dat die Konvensie oor Gestremdheid momentum kan gee in die rigting van regshervorming met betrekking tot die individuele regte en behoeftes van gestremde persone.

Uit die bespreking in hoofstuk 3 waarin die jarelange aanloop tot die aanvaarding van 'n Konvensie wat op omvattende wyse die menseregte en fundamentele vryhede van persone met gestremdhede behandel, behoort dit duidelik te wees dat 'n omvattende gestremdheidswet wat alle menseregte en fundamentele vryhede van alle gestremde persone beskerm, nie verder binne Suid-Afrikaanse wetgewing uitgestel behoort te word nie. Die Konvensie oor Gestremdheid wat as 'n enkele omvattende instrument alle aspekte van die regte van persone met gestremdhede hanteer, behoort as voorbeeld te dien van wat ons plaaslik te doen staan. Persone met gestremdhede in Suid-Afrika geniet in praktyk (alhoewel hulle teoreties dieselfde regte as ander nie-gestremdes het) nie dieselfde regte as ander mense nie. Die rede hiervoor is dat hulle behoeftes in vele opsigte nie vergelykbaar is met die van ander

³²⁹ Nhlapo CM, Watermeyer B en Schneider M in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 101.

³³⁰ Stein MA & Stein PJS 2007 *Hastings Law Journal* 1208.

persone van ons samelewing nie.³³¹ Verder kan verskillende vorme van gestremdheid nie op presies dieselfde wyse hanteer word nie. Selfs persone met dieselfde gestremdheid ervaar die betrokke gestremdheid verskillend. Die diskriminasie wat 'n bepaalde gestremde persoon ondervind, hang nie net af van die spesifieke vorm van gestremdheid nie, maar ook van die omstandighede waarin die betrokke gestremde persoon hom/haar bevind. Daar ontstaan gevolglik 'n sogenaamde “difference dilemma” wat die hof in *Eaton v. Brant County Board of Education* soos volg verduidelik:³³²

It follows that disability, as a prohibited ground, differs from other enumerated grounds such as race or sex because there is no individual variation with respect to these grounds. However, with respect to disability, this ground means vastly different things depending upon the individual and the context. This produces, among other things, the “difference dilemma” referred to by the interveners whereby segregation can be both protective of equality and violative of equality depending upon the person and the state of disability.

Die argument vir gestremdheidspesifieke wetgewing kan verder gevoer word deur te verwys na die arbeidshof uitspraak in *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others* waarin soos volg aangehaal word uit die Kanadese uitspraak in *Andrews v Law Society of British Columbia*:³³³

Difference renders people with disabilities incapable of conforming to the norms of mainstream society. Living with a

³³¹ From Exclusion to Equality – Realizing the rights of persons with disabilities” in UN Enable *Handbook for Parliamentarians on the Convention of the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol* (2007) 4.

³³² *Eaton v Brant County Board of Education* [1997] 1 S.C.R. 241 by paragraaf 69.

³³³ *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143 by 169 in *Standard Bank of South Africa v CCMA & Others* [2008] 4 BLLR 370 by paragraaf 64.

disability must be hard enough without having the additional burden of conforming to mainstream society. The least that mainstream society can do is to adapt to and embrace their difference to achieve substantive equality. After all, the essence of true equality is the accommodation of difference.

Ten einde hierdie verskille, met inagneming van die Konvensie en artikel 9 van die Grondwet, te akkommodeer is 'n omvattende gestremdheidswet waarskynlik noodsaaklik. Die werk van die OSDP wat betref die Nasionale Gestremdheidsbeleidsraamwerk ("National Disability Policy Framework") as amptelike regeringsbeleid baan moontlik die weg vir omvattende gestremdheidswetgewing.³³⁴

Soos uit die bespreking oor Suid-Afrika se verpligtinge ingevolge die Konvensie oor Gestremdheid blyk,³³⁵ is talle aspekte met betrekking tot die indiening van die omvattende verslag ingevolge artikel 35 van die konvensie nog nie ten tyde van die skryf van hierdie proefskrif afgehandel nie. Dit is gevolglik moontlik dat nadat die verlangde omvattende verslag in 2010 ingedien is, daar uit die verslag 'n duidelike behoefte mag blyk vir 'n gestremdheidspesifieke wet.³³⁶ Die aanbevelings van die Komitee oor die Regte van Persone met Gestremdhede in antwoord op die verslag, sal 'n deurslaggewende rol in dié verband speel.

³³⁴ "Convention on Rights of Persons with disabilities: briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign" <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524-convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa>> (laaste besoek op 31 Mei 2008).

³³⁵ Paragraaf 6 *supra*.

³³⁶ "Convention on Rights of Persons with disabilities: briefing by the Office on Status of Disabled Persons & Department of Foreign" <<http://www.pmg.org.za/minutes/20070524-convention-rights-persons-disabilities-briefing-office-status-disabled-persons-depa>> (laaste besoek op 30 Mei 2008).



Die gestremdheidsektor in sowel die regering as die burgerlike gemeenskap is ook ten gunste van omvattende gestremdheidswetgewing in Suid-Afrika. Hulle is van mening dat die gebrek aan wetgewing wat spesifiek met kwessies oor gestremdheid handel, pogings kelder om gestremde persone in die hoofstroom van die samelewing te integreer aangesien daar nie voldoende afdwingingsmeganismes bestaan nie.³³⁷

Dit is duidelik uit die voorgaande dat die Suid-Afrikaanse regering omvattende gestremdheidswetgewing moet oorweeg. Indien nie, sal dit 'n miskiening van die totale omvang van regsbeskerming waaraan persone met gestremdhede 'n behoefte het wees.

~ooOoo~

³³⁷ Matsebula S, Schneider M en Watermeyer B in Watermeyer B, Swartz L, Lorenzo T, Schneider M & Priestly M (2006) 91.