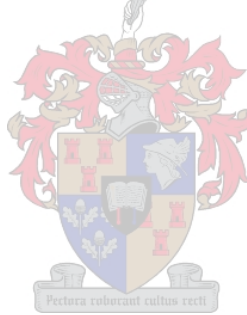


**DIE INVLOED VAN DIE BEGRIP KINDERREGTE OP DIE  
PRIVAATREGTELIKE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE  
SUID-AFRIKAANSE REG**

**deur**

**CORNELIA SOPHIA HUMAN**



**Proefskrif ingelewer vir die graad Doktor in die Regsgeleerdheid aan  
die Universiteit van Stellenbosch.**

**Promotor: Prof MJ de Waal**

**Desember 1998**

## VERKLARING

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

*J. S. Human*  
.....

**Handtekening**

*25 November 1998*  
.....

**Datum**

## *OPSOMMING*

Daar word in hierdie proefskrif gepoog om te bepaal wat die effek van die erkenning van kinderregte op die ouer-kind verhouding in die privaatreg is. Kinderregte skep op die oog af die persepsie dat ouerlike gesag en gesinswaardes ondermyn word en dat die staat sy rol as beskermmer van 'n kind abdikeer ten gunste van onbeperkte vryhede aan 'n kind. Die delikate balans tussen individuele vryhede en gesinsoutonomie is in gedrang en op hierdie wyse word die rol van ouers en die staat ook by die ondersoek betrek.

Die studie behels 'n drieledige ondersoek. In die eerste plek vind 'n teoretiese ontleding van die begrip kinderregte plaas. Hierdie ondersoek toon aan dat kinderregte 'n verskyningsvorm van fundamentele menseregte is. Kinderregte het 'n eiesoortige aard en akkommodeer die wisselende fases van afhanklikheid en ontwikkelende vermoëns van 'n kind. Die betrokkenheid van ouers en die staat word beklemtoon en die teoretiese uitgangspunt besweer gevolglik negatiewe persepsies dat die erkenning van kinderregte tot gesinsverbrokkeling sal meewerk.

Die tweede deel van die ondersoek bestaan uit 'n volledige uiteensetting van die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse privaatreg en 'n ontleding van die publiekregtelike dimensie van die begrip kinderregte. Hierdie deel van die ondersoek bewys dat ouerlike gesag regshistories sterk fundeer is en dat die substantiewe privaatreg nie die kind as draer van regte binne gesinsverband erken nie. Daarteenoor verleen die Handves van Regte en die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die kind 1989 'n duidelike publiekregtelike status aan die kind as draer van regte. Die ondersoek toon aan dat die privaatregtelike en publiekregtelike status van 'n kind nie van mekaar geïsoleer kan word nie en dat aanpassings sal moet plaasvind ten einde kinderregte te implementeer.

Die tipe aanpassings wat gemaak sal moet word, vloei voort uit die derde element van hierdie studie. Hierdie deel van die studie behels 'n toepassing van die idee van kinderregte op die ouer-kind verhouding in die privaatreg. 'n Regsvergelykende

element word betrek en die Australiese en Skotse reg word as modelle van 'n regstelsel voorgehou wat poog om kinderregte tot sy volle konsekwensies te implementeer. Vir doeleindes van interne regsvergelyking word daar ook na die inheemse reg verwys. Die hoë premie wat laasgenoemde regstelsel op menswaardigheid plaas en die wisselwerking tussen regte en verpligtinge verteenwoordig waardes wat eie aan die idee van kinderregte is.

Die gevolgtrekking is dat die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding van sodanige omvang is dat aanpassings in die privaatreë sal moet plaasvind. Veranderinge in regsdenke en formele aanpassings word vereis en 'n aantal struikelblokke wat deel van hierdie proses is, word uitgelig. Sekere praktiese implikasies vir die ouer-kind verhouding word ook voorgehou ten einde te illustreer wat die aard van die aanpassings is wat vereis word.



## *SUMMARY*

The thesis investigates the effect of the recognition of the rights of the child on the parent-child relationship in private law. Rights of the child seem, on the face of it, to undermine parental authority and family values. The impression is created that the state is abdicating its role as protector of the child in favour of unfettered freedom of the child. The delicate balance between individual freedom and family autonomy may in the result also be under threat. It was, therefore, necessary to extend the investigation to include the role of parents and that of the state.

The study is divided into three parts. The first contains a theoretical analysis of the concept rights of the child. It is clear that the concept is a manifestation of fundamental human rights. The rights of the child are unique in nature and accommodate the changing phases of dependence and developing abilities of the child. Theoretical analysis negates the perception that the recognition of the rights of the child contributes to erosion of the family: the importance of the commitment of parents and of the state is apparent.

The second part consists of a comprehensive review of the parent-child relationship in the South African private law, and an analysis of the public law dimension of the concept rights of the child. This part of the investigation demonstrates that parental authority is firmly rooted in legal history and that substantive private law does not recognise the child as bearer of rights within the context of the family. However, the Bill of Rights and the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child unequivocally give public law status to the child as bearer of rights. The study shows that the private and public law status of a child cannot be isolated from one another and that adaptations will have to be made to implement the rights of the child.

In the third part of the study an attempt is made to identify the kind of adaptation that must be made. The impact of the idea of the rights of the child upon the parent-child relationship in private law is investigated. Australian and Scottish law are examples of legal systems which endeavour to implement fully the concept of the rights of the child. Indigenous law places a high value on human dignity. The interaction between

rights and duties in indigenous systems reflect values which are inherent in the idea of the rights of the child.

The study shows that the impact of the rights of the child on the parent-child relationship is such that change and adaptation of private law is necessary. Change and adaptation are required at both theoretical and practical level. A number of obstacles which may inhibit the process of change are identified. Finally, the kind of change and adaptation required is illustrated by a number of practical examples of the impact of change on the parent-child relationship.

*Nogtans sal ek in die Here jubel,  
sal ek juig in God, my Redder.  
Die Here my God gee vir my krag  
Hy maak my voete soos dié van 'n ribbok,  
Op hoë plekke laat Hy my veilig loop.*

(Habakuk 3: 18-19)

*Oppedra aan almal  
wat my lewe verryk*

## ***BEDANKINGS***

Ek betuig graag my dank aand die volgende persone en instansies:

- Professor MJ de Waal vir sy werk as promotor by die skryf van hierdie proefskrif. Sy hoogstaande akademiese leiding, aanmoediging, ondersteuning, geduld en menslikheid was van onskatbare waarde.
- Professor Lourens du Plessis wat as interne eksaminator opgetree het.
- Professor Jacqueline Heaton van die Universiteit van Suid-Afrika wat as eksterne eksaminator opgetree het.
- Professor Juanita Pienaar vir waardevolle kommentaar op groot dele van hierdie proefskrif.
- Anna van Heerden, Elra Smit, Sharon van Jaarsveld en Elaine van der Merwe vir hul noukeurige werk, geduld en betroubaarheid om hierdie proefskrif die lig te laat sien.
- Familielede en vriende wie se aanmoediging en begrip in alle omstandighede my omvou het.
- Die Harry Crossley-stigting en Sentrum vir Wetenskapontwikkeling vir finansiële bystand wat verleen is vir 'n tydperk van studie en navorsing in die buiteland.
- Diepe erkentlikheid aan My Hemelse Vader. Hy weet wat dit geverg het en het vir alles gesorg.

## INHOUDSOPGAWE

<b>HOOFSTUK 1</b>	<b>INLEIDING</b>	<b>1</b>
1	INLEIDING	1
2	PROBLEEMSTELLING EN KARTERING VAN ONDERSOEKVELDE	2
3	WERKSWYSE	3
<b>HOOFSTUK 2</b>	<b>DIE OUER-KIND VERHOUDING: 'N HISTORIESE PERSPEKTIEF</b>	<b>6</b>
1	INLEIDING	6
2	ROMEINSE REG	6
2 1	Die Romeinse gesin	6
2 2	Aard en inhoud van die <i>patria potestas</i>	10
2 3	Ontstaan van die <i>patria potestas</i>	12
2 4	Beëindiging van die <i>patria potestas</i>	13
3	GERMAANSE REG	15
3 1	Die Germaanse gesin	15
3 2	Die inhoud van die <i>munt</i>	17
3 3	Ontstaan van die <i>munt</i>	20
3 4	Beëindiging van die <i>munt</i>	20
4	FRANKIESE REG	21
4 1	Die gesin in die Frankiese reg	21
4 2	Die inhoud van vaderlike gesag	22
4 3	Beëindiging van vaderlike gesag	23
5	ROMEINS-HOLLANDSE REG	23
5 1	Die gesin in die Romeins-Hollandse reg	23
5 2	Die inhoud van ouerlike gesag	25

5 3	Die ontstaan van ouerlike gesag .....	28
5 4	Die beëindiging van ouerlike gesag .....	29
6	SUID-AFRIKAANSE REG .....	30
6 1	Algemeen .....	30
6 2	Agtergrond .....	30
7	GEVOLGTREKKING .....	31
<b>HOOFSTUK 3 KINDERREGTE .....</b>		<b>33</b>
1	INLEIDING .....	33
2	SOSIALE EN JURIDIESE UITDAGING .....	34
3	"KIND" EN "REGTE" BINNE DIE KONTEKS VAN KINDERREGTE .....	35
3 1	Wie is 'n "kind"?	36
3 1 1	Agtergrond .....	36
3 1 2	Omskrywing .....	37
3 2	Regte .....	39
3 2 1	Die belang van regte .....	41
3 2 2	Die belang daarvan dat kinders oor regte beskik .....	42
3 2 3	Voorbehoude ten opsigte van regte .....	46
4	'N RAAMWERK VIR KINDERREGTE .....	49
4 1	Verskillende perspektiewe .....	49
4 1 1	Juridiese en morele regte .....	50
4 1 2	Welsyns- en vryheidsregte .....	51
4 2	Ontwikkeling van die kinderregtebeweging .....	52
4 3	Beskerming teenoor bevryding .....	53
4 4	Wilsteorie teenoor belangeteorie .....	54

5	TEORIEë OOR KINDERREGTE .....	55
5 1	Freeman se klassifikasie van kinderregte .....	56
5 1 1	Regte op welsyn .....	57
5 1 2	Die reg op beskerming .....	58
5 1 3	Die reg om soos 'n volwassene behandel te word .....	58
5 1 4	Regte teenoor ouers .....	59
5 1 5	Liberalisme, kinders, regte en outonomie .....	60
5 2	Eekelaar se teorie oor kinderregte .....	62
5 2 1	Teoretiese onderbou .....	62
5 2 2	Belange en regte .....	63
5 3	Wald se teorie oor kinderregte .....	65
5 3 1	Regte teenoor die wêreld.....	65
5 3 2	Beskerming teen onvoldoende versorging .....	66
5 3 3	Die status van volwassenes .....	66
5 3 4	Reg om onafhanklik van ouers op te tree .....	67
5 4	Hafen se teorie oor kinderregte .....	69
5 5	Amerikaanse Perspektief .....	70
5 5 1	Inleiding .....	70
5 5 2	Kinderregte in Amerika .....	71
5 5 3	Gevolgtrekking .....	80
6	GEVOLGTREKKING .....	81
	<b>HOOFSTUK 4 OUERLIKE GESAG .....</b>	<b>84</b>
1	INLEIDING .....	84
1 1	Uitgangspunt: <i>Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority</i> .....	84

2	OUERLIKE "GESAG", "REGTE", "VERPLIGTINGE", "BEVOEGDHEDE" – IS TERMINOLOGIE BELANGRIK? .....	90
3	AARD EN FUNKSIE VAN OUERLIKE GESAG .....	92
3 1	Inleiding .....	92
3 2	Kinderregte-perspektief .....	95
3 2 1	Freeman se teorie en die aard en funksie van ouerlike gesag .....	96
3 2 2	Eekelaar se teorie oor kinderregte en die aard en funksie van ouerlike gesag .....	96
3 2 3	Amerikaanse perspektief oor kinderregte en die aard en funksie van ouerlike gesag .....	97
4	'N AMERIKAANSE PERSPEKTIEF OP OUERLIKE GESAG .....	98
4 1	Inleiding .....	98
4 2	Grondwetlike beskerming van ouerlike gesag .....	99
4 3	Konflik tussen die grondwetlike regte van ouers en kinders .....	102
4 4	Grondwetlike beskerming aan ouers of grondwetlike beperkings op staatsinmenging? .....	106
5	GEVOLGTREKKING .....	107
<b>HOOFSTUK 5 DIE ROL VAN DIE STAAT .....</b>		<b>109</b>
1	INLEIDING .....	109
2	ARGUMENTE TEN GUNSTE VAN OUERLIKE OUTONOMIE .....	111
2 1	Kritiek op ouerlike outonomie .....	114
3	DIE ROL VAN DIE STAAT .....	115
4	GEVOLGTREKKING .....	121
<b>HOOFSTUK 6 STATUS VAN KINDERS .....</b>		<b>123</b>
1	INLEIDING .....	123
2	STATUS EN STATUSBEPALENDE FAKTORE .....	124
2 1	Ouderdom .....	124



2 1 1	Infans .....	126
2 1 1 1	Regsbevoegdheid .....	126
2 1 1 2	Handelingsbevoegdheid .....	126
2 1 1 3	Verskyningsbevoegdheid .....	127
2 1 2	Minderjariges .....	127
2 1 2 1	Regsbevoegdheid .....	127
2 1 2 2	Handelingsbevoegdheid .....	129
2 1 2 3	Verskyningsbevoegdheid .....	133
2 1 2 4	Beëindiging van minderjarigheid .....	134
2 1 3	Ouderdom as statusbepalende faktor en kinderregte .....	137
2 2	Buite-egtelikheid .....	145
2 2 1	Binne-egtelike en buite-egtelike kinders .....	145
2 2 2	Status van buite-egtelike kinders .....	146
2 2 3	Buite-egtelikheid en kinderregte .....	147
2 3	Domisilie .....	147
2 3 1	Domisilie van keuse .....	148
2 3 2	Domisilie deur regswerking .....	148
2 3 3	Domisilie en kinderregte .....	149
3	GEVOLGTREKKING .....	150

<b>HOOFSTUK 7</b>	<b>DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE SUID- AFRIKAANSE PRIVAATREG .....</b>	<b>152</b>
1	INLEIDING .....	152
2	ONTSTAAN VAN DIE OUER-KIND VERHOUDING .....	153
2 1	Ouerlike gesag oor binne-egtelike kinders .....	154
2 2	Ouerlike gesag oor buite-egtelike kinders .....	154
3	INHOUD VAN OUERLIKE GESAG .....	155
3 1	Bewaring .....	156
3 1 1	Verpligting om huisvesting te verskaf .....	158

3 1 2	Verpligting om voedsel, kleding en geneeskundige hulp te voorsien .....	159
3 1 3	Die opvoedingsplig .....	160
3 1 4	Bevoegdheid om te bepaal met wie kinders mag assosieer .....	162
3 1 5	Tugbevoegdheid .....	165
3 2	Voogdy .....	167
3 2 1	Beheer oor die boedel van 'n kind .....	170
3 2 1 1	Inhoudsbevoegdheid ten opsigte van die bestuur van die boedel .....	171
3 2 1 2	Beperkings op 'n ouer se bevoegdheid om 'n kind se boedel te bestuur .....	172
3 2 1 3	Remedies aan 'n kind ten opsigte van die bestuur van sy boedel .....	174
3 2 2	Beheer oor die regsoptrede van 'n kind .....	175
3 3	Verpligting om onderhoud te verskaf .....	175
3 3 1	Aard van verpligting .....	175
3 3 2	Vereistes vir die bestaan van die verpligting .....	176
3 3 3	Omvang van die onderhoudsverpligting .....	177
3 3 4	Persone onderhewig aan onderhoudsverpligting .....	178
3 3 5	Afdwingbaarheid van die onderhoudsplig .....	180
4	BEËINDIGING VAN OUERLIKE GESAG .....	181
5	JUDISIËLE INMENGING IN DIE OUER-KIND VERHOUDING .....	181
5 1	Die hoër hof as oppervoog van minderjariges .....	181
5 1 1	Omstandighede waaronder die hof as oppervoog van minderjariges optree .....	182
5 1 1 1	Voogdy .....	182
5 1 1 2	Bewaring .....	184
5 1 1 3	Bevele ten opsigte van die status van kinders.....	184
5 1 1 4	Inmenging met spesifieke besluite .....	184
5 1 1 5	Ander bevele .....	186
5 2	Statutêre bevoegdhede van die hoër hof om met ouerlike gesag in te meng .....	186

5 2 1	Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 .....	187
5 2 2	Wet op Egskeiding 70 van 1979 .....	188
5 2 2 1	Bewaring .....	190
5 2 2 2	Toegang .....	199
5 2 2 3	Voogdy .....	202
5 2 2 4	Onderhoud .....	203
5 2 3	Wet op Kindersorg 74 van 1983 .....	204
5 2 4	Huwelikswet 25 van 1961 .....	210
5 2 5	Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 .....	211
5 2 6	Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld .....	212
6	GEVOLGTREKKING .....	215
6 1	Die ouer-kind verhouding in die algemeen .....	215
6 2	Judisiële inmenging in die ouer-kind verhouding .....	217
6 2 1	Hoër hof as oppervoog van minderjariges .....	217
6 2 2	Statutêre bevoegdhede van die hoër hof om met ouerlike gesag in te meng .....	218
<b>HOOFSTUK 8 DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE PUBLIEKREG .....</b>		<b>220</b>
1	INLEIDING .....	220
2	VOLKEREG .....	221
2 1	Kinderregte in die volkereg .....	221
2 2	Menseregte dokumente spesifiek op kinderregte gemik .....	223
2 2 1	Die Verklaring van die Regte van die Kind 1924 (hierna die 1924 Verklaring) .....	223
2 2 2	Die Verklaring van die Regte van die Kind 1959 (hierna die 1959 Verklaring) .....	224
2 2 3	Verenigde Nasies Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie) .....	226
2 2 3 1	Erkenning en beskerming van die gesinseenheid .....	233
2 2 3 2	Rol van ouers .....	236

2 2 3 3	Rol van die staat .....	240
2 2 3 4	Beste belang van die kind .....	243
2 2 3 5	Implikasies van ratifikasie .....	248
2 3	Globale menseregtedokumente .....	249
2 3 1	Handves van die Verenigde Nasies (hierna die VN Handves) .....	249
2 3 2	Universele Verklaring van Menseregte 1948 (hierna die Universele Verklaring) .....	251
2 3 3	Die "Tweeling" Konvensies .....	252
2 3 3 1	Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 .....	253
2 3 3 2	Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 .....	254
2 3 4	Die toepaslikheid van globale menseregteverdrae op kinders .....	255
2 4	Streeksbeskerming van kinderregte .....	257
2 4 1	Europa .....	257
2 4 1 1	Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede (hierna die Europese Konvensie) .....	257
2 4 1 2	Europese Konvensie op die Regte van 'n Kind .....	267
2 4 1 3	Europese Konvensie op die Uitoefening van Kinderregte ...	269
2 4 1 4	Die Europese Unie (hierna die EU) .....	270
2 4 1 5	Europese Sosiale Handves 1961 (hierna die Sosiale Handves) .....	272
2 4 2	Amerika .....	274
2 4 2 1	Amerikaanse Deklasie van die Regte en Verpligtinge van die Mens (hierna die Amerikaanse Deklasie) .....	274
2 4 2 2	Amerikaanse Konvensie op Menseregte (hierna die Amerikaanse Konvensie) .....	275
2 4 3	Afrika .....	276
2 4 3 1	Afrika Handves van Mense- en Volkeregte (hierna die Afrika Handves) .....	277
2 4 3 2	Afrika Handves op die Regte en Welsyn van die Kind (hierna die Afrika Handves op die Regte van die Kind) .....	281
2 5	Gevolgtrekking .....	287

3	SUID-AFRIKA : 'N HANDVES VAN REGTE EN KINDERREGTE .....	290
3 1	Inleiding .....	290
3 2	Die Handves van Regte en horisontale werking .....	291
3 3	Kinderregte .....	292
3 3 1	Relevante bepalings in die Handves van Regte .....	292
3 3 2	Kinderregte ingevolge die Handves van Regte .....	294
3 3 3	Die Handves van Regte en teorieë oor kinderregte .....	297
3 4	Volkereg .....	298
3 4 1	Die rol van die volkereg en die Handves van Regte .....	298
3 4 2	Die 1989 Konvensie en artikel 28 van die Handves van Regte .....	299
4	GEVOLGTREKKING .....	300

**HOOFSTUK 9 DIE EFFEK VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE OUER-KIND  
VERHOUDING IN DIE PRIVAATREG .....302**

1	INLEIDING .....	302
2	STATUS VAN DIE KIND .....	304
2 1	Gelykheid ingevolge die Handves van Regte en differensiasie .....	304
2 2	Handves van Regte en ouderdom as statusbepalende faktor .....	305
2 2 1	Ouderdom .....	305
2 2 1 1	Die kind as draer van fundamentele regte .....	306
2 2 1 2	Meerderjarigheidsouderdom .....	309
3	DIE OUER-KIND VERHOUDING .....	310
3 1	Erkenning en beskerming van die gesinseenheid .....	310
3 2	Rol van ouers .....	316
3 2 1	Wie is 'n ouer? .....	316
3 2 1 1	Natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind .....	318
3 2 1 2	Kunsmatige bevrugting .....	319
3 2 1 3	Surrogaatmoederskap .....	319
3 2 1 4	Primêre versorger .....	320

3 2 1 5	Ouerlike gesag ná egskeiding .....	321
3 2 2	Verantwoordelikhede, verpligtinge en regte van `n ouer .....	324
3 3	Rol van die staat .....	329
4	GEVOLGTREKKING .....	334
<b>HOOFSTUK 10 DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE INHEEMSE REG .....</b>		<b>336</b>
1	INLEIDING .....	336
2	AGTERGROND .....	338
2 1	Sosio-ekonomiese oorwegings .....	338
2 2	Inheemse reg en menseregtenorme .....	340
2 3	Onderskeidende kenmerke van die inheemse reg .....	342
2 4	Die ideologie van gesinsregte en -verpligtinge .....	343
3	STATUS VAN DIE KIND .....	344
3 1	Minderjarigheid .....	344
3 2	Handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid .....	345
3 3	Verskillende klasse kinders .....	346
3 3 1	`n Kind van `n getroude vrou .....	347
3 3 2	`n Kind uit owerspel gebore .....	347
3 3 3	Die kind van `n ongetroude vrou .....	347
3 3 4	Kind uit `n weduwee gebore .....	348
3 3 5	Samevatting .....	348
4	OUERLIKE GESAG .....	349
4 1	Wie is `n ouer? .....	349
4 2	Voogdy en bewaring .....	349
4 3	Onderhoud .....	351
4 4	Aanneming .....	351

4 5	Pleegsorg .....	353
4 6	Tugbevoegdheid .....	353
5	<b>PUBLIEKREGTELIKE PERSPEKTIEF OP DIE OUER-KIND VERHOUDING .....</b>	<b>354</b>
5 1	Internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente .....	354
5 2	Die Handves van Regte .....	356
6	<b>PUBLIEKREGTELIKE EFFEK OP DIE OUER-KIND VERHOUDING INGEVOLGE DIE INHEEMSE REG .....</b>	<b>357</b>
6 1	Status van die kind .....	357
6 1 1	Minderjarigheid .....	357
6 1 2	Handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid .....	357
6 1 3	Buite-egtelikheid .....	358
6 2	Ouerlike gesag .....	359
7	<b>GEVOLGTREKKING .....</b>	<b>360</b>
	<b>HOOFSTUK 11 'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF .....</b>	<b>362</b>
1	INLEIDING .....	362
2	AUSTRALIë .....	363
2 1	Agtergrond .....	363
2 2	Die ouer-kind verhouding .....	365
2 2 1	Verandering in terminologie .....	367
2 2 2	<i>Parental responsibility</i> .....	368
2 2 2 1	Wie het ouerlike verantwoordelikheid? .....	368
2 2 2 2	Die inhoud van ouerlike verantwoordelikheid .....	369
2 2 2 3	Beeëindiging van ouerlike verantwoordelikheid .....	370
2 2 3	Ouerlike samewerking .....	370
2 2 4	Gesinsgeweld .....	371
2 3	Die <i>Family Law Act</i> en die status van die kind .....	372

2 3 1	Status van die kind in die algemeen .....	372
2 3 1 1	Litigasie .....	372
2 3 1 2	Huweliksluiting .....	373
2 3 1 3	Stemreg .....	373
2 3 1 4	Opvoeding .....	373
2 3 1 5	Kinderarbeid .....	373
2 3 1 6	Mediese behandeling .....	373
2 3 1 7	Algemeen .....	374
2 3 2	Die Gesinshof van Australië (hierna die Gesinshof) .....	375
2 3 3	Die <i>Family Law Act</i> : algemene beginsels en oogmerke ten opsigte van die kind .....	376
2 3 4	Die beste belang van die kind .....	377
2 3 5	Die kind se reg op deelname aan verrigtinge ingevolge die familiereg .....	379
2 3 5 1	<i>Family reports</i> .....	380
2 3 5 2	Raadgewing .....	381
2 3 5 3	<i>Parenting plans</i> .....	381
2 3 5 4	Die kind as getuie in die Gesinshof .....	381
2 3 5 5	'n Onderhoud tussen 'n regter en die kind .....	382
2 3 5 6	Onafhanklike regsverteenvoording van 'n kind .....	382
2 3 6	Onderhoud vir kinders .....	384
2 3 7	Kinders in sorg .....	384
2 4	Die 1989 Konvensie en die ouer-kind verhouding .....	386
2 4 1	Gevolge van ratifikasie van die 1989 Konvensie .....	387
2 5	Gevolgtrekking .....	389
3	SKOTLAND .....	390
3 1	Agtergrond .....	390
3 2	Die ouer-kind verhouding .....	391
3 2 1	Verandering in terminologie .....	392
3 2 2	Ouerlike verantwoordelikhede en ouerlike regte .....	394
3 2 2 1	Wie het ouerlike verantwoordelikhede en regte? .....	394
3 2 2 2	Inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en ouerlike regte .....	395



3 2 2 3	Beëindiging van ouerlike verantwoordelikhede en regte .....	398
3 3	Status van die kind .....	400
3 3 1	Status van die kind in die algemeen .....	400
3 3 1 1	Die <i>Age of Legal Capacity (Scotland) Act</i> 1991 en persone onder die ouderdom van sestien jaar .....	401
3 3 1 2	Ander ouderdomsgrense .....	402
3 3 2	Welsyn van die kind .....	403
3 3 3	'n Kind se reg op deelname aan besluitneming .....	403
3 3 3 1	'n Absolute reg op deelname .....	403
3 3 3 2	Oorweging aan 'n kind se mening .....	404
3 3 3 3	Geen verwysing na 'n kind se reg op deelname nie .....	405
3 3 3 4	Beleidsbesluite en 'n kind se mening .....	405
3 3 4	Kinders in sorg .....	406
3 4	Gevolgtrekking .....	407
4	GEVOLGTREKKING .....	408
<b>HOOFSTUK 12 GEVOLGTREKKING .....</b>		<b>411</b>
<b>BRONNELYS .....</b>		<b>420</b>
<b>SAKELYS .....</b>		<b>442</b>
<b>MENSEREGTEDOKUMENTE .....</b>		<b>453</b>
<b>REGSKOMMISSIEVERSLAE .....</b>		<b>454</b>
<b>WETGEWING .....</b>		<b>455</b>

## HOOFSTUK 1

### 1 INLEIDING

In 1948 bevind die appèlhof in *Fletcher v Fletcher*<sup>1</sup> dat die beste belang van die kind die oorheersende oorweging in die verlening van 'n bewaringsbevel by egskeiding is. Bykans vyf dekades later word die maatstaf van die beste belang van die kind as deurslaggewende oorweging in elke aangeleentheid wat die kind raak grondwetlik in die Handves van Regte<sup>2</sup> verorden.

Die tydperk van byna vyftig jaar tussen die twee datums kan omskryf word as 'n nuwe era in die groter geheel van ontwikkelings in die ouer-kind verhouding. Daar moes gedurende hierdie tydperk gepoog word om 'n balans te vind tussen die beginsels van die Romeins-Hollandse reg<sup>3</sup> aan die een kant en sosiale en morele oorwegings ter regverdiging van die maatstaf aan die ander kant. Daar was pogings deur die regbank<sup>4</sup> en in akademiese literatuur<sup>5</sup> om inhoud aan die maatstaf te verleen. Selfs statutêre verordening<sup>6</sup> van die begrip het egter geen groter helderheid gebring nie. Op 'n meer subtiële vlak moes daar ook regverdiging gevind word vir die gebruik van die beste belang as maatstaf in geval van inmenging met ouerlike gesag en gesinsverhoudings.

<sup>1</sup> 1948 1 SA 130 (A).

<sup>2</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>3</sup> Die tradisionele uitgangspunt in die Romeins-Hollandse reg was die voorkeur wat aan 'n vader se reg op bewaring verleen is waar die partye afsonderlik gewoon het maar daar nog geen egskeiding was nie. Daar kon slegs in uitsonderlike omstandighede op hierdie reg inbreuk gemaak word. Waar die huwelik deur egskeiding ontbind is, is bewaring aan die onskuldige party verleen. Die belang van 'n kind het 'n heeltetal ondergeskikte rol in die verlening van so 'n bevel gespeel: Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* 368; Sornarajah "Parental custody: the recent trends" 1973 *SALJ* 131 133-137 vir 'n oorsig van relevante regspraak. In *V v V* 1998 (4) SA 169 (K) toon regter Foxcroft dat hy deeglik van die historiese ontwikkeling bewus is met sy volgende opmerking op 177: "It was inevitable that this view of the superior rights of guardianship and custody of the father during the marriage should affect the Court's approach to guardianship and custody on termination of marriage...Before the best interests of a child took their proper place, Courts were often influenced by the moral question of the guilt or innocence of the spouses. It was only in 1948 that the Appellate Division in *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A) placed at the pinnacle of its consideration the 'paramount or best interests rule'".

<sup>4</sup> Sien bv *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 133 en gesag daar aangehaal; *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (C) 204.

<sup>5</sup> Sien bv Schäfer "Joint custody" 1987 *SALJ* 149 153-154; Heaton "Some general remarks on the concept interests of the child" 1990 *THRHR* 95-99; Clark "Custody: the best interests of the child" 1992 *SALJ* 391 394-395; Bonthuys "Of biological bonds new fathers and the best interests of children" 1997 *SAJHR* 622 623-624, 636-637.

Die erkenning van kinderrechte in die Suid-Afrikaanse reg verteenwoordig 'n verdere mylpaal in die ontwikkeling van die ouer-kind verhouding. Ratifikasie<sup>7</sup> van die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie) plaas Suid-Afrika midde-in volkeregtelike strominge oor die aard, inhoud, implementering en beskerming van kinderrechte. Die verlening van kinderrechte in die Handves van Regte<sup>8</sup> en van fundamentele regte in die algemeen dring deur tot die kern van die ouer-kind verhouding soos tradisioneel in die Suid-Afrikaanse reg gesien. Knelpunte oor die implementering van die beste belang van die kind kort na die *Fletcher*-beslissing vervaag teenoor die moontlike implikasies waarmee nou rekening gehou moet word.

Kinderregte is op die oog af strydig met die gemeenregtelike benadering wat steun aan die uitoefening van ouerlike gesag in omvattende vorm verleen. Kinderregte verteenwoordig op die oog af, naas die maatstaf van die beste belang van die kind, 'n verdere beperking op die uitoefening van ouerlike gesag. Kinderregte verleen 'n status aan 'n kind<sup>9</sup> wat skynbaar strydig met die privaatregtelike status van 'n kind as onvolwasse en hulpelose persoon is.

Die erkenning van kinderrechte is verder kontroversieel omdat dit sosiale strukture en diepgewortelde sosiale benaderings oor die ouer-kind verhouding en die kind as voorwerp van versorging betrek. Kinderregte skep die persepsie dat ouerlike gesag en gesinswaardes ondermyn word en dat die staat sy rol as beskermmer van 'n kind abdikeer ten gunste van onbeperkte vryhede aan 'n kind. Die erkenning van kinderrechte bevraagteken die bekende en die tradisionele en verleen 'n nuwe juridiese en sosiale dimensie aan die ouer-kind verhouding. Die implikasies van die erkenning van kinderrechte kring uit na die gesinslewe en die rol van die staat in gesinsverhoudings.

## 2 PROBLEEMSTELLING EN KARTERING VAN ONDERSOEKVELDE

Die doel van hierdie studie is gevolglik om te bepaal wat die effek van die erkenning van kinderrechte op die ouer-kind verhouding in die privaatrek is. Hierdie studie word gedoen teen die

<sup>6</sup> Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1); Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6 om maar enkele voorbeelde te noem.

<sup>7</sup> Op 16 Junie 1995.

<sup>8</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28 en a 7- a 39 in die algemeen.

<sup>9</sup> "Kind" dui hier op 'n persoon wat nog nie een-en-twintigjarige ouderdom bereik het nie.

agtergrond van ouerlike gesag wat regshistories sterk fundeer is en die substantiewe privaatreë wat nie die kind as draer van regte binne gesinsverband erken nie.

Ten einde 'n antwoord op hierdie vraag te vind, moet 'n drieledige ondersoek gedoen word. In die eerste plek sal daar 'n teoretiese ontleding van die begrip kinderregte plaasvind. Die oogmerk hiermee is om te bepaal wat die ideologie onderliggend aan die begrip kinderregte is. Daar word vir doeleindes van hierdie studie aanvaar dat die erkenning en implementering van kinderregte alleen lewensvatbaar en sinvol kan wees indien dit regs wetenskaplik verklaarbaar is. Die tweede element van die ondersoek bestaan uit 'n volledige uiteensetting van die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse privaatreë asook van 'n ontleding van die publiekregtelike dimensie van die begrip kinderregte. In hierdie gedeelte sal daar deurlopend na die teorie oor kinderregte verwys word. In die mate wat daar ooreenstemming of konflik tussen die teorie en die substantiewe reg voorkom, word die grondslag vir die derde element van die ondersoek gelê. Hierdie deel van die ondersoek bestaan uit 'n toepassing van die idee van kinderregte op die ouer-kind verhouding in die privaatreë. Knelpunte sal uitgewys word en moontlike aanpassings sal aanbeveel word. By hierdie deel van die ondersoek word vir doeleindes van regsvergeljking na die Suid-Afrikaanse inheemse reg asook na die Australiese en Skotse reg verwys ten einde te bepaal wat die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding in elk van daardie jurisdiksies is. Afleidings wat uitkristalliseer en wat op die Suid-Afrikaanse reg van toepassing gemaak kan word, sal so ver as moontlik uitgelig word.

### **3 WERKSWYSE**

Hierdie ondersoek sal in die volgende elf hoofstukke afgehandel word. Hoofstuk twee bestaan uit 'n historiese oorsig van die ouer-kind verhouding. Hierdeur kan die bestaande aard en inhoud van ouerlike gesag en die status van die kind verklaar word. Daar word in die volgende drie hoofstukke ondersoek ingestel na onderskeidelik die teorie onderliggend aan kinderregte, ouerlike gesag en die rol van die staat in die erkenning en implementering van kinderregte. Die Amerikaanse reg kom in hierdie drie hoofstukke ter sprake en dien as toeligting van die teoretiese oorwegings wat bespreek word. Die bespreking van die Amerikaanse reg kan om verskeie redes geregverdig word. Eerstens word die Amerikaanse reg allerweë voorgelê as daardie jurisdiksie wat oor twee eeue heen die gees en kultuur van fundamentele menseregte tot 'n groot mate verfynd het. Tweedens beskik die VSA oor internasionale statuut as gevolg van die sentrale rol hierdie

moondheid in die historiese ontwikkeling en erkenning van internasionale menseregte vervul het.<sup>10</sup> Dertens word aanvaar dat Amerikaanse regspraak in 'n sekere opsig pionierswerk in die ontwikkeling en erkenning van kinderregte verrig het.<sup>11</sup> Vierdens het die Amerikaanse Grondwet 'n belangrike invloed uitgeoefen op die grondwetskrywende proses in Suid-Afrika en sal dit ook 'n rol in die toepassing van die bepalings van die Handves van Regte speel.<sup>12</sup>

Hierdie drie hoofstukke bied die teoretiese grondslag waarteen die status van die kind en die inhoud van die ouer-kind verhouding in hoofstuk ses en sewe opgeweeg word. Kinderregte as verskyningsvorm van fundamentele menseregte het ongetwyfeld 'n belangrike publiekregtelike dimensie. In hoofstuk agt word kinderregte as verskyningsvorm in die Suid-Afrikaanse publiekreg bespreek en ook deurentyd teen die teorie oor kinderregte opgeweeg. Internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente verteenwoordig 'n belangrike element van hierdie bespreking. In hoofstuk nege word gekyk of dit moontlik is om die ouer-kind verhouding in die privaatreë en die idee van kinderregte te versoen. 'n Soortgelyke werkswyse vir doeleindes van regsvergeelyking word in 'n beknopte oorsig van die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse inheemse reg gevolg. Hierdie bespreking in hoofstuk tien vorm streng gesproke deel van die substantiewe privaatreë maar in die mate waartoe daar eiesoortige aspekte ter sprake is, word dit in hierdie afsonderlike hoofstuk uitgelig. Die Australiese reg is die eerste jurisdiksie wat vir doeleindes van regsvergeelyking voorgehou word. Waar die *Children Act (England)* 1989 rewolusionêr was in die opsig dat dit die ouer-kind verhouding by wyse van ouerlike verantwoordelikhede as vertrekpunt gedefinieer het, het die Australiese *Family Law Act* hierop voortgebou. Die Skotse reg wat ook die wortels van die ouer-kind verhouding in die Romeinse reg vind, word ook in hoofstuk elf vir doeleindes van regsvergeelyking bespreek. In die afwesigheid van 'n Handves van Regte is daar reeds omvangryke regshervorming deurgevoer wat getuig van navorsing en besinning oor die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding. Soos Australië het Skotland ook die 1989 Konvensie geratifiseer en tesame met die wyse waarop die ouer-kind verhouding uiteengesit word, dien dit as model vir die implementering van kinderregte.

<sup>10</sup> Dlamini *Human Rights in Africa* 4-20; Davis *et al* in *Rights and Constitutionalism* 23 24-48.

<sup>11</sup> Hodgson "The historical development and 'internationalisation' of the children's rights movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 252 258-259; Lawrence-Karski "Legal rights of the child: the United States and the United Nations convention on the Rights of the Child" 1996 *The International Journal of Children's Rights* 19 24-32.

<sup>12</sup> Davies *et al* in *Rights and Constitutionalism* 4.

In hoofstuk twaalf sal daar dan gepoog word om 'n antwoord te bied op die vraag na die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding in die privaatreg. Dit sal gedoen word deur die kommentaar te fokus op die drieledige benaderingswyse wat in hierdie studie gevolg is.

## HOOFSTUK 2

### DIE OUER-KIND VERHOUDING: 'N HISTORIESE PERSPEKTIEF

#### 1 INLEIDING

Die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse reg vind uitdrukking in die algemene beginsel dat ouers oor ouerlike gesag beskik wat aan hulle die bevoegdheid verleen om besluite ten opsigte van hul kind se persoon, lewenswyse en boedel te neem.<sup>1</sup> Dié algemene beginsel is stewig in die kultuur en struktuur van die gesin gevestig en die praktiese uitvoering daarvan geskied tipies ingevolge volwassenes se verwysingsraamwerk en standaarde. Die oogmerk is om in hierdie hoofstuk die historiese ontwikkelingsproses waaruit die ouer-kind verhouding uitgekristalliseer het, na te gaan.

#### 2 ROMEINSE REG

##### 2.1 Die Romeinse gesin

Die Romeinse gesin of huishouding (*familia*) het 'n monokratiese regseenheid gevorm. Die gesin het uit 'n *paterfamilias* aan die hoof daarvan en persone onderhewig aan sy gesag (*patria potestas*) bestaan.<sup>2</sup> Die gesinslede het sy vrou ingesluit (indien sy *uxor in manu* was).<sup>3</sup> Die gevolg van 'n huwelik *cum manu* was dat 'n vrou die gesin van haar *paterfamilias* verlaat het en nou deel van haar man se gesinsgroepering gevorm het.<sup>4</sup> Daar is van die term "*manus*" in plaas van "*potestas*" gebruik gemaak om haar man se gesag oor haar uit te druk en vir alle praktiese doeleindes het dit beteken dat sy net soos die kinders aan haar man se *patria*

<sup>1</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 592; Spiro *Parent and Child* 30; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 152; Barnard *et al Persone- en Familiereg* 365; Boberg *The Law of Persons and the Family* 457-459.

<sup>2</sup> G 1 48; I 8 *pr* (vertaling Thomas): "There follows another division in the law of persons. For some persons are independent (*sui iuris*) while others are subject to another (*alieni iuris*): again, of those who are subject, some are in the power of their parent, others in the power of their master."

<sup>3</sup> G 1 109; Thomas *The Institutes of Justinian* 25-26.

<sup>4</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 449; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 96; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 72.

*potestas* onderhewig was.<sup>5</sup> Uit 'n maatskaplike oogpunt het die *materfamilias* die hoogste agting in die gesin en in die samelewing geniet en kinders wat uit so 'n huwelik gebore is, het in die *patria potestas* van die man geval.<sup>6</sup> Oorspronklik was elke huwelik *cum manu*, maar gedurende die Republiek het 'n huwelik met uitsluiting van die *manus* tot stand gekom (*sine manu*).<sup>7</sup> Dié ontwikkeling hou verband met familiebande wat lossier begin word het en die vrou wat geleidelik 'n groter mate van selfstandigheid en onafhanklikheid begin verwerf het.<sup>8</sup> Gedurende die Prinsipaas (27 v C - 284 n C) het die huwelik *cum manu* al hoe minder algemeen voorgekom en in die tyd van Justinianus (527 n C - 656 n C) het dit as instelling heeltemal verdwyn. 'n Vrou wat *sine manu* getroud was, was geensins meer aan haar man se gesag onderhewig nie en maatskaplik was hulle in rang en aansien gelykes.<sup>9</sup> Die ander gesinslede van die *paterfamilias* was sy binne-egtelike kinders,<sup>10</sup> sy seuns se vrouens indien hulle *cum manu* getroud was, aangenome<sup>11</sup> en gewettigde kinders,<sup>12</sup> diegene in bondgenootskap aan hom verwant<sup>13</sup> en sy slawe.<sup>14</sup> Die Romeinse gesin was nie op bloedverwantskap of op *cognatio* gebaseer nie maar op *agnatio*.<sup>15</sup> Dit het beteken dat die *paterfamilias* ook ouerlike gesag uitgeoefen het oor alle afstammelingen wie se afkoms

<sup>5</sup> G 1 108 (vertaling Scott): "Now let us consider those persons who are in our hand, which right is also peculiar to Roman citizens."; G 1 109 (vertaling Scott): "Both males and females are under the authority of another, but females alone are placed in the hands". Sien ook Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 449; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 72.

<sup>6</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 83; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 72.

<sup>7</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 450; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 74-75.

<sup>8</sup> Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 74-75.

<sup>9</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 450; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 75.

<sup>10</sup> D 2 4 5 Paulus: Kinders deur die *paterfamilias* se vrou voortgebring, is weerlegbaar vermoed syne te wees ooreenkomstig die stelreël *pater est quem nuptiae demonstrant*. Sien ook G 1 55; I 1 9 *pr*.

<sup>11</sup> G 1 97; I 1 11 *pr* (vertaling Thomas): "Not only our natural children, however, in accordance with what we have set out above, are in our power but also those whom we adopt."

<sup>12</sup> G 1 65-75; G 1 94-95; I 1 10 13; I 3 12; Thomas *The Institutes of Justinian* 35-36.

<sup>13</sup> G 1 49; G 1 116-123; I 1 8 *pr*; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 81; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 52; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 74-75; Spiro *Parent and Child* 1; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 593; Labuschagne "Die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges - 'n historiese perspektief" 1992 *TSAR* 353.

<sup>14</sup> G 1 52; I 8 1.

<sup>15</sup> G 1 156; I 1 15 1.



deur manlike verwante na hom teruggevoer kon word. Hierdie struktuur word in Justinianus se *Institutiones* verduidelik:<sup>16</sup>

"Whoever, then, is born of you and your wife is in your power: in like manner, one born of your son and his wife, i e your grandson or granddaughter, is equally in your power, as also great-grandchildren and so on. The issue of your daughter, however, is not in your power but in that of his father."

Die *paterfamilias* was die mees senior manlike verwant in die Romeinse huishouding en hy het die middelpunt van die Romeinse gesin gevorm.<sup>17</sup> Die *patria potestas* is sekerlik die belangrikste en mees kenmerkende van die absolute regte in die Romeinse reg waardeur die *paterfamilias* sy omvattende mag en gesag oor die lede van die huishouding uitgeoefen het.<sup>18</sup>

Van Oven verduidelik die *patria potestas* soos volg:<sup>19</sup>

"Er is wel geen instelling van Romeinsch privaatrecht, die zoo ver van ons modern rechtsgevoel af staat als deze juridische onderworpenheid van volwassen mannen en vrouwen aan die macht van hun vader of verderen ascendent. Ze bracht mee, dat de *pubertas*, de mondigheid, wat't privaatrecht aangaat, alleen van beteekenis was voor weezen, geëmancipeerden en hen die niet in een wettige Romeinsch huwelijk geboren waren; ze paste volkomen in de patriarchale orde van den tijd der XII tafelen, maar was in de laat-republikeinsche en vooral in de klassieke periode een anachronisme geworden. Nergens krasser dan hier uitte zich heet Romeinsche conservatisme, dat ondanks alle verzachtingen en omwegen, het beginsel deed in stand houden zelfs nog in de Iustiniaansche codificatie."

Die *patria potestas* was in die vroegste tye bykans onbeperk en het onder andere beteken dat die *paterfamilias* oor die reg van lewe en dood (*ius vitae necisque*) ten opsigte van sy gesinslede beskik het en hulle selfs as slawe *trans Tiberim* of in Rome kon verkoop.<sup>20</sup> Die omvangryke inhoud van die *patria potestas* het baie duidelik nie tot 'n ouer-kind verhouding in die moderne sin van die woord meegewerk nie en was in beginsel gelyk aan die gesag wat

<sup>16</sup> I 193 (vertaling Thomas).

<sup>17</sup> Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 81; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 52; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 74-75, 304-305; Spiro *Parent and Child* 1; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 593.

<sup>18</sup> G 155 (vertaling Scott): "In like manner, our children whom we have begotten in lawful marriage are under our control. This right is peculiar to Roman citizens, for there are hardly any other men who have such authority over their children as we have, and this the Divine Hadrian stated in the Edict which he published with reference to persons who petitioned for Roman citizenship for themselves and for their children, for he said: 'It does not escape my knowledge that the Galatians hold that children are in the power of their parents!'; I 192 (vertaling Thomas): "The power that we have in respect of our children is particular to Roman citizens: for there are no other men who have such power over their issue as we do."

<sup>19</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 476.

<sup>20</sup> G 1116; G 1117; I 192; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 477; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 304-307; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53-54; Spiro *Parent and Child* 1; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 593.

'n *dominus* oor sy slaaf gevoer het.<sup>21</sup> Die *uxor in manu* en afhanklikes was ook in die posisie dat hulle geen bates van hulle eie kon besit of verkry nie - alles wat die gesinslede verkry het is tot voordeel van die *paterfamilias* verkry (onderhewig aan sekere uitsonderings).<sup>22</sup>

Die absolute mag van die *paterfamilias* het met verloop van tyd begin afneem. Die *ius vitae necisque* het teen die vierde eeu voor Christus finaal verdwyn en in die plek daarvan het die *paterfamilias* slegs 'n matige tugbevoegdheid behou.<sup>23</sup> 'n Soortgelyke afwatering het ten opsigte van ander inbreukmakings op die kind se persoonlikheid plaasgevind - die *noxae deditio* ingevolge waarvan die *paterfamilias* 'n kind wat 'n delik gepleeg het aan die benadeelde moes oorhandig, het teen die na-klassieke tyd in onbruik verval.<sup>24</sup> Die beperking van die *paterfamilias* se regte het gepaard gegaan met 'n verskeidenheid regte wat nou ontstaan het, byvoorbeeld die verpligting om onderhoud aan sy kinders te verskaf en 'n bruidskat (*dos*) aan sy dogter by haar huweliksluiting te gee.<sup>25</sup> Eersgenoemde verpligting het sedert Antonius (135-161 nC) ingevolge die keiserlike reg ontstaan en was wederkerig in dié sin dat kinders ook in gepaste gevalle vir hul ouers se skuld aanspreeklik gehou kon word.<sup>26</sup>

Die absolute mag wat die *paterfamilias* uitgeoefen het, kan na primitiewe tye teruggevoer word toe die gesin 'n hegte ekonomiese eenheid in 'n landbougeoriënteerde gemeenskap was, met slegs een persoon aan die hoof daarvan wat alle seggenskap gehad het.<sup>27</sup> Die basiese groepering van gesinseenhede het tot in die laat Romeinse tydperk behoue gebly maar is vanaf die einde van die landboutydperk deur 'n geleidelike disintegrasie van gesinsbande en 'n

---

<sup>21</sup> Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53.

<sup>22</sup> G 2 86-87; G 2 89; I 2 9 pr-3.

<sup>23</sup> Thomas *The Institutes of Justinian* 27; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 477; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77 305; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 83; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53-55.

<sup>24</sup> G 4 75; I 4 8 pr. Die *actiones noxales* het in werking getree waar 'n slaaf of *filius familias* of 'n ander persoon *in potestate* 'n delik gepleeg het: Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77 308; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 352-353; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 351-353. Volgens Thomas *The Institutes of Justinian* 306 beperk Justinianus die *pater* se aanspreeklikheid slegs tot die gevalle waar 'n delik deur 'n slaaf gepleeg is en in I 4 8 7 is dit duidelik dat die *actiones noxales* ten opsigte van *alieni iuris* in onbruik verval het.

<sup>25</sup> C 5 12 14; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 100 verduidelik dat die morele verpligting om 'n bruidskat aan die dogter te gee teen Justinianus se tyd in 'n regsplig ontwikkel het. Sien ook Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 78 314; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54-55.

<sup>26</sup> D 25 3 5 pr Ulp; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77-78, 314; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 459.

<sup>27</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53.

toenemende mate van individualisering gekenmerk.<sup>28</sup> Daar is veral twee redes wat vir die proses van individualisering aangevoer kan word. Eerstens, die verandering van 'n landbougemeenskap na 'n ekonomiese gemeenskap wat om handel en nywerheid sentreer.<sup>29</sup> 'n Tweede rede kan gevind word in 'n lewenswyse wat meer gesofistikeerd begin word het asook die ontwikkeling van ander denkrigtings, versterk deur Hellenisme.<sup>30</sup>

Die sosiale realiteit van 'n ontwikkelende Rome, soos hierbo aangedui, hou verband met die beperkings wat geleidelik op die *patria potestas* geplaas is. Die toenemende sosiale belang in die beskerming van afhanklikes verklaar ook die verpligtinge wat nou deel van die *patria potestas* gevorm het.

## 2 2 Aard en inhoud van die *patria potestas*

Gesinslede was aan die bykans onbelemmerde mag van die *paterfamilias* onderhewig. Kinders het aan die *patria potestas* onderhewig gebly, ongeag hul ouderdom, solank as wat die *paterfamilias* geleef het.<sup>31</sup> Dit was 'n besondere kenmerk van die Romeinse reg dat 'n vrou nooit die *patria potestas* kon verkry nie.<sup>32</sup>

Die omvang van die *paterfamilias* se gesagsbevoegdhede het byvoorbeeld beteken dat hy sy afhanklikes se huwelike kon verbied<sup>33</sup> of testamentêre voogde vir sy afhanklikes kon aanstel.<sup>34</sup> Volgens Thomas<sup>35</sup> is die treffendste voorbeeld van die *paterfamilias* se magsposisie dié van *substitutio pupillaris* wat verband gehou het met die *impubes* se onvermoë om 'n testament te verly. Hiervolgens kon die *paterfamilias* vir sy kind 'n testament opstel indien hy voorsien het dat sy kind, wat hy as erfgenaam benoem het, voor bereiking

---

<sup>28</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54.  
<sup>29</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54-55, 66.  
<sup>30</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77.  
<sup>31</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77 305.  
<sup>32</sup> *D* 50 16 195 2/5 Ulp; *G* 1 104; *I* 1 11 10; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 83; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 52.  
<sup>33</sup> *I* 1 10 *pr*; Thomas *The Institutes of Justinian* 27, 33; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 453-454; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82.  
<sup>34</sup> *G* 1 144; *G* 1 146; *I* 1 13 3.  
<sup>35</sup> Thomas *The Institutes of Justinian* 130-131.

van puberteitsleeftyd sou sterf.<sup>36</sup> Die *paterfamilias* kon selfs sy kinders laat aanneem<sup>37</sup> of na willekeur emansipeer.<sup>38</sup> Die *patria potestas* het ook die volgende bevoegdhede ingesluit:

- (a) Die reg op lewe en dood wat die mees ekstreme van 'n *paterfamilias* se bevoegdhede was.<sup>39</sup> Die uitoefening van die bevoegdheid is waarskynlik so vroeg soos in die Twaalf Tafels (450 v C) onderhewig aan die goedkeuring van 'n gesinsraad (*consilium domesticum*) gestel.<sup>40</sup> Teen die bewindstydperk van Konstantyn (306 n C - 337 n C) het die reg op lewe en dood nie meer bestaan nie en is die doodmaak van 'n kind aan moord gelykgestel waarvoor die doodstraf opgelê kon word.<sup>41</sup>
- (b) Die *paterfamilias* het die bevoegdheid gehad om sy kind te verkoop, waarna so 'n kind as vry Romeinse burger in *mancipio* by die koper gestaan het.<sup>42</sup> Die verkoop van pasgebore babas het tydens die tydperk van ekonomiese verval in die vierde eeu voor Christus voorgekom. Justinianus het dié praktyk net in omstandighede van uiterste armoede toegelaat en onderhewig daaraan dat die kind onder sekere omstandighede weer terugverkry kon word.<sup>43</sup>

Die *patria potestas* kon in die vroeë reg by wyse van 'n *vindicatio* beskerm word.<sup>44</sup> Dit het beteken dat die *paterfamilias*, deur op die *vindicatio* te steun, sy kind van 'n ander kon opeis. Die prosedure was baie soortgelyk aan dié van die *rei vindicatio*.<sup>45</sup> 'n Spesifieke prosedure is in die klassieke reg ingestel om die *patria potestas* te beskerm. Hierdie prosedure het op twee

---

<sup>36</sup> G 1 179; G 2 180; I 2 16 *pr.*

<sup>37</sup> G 1 134; I 1 11 2.

<sup>38</sup> G 1 132; I 1 12 6; I 1 12 7.

<sup>39</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 477; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 77 305-306; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53-54.

<sup>40</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54; Thomas *The Institutes of Justinian* 27.

<sup>41</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54-55.

<sup>42</sup> G 1 116; G 1 117; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 306; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54; Thomas *The Institutes of Justinian* 26.

<sup>43</sup> C 4 43 2; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 306; Thomas *The Institutes of Justinian* 26.

<sup>44</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 306-307; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54.

<sup>45</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 306; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54.

interdike gesteun, naamlik die *interdictum de liberis exhibendis* en die *interdictum de liberis ducendis*.<sup>46</sup>

Die beperkings op die uitoefening van die *patria potestas* is aanvanklik deur instellings buite die privaatreg opgelê - veral deur goddelike reg en gewoontes.<sup>47</sup> Die betrokkenheid van die *consilium domesticum* by die *paterfamilias* se uitoefening van sy bevoegdhede het uit gewoonte voortgespruit.<sup>48</sup> Dit is eers vanaf die Prinsipaas dat beperkings in terme van die reg opgelê is.<sup>49</sup>

Die *ensor* het in die Republiek oor die bevoegdheid beskik om politieke of ekonomiese strafmaatreëls teen 'n *paterfamilias* wat sy gesag misbruik het in te stel. Die *ensor* se optrede was nie tot spesifieke situasies beperk nie en hy het van geval tot geval geoordeel of daar 'n skending was wat optrede regverdig het.<sup>50</sup> Sy betrokkenheid het teen die laaste eeu voor Christus tot 'n einde gekom en gedurende die Prinsipaas is beperkings op die uitoefening van vaderlike gesag geleidelik opgelê.<sup>51</sup> Thomas<sup>52</sup> wys daarop dat teen die bewindstydperk van Justinianus die instelling van *patria potestas* steeds bestaan het maar dat die inhoudsbevoegdhede baie afgewater was.

### 2.3 Ontstaan van die *patria potestas*

Die *patria potestas* het met die geboorte van 'n kind uit 'n wettige Romeinse huwelik ontstaan.<sup>53</sup> Kinders wat buite sodanige wettige huwelik gebore is, het nie onder die gesag van hul natuurlike vader gekom nie en is as *sui iuris* beskou.<sup>54</sup> Sedert die Prinsipaas was die wettiging van buite-egtelike kinders moontlik, wat meegebring het dat hulle nou onder die

---

<sup>46</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 306-307; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 54.

<sup>47</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 75.

<sup>48</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 17.

<sup>49</sup> *D 48 8 2 Ulp*; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305.

<sup>50</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305; Thomas *The Institutes of Justinian* 27; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 17.

<sup>51</sup> Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 305; Thomas *The Institutes of Justinian* 27.

<sup>52</sup> Thomas *The Institutes of Justinian* 27.

<sup>53</sup> *G 1 55; 1 19 pr.* Sien Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 93-97 vir die vereistes vir die totstandkoming van 'n geldige huwelik.

<sup>54</sup> Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 474; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 315; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 84; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 56.

*patria potestas* van hul *paterfamilias* gestaan het.<sup>55</sup> Aanneming het 'n belangrike funksie in die Romeinse reg vervul. Dit het beteken dat die persoon wat aangeneem is in die *patria potestas* van die aannemende ouer geval het. So is die voortsetting van die familienaam ook verseker.<sup>56</sup>

## 2 4 Beëindiging van die *patria potestas*

Die *patria potestas* kon op verskillende wyses beëindig word, waarvan die dood van die *paterfamilias* sekerlik die mees voor die hand liggende is.<sup>57</sup> Die stelling word deur Gaius en Justinianus gekwalifiseer wat dit baie duidelik stel dat slegs diegene in rangorde onmiddellik onder die betrokke *paterfamilias sui iuris* word.<sup>58</sup> Kleinkinders wat deur 'n seun *in potestate* is, val eenvoudig in die *potestas* van hul vader by die dood van hul grootvader. Die *patria potestas* is ook beëindig wanneer 'n burger sy vryheid of burgerskap as straf verloor het.<sup>59</sup> Indien 'n dogter *cum manu* getrou het, het dit beteken dat haar vader se *potestas* oor haar beëindig is maar dan het sy onder haar man se gesag gekom of dié van sy vader.<sup>60</sup> Aanneming het ook meegebring dat 'n spesifieke *paterfamilias* se gesag oor sy kind beëindig is<sup>61</sup> en 'n kind kon ook by wyse van emansipasie formeel uit ouerlike gesag ontslaan word.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> *Legitimatio per subsequens matrimonium* en *legitimatio per oblationem curiae* is deur Justinianus in I 1 10 13 geformaliseer. 'n Derde moontlikheid, naamlik *legitimatio per rescriptum* is deur Justinianus in *Novella* 74 bekendgestel: Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 474-476; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 315-316; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 84-86; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 56-57.

<sup>56</sup> G 1 97-107; I 1 11 pr-12; Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 478-479; Kaser/Dannenbring *Roman Private Law* 310-312; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 86-89; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 57-62.

<sup>57</sup> G 1 124; G 1 127; I 1 12 pr.

<sup>58</sup> G 1 127 (vertaling Scott); I 1 12 pr (vertaling Thomas):

"Now, those who are in parental power, become independent on the father's death. But a qualification is necessary here. For, when a father dies, his sons and daughters, of course, unquestionably become independent. But, on the death of a grandfather, his grandchildren of either sex do not automatically become independent but only if, after the grandfather's demise, they will not fall into power of their father. Hence, if at the time of the grandfather's death, their father be alive and in his father's power, then, after the grandfather dies, they will be in their father's power. If, however, at the time of the grandfather's death, the father be already dead or if he has gone out of parental power, then, since they cannot fall into their father's power, they become independent.

<sup>59</sup> G 1 128; I 1 12 1-3.

<sup>60</sup> G 1 130.

<sup>61</sup> G 1 134-135a; I 1 12 8.

<sup>62</sup> G 1 132-133; I 1 12 6-7.

Die *patria potestas* is verder ook in sekere uitsonderingsgevalle beëindig, byvoorbeeld indien 'n kind 'n hoë godsdienstige amp beklee het.<sup>63</sup> Gaius meld 'n verdere uitsondering.<sup>64</sup>

"In former times also, when the Roman people were accustomed to establish colonies in Latin territory, sons, who, by the order of their father, placed their names upon the roll of the Latin colony, ceased to be under the control of their father, because they became citizens of another State."

In Justinianus se *Institutiones* word geensins na bogenoemde uitsonderings verwys nie. Daar word slegs die volgende buitengewone beëindiging van *patria potestas* bespreek.<sup>65</sup>

"If a son undertakes military service or becomes a senator or consul, he none the less remains in paternal power: for military service or consulate dignity does not release a son from such power. But, under our constitution, the supreme honour of the patriciate gives release from paternal power from the moment of the grant of the imperial document. For who could tolerate the idea that a father might, by emancipation, release his son from the bondage of his power but that imperial sovereignty does not avail to free from another's power one whom the Emperor has chosen to be a father?"

Justinianus het later die kategorie ampte waardeur 'n persoon *sui iuris* kon word, uitgebrei onder andere ook na dié van *consul*.<sup>66</sup>

Geen kind, hetsy natuurlik of aangeneem, kon 'n *paterfamilias* dwing om sy *potestas* oor hom of haar te beëindig nie.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> G 1 130 (vertaling Scott): "Moreover, male children are released from paternal authority if they are installed priests of Jupiter; and females, if they are chosen Vestal Virgins."

<sup>64</sup> G 1 131 (vertaling Scott).

<sup>65</sup> I 1 12 4 (vertaling Thomas).

<sup>66</sup> Nov 81 1 en 3; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 66; Thomas *The Institutes of Justinian* 43.

<sup>67</sup> I 1 12 10.

### 3 GERMAANSE REG<sup>68</sup>

#### 3.1 Die Germaanse gesin

Germaanse reg was gewoontereg, tipies van 'n primitiewe gemeenskap in die landboufase van 'n beskawing.<sup>69</sup> Germaanse reg was stamgebonde, wat die gebrek aan eenvormigheid verduidelik, maar twee duidelike temas blyk tog.<sup>70</sup> Die eerste tema hou met 'n begrip eie aan primitiewe gemeenskappe verband, naamlik dié van mag en die persone- en familiereg was spesifiek op die idee van die *munt* gebaseer.<sup>71</sup> Die *munt* was die vaderlike gesag van die gesinshoof oor sy vrou, onmondige kinders en afhanklikes.<sup>72</sup> Die tweede tema behels die betekenisvolle rol wat die groter gesin (*sib*) in die beskerming van kinders gespeel het.<sup>73</sup>

Die *sib* het enersyds na die uitgebreide gesin verwys, soortgelyk aan die Romeinse *gens*, en het sentraal tot die Germaanse sosiale struktuur gestaan.<sup>74</sup> Die *sib* het uit 'n losse groepering van bloedverwante bestaan, ongeag hoe ver hulle van mekaar verwant was, met 'n patriarg aan die hoof daarvan.<sup>75</sup> Die patriarg is deur 'n familieraad bygestaan wat weer uit hoofde van die onderskeie huishoudings behorende tot die *sib* bestaan het. Die familieraad het byvoorbeeld dissipline oor lede uitgeoefen en as gesamentlike voog oor weduwees en weeskinders

---

<sup>68</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 330 verwys na die Germaanse tydperk as die periode vanaf die begin van tye tot en met die einde van die vyfde eeu nC. Die belang van die Germaanse reg vir doeleindes van hierdie studie lê in die tydperk vanaf die vierde tot die vyfde eeu n C.

<sup>69</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 1; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 342.

<sup>70</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 6; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 342; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 19.

<sup>71</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 342; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 19; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 585-587.

<sup>72</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 209; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 342; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 19; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 585-587, 657-659.

<sup>73</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 209-210: "Die macht, dat 'mundium' was reeds in den Germaanschen tijd beperkt geweest door een zeker toezicht van de familie; maar hoever dit laatste ging, en waar dus de grenzen van het mundium lagen, is niet met zekerheid te zeggen."; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343-344; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20-21; Labuschagne 1992 *TSAR* 354; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 587-588.

<sup>74</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20-21; Labuschagne 1992 *TSAR* 354.

<sup>75</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20; Labuschagne 1992 *TSAR* 354.



opgetree.<sup>76</sup> Dit is maklik om te verstaan hoekom die *sib*, as uitgebreide gesin, so 'n belangrike rol in die vroeë gemeenskap gespeel het:<sup>77</sup>

"Het huwelik was de bron der familie. Deze in ruimen zin speelde in het Germaansche recht eene groote rol, vooral in den oudsten tijd. Geen wonder; hoe zwakker de staatsmacht is, hoe minder afdoenden steun de staat den enkelen kan bieden, hoe nauwer zij, die elkaar het naast staan, zich aaneen sluiten, hoe zorgvuldiger zij bijeen blijven, elkaar helpende en schragende in alles waarin zich ieder op zich zelf te zwak voelt. Dat doen vooral zij, die door bloedverwantschap verbonden zijn."

Die term *sib* het andersyds na die gesin in die moderne betekenis van die woord verwys met 'n *paterfamilias* aan die hoof daarvan.<sup>78</sup> Hy het deur huweliksluiting gesag (*munt*) oor sy vrou gevestig en ook oor enige kinders uit haar gebore, ongeag of hy die vader was of nie.<sup>79</sup> Diegene onderhewig aan die *munt* is deur die *paterfamilias* in die familieraad verteenwoordig en dit is juis in hierdie noue integrasie met die uitgebreide gesin waardeur 'n effektiewe beskermingsmaatreël teen die misbruik van die *munt* geskep is.<sup>80</sup> Die *paterfamilias* kon byvoorbeeld net sy kinders swaar straf nadat die familieraad goedkeuring daartoe verleen het.<sup>81</sup> Op dié wyse het die *sib* 'n mate van beheer oor die uitoefening van die *munt* gehad en het die *paterfamilias* nooit vanuit 'n geïsoleerde magposisie opgetree nie.

Die *munt*<sup>82</sup> het uitsluitlik by die *paterfamilias* berus. Fockema Andreae verduidelik:

"Van macht der moeder kon oudtijds geen sprake zijn; zij was zelve niet mondig."

Die vrou se regposisie het egter geleidelik begin verbeter en sy het stelselmatig regte ten opsigte van haar kinders verkry.<sup>83</sup> Sy het byvoorbeeld die reg op voogdy van die kinders

<sup>76</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20-21; Labuschagne 1992 *TSAR* 354.

<sup>77</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 201. Sien ook De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 97; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344.

<sup>78</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343; Labuschagne 1992 *TSAR* 354.

<sup>79</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 157; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 56 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344.

<sup>80</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 343-344; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20-21.

<sup>81</sup> Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 20-21.

<sup>82</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 210. Sien ook Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 664.

<sup>83</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 121-122 verwys na die verandering in maatskaplike toestande en opkoms van 'n sterk staatsgesag wat meegebring het dat die vrou se status in die samelewing verbeter het; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84: "Ook op de moeder rustte de plicht tot opvoeding ...".

verkry nadat die man oorlede is en die voordele van moederlike sorg en ouerlike samewerking is al hoe meer op die voorgrond gestel.<sup>84</sup> In die geheel gesien was 'n moeder se posisie steeds ondergeskik aan dié van die *paterfamilias* en verdere ontwikkelinge is as gevolg van die resepsie van die Romeinse reg, wat die ondergeskikte posisie van die vrou beklemtoon het, opgeskort.<sup>85</sup>

### 3 2 Die inhoud van die *munt*

Die gesin in die eng sin van die woord was aan die *munt* van die *paterfamilias* onderhewig. Die *munt* was aanvanklik, soos die *patria potestas* van die vroeë Romeinse reg, onbeperk en het wesenlik uit 'n versameling bevoegdhede bestaan.<sup>86</sup> De Blécourt/Fischer verduidelik soos volg:<sup>87</sup>

"Gelyk bij alle andere gezagsverhoudingen, die onder het begrip mundium vielen, zo werd ook en vooral bij den vader en den voogd *aanvankelijk* de nadruk gelegd op het *recht* van hem, die het mundium had, ..."

Die *paterfamilias* het ingevolge sy omvangryke gesagsbevoegdhede oor die reg op lewe en dood oor sy vrou en kinders beskik en kon hulle ook in slawerny verkoop.<sup>88</sup> Die uitoefening van die *munt* moet teen die agtergrond van die *sib* se toesighoudende rol gesien word en dit beteken dat uiterste optrede, soos hierbo genoem, nie sonder meer plaasgevind het nie.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 216-218, 222; Studiosus "Die aard van die gesagsregte van ouers ten opsigte van hul minderjarige kinders" 1946 *THRHR* 32 34.

<sup>85</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 216: "Intusschen, als uitoefening daarvan [regte of pligte van ouers] door één noodig is, is het de vader, die er voor opkomt."; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84: "De vaderlijke macht is eerst in die 20e eeuw in *ouderlijke* macht veranderd" en "Aangezien vrouwen, om voor het gerecht op te treden, een gekoren voogd nodig hadden, kon de moeder-voogdes natuurlijk haar kind niet voor het gerecht vertegenwoordigen, doch behoefde zij hiertoe den bijstand van een gekoren voogd."; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 23; Studiosus 1946 *THRHR* 34.

<sup>86</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 657-658.

<sup>87</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84.

<sup>88</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 21-22.

<sup>89</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 209-210.

Die *mnt* is met verloop van tyd getemper en die idee dat die *paterfamilias* ook verpligtinge teenoor diegene onderhewig aan sy gesag verskuldig is, het ontwikkel.<sup>90</sup> Fockema Andreae<sup>91</sup> maak die volgende algemene opmerking oor die aard van die ouer-kind verhouding:

"De bepalingen, die duidelijk licht geven over de rechtsbetrekkingen tusschen ouders en wettige kinderen staande huwelijk, zijn niet talrijk, wij zullen den grond hiervoor wel niet hebben te zoeken in het ontbreken van eene algemeene rechtsovertuiging hieromtrent, maar veeleer in het onnoodige van uitdrukkelijke regeling, omdat de natuurlijke verhouding van zelf den weg wees."

De Blécourt<sup>92</sup> verwys byvoorbeeld na die plig om onderhoud en opvoeding aan kinders te verskaf; die reg om as verteenwoordiger van 'n kind op te tree, en

"[h]et recht om het meisje uit te huwelijken, en later dat om toestemming tot het huwelijk van het kind of den pupil te geven of te weigeren, vloeide eveneens uit het mundium voort".

Fockema Andreae bespreek die volgende elemente van die *mnt*:<sup>93</sup>

- (a) Die verpligting van ouers om hul kinders te beskerm.
- (b) Die ouers se verpligting om hul kinders te onderhou en op te voed. Ouers kon in dié verband 'n matige tugbevoegdheid uitoefen.
- (c) As teenkant van ouers se plig tot opvoeding van hul kinders, het hulle die vruggebruik van kinders se bates gehad.
- (d) Ouers moes hul kinders in regshandelinge verteenwoordig.
- (e) Ouers was aanspreeklik vir skade wat deur hul kinders veroorsaak is en boetes wat aan die kinders opgelê is.

---

<sup>90</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 210; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 21-22.

<sup>91</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 216.

<sup>92</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84.

<sup>93</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 217-221.

'n Verklaring vir die geleidelike afwating van die *munt* kan na die volgende stelling van Fockema Andreae teruggevoer word:<sup>94</sup>

"Kinderen hebben verzorging noodig en om hunne geestelijke onrijpheid en om hunne lichamelijke hulpbehoewendheid. *Deze laatste was wel de gewichtigste grond*, waarom zij in de oud-Germaansche maatschappij niet voor vol konden gelden."

Bogenoemde verteenwoordig 'n nuwe benadering waar die ondergeskikte posisie van die minderjarige ingevolge liggaamlike hulpbehoewendheid verklaar word. Dit is in teenstelling met die vroeëre benadering waar die kind as ekonomiese bate beskou is en aan vaderlike gesag onderhewig was omdat dit vermoënsregtelik vir die vader voordelig sou wees.<sup>95</sup> Die nuwe benadering het beteken dat vaderlike gesag tot voordeel van die kind en nie tot voordeel van die vader nie uitgeoefen moes word.<sup>96</sup> Die *munt* as absolute en onbeperkte gesagsvorm is onversoenbaar met so 'n veranderde benadering ten opsigte van kinders en volgens Studiosus<sup>97</sup>

"het die 'mundium'-begrip mettertyd heeltemal sy magskarakter verloor en alhoemeer 'n versorgingsplig geword".

Die regsgevolge van die *patria potestas* en die *munt* het breedweg ooreengestem maar die regsteorieë onderliggend aan elkeen van die twee konsepte het betekenisvol verskil.<sup>98</sup> In die geval van die *patria potestas* het die klem op die regte van die *paterfamilias* geval terwyl die *munt* 'n kompleks van regte en verpligtinge was.<sup>99</sup> Tweedens was die *patria potestas* 'n soort mandaat wat deur die staat aan die *paterfamilias* verleen is en waarmee hy met 'n groot mate van onafhanklikheid binne sy huishouding bekleed is. Die *munt* was eerder 'n algemene riglyn vir optrede, stewig in gebruike gevestig en met die *sib* aktief by die praktiese uitoefening daarvan betrokke.<sup>100</sup> Laastens was die *patria potestas* 'n besonder rigiede konsep wat formeel slegs deur wetgewing verander is. Die *munt*, daarenteen, was 'n vloeibare konsep wat vatbaar was vir eksterne invloede, soos byvoorbeeld dié van die kerk, en dus sensitief vir veranderings soos deur die sosiale orde weerspieël.<sup>101</sup>

<sup>94</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht* I 112.

<sup>95</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344 en vn 54; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 4; Studiosus 1946 *THRHR* 33.

<sup>96</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 33.

<sup>97</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 33-34.

<sup>98</sup> Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 231.

<sup>99</sup> Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 231.

<sup>100</sup> Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 231.

<sup>101</sup> Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 231.

### 3 3    Ontstaan van die *mund*

Die *paterfamilias* het deur huweliksluiting die *mund* oor sy vrou verkry, asook oor enige kinders wat uit die huwelik gebore is.<sup>102</sup> Die *mund* is ook deur die wettiging van buitewettige kinders verkry. Wettiging kon op een van twee maniere plaasvind, naamlik deur huweliksluiting van die natuurlike ouers en kragtens 'n verordening van owerheidsweë.<sup>103</sup> Laasgenoemde metode was 'n uitsondering en De Blécourt/Fischer verwys soos volg daarna:<sup>104</sup>

"Wettiging als gunst van de overheid (b.v. na den dood van een der ouders) vindt men in de dagen der Republiek en ook reeds *een enkele maal in vroegen tijd.*"

Aanneming het wel as instelling bestaan waardeur 'n aangenome kind onder die *mund* van sy aannemende ouer gekom het.<sup>105</sup>

### 3 4    Beëindiging van die *mund*

'n Dogter het tot en met huweliksluiting onder haar vader se *mund* gebly.<sup>106</sup> By huweliksluiting het sy onder haar man se *mund* gekom en het gevolglik nooit mondig geword nie.<sup>107</sup> Die *mund* is wel beëindig oor 'n seun wat in die huwelik getree het.<sup>108</sup>

'n Seun kon ook deur emansipasie van die *mund* bevry word.<sup>109</sup> Emansipasie het aanvanklik plaasgevind op die tydstip waarop 'n seun fisies so ontwikkel het dat hy wapens kon dra en weerbaar verklaar is.<sup>110</sup> Mettertyd is emansipasie aan 'n vaste ouderdom gekoppel.<sup>111</sup>

<sup>102</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 209-210; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 659.

<sup>103</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 210-212; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 84.

<sup>104</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 85.

<sup>105</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 114-115; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 344.

<sup>106</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 157; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 345; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 56.

<sup>107</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 157; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 56 88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 345.

<sup>108</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 87-88; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 56.

<sup>109</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 113-114; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 345; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 25; Labuschagne 1992 *TSAR* 354; Huebner *A History of Germanic Private Law* (vertaling Philbrick) 55, 662-663.

<sup>110</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 114.

Sou dit gebeur het dat die *paterfamilias* voor mondigwording van 'n seun of huweliksluiting deur 'n dogter oorlede is, het naaste bloedverwante eenvoudig as voogde opgetree.<sup>112</sup>

#### 4 FRANKIESE REG<sup>113</sup>

##### 4.1 Die gesin in die Frankiese reg

Gedurende die Frankiese tydperk (tussen die vyfde en negende eeu) het die Germaanse volkere hul stamgebondenheid oorkom en in groter politieke eenhede saamgesmelt.<sup>114</sup> Die sosiale orde het nou ander magsgroeperings weerspieël wat in die reg in die algemeen en in die persone- en familiereg spesifiek neerslag gevind het. 'n Sterk sentrale regering was aan die orde van die dag en die idee van die *sib* as sosiale eenheid en gesagsliggaam het begin vervaag.<sup>115</sup> Die vader het as individuele voog op die voorgrond getree en die gesamentlike voogdy wat deur die *sib* oor minderjariges uitgeoefen is, vervang.<sup>116</sup> Met die dood van die vader is sy voogdy oor minderjarige kinders gewoonlik aan sy oudste seun oorgedra (of aan enige ander manlike verwant) wat dan as *tutor legitimus* opgetree het.<sup>117</sup> Die koning, as beskermheer van alle onweerbares teen geweld, is geleidelik as oppervoog van alle minderjariges gesien en het so die toesighoudende rol van die gesinsraad vervang.<sup>118</sup> Hy het sy voogdyskap deur die *curia regis* uitgeoefen en so die *Obervormundschaft* of *suprema tutela* oor alle minderjariges verkry. Daarmee is die gedagte van die hoër hof as oppervoog oor alle minderjariges gevestig.<sup>119</sup>

---

<sup>111</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 345; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 25; Labuschagne 1992 TSAR 354.

<sup>112</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 221-222; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 86.

<sup>113</sup> Vyfde eeu n C - negende eeu n C.

<sup>114</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 400.

<sup>115</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 362-367, 400.

<sup>116</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 386, 400; Labuschagne 1992 TSAR 354.

<sup>117</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 224; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 86.

<sup>118</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht I* 122; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 386.

<sup>119</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 386; Labuschagne 1992 TSAR 355.

## 4 2 Die inhoud van vaderlike gesag

Volgens Hahlo en Kahn<sup>120</sup> is die uitstaande kenmerk van die Frankiese tydperk die transformasie van natuurlike voogdy as 'n somtotaal van regte of bevoegdhede na natuurlike voogdy as 'n somtotaal van regte en verpligtinge. Die Frankiese ryk was teen die agste eeu sodanig onder invloed van die Christelike leer dat dit as 'n Christendom bekend gestaan het - 'n feit wat onteenseglik 'n invloed op die ouer-kind verhouding moes uitgeoefen het.<sup>121</sup> Studiosus<sup>122</sup> verwys soos volg hierna:

"Die besondere invloed van die Christendom op die onderlinge verhouding tussen ouer en kind blyk uit die herhaalde verwysings na die Heilige Skrif in die Romeins-Hollandsregtelike bronne. Dit is heeltemal verstaanbaar aangesien gesinsverhoudings in baie opsigte meer van sedelike as juridiese aard is."

By gebrek aan inligting tot die teendeel kan aanvaar word dat vaderlike gesag met die geboorte van 'n kind uit 'n wettige huwelik, deur wettiging van buite-egtelike kinders en deur aanneming ontstaan het.<sup>123</sup> Vaderlike gesag was steeds omvangryk, met 'n moontlike tempering daarvan onder invloed van die Christelike leer. Kinders was egter steeds in 'n ondergeskikte posisie.

Anders as in die Romeinse reg was 'n kind wel bevoeg om eiendomsreg van bates te verkry maar onderhewig aan die administrasie daarvan deur die vader.<sup>124</sup> Solank as wat die kind in die vader se huis gebly het, het laasgenoemde 'n soort vruggebruik oor die bates van die kind gehad.<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 400.

<sup>121</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 367-368; Studiosus 1946 *THRHR* 34.

<sup>122</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 34.

<sup>123</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 209-221; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 83-88; Studiosus 1946 *THRHR* 35-36.

<sup>124</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 383; Stoljar *International Encyclopedia of Comparative Law* 23-24.

<sup>125</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 86-87; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 383.

### 4 3 Beëindiging van vaderlike gesag

Seuns het by die bereiking van 'n vaste ouderdom *mondig* geword.<sup>126</sup> Selfs al was 'n seun *mondig*, was hy steeds aan vaderlike gesag onderhewig solank as wat hy in die ouerhuis gebly het.<sup>127</sup> Eers wanneer hy sy ouerhuis verlaat het om op sy eie te gaan woon, is hy as *selfmondig* beskou.<sup>128</sup>

'n Dogter het onder haar vader se *mund* gebly solank as wat sy in haar ouerhuis gewoon het. By haar huweliksluiting is die vader se *mund* oor haar beëindig, maar dan het sy onder haar man se *mund* gekom.<sup>129</sup>

Die vaderlike *mund* is ook beëindig indien 'n vader sy toestemming verleen het dat sy seun deur 'n ander aangeneem word.<sup>130</sup>

## 5 ROMEINS-HOLLANDSE REG

### 5 1 Die gesin in die Romeins-Hollandse reg

'n Stelsel van voogdyskap het ontwikkel wat weinig met die *patria potestas* van die Romeinse reg in gemeen gehad het.<sup>131</sup> Van Leeuwen skryf in dié verband:<sup>132</sup>

"De grote en bysondre magt die de Romeynen over hare Kinderen hadden, komt met de manieren van ons Land niet over een. Sodanig dat deselve huydendaags by na nergens anders in bestaat; als in de eerbiedigheid, die de Kinderen, van Godes wegen, hare Ouders schuldig zyn: en aan de ander zyde, in een sekere bystand, en hulp by de Ouders in't mede uitwerken, of uitvoeren van hare Kinders saken te doen."

<sup>126</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 382.

<sup>127</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 219-220; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 57-58, 87-88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 382.

<sup>128</sup> De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 57-58, 87-88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 382.

<sup>129</sup> Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 157; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 88; Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 383.

<sup>130</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 383.

<sup>131</sup> De Groot 1 6 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 9 2; Van Leeuwen *RHR* 1 13 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>132</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 1.



Die moeder het ook oor sekere regte ten opsigte van binne-egtelike kinders beskik en dit is daarom meer gepas om na ouerlike gesag en nie net na vaderlike gesag nie te verwys.<sup>133</sup> Met die dood van die vader het die ouerlike gesag in die moeder gesetel en ook andersom, selfs al is 'n voog aangestel om die kind se boedel te administreer.<sup>134</sup> Al het die ouerlike gesag oor binne-egtelike kinders albei ouers toegekom, was die moeder se regte ondergeskik aan dié van die vader en is hy as voog van die kinders gesien.<sup>135</sup> Die moeder was wel die voog van buite-egtelike kinders.<sup>136</sup>

Die verhouding tussen grootouer en kleinkind het ook betekenisvol van die posisie in die Romeinse reg verskil. Voet sit die posisie soos volg uiteen:<sup>137</sup>

"By Roman law it was held that grandsons born to a son still under power were in the power of the grandfather, so that while he was alive the power of the midway father was hardly to be seen. But by the law of our country the better view is that the grandsons are in the power of the father alone, not of the grandfather, and that not even after the father's death will they be bound by the ties of the grandfather."

Die implikasie was dat die grootouers regtens nie met die ouer-kind verhouding kon inmeng nie.<sup>138</sup>

- 
- <sup>133</sup> De Groot 1 7 9: "Door uiterste wille werden voogden ghestelt zoo by de moeder als by de vader, de welcken in desen ghelijcke macht hebben, sulcks oock dat voogden by den eerst-overlijdende zijnde ghestelt, de langst-levende daer nae mede voogden mag stellen met gelijk recht, ende heeft dit plaets soo wel ten aenzien van geboren als ongheborn kinderen ..."; Voet 1 6 3 (vertaling Gane): "Let him only keep in mind that those effects of paternal power which survived in the later Roman law have been to a great extent done away with by the customs of most nations; or, if not done away with, have been shared with the mother." Voet 27 2 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1 "Zij [de magt der ouders over hunne kinderen] komt niet slechts aan den vader, maar ook aan de moeder toe, en, na's vaders dood, aan de moeder alleen. Zij bestaat in een algemeen toezicht over het onderhoud en de opvoeding hunner kinderen, en de beheering van derzelver goederen ... De ouders zijn bevoegd om, bij hun overlijden, in de voogdij hunner kinderen te voorzien."; Studiosus 1946 *THRHR* 35-42.
- <sup>134</sup> De Groot 1 7 8: "Wel is waer dat de langst-levende der ouden, schoon by uiterste wille oft by d'overheid niet mede gestelt zijnde tot voogd, altijd behoud de opzicht die de zelve nae de aengeboren ende gegeven Goddelicke wet toekomt, ende over-zulcks in't huwelick van de kinderen het meeste zeggen heeft, gelijk oock in de opvoedinge der kinderen op des selfs raed zonderling werd gelet. Maer alle rechts-plegingen werden ghevoert op der voogden naem, dien oock het bewind der goederen toe-komt."; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 422-423.
- <sup>135</sup> De Groot 1 6 1: "Van dese onbestorvene kinderen komt de voogdij de vader toe, die als vader ende voogd voor de selven in rechte spreekt: ende voorts 't bewind heeft van de goederen, die haer door erffnisse ofte anderzints mogen aengekomen zijn, op zodaniger wijze, als der wezen voogden doen"; Lee *Roman-Dutch Law* 36-37; Studiosus 1946 *THRHR* 42.
- <sup>136</sup> Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2: "Kinderen, in onëcht geteeld, staan niet onder de magt van den vader, maar wel van de moeder, als welke geen bastaard maakt."; Fockema Andreae *Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht II* 210; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 85.
- <sup>137</sup> Voet 1 6 4 (vertaling Gane).
- <sup>138</sup> Groenewegen *De Leg Abr* 1 9 3; Voet 1 6 4; Voet 23 2 15; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 3 6; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 423.

Aanneming, wat so 'n belangrike rol in die Romeinse reg vervul het, het nie as instelling bestaan nie, behalwe in Friesland.<sup>139</sup> Dit verklaar waarom aanneming nie by die verkryging of beëindiging van ouerlike gesag bespreek word nie.<sup>140</sup>

Kinders onder die ouderdom van vyf-en-twintig jaar<sup>141</sup> is as minderjarig beskou en was onder die voogdy van hulle ouers of 'n ander voog.<sup>142</sup> Alle minderjariges waarvan een of albei ouers oorlede is, is as weeskinders gesien en een of meer voogde moes vir hulle aangestel word.<sup>143</sup> Laasgenoemde voogde is kragtens testament of deur die toepaslike gesagsliggaam aangewys.<sup>144</sup> 'n Oorlewende ouer het steeds ouerlike gesag gehad maar dit is uitgeoefen naas die spesifieke verantwoordelikhede wat aan 'n aangewese voog opgedra is.<sup>145</sup>

## 5.2 Die inhoud van ouerlike gesag

Die aard, inhoud en omvang van ouerlike gesag het betekenisvol van die posisie in die Romeinse reg verskil en word soos volg deur Voet bespreek:<sup>146</sup>

"Let him only keep in mind that those effects of paternal power which survived in the later Roman law have been to a great extent done away with by the customs of most nations; or, if not done away with, have been shared with the mother. A father cannot now sell his child in case of neediness. Nor does he with us get the usufruct of a son's property coming from sources other than the father. Nor does he make pupillary substitution with the consequences which it used to produce in Roman law. Nor does he enjoy the right of substitution to a greater extent than the mother. In respect of marriage also, while the father's consent is required, yet, if he is wanting, the mother's consent must be obtained up to the same age..."

<sup>139</sup> De Groot 1 6 1, 1 6 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 11; Van Leeuwen *RHR* 1 13 3; Voet 1 7 7; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2.

<sup>140</sup> Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2.

<sup>141</sup> De Groot 1 7 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 12 3; Van Leeuwen *RHR* 1 13 6; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3.

<sup>142</sup> De Groot 1 6 1; De Groot 1 7 7-1 7 10, 1 7 13.

<sup>143</sup> De Groot 1 7 2.

<sup>144</sup> De Groot 1 7 9-1 7 10, 1 7 13, 1 7 16: "Welverstaende dat de wezen noit voogdeloos en moghen zijn, maer de voogden by overlijden ofte andersints ontbreeckende moete terstond anderen in haer plaetse ghestelt werden."

<sup>145</sup> De Groot 1 7 8.

<sup>146</sup> Voet 1 6 3 (vertaling Gane).

Kinders was gehoorsaamheid aan hul ouers verskuldig, 'n verpligting wat De Groot op die natuurreg baseer:<sup>147</sup>

"Wat het zonderlinge opzicht aengaet, hoe wel het sijn gedaente bekomt uit de burger-wetten, heeft nochtans sijn oorspronck uit het aengheboren recht: want het zelve leert ons, dat de kinderen, als haer wezen naest God van haer ouders ontfanghen hebbende, de zelve haer ouders daer over alle eer, danck ende onderdanigheid schuldig zijn."

Dié verpligting tot gehoorsaamheid het na die bereiking van meerderjarigheidstatus voortgeduur.<sup>148</sup>

Ouerlike gesag het in die Romeins-Hollandse reg uit die volgende elemente bestaan:

- (a) Ouers was vir hul kinders se opvoeding, versorging en beskerming verantwoordelik.<sup>149</sup> Die versorgingsplig is as teenprestasie beskou vir die gehoorsaamheid en eerbied wat kinders aan hul ouers verskuldig was.<sup>150</sup> Die versorgingsplig was omvangryk en het die verskaffing van kos, klere, huisvesting, mediese behandeling en verstandelike, sedelike en godsdienstige opvoeding ingesluit.<sup>151</sup> Die versorgingsplig was albei ouers se verantwoordelikheid, elkeen na sy of haar onderskeie vermoë.<sup>152</sup>

<sup>147</sup> De Groot 1 3 8. Sien ook Van Leeuwen *RHR* 1 13 1: "De grote en bysondere magt die de Romeynen over hare Kinderen hadden, komt met de manieren van ons Land niet over een. Sodanig dat deselve huylendaags by na nergens ander in bestaat; als in de eerbiedigheid, die de Kinderen, van Godes wegen, hare Ouders schuldig zyn ...".

<sup>148</sup> De Groot 1 6 4: "De kinderen op een dezer wijzen van de vaderlicke hand zijnde ontslaghen, bekomen daer door het bewint haerder goederen ende macht om recht te spreekken: blijvende voorts altijd plichtig haere ouders gehoorzaamheid ende eerbiedinghe te bewijzen volgens de aengebooren ende Goddelicke gegeven wet."; Van Leeuwen *RHR* 1 13 3: "De magt dan die, en sodanig de Ouders over hare Kinderen hebben, is niet geduyrig, maar houd op, en eyndigt by sekere voor-vallen: blyvende niet-te-min de Kinderen altijd schuld-pligtig, hare Ouderen gehoorsaamheid, en alle eerbiedigheid te bewysen, volgens de aangeboren, en gegeven Goddelijke Wetten."

<sup>149</sup> De Groot 1 6 6; Van Leeuwen *RHR* 1 13 1, 1 13 7; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>150</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 8; Van Leeuwen *CF* 1 10 5; Voet 25 3 4; Groenewegen *De Leg Abr ad D* 34 1 15.

<sup>151</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 8; Van Leeuwen *CF* 1 10 5; Voet 25 3 4; Groenewegen *De Leg Abr ad D* 34 1 15.

<sup>152</sup> De Groot 1 6 1; Van Leeuwen *CF* 1 10 1; Voet 25 3 6-7.

- (b) Terwyl albei ouers geleef het, was die vader vir die bestuur en administrasie van die kind se boedel verantwoordelik.<sup>153</sup>
- (c) 'n Minderjarige moes albei ouers of die oorlewende ouer se toestemming tot huweliksluiting verkry.<sup>154</sup> Van Leeuwen verklaar uitdruklik dat die ouers se bevoegdheid om toestemming tot die huwelik te verleen deel van hul ouerlike gesag vorm.<sup>155</sup> Die toestemmingsvereiste is ook statutêr gereël by wyse van die Ewige Edik van Keiser Karel van 4 Oktober 1540 en die Politieke Ordonnansie van 1 April 1580.<sup>156</sup> 'n Plakkaat van Holland van 31 Julie 1671 het spesifiek bepaal dat die woord "ouers" in artikel 3 van die Politieke Ordonnansie van 1580 vader en moeder en nie grootvader nie beteken.<sup>157</sup>
- (d) Kinders is deur hul vader in litigasie verteenwoordig.<sup>158</sup>
- (e) Ouers kon uit hoofde van hul ouerlike gesag testamentêre voogde vir hul kinders aanstel.<sup>159</sup> Albei ouers het oor dié bevoegdheid beskik, 'n aspek wat deur De Groot beklemtoon word:<sup>160</sup>

"[s]ulks oock dat voogden by den eerst-overlijdende zijnde ghestelt, de langst-levende daer naemedē voogden mag stellen met gelijck recht."

'n Ouer kon nie met die aanwys van 'n testamentêre voog die ander ouer se beheer en toesig oor die kind ontnem nie. De Groot sit die posisie soos volg uiteen:<sup>161</sup>

"Wel is waer dat de langst-levende der ouden, schoon by uiterste wille ... niet mede gestelt zijnde tot voogd, altijd behoud de opzicht die de zelve nae de aengeboren ende gegeven Goddelicke wet toekomt; ende over-zulcks in 't huwelick van de kinderen het meeste zeggen heeft, gelijck oock in de opvoedinge der kinderen op des selfs raed zonderling werd gelet. Maer alle rechts-plegingen werden ghevoert op der voogden naem, dien oock het bewind der goederen toe-komt."

<sup>153</sup> De Groot 1 6 1, 1 6 4; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>154</sup> De Groot 1 5 14-16; Groenewegen *De Leg Abr* 1 10 2; Van Leeuwen *RHR* 1 12 1, 1 12 4, 1 13 1, 1 14 *pr*, 1 14 6; Voet 23 2 11, 23 2 13; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 3 2, 1 3 6, 1 4 1.

<sup>155</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 14 *pr*.

<sup>156</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 39-40.

<sup>157</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 40.

<sup>158</sup> De Groot 1 6 1.

<sup>159</sup> De Groot 1 3 8: "Maer alzo kinderen, in haere jonge jaeren onmachtig zijnde haer zelve te bestieren, oock niet wijs genoeg en waeren om haer zelve een bestierder te kiezen, zo hebben de ouders hare vrunden verzocht, om by haer aflijvigheid die zorghe aen te nemen." Sien ook De Groot 1 7 9; Voet 27 2 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>160</sup> De Groot 1 7 9; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 422.

- (f) Kinders was gehoorsaamheid aan hul ouers verskuldig en in dié verband kon ouers 'n matige tugbevoegdheid uitoefen.<sup>162</sup>
- (g) Albei natuurlike ouers was vir die onderhoud van hul kinders (ook buite-egtelike kinders) aanspreeklik.<sup>163</sup> Die onderhoudspilig was wederkerig in dié sin dat kinders in gepaste gevalle vir die onderhoud van hul ouers aanspreeklik gehou kon word.<sup>164</sup>

### 5.3 Die ontstaan van ouerlike gesag

Ouerlike gesag is deur die geboorte van 'n kind uit 'n wettige huwelik verkry.<sup>165</sup> Buite-egtelike kinders was aan die moeder se gesag onderhewig.<sup>166</sup> Ouerlike gesag is ook deur die wettiging van buite-egtelike kinders verkry wat op een van twee maniere kon plaasvind. Wettiging het eerstens deur die daaropvolgende huwelik van die natuurlike ouers plaasgevind.<sup>167</sup> Wettiging het tweedens kragtens 'n toegewing van die vors plaasgevind.<sup>168</sup> Aanneming het nie as instelling in die Romeins-Hollandse reg bestaan nie en ouerlike gesag kon dus nie op dié wyse verkry word nie.<sup>169</sup>

<sup>161</sup> De Groot 1 7 8; Studiosus 1946 *THRHR* 41-42.

<sup>162</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 1; Van Leeuwen *CF* 1 9 4; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>163</sup> De Groot 1 9 9; Van Leeuwen *RHR* 1 13 7-8; Voet 25 3 4-5; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1.

<sup>164</sup> Voet 25 3 8.

<sup>165</sup> Voet 1 6 4; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2.

<sup>166</sup> Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2; Fockema Andrea *Oud Nederlandsch Burgerlijk Recht* 210; De Blécourt/Fischer *Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 85.

<sup>167</sup> De Groot 1 12 9; Van Leeuwen *RHR* 1 7 5; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2.

<sup>168</sup> De Groot 1 12 9; Voet 25 7 4-25 7 11; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2.

<sup>169</sup> De Groot 1 6 1, 1 6 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 11; Van Leeuwen *RHR* 1 13 3; Voet 1 7 7; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2: "Het verkrijgen der vaderlijke magt, door aanneming tot kinderen, is bij ons niet in gebruik." Vergelyk Voet 1 6 4 wat in algemene terme na die verkryging van ouerlike gesag verwys, waaronder aanneming.

## 5.4 Die beëindiging van ouerlike gesag

Ouerlike gesag is op die volgende wyses beëindig:

- (a) die dood van 'n ouer of kind;<sup>170</sup>
- (b) huweliksluiting van 'n kind;<sup>171</sup>
- (c) die bereiking van meerderjarigheidsouderdom (wat op vyf-en-twintig jaar vasgestel is);<sup>172</sup> en
- (d) emansipasie.<sup>173</sup>

Dit was in die Romeinse reg moontlik vir 'n persoon om van die *patria potestas* bevry te word, bloot as gevolg van die spesifieke amp wat hy beklee het.<sup>174</sup> Volgens Van Leeuwen is dié besondere metode nie in Holland besonder relevant nie.<sup>175</sup>

"Wat voorts de waardigheid en bediening van Staten, Ampten, of *Officien* van de Kinderen aangaat, daar door de Vaderlijke magt veel wierd ontknogt heeft by ons in desen weynig twijfeling, of daar door de magt van de Ouders over hare kinderen op houd, of niet. Aangesien de geseyde waardigheid, of bediening bestaat, of in een Staats-ampt, als in Burgermeester, Schepen, of Raad van een Stad, of Burgerlijke gemeenschap, of gelijke hogen Land-stands-bediening, waar toe niemand kan werden aangenomen als die boven sijn Jaren is, of in een

<sup>170</sup> Voet 1 7 9; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3.

<sup>171</sup> 'n Seun het deur huweliksluiting meerderjarigheidstatus verkry - 'n dogter is van die ouerlike mag bevry, maar was soos 'n minderjarige aan haar man se maritale mag onderhewig: De Groot 1 5 19; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 3 7, 1 4 3; Van der Linden verduidelik verder: "Ja, dit gaat zelfs zoo verre, dat eene minderjarige dogter, doort' huwelijk van de vaderlijke magt ontslagen zijnde, en dit huwelijk, nog staande haaren minderjarigen ouderdom, door den dood ontbonden wordende, niet weder onder de vaderlijke magt vervalt." Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3.

<sup>172</sup> De Groot 1 7 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 12; Van Leeuwen *RHR* 1 3 6; Voet 1 7 15; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3.

<sup>173</sup> Emansipasie het twee vorms aangeneem en word soos volg deur De Groot uiteengesit: "De onbestorven kinderen werden mondig door huwelick ofte handlichtinge, de welcke geschied of in rechte, of stil-zwijende, te weten zo wanneer eenig kind werd toe-gelaten op zich zelve te woonen ende neeringe te doen." De Groot 1 6 4. Die eerste vorm van emansipasie waarna verwys is, het ook as uitdruklike emansipasie bekend gestaan. Dié vorm van emansipasie het teen die agtiende eeu in onbruik verval en is deur *venia aetatis* vervang: Van Leeuwen *RHR* 1 13 5; Voet 1 7 11; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3. Die tweede vorm, naamlik stilswyende emansipasie het plaasgevind waar 'n kind, met ouerlike toestemming, onafhanklik gaan woon het en 'n eie beroep of bedryf beoefen het: De Groot 1 6 4; Van Leeuwen *RHR* 1 13 5; Voet 1 7 12; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3.

<sup>174</sup> Sien 2.4 hierbo.

<sup>175</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 4 en ook Groenewegen *De Leg Abr* 1 12 4. Voet huldig die teenoorgestelde mening 1 7 10.

minder, de welke de bysondere magt van de Ouders over hare kinderen niet kan ontbinden."

## 6 SUID-AFRIKAANSE REG

### 6.1 Algemeen

Die Romeins-Hollandse reg is as gemenerereg in Suid-Afrika aanvaar en reël tot op hede primêr die ouer-kind verhouding, onderhewig aan statutêre bepalings.<sup>176</sup> Die Wet op Voogdy<sup>177</sup> verteenwoordig byvoorbeeld die mees ingrypende wysiging van die gemenerereg en bepaal onder andere dat 'n vrou voog van haar minderjarige kinders gebore uit 'n huwelik is en dat sodanige voogdy gelykwaardig is aan dié wat 'n vader kragtens die gemenerereg ten aansien van sy kinders het. Die ouer-kind verhouding in die moderne reg asook relevante verwysings na die Romeins-Hollandse reg word in hoofstukke ses en sewe volledig uiteengesit. Gevolglik word hier as agtergrond met enkele opmerkings volstaan.

### 6.2 Agtergrond

In die moderne Suid-Afrikaanse reg word die ouer-kind verhouding tipies vanuit die ouers se posisie verklaar.<sup>178</sup> Weliswaar val die klem nie soseer net op ouerlike gesag ten koste van kinders nie maar word ouers se posisie in terme van 'n kompleksiteit van regte, verpligtinge en verantwoordelikhede verstaan wat in die beste belang van die kind uitgeoefen moet word.<sup>179</sup> Spiro sien byvoorbeeld ouerlike gesag as die somtotaal van ouers se regte en verpligtinge teenoor hul minderjarige kinders wat uit hoofde van hul ouerskap ontstaan.<sup>180</sup> Dit is volgens hom juis die besondere wisselwerking tussen dié regte en verpligtinge wat ouerlike gesag in die besonder kenmerk.<sup>181</sup> Van der Vyver en Joubert maak van die begrip "ouerlike mag" gebruik, wat volgens hulle uit kompetensiebevoegdhede bestaan en naas ouers se verpligtinge ten opsigte van hul minderjarige kinders, die inhoud van ouerlike mag

<sup>176</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 566-578; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* 13 345-391; Spiro *Parent and Child* 5-7; Lee *Roman-Dutch Law* 2-14; Studiosus 1946 *THRHR* 42-53.

<sup>177</sup> 192 van 1993 a 1(1).

<sup>178</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 592; Spiro *Parent and Child* 81-82; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 152; Barnard *et al Persone- en Familiereg* 313; Boberg *Law of Persons and the Family* 457-459.

<sup>179</sup> Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 152; Boberg *Law of Persons and the Family* 457-458; *Landman v Mienie* 1944 OPD 59, 61-66; *Hornby v Hornby* 1954 1 SA 498 (O) 500; *Lynch v Lynch* 1965 2 SA 49 (R) 152; *Meyer v Van Niekerk* 1976 1 SA 252 (T) 255-257.

<sup>180</sup> Spiro *Parent and Child* 36, 41-43.

vorm.<sup>182</sup> Barnard, Cronjé en Olivier omskryf die ouer-kind verhouding as 'n *consortium omnis minoritatis* wat teen inbreukmaking deur derdes beskerm kan word.<sup>183</sup> 'n Uiteensetting van die inhoud van ouerlike gesag kom algemeen in regs literatuur voor en word aan die hand van bewaring, voogdy en die onderhoudsplig teenoor kinders bespreek.<sup>184</sup> Daar word binne hierdie kategorisering klem op aspekte soos die ouers se bystand aan 'n kind ten opsigte van regshandelinge, die administrasie van die kind se boedel en beheer oor die persoon van die kind gelê.<sup>185</sup>

## 7 GEVOLGTREKKING

Die grondslag van die ouer-kind verhouding strek so ver terug as die Romeinsregtelike *patria potestas* en die *Germaanse munt*.<sup>186</sup> Die voorafgaande ontleding van die historiese ontwikkeling van hierdie verhouding regverdig die volgende gevolgtrekkings:

- (a) Daar het 'n evolusie plaasgevind vanaf die alvermoë van die Romeinse *paterfamilias* tot by die Romeins-Hollandse reg waar albei ouers gesag oor binne-egtelike kinders kon uitoefen en ouerlike gesag deur 'n kombinasie van regte en verpligtinge gekenmerk word.<sup>187</sup> Op sy beurt is die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg ryk aan die erfenis van die Romeins-Hollandse reg.<sup>188</sup>
- (b) Die historiese oorsig illustreer duidelik 'n paternalistiese benadering teenoor kinders.<sup>189</sup> Hul natuurlike hulpeloosheid en afhanklikheid bring reeds eeue lank mee dat hulle as voorwerp van ouerlike versorging gesien word. Gevolglik word ouers, of ander persone in gesagsposisies, gesien as diegene wat in belang van kinders optree.

---

<sup>181</sup> Spiro *Parent and Child* 36, 42.

<sup>182</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 592.

<sup>183</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 365.

<sup>184</sup> Spiro *Parent and Child* 81-210, 385-444; Van der Vyver & Joubert *Persone en Familiereg* 607-614, 626-632; Barnard *et al Persone en Familiereg* 371-379; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 161-174; Boberg *Law of Persons and the Family* 457-526.

<sup>185</sup> Spiro *Parent and Child* 81-210, 385-444; Van der Vyver & Joubert *Persone en Familiereg* 607-614, 626-632; Barnard *et al Persone en Familiereg* 371-379; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 161-174; Boberg *Law of Persons and the Family* 457-526.

<sup>186</sup> Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* 345-385; Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* 3-4; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 405, 417-425; Studiosus 1946 *THRHR* 32-42.

<sup>187</sup> Studiosus 1946 *THRHR* 32-42.

<sup>188</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System* 566-578; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa* 345-391; Lee *Roman-Dutch Law* 2-14; Studiosus 1946 *THRHR* 42-53.

<sup>189</sup> Die aanvanklike beskerming was vermoënsregtelik van aard omdat die kind as 'n ekonomiese bate gesien is.



- (c) Die historiese oorsig illustreer die mate waarin die status van kinders 'n sosiologiese verskynsel is wat saamhang met die siening van 'n betrokke samelewing. Dié verskynsel word in die reg weerspieël - die status van kinders in die gesin en in die samelewing word deur die aard en omvang van ouerlike gesag en die mate van staatsregulering van die gesinslewe bepaal.

Dit blyk uit hierdie uiteensetting dat die idee van kinderregte sekere juridiese veronderstellings ten opsigte van ouerlike outonomie en status van kinders, wat histories gefundeer is, bevraagteken. Kinderregte impliseer immers dat kinders oor die bevoegdheid beskik om self keuses te maak en om beheer oor hul eie lewens uit te oefen. Dit is teen dié agtergrond wat in hoofstukke drie tot sewe aangetoon sal word hoe die reg poog om die kompleksiteit van ouderdomsverskille, verskillende rolspelers en verhoudings van afhanklikheid binne gesinsverband te akkommodeer.

## HOOFSTUK 3

### KINDERREGTE

#### 1 INLEIDING

Gedurende 1986 verskyn twee artikels uit die pen van Eekelaar, naamlik "The eclipse of parental rights"<sup>1</sup> en "The emergence of children's rights"<sup>2</sup> waarmee hy 'n persepsie wat ter sprake kom indien kinderregte geopper word, verwoord. Ouerlike gesag en kinderregte kan op die oog af nie naas mekaar bestaan nie. Dit is veral ten opsigte van adolessente wat die konflik op 'n spits gedryf word, omdat kinderregte impliseer dat kinders oor die bevoegdheid beskik om self keuses te maak en beheer oor hul eie lewens uit te oefen.

In hierdie hoofstuk word ondersoek ingestel na die aard en inhoud van kinderregte. Kinderregte kan egter nie in isolasie bestudeer word nie want dit veronderstel 'n verhouding tussen ouers, kinders en die staat. Dié verhouding is kompleks en word teweeggebring deur die spanning tussen individuele vryhede en gesinsoutonomie. Kinders word soms toegelaat om hul eie besluite te neem<sup>3</sup> maar in ander gevalle word besluite namens hulle - óf deur hul ouers<sup>4</sup> óf deur die staat - geneem.<sup>5</sup> 'n Belange-afweging om te bepaal wie in gepaste gevalle die besluitnemer is, moet dus plaasvind. Die idee van kinderregte kan ook die delikate balans tussen individualisme en gesinsoutonomie versteur omdat dit die tradisionele veronderstelling dat kinders oor geen of beperkte vermoëns beskik, en dus primêr van ouerlike versorging afhanklik is, in gedrang kan bring.

Dit is duidelik uit bogenoemde dat die rol van die staat en van ouers besonder relevant is. Laasgenoemde kwessie word in hoofstuk vier en hoofstuk vyf volledig bespreek.

---

<sup>1</sup> Eekelaar 1986 *The Law Quarterly Review* 4.  
<sup>2</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161.  
<sup>3</sup> Bv 'n geëmansipeerde minderjarige.  
<sup>4</sup> Bv mediese behandeling.  
<sup>5</sup> Bv tov sorgbehoewende kinders.

## 2 SOSIALE EN JURIDIESE UITDAGING

Die oogmerk van bevrydingsbewegings van swart persone en daarna van vrouens gedurende die sestiger- en sewentigerjare was om ongelykhede gebaseer op ras en geslag uit te skakel.<sup>6</sup> In perspektief gesien, is die versoeking groot om in bogenoemde bevrydingsbewegings momentum vir die beweging vir kinderregte te vind. Tog kan die posisie van kinders nie sonder meer aan dié van swart persone of vrouens gelykgestel word nie en algemene stellings dat ouderdom nie diskriminasie regverdig nie, bots onteenseglik met biologiese en psigologiese realiteite. Hafen waarsku ook dat daar ernstige risiko's daaraan verbonde is om die strydkrete van bevrydingsbewegings ongekwalifiseerd op die gesinslewe en op kinders van toepassing te maak.<sup>7</sup> Hy verduidelik verder:<sup>8</sup>

"The family life context has a history all of its own - a history replete with psychological, economic, sociological, and political implications. The use of 'children's rights' language in this day of rights movements offers a way to leap over that history and its implications into the realm of abstract ideology. Whether that leap is the result of strategy or ignorance, its consequences are the same. The most harmful of the potential consequences is that the long-range interests of children themselves may be irreparably damaged as the state and parents abandon children to their 'rights'."

Aansprake op kinderregte as sosiale verskynsel bring basiese oortuigings van die gemeenskap in gedrang. Kinders word deur die gemeenskap as kwesbaar en afhanklik gesien. Hulle funksioneer binne 'n gesin, asook strukture deur die staat geskep (byvoorbeeld skole).<sup>9</sup> Die uitgangspunt van die reg, asook sosiale beleid, is gebaseer op die oortuiging dat ouerlike gesag oor kinders belangrik is weens kinders se gebrek aan outonomie maar ook om die stabiliteit van die gesin te verseker.<sup>10</sup> Laasgenoemde oorweging is natuurlik van wesenlike belang vir die welstand van die gemeenskap. Die paternalistiese benadering ten opsigte van kinders word algemeen aanvaar en veral ten opsigte van jong kinders word intuïtief aangevoel dat dit die korrekte benaderingswyse is.<sup>11</sup>

Die idee van kinderregte as juridiese verskynsel plaas kwessies soos gesinsoutonomie, ouerlike gesag, die staat se betrokkenheid by die gesinslewe en kinders se status in die

<sup>6</sup> Freeman *Rights and Wrongs of Children* 1; Franklin in *Rights of Children* 1.

<sup>7</sup> Hafen "Children's liberation and the new egalitarianism: some reservations about abandoning youth to their 'rights'" 1976 *Brigham Young University Law Review* 605 607.

<sup>8</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 607.

<sup>9</sup> Jones & Marks "The dynamic developmental model of the rights of the child: a feminist approach to rights and sterilisation" 1994 *The International Journal of Children's Rights* 265.

<sup>10</sup> Wald "Children's rights: a framework for analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255 256 259.

<sup>11</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 259.

brandpunt.<sup>12</sup> Kinderregte veronderstel dat ouerlike gesag nie ongekwalfiseerd uitgeoefen kan word nie. Kinderregte bevraagteken die verskil in juridiese en sosiale status tussen volwassenes en kinders en die wyse waarop die skeidslyn getrek word.

Dit is eenvoudig genoeg om te beweer dat kinders oor regte beskik en om wetgewing te verorden of konvensies te onderteken wat kinderregte verwoord.<sup>13</sup> Die vestiging van die idee van kinderregte asook die suksesvolle implementering daarvan vereis egter veel meer as dit. Wat deurslaggewend is, is 'n sosiale bewussyn en die mate waarin kinderregte deur 'n ideologie of beginsels wat regverdiging daaraan verleen, gerugsteun word.<sup>14</sup>

### 3 "KIND" EN "REGTE" BINNE DIE KONTEKS VAN KINDERREGTE

Die uitdrukking "kinderregte" bring twee begrippe, naamlik "kinders" en "regte", bymekaar. Beide is problematies.<sup>15</sup> Dit sou simplisties wees om te aanvaar dat "kind" 'n vaste konsep is wat deur biologiese en psigologiese feite bepaal word. "Kind" of "kinderjare" is, soos "volwassene", egter sosiale en juridiese konstruksies en klassifikasies wat vir verandering vatbaar is.<sup>16</sup> "Regte" impliseer dat daar teenoorstaande juridiese of morele verpligtinge op iemand anders rus. Dit regverdig opnuut waarom "regte" of "belange" van kinders nie in isolasie bestudeer kan word nie.<sup>17</sup>

Antwoorde op die vraag wat kinderregte behels, kom vanuit 'n breë spektrum. Politieke teorieë word geopper, filosofiese oorwegings kom ter sprake, morele argumente word voorgedhou en die rol en funksie van kinders en beskouings oor kinders binne verskillende gemeenskappe kom ter sprake. Regsteoreties word vereis dat die voorafgaande oorwegings op een of ander wyse geakkommodeer word. Sekere teorieë is ideologies wel oortuigend maar faal wanneer dit in die praktyk toegepas moet word.<sup>18</sup> Baie van die teorieë ignoreer eenvoudig die realiteite van gesinsdinamika en jeugdigheid.

<sup>12</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 259; Rodham "Children under the law" 1973 *Harvard Educational Review* 487.

<sup>13</sup> Alston & Parker in *Children, Rights and the Law* viii.

<sup>14</sup> Alston & Parker in *Children, Rights and the Law* viii; Rodham *Harvard Educational Review* 497; MacDougall in *The Child and the Courts* 190-192.

<sup>15</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 6.

<sup>16</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 7; Bainham & Cretney *Children* 71; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7-9; Franklin in *Rights of Children* 7-12.

<sup>17</sup> Bainham & Cretney *Children* 81; Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 265-266; Davis & Schwartz *Children's Rights* 1-2.

<sup>18</sup> Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 260.

Volgens Coons en Mnookin is een van die redes waarom kampvegters vir kinderrechte nog nie duidelike idees oor kinderrechte kon formuleer nie, juis die feit dat daar nie genoeg aandag aan die onderliggende teorieë gewy word nie.<sup>19</sup> Freeman argumenteer ook in dié trant in sy bespreking oor die erns waarmee kinderrechte bejeën word.<sup>20</sup> Hy is van mening dat die tyd aangebreek het om verby die retoriek van internasionale konvensies, nasionale wetgewing en akademiese gesprekke te beweeg en dat morele argumente onderliggend aan kinderrechte diepsinnig ontleed behoort te word.<sup>21</sup> Hy formuleer sy standpunt op die volgende wyse:<sup>22</sup>

"Those who wish to see the status and lives of children improved, must continue the search for the moral foundation of children's rights. Without such thinking there would not have been a Convention [on the Rights of the Child]; without further critical insight there will be no further recognition of the importance to children's lives of according them rights."

### 3 1 Wie is 'n "kind"?

#### 3 1 1 *Agtergrond*

Volgens historici is die klassifikasie van mense as "kinders" 'n relatief onlangse konstruksie.<sup>23</sup> Franklin en Hodgson verwys selfs daarna as 'n Europese ontwikkeling van die afgelope 400 jaar.<sup>24</sup> Voor dié tydperk was daar geen of weinig onderskeid tussen kinders en volwassenes en 'n kind het lid van die groter samelewing geword so gou as wat versorging deur die moeder nie meer nodig was nie.<sup>25</sup>

Dit is eers vanaf die sewentiende eeu dat daar begin is om na die kinderjare as 'n afsonderlike lewensfase te verwys. Hiervolgens word die kind met karaktereenskappe soos onskuld, swakheid, irrasionele optrede, hulpeloosheid, kwesbaarheid en afhanklikheid geassosieer.

Die patrone en teenstrydighede in die wyse waarop kinders histories behandel is, dien as bewys van die veranderende aard van 'n begrip soos "kinderjare".<sup>26</sup> Die blote idee dat regte enigsins aan 'n kind verleen kan word, bevestig dat die potensiaal vir verandering maar altyd

<sup>19</sup> Coons & Mnookin in *The Child and the Courts* 392.

<sup>20</sup> Freeman "Taking children's rights more seriously" 1992 *International Journal of Law and the Family* 52-71.

<sup>21</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 52-53.

<sup>22</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 53.

<sup>23</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 7; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7; Franklin in *Rights of Children* 8; Hodgson "The historical development and 'internationalisation' of the children's rights movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 252 255.

<sup>24</sup> Plumb *In the light of history* 153 aangehaal deur Franklin in *Rights of Children* 8.

<sup>25</sup> Aries *Centuries of Childhood* 128.

<sup>26</sup> Franklin in *Rights of Children* 12.

aanwesig is. Historiese inligting illustreer ook hoe gemeenskapsoortuigings oor die waarde van die gesin as samelewingseenheid en die status van individuele gesinslede veranderings in beleid kan beïnvloed.

Twee verdere historiese opmerkings is relevant ten opsigte van moderne idees oor kinderregte. Soos reeds vermeld, is die skeidslyn tussen ouers en kinders vroeër nie so duidelik getrek nie en sekere kampvegters vir kinderregte vind daarin regverdiging dat dit ook vandag die posisie behoort te wees.<sup>27</sup>

Freeman brei soos volg uit op dié tema:<sup>28</sup>

"There is abundant evidence that children in past centuries participated in adult activities, work, sex and leisure in a way that would surprise and shock most of us. What conclusions are we to draw from this? If moral argument and history appear to be on the side of the enfranchisers and liberators, are we to admit that we are wrong? Should we abandon the distinction between children and adults even if this means, as one commentator astutely put it, 'abandoning children to their rights?'"

Die tweede opmerking hou verband met die realiteit van 'n kind se fisiese afhanklikheid, 'n aspek wat soms gerieflikheidshalwe deur diegene wat 'n kind se status in alle opsigte aan die van volwassenes wil gelykstel, geïgnoreer word. Vir Freeman is dit 'n belangrike oorweging en hy plaas dit binne konteks met die volgende opmerking:<sup>29</sup>

"Children in medieval society may have dressed as their parents and indulged in the same pastimes. They may have been exposed to sexual activity and allusion. Society may have regarded them as answerable for their wrongs and accordingly bound to pray as an adult would. But a young child's physical needs have always been different, even if an earlier society did not recognise his psychological wants."

### 3 1 2 Omskrywing

'n Eenvoudige definisie om die diversiteit van "kinderjare" te verwoord, ontbreek.<sup>30</sup> Gemeenskappe neig om die lewensiklus van persone breedweg in twee fases te verdeel - kinderjare en volwassenheid. Die oorgang van een fase na 'n ander geskied tipies aan die hand van ouderdom en gaan met die verlening van regte en die oplê van verpligtinge gepaard.<sup>31</sup> In Suid-Afrika is meerderjarigheidsouderdom byvoorbeeld op een-en-twintig jaar

<sup>27</sup> Holt *Escape from Childhood* 114-205; Farson *Birthrights* 27; Freeman "The rights of children in the international year of the child" 1980 *Current Legal Problems* 15-16; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 12-13.

<sup>28</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 2.

<sup>29</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 12.

<sup>30</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7; Franklin in *Rights of Children* 7.

<sup>31</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7.

maar in Brittanje is dit op agtien jaar vasgestel.<sup>32</sup> Daar word algemeen na 'n kind as 'n persoon onder meerderjarigheidsouderdom verwys maar 'n aantal belangrike oorwegings moet in gedagte gehou word.

Eerstens is die omskrywing van 'n kind 'n sosiale konstruksie wat deur 'n verskeidenheid sosiale, historiese en kulturele faktore gevorm word.<sup>33</sup> Franklin stel dit soos volg:<sup>34</sup>

"Being a child is not a universal experience of any fixed duration, but is differently constructed expressing the divergent gender, class, ethnic or historical locations of particular individuals. Distinctive cultures, as well as histories, construct different worlds of childhood."

Tweedens kan die skeidslyn tussen volwassenes en kinders wissel afhangend van die betrokke aktiwiteit wat ter sprake is.<sup>35</sup> 'n *Infans* kan nie deliktueel aanspreeklik gehou word nie<sup>36</sup> en 'n kind verkry eers op agtienjarige ouderdom stemreg.<sup>37</sup> 'n Persoon kan vanaf sestienjarige ouderdom 'n geldige testament verly,<sup>38</sup> vanaf agtienjarige ouderdom 'n domisilie van keuse verkry<sup>39</sup> maar verkry eers meerderjarigheidstatus op een-en-twintigjarige ouderdom.<sup>40</sup> Soms geld die skeidslyn nie net ooreenkomstig ouderdom nie maar ook ooreenkomstig geslag. Puberteitsouderdom is in terme van die gemenereg twaalf jaar vir meisies en veertien jaar vir seuns. Die voorafgaande uiteensetting bevestig dat 'n persoon vir doeleindes van sekere aktiwiteite as "kind" beskou word en vir ander doeleindes weer 'n "volwassene" is.

Derdens verberg die feit dat daar na almal onder meerderjarigheidsouderdom as "kinders" verwys word, die inherente diversiteit wat aan kinderjare verbonde is. 'n Vals beeld van soortgelyke behoeftes, vermoëns en potensiaal word geskep ten opsigte van 'n groep wat duidelik heterogeen is.<sup>41</sup> Die ouderdomsgroep vanaf geboorte tot by meerderjarigheidsouderdom verteenwoordig egter die lewensfase waarin die mees omvattende veranderings op fisiese, emosionele en intellektuele gebied plaasvind. Uiteenlopende vermoëns en bevoegdhede ontwikkel en verskillende behoeftes realiseer.

<sup>32</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1; tov Brittanje *Family Reform Act* 1969 a 1.

<sup>33</sup> Franklin in *Rights of Children* 7.

<sup>34</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7.

<sup>35</sup> Bainham & Cretney *Children* 71; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8; Franklin in *Rights of Children* 7.

<sup>36</sup> D 48 8 12; Voet 9 2 29.

<sup>37</sup> Kieswet 202 van 1993 a 15(1).

<sup>38</sup> Wet op Testamente 7 van 1953 a 4.

<sup>39</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1.

<sup>40</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1.

<sup>41</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8; Franklin in *Rights of Children* 7-8; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 488.

Vergelyk byvoorbeeld die uiteenlopende behoeftes van 'n vierjarige en 'n sestienjarige; tog word beide as kinders beskou.<sup>42</sup>

Vierdens kan die posisie van 'n kind van een land tot 'n ander dramaties verskil. "Kind" word primêr in Westerse terme gedefinieer, tog kan die posisie van 'n kind binne 'n hoogs geïndustrialiseerde land soos Amerika of Duitsland moeilik met die van 'n kind in 'n Derde Wêreld land soos Rwanda, Angola of Mosambiek vergelyk word.<sup>43</sup> Selfs binne 'n gemeenskap kan daar groot verskille wees.<sup>44</sup> Die situasie van 'n kind binne 'n tipiese Westerse gesin verskil byvoorbeeld dramaties van die struktuur waarbinne 'n straatkind homself bevind en moet oorleef.<sup>45</sup>

Bogenoemde oorwegings is almal in 'n mindere of meerdere mate ter sprake in die argumente ten gunste van die verlening van kinderregte. Ontevredenheid oor die neerlê van arbitrêre ouderdomsgrense is byvoorbeeld onderliggend aan die argumente van diegene wat hulle beywer vir die algehele outonomie van kinders.<sup>46</sup> Hierdie aangeleenthede word hieronder meer volledig bespreek en vir dié doeleindes word aanvaar dat 'n kind 'n persoon onder een-en-twintigjarige ouderdom is, tensy spesifieke uitsonderings geld.

### 3 2 Regte

Wat beteken dit om die draer van regte te wees? Die vraag staan sentraal in die debat oor kinderregte. Teorieë oor die aard en inhoud van regte is kompleks en is baie lank reeds die onderwerp van regs wetenskaplike en filosofiese debatte.<sup>47</sup> Tradisioneel word die draers van regte beperk tot diegene wat oor die nodige vermoë beskik om daardie regte uit te oefen.<sup>48</sup> Vermoë word met ander woorde as voorvereiste vir die uitoefening van regte gestel - 'n aspek

<sup>42</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8; Franklin in *Rights of Children* 7-8; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 488.

<sup>43</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8.

<sup>44</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8; Olsen in *The UN Children's Convention and Australia* 73-74.

<sup>45</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 8; Ennew in *Handbook of Children's Rights* 201-214.

<sup>46</sup> Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 270; Bevan *Child Law* 11; Cohen *Equal Rights* 8 13-14.

<sup>47</sup> Federle "Rights flow downhill" 1994 *The International Journal of Children's Rights* 343 345-357.

<sup>48</sup> Federle "Constructing rights for children: an introduction" 1993 *Family Law Quarterly* 301 301-302; Federle 1994 *The International Journal of Children's Rights* 343-345; Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 611-613.



wat die status van 'n kind direk raak en wat dit teoreties moeilik maak om die verlening van regte aan kinders te regverdig.<sup>49</sup>

Die verlening van regte aan 'n kind stel ook 'n uitdaging aan die regsisteem se gebrek aan ondervinding om regsbeginsele neer te lê wat op gesinslede as individue in eie reg van toepassing is.<sup>50</sup> Minow merk tereg in dié verband op:<sup>51</sup>

"It's not that the law is new to families. Certainly, religious and secular laws have long governed marriage and inheritance, and, when allowed at all, divorce. But individuals within families, until recently, were removed from the legal rules governing all other interpersonal contacts."

Bogenoemde opmerking is besonder relevant binne die konteks van die Suid-Afrikaanse reg. Die Handves van Regte, soos in die Grondwet<sup>52</sup> vervat, beteken dat daar nou van gesinslede as individue wat oor fundamentele menseregte beskik, kennis geneem moet word.

Ook Austin beklemtoon dat werklike diepsinnige besinning en ontleding van kinders se regte vanuit 'n breë perspektief moet plaasvind. Hy verduidelik verder:<sup>53</sup>

"[T]he law that protects and furthers children's rights needs to focus on both individual rights and family inter-relationships. To do otherwise would be to approach children's rights in a rarified and abstract way. While idealism is not to be criticised when children's rights are at stake, analysis of the legal issues needs to be tempered by awareness of the realities of human lives. Understanding how children's rights are to be balanced with potentially competing interests requires input from the wider community. From the wider community, understanding can be gained about the ways that children's rights are recognised, promoted, and even denied, within the context of children's daily lives."

Die besondere tipe aanspraak wat as kinderregte voorgelê word, bring ook mee dat dit problematies is om 'n bespreking oor kinderregte binne die groter debat oor die betekenis van regte te plaas. 'n Persoon wat byvoorbeeld ontken dat 'n kind 'n reg op liefde het, huldig een van twee opinies. Dit kan enersyds beteken dat 'n kind geen aanspraak, moreel of juridies, op liefde het nie.<sup>54</sup> Die stelling kan andersyds beteken dat so 'n aanspraak nie juridies as 'n reg geklassifiseer kan word nie.<sup>55</sup> Laasgenoemde is waarskynlik die korrekte interpretasie maar die morele ondertoon van so 'n aanspraak kan beswaarlik ontken word. Die vraag is egter of

<sup>49</sup> Federle 1993 *Family Law Quarterly* 301; Federle 1994 *The International Journal of Children's Rights* 345-357; Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 268-271; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 34-39 54-60.

<sup>50</sup> Austin *Children* 148.

<sup>51</sup> Minow "The role of families in medical decisions" 1991 *Utah Law Review* 1 13.

<sup>52</sup> 108 van 1996 hfst 2.

<sup>53</sup> Austin *Children* 148.

<sup>54</sup> Bainham & Cretney *Children* 81.

<sup>55</sup> Bainham & Cretney *Children* 81.

so 'n morele aanspraak tot 'n kinderreg in die juridiese sin verhef kan word en, meer nog, of dit enigsins afdwingbaar is.<sup>56</sup>

Geen wonder nie dat wetsopstellers dit vreemd vind om die volgende morele en juridiese regte van kinders statutêr te verwoord:<sup>57</sup>

"To have parental love and affection, discipline, and guidance, and to grow to maturity in a home environment which enables him to develop into a mature and responsible adult;

to be regarded as a person, within the family, at school and before the law."

Selfs Drinian se reg op ekonomiese en opvoedkundige sekuriteit en emosionele stabiliteit is so vaag geformuleer dat dit ernstig betwyfel kan word of die "regte" enigsins afdwingbaar is.<sup>58</sup> Ook die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie) verleen regte wat veel wyer strek as wat tradisioneel onder juridiese regte verstaan word.<sup>59</sup>

Dit is baie duidelik dat die onderhawige onderwerp nuwe eise aan regsnavorsing stel. Daar moet met verskillende aspekte rekening gehou word: die wisselende bevoegdhede van 'n kind; die feit dat 'n kind se regte deur die gesinstruktuur gekwalifiseer word; die gemeenskapsbelang in die sosialiseringsproses van 'n kind; en die feit dat sekere kinderregte weens hul inhoud as morele eerder as juridiese regte beskou word.

### 3 2 1 *Die belang van regte*

Die vraag ontstaan of dit enigsins nodig is om kinders se aansprake in terme van juridies afdwingbare regte te verwoord en of die gesinsverhouding nie voldoende is om aan die behoeftes en aansprake van 'n kind te voldoen nie. 'n Voorafgaande vraag word hiermee geïmpliseer, naamlik of regte oor die algemeen belangrik is.

Freeman het geen twyfel daaroor dat regte belangrike kommoditeite in die gemeenskap is nie.<sup>60</sup> Volgens hom sal 'n gemeenskap sonder regte moreel verarm wees en sal verhoudings

<sup>56</sup> Bainham & Cretney *Children* 82; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 495-497.

<sup>57</sup> Foster & Freed "A bill of rights for children" 1972 *Family Law Quarterly* 343 346 aangehaal deur Bates "Some theoretical aspects of modern family law" 1983 *SALJ* 664 676.

<sup>58</sup> Drinian "The rights of children in modern American family law" 1961 *Journal of Family Law* 101.

<sup>59</sup> Sien bv a 27.

<sup>60</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 32-33.

op mag gebaseer wees.<sup>61</sup> Hy steun op die volgende opmerking van Bandman om die belang van regte te illustreer.<sup>62</sup>

"[They] enable us to stand with dignity, if necessary to demand what is our due without having to grovel, plead or beg or to express gratitude when we are given our due, and to express indignation when what is our due is not forthcoming."

Ook Federle het 'n definitiewe mening oor die waarde van regte en sy verwoord haar standpunt soos volg:<sup>63</sup>

"To be a powerful individual in our society is to command respect, in the broadest possible sense, and to be taken seriously, to make claims and have them heard, to have independent value and worth as a being ... By insuring that the most powerless have rights is to accord them respect and acknowledge their value, to recognize and hear their claims; in turn making claims mitigates exclusion and alters hierarchy."

Volgens Cohen is regte 'n militante konsep wat gewoonlik deel van 'n veldtog vir sosiale verandering vorm.<sup>64</sup> Takties gesproke is 'n groep in 'n veel sterker posisie indien hulle hul oogmerk in terme van regte-terminologie kan stel.<sup>65</sup> Regte verteenwoordig 'n universele aanspraak en kan die belange van 'n klas (soos kinders) bevorder maar regte kan ook in individuele gevalle gehandhaaf word.<sup>66</sup>

Die morele trefkrag van regte mag nie onderskat word nie en het die potensiaal om die magtelose te bemagtig. Dit het kinders tot dusver aan die morele trefkrag van regte ontbreek en dit was daarom maklik om hulle belange opsy te skuif.<sup>67</sup>

### 3 2 2 Die belang daarvan dat kinders oor regte beskik

Ongeag hoe belangrik regte ook al is, is daar steeds diegene wat argumenteer dat dit nie nodig is om regte aan 'n kind te verleen nie. Daar is veral vier argumente waarop gesteun word.<sup>68</sup>

Eerstens is daar die argument dat die belang van regte en regte-terminologie oordryf word. Daar is ander morele waardes soos liefde, vriendskap, respek, ontferming, ensovoorts wat 'n

<sup>61</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 32.

<sup>62</sup> Bandman "Do children have any natural rights?" 1973 *Proceedings of 29th Annual Meeting of Philosophy of Education Society* 234 236 aangehaal deur Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 32.

<sup>63</sup> Federle 1994 *The International Journal of Children's Rights* 345.

<sup>64</sup> Cohen *Equal Rights* 17.

<sup>65</sup> Cohen *Equal Rights* 17.

<sup>66</sup> Bainham & Cretney *Children* 80.

<sup>67</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 52 53.

<sup>68</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30.

verhouding (soos die ouer-kind verhouding) tot 'n hoër vlak verhef as die blote nakoming van regte en verpligtinge.<sup>69</sup> Dit is gevolglik onnodig om die verhouding tussen ouers, die kind en die staat van regsweë te reguleer. Die argument klink oortuigend in 'n perfekte wêreld maar die wêreld is nie perfek nie, allermins nie vir kinders nie.<sup>70</sup>

Kinders word weens hul status weerhou van regte wat in volwassenes se terme as basiese menseregte beskryf sou kon word.<sup>71</sup> 'n Kind se vryheid en outonomie word op verskillende wyses beperk - vanaf alledaagse onbenullighede soos keuses oor kleredrag en eetgewoontes tot belangrike aspekte soos uitsluiting van stemreg.<sup>72</sup> 'n Kind is oor die algemeen kwesbaar en in 'n posisie van afhanklikheid en het regte nodig om sy waardigheid en integriteit te beskerm.<sup>73</sup>

Die tweede argument hou met die eerste een verband en idealiseer die ouer-kind verhouding. Die argument beklemtoon dat volwassenes (spesifiek ouers) die beste belange van 'n kind op die hart dra.<sup>74</sup> Ingevolge dié argument is die enigste reg van 'n kind die reg op outonome ouers.<sup>75</sup> Goldstein en andere is 'n voorstander van minimum staatsinmenging in die gesin. Hierdie siening veronderstel 'n vaste vertrouwe in individuele vryheid en menslike waardigheid.<sup>76</sup> Dit is egter twyfelagtig of hierdie *laissez faire*-benadering die individuele vryheid en menslike waardigheid van die kind kan handhaaf en bevorder.<sup>77</sup> Die groeiende getal kindermishandelings binne gesinsverband dien as bewys dat die hoë premie op gesinsoutonomie en lofwaardige verklarings oor die ouer-kind verhouding verdag is.

Volgens die derde argument word kindwees as die goue jare van 'n persoon se lewe gesien. Kindwees is sinoniem met onskuld en onafhanklikheid. Dit is 'n tydperk van sorgeloosheid en geluk.<sup>78</sup> Soos 'n kind dié verantwoordelikhede en lewenskrisisse wat volwassenes se lewe

<sup>69</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30.

<sup>70</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55.

<sup>71</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>72</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>73</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55; Federle 1994 *The International Journal of Children's Rights* 364-368.

<sup>74</sup> Franklin in *Rights of Children* 3; Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30.

<sup>75</sup> Goldstein *et al* in *Best Interests of the Child* 18.

<sup>76</sup> Goldstein *et al* in *Best Interests of the Child* 12.

<sup>77</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 55-56; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30.

<sup>78</sup> Franklin in *Rights of Children* 4-6; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 7-8; Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 56; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30.

kenmerk vermy, net so is dit nie nodig om in terme van kinderregte te dink nie.<sup>79</sup> Die argument dui ook op 'n ideale toedrag van sake. Die realiteit van armoede, siektes, uitbuiting, verwaarlosing en misbruik van kinders dwarsoor die wêreld bewys dat die derde argument op 'n mite berus.<sup>80</sup>

'n Vierde argument lui dat kinders anders is - hulle is kwesbaar, afhanklik en het versorging en beskerming nodig. 'n Kind is van nature nie rasideel nie en nie in staat om beredeneerde en ingeligte besluite te neem nie. Dit ontbreek 'n kind aan die wysheid wat met ondervinding kom en die risiko bestaan om foute te maak.<sup>81</sup> Dubbele standarde ten opsigte van volwassenes en kinders is gevolglik geregtig - standarde wat goed in sosiale praktyke en wetgewing gevestig is.<sup>82</sup> 'n Stel reëls geld ten opsigte van volwassenes wat hulle in staat stel om hul regte en bevoegdhede uit te oefen en 'n ander stel reëls geld ten opsigte van kinders waardeur verseker word dat hulle onderhewig aan volwassenes se beheer en gesag bly.<sup>83</sup>

Freeman en Franklin redeneer dat oorwegings soos rasidele optrede, insig, wysheid, handelingsbevoegdheid ensovoorts verdag is om dubbele standarde te regverdig.<sup>84</sup> Dieselfde oorwegings kan geld om volwassenes ook van regte uit te sluit. Franklin verduidelik soos volg:<sup>85</sup>

"War, inequality, famine, racism and injustice are some of the fruits of adult deliberation and choice. It is hard to imagine a worse track record. To deny children the right to make mistakes would deprive them of a right which adults have exercised extensively. It would be hypocritical."

Freeman en Franklin betoog geensins vir absolute gelykstelling van kinders en volwassenes nie. Volgens hulle is dit juis as gevolg van die feit dat 'n kind anders as 'n volwassene is dat regte aan eersgenoemde verleen behoort te word.<sup>86</sup> Sonder dat 'n kind se reg op beskerming en welsyn erken word, sal hy later geen reg op outonomie hê nie want die einddoel is dat elke kind in 'n onafhanklike, rasidele volwassene sal ontwikkel. Dubbele standarde is met ander

<sup>79</sup> Franklin in *Rights of Children* 4-6; Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 56; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 30-31.

<sup>80</sup> Franklin in *Rights of Children* 4-6; Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 56; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 31.

<sup>81</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 10.

<sup>82</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34.

<sup>83</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34; Federle 1994 *The International Journal of Children's Rights* 357 364-365.

<sup>84</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34-36; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 1-2; Franklin in *Rights of Children* 10-14.

<sup>85</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 11.

<sup>86</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 65-66; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 1-2; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 10-13.

woorde geregverdig maar dan moet die maatstaf waarop dit berus regverdig en verdedigbaar wees; en die bewyslas rus op diegene wat wil diskrimineer.<sup>87</sup> Die vraag is gevolglik of ouderdom, bevoegdheid of rasonele denke relevant en verdedigbaar is om dubbele standarde te regverdig.<sup>88</sup>

Parker lewer 'n belangrike bydrae in die sin dat hy die belang van verlening van regte aan die kind verduidelik maar ook op sekere voorbehoude wys.<sup>89</sup> Dit is vir hom belangrik dat kinders se regte erken word want dit vestig die aandag op hulle en het die potensiaal om verandering mee te bring.<sup>90</sup> Hy vind 'n analogie in die feminisme wat hul aansprake as regte geformuleer het (en steeds doen) en sodoende veel bereik het om vrouens se status in die samelewing te verbeter. Daar word dikwels gesê dat bestaande regsbeginsels anders toegepas word waar regte erken word.<sup>91</sup> Parker illustreer sy standpunt aan die hand van die algemene beginsel dat in alle aangeleenthede rakende die kind sy beste belang die oorheersende oorweging is. 'n Wye reeks faktore word in ag geneem om te bepaal wat in die beste belang van 'n kind is, gegewe die besondere omstandighede.

Indien die beste belang van die kind en relevante oorwegings alles as regte van die kind geformuleer word, word die ondersoek vanuit 'n ander hoek benader. Dit beteken dat die kind nou gevra moet word wat hy of sy wil hê en dat daar na die antwoord geluister moet word.<sup>92</sup> Meer nog, die besluitnemer moet dit regverdig indien daar nie gehoor aan die kind se wense/behoeftes gegee word nie.<sup>93</sup>

Die slotsom waartoe hy kom, verteenwoordig moontlik die bes gebalanseerde perspektief op die belang van regte van kinders:<sup>94</sup>

"[A]t the end of the day, a right is only a word. It may have emotive and legal force in some instances, but in others it may not. We are ultimately talking about imbalances of power and resources which are deeply embedded in the way we live and are organised. In tackling these imbalances I think we should adopt a range of strategies, of which rights-talk is only one. I think there is still something dignified in saying that we are interested in someone's welfare as well as in someone's rights."

<sup>87</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 66.

<sup>88</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 65-66; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 43; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 1-2.

<sup>89</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 16-19.

<sup>90</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 17-18.

<sup>91</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 17.

<sup>92</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 18.

<sup>93</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 18.

<sup>94</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 19.

Volgens Eekelaar verrig kinderregte 'n belangrike funksie en soos Parker bespreek hy dit uit 'n breër perspektief. Regte beteken dat kinders as persone met hul eie behoeftes en wense gerespekteer word.<sup>95</sup> Dit beteken dat daar wedersydse kommunikasie tussen volwassenes en kinders moet wees en dat kinders ook ingelig en opgevoed moet word oor hul regte.<sup>96</sup> Hul regte kan immers nie ongekwalfiseerd geld nie en hulle moet besef dat die verlening van regte ook groter verantwoordelikhede vir hulle inhou. Kinderregte vereis dat dié tipe dialoog sal plaasvind anders bestaan die gevaar dat kinders se regte maar weinig anders as volwassenes se waardes in 'n vermomde vorm is.

### 3 2 3 Voorbehoude ten opsigte van regte

Die eerste voorbehoud ten opsigte van regte bestaan daarin dat die woorde met die daede verwar kan word.<sup>97</sup> Die verordening van wetgewing en implementering van konvensies is 'n belangrike stap op die pad na erkenning van kinderregte. Die simboliese waarde hiervan durf nie onderskat word nie maar werklike erkenning van kinderregte vereis implementering in die praktyk.<sup>98</sup> Grass en Grass maak tereg die volgende opmerking:<sup>99</sup>

"[T]he rights of children is an abstract, general, legalistic concept. It is an idea, an ideal, at best an affirmation of principle. It does not help children until it is put into practice. If it is ignored, obstructed, or perverted, it does no good; in fact, it may do harm, because many people will take the words for the act and think that because the words have been spoken the condition of children's lives has changed."

Kinderregte moet met ander woorde deel vorm van 'n morele en ideologiese raamwerk ten einde 'n kinderregtebewussyn te ontwikkel.<sup>100</sup> Die toets is of daar werklik 'n verandering in kinders se lewens is - die gaping tussen kinderregte op die wetboek of in konvensies vervat teenoor 'n sosiale bewussyn van kinderregte is deurslaggewend.

Freeman verwys in dié verband na die 1989 Konvensie. Ratifikasie van hierdie Konvensie dui op steun vir die bepalings daarvan maar dit is 'n ope vraag in watter mate die bepalings

<sup>95</sup> Eekelaar in *The UN Children's Convention and Australia* 21. Sien ook Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3.

<sup>96</sup> Eekelaar in *The UN Children's Convention and Australia* 21. Sien ook Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3.

<sup>97</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 39.

<sup>98</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 60; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights*; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 33.

<sup>99</sup> Grass & Grass (red) *The Children's Rights Movement* 7 soos aangehaal deur Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 33.

<sup>100</sup> Austin "Children's rights in New Zealand law and society" 1995 *Victoria University of Wellington Law Review* 249 250 281-282.

werklik geïmplementeer word.<sup>101</sup> Sy vrees is dat die Konvensie maar weinig meer as 'n lofwaardige ambisie gaan bly.<sup>102</sup>

'n Tweede beperking in die verlening van regte lê daarin dat dit soms ongewenste newegevolge kan hê.<sup>103</sup> Dit is byvoorbeeld nie die oogmerk van wetgewing wat aborsie beperk om agterstraataborisies aan te moedig nie maar tog is dit wat in die praktyk gebeur. Hafén spreek sy kommer daarvoor uit dat die verlening van regte aan kinders uiteindelik kan meebring dat hulle deur die staat en hul ouers aan hul "regte" oorgelaat word.<sup>104</sup>

Die moontlikheid van aborsie op versoek aan minderjariges sonder 'n vereiste van ouerlike toestemming is tipies van die situasie waarvoor Hafén besorg is.<sup>105</sup> 'n Veertienjarige dogter moet argumentsonthou nou 'n volwasse oordeel oor die langtermyn psigologiese implikasies van haar keuse. Indien ouerlike betrokkenheid van dié keusereg uitgesluit word, is dit slegs 'n klein sprong verder om te argumenteer dat ouers se toestemming ook nie meer 'n vereiste by die huweliksluiting van 'n minderjarige is nie.<sup>106</sup> Daar is immers geen rede om aan te voer dat die dogter oor die vermoë beskik om die implikasies van 'n aborsie te evalueer maar nie die vermoë het om die implikasies van huweliksluiting te evalueer nie.<sup>107</sup> Hafén verduidelik sy standpunt verder:<sup>108</sup>

"The development of the capacity to function as a mature, independent member of society is essential to the meaningful exercise of the full range of choice rights characteristic of the individual tradition. Precisely because of their lack of capacity, minors should enjoy legally protected rights to special treatment (including some protection against their own immaturity) that will optimize their opportunities for the development of mature capabilities that are in their best interest. Children will outgrow their restricted state, but the more important question is whether they will outgrow it with maximized capacities. An assumption that rational and moral capacity exists, when in fact it does not exist,

<sup>101</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 40.

<sup>102</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 40-41. Hy sê onder andere die volgende: "Much of the world has as much chance of implementing the Convention as sending citizens to the moon. Unfortunately, most countries would also do the latter. Of course, one of the reasons why it is important that we have an international convention is that the world as a community, having shown a commitment to the rights of children, should now take an international responsibility to ensure that all countries are able to carry out their obligations to children. But international social justice is a pious aspiration and is likely to remain such."

<sup>103</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 60; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 41; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 33-34.

<sup>104</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 607.

<sup>105</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 648.

<sup>106</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 648.

<sup>107</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 648.

<sup>108</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 650. Die *choice rights* waarna in die aanhaling verwys word, het betrekking op daardie besluite van 'n minderjarige wat ernstige langtermyngevolge inhou en waarvoor ouerlike toestemming en/of magtiging vanaf regsweë tradisioneel vereis is. Die aangeleentheid word meer volledig uiteengesit in die bespreking van Hafén se teorie oor kinderregte: sien 69-70 hieronder.



may lead to an abandonment of the protections, processes, and opportunities that can develop these very capacities."

Derdens is regte sonder gepaardgaande ondersteuningsdienste betekenisloos.<sup>109</sup> Geen ondersteuningsdienste kan gelewer word indien die hulpbronne daarvoor nie beskikbaar is nie. Die reg op basiese gesondheidsorg of basiese voeding is bloot simbolies indien daar geen of onvoldoende hulpbronne is om daardie regte te realiseer nie.

'n Vierde voorbehoud ten opsigte van die verlening van regte bestaan in die verwagtinge wat daardeur geskep word. Daar is om een of ander rede die illusie dat die verlening en erkenning van kinderregte probleme soos seksuele misbruik, verwaarlosing, haweloosheid, hongersnood ensovoorts sonder meer sal oplos. Die verlening van regte kan egter slegs 'n beperkte rol in dié verband speel.<sup>110</sup>

Die verhouding tussen kinders, ouers en die staat het 'n dinamiek van sy eie - 'n aspek wat regsteoreties heeltemal onderskat word. Verlening van regte aan die kind kan nie sonder meer die wanbalans in verhoudings tussen kinders en ouers en kinders en die staat herstel nie. Kinderregte het 'n beperkte funksie - wat vereis word is 'n multidissiplinêre benadering.

Laastens kan die verlening van regte beperkend wees in die sin dat die druk vir radikale hervorming onderliggend daaraan ontlont word en die kinderregtebeweging van die openbare agenda verwyder word.<sup>111</sup> Dit is heeltemal moontlik dat wetgewing rakende kinders so gewysig word dat daar waar moontlik na hul regte verwys word maar dat die woorde so geïnterpreteer word dat wesenlik dieselfde resultate as in die verlede bereik word.<sup>112</sup> In 'n sin is vooruitgang dan agteruitgang en sal dit moeilik wees om die kinderregtebeweging weer die onderwerp van openbare debat te maak.

<sup>109</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 61; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 41; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 33-34. Vir 'n SA perspektief sien Keightley in *Children's Rights* 5; Sloth-Nielsen in *Children's Rights* 6-27; Robinson "An overview of the provisions of the South African Bill of Rights with specific reference to its impact on families and children affected by the policy of apartheid" 1995 *Obiter* 99 111-112.

<sup>110</sup> Goldstein "Finding the least detrimental alternative" 1972 *Psychoanalytic Study of the Child* 628 637 soos aangehaal deur Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 497.

<sup>111</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 18-19.

<sup>112</sup> Parker in *The UN Children's Convention and Australia* 18-19.

## 4 'N RAAMWERK VIR KINDERREGTE

### 4.1 Verskillende perspektiewe

'n Definisie van kinderrege ontbreek en dit is al omskryf as:<sup>113</sup>

"A slogan in search of a definition".

Die idee van kinderrege is kompleks en betrek filosofiese, morele, juridiese en sosiale oorwegings. Boonop moet oorweeg word of die regte wat aan 'n kind verleen word dieselfde moet wees as dié waarvoor volwassenes beskik, of dieselfde regte aangepas moet word by die besondere behoeftes van die kind en of dit regte moet wees wat eie aan 'n kind is.<sup>114</sup> Die kompleksiteit van die begrip word verder weerspieël deur die groot verskeidenheid regte waarop aanspraak gemaak word.

Holt argumenteer byvoorbeeld vir 'n omvattende lys van kinderrege wat in effek gelykstelling tussen volwassenes en kinders inhou. Die lys sluit onder andere die reg in om te stem; te werk; eiendom te besit; dwelms te gebruik ensovoorts.<sup>115</sup> Pinchbeck en Hewitt is minder ambisieus in hul aansprake maar beklemtoon tog die reg van kinders op voldoende voedsel, klerasie, mediese sorg, toepaslike onderwys en beskerming teen uitbuiting, wreedheid en verwaarlosing.<sup>116</sup> Drinian verwys na die reg op ekonomiese en opvoedkundige sekuriteit en emosionele stabiliteit.<sup>117</sup> Die bydraes van Freeman,<sup>118</sup> Eekelaar,<sup>119</sup> Wald,<sup>120</sup> Coons en Mnookin<sup>121</sup> weerspieël die veelvoudige aard van kinderrege en akkommodeer elemente van beskerming aan kinders maar verleen ook in gepaste gevalle onafhanklikheid aan hulle. Die waarde van hul bydraes lê daarin dat dit 'n raamwerk bied waarteen elke aanspraak wat as 'n kindereg voorgelê word werklik diepgrondig geanaliseer kan word. Sodanige analise skep die geleentheid om oor die wenslikheid van die verlening van 'n spesifieke kindereg te besin asook om die wyse waarop so 'n reg bevorder en afgedwing kan word, te ondersoek.

<sup>113</sup> Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 487.

<sup>114</sup> Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 494-496.

<sup>115</sup> Holt *Escape from Childhood* 114-205.

<sup>116</sup> Pinchbeck & Hewitt *Children in English Society* II 347 soos aangehaal deur Franklin in *Rights of Children* 12.

<sup>117</sup> Drinian 1961 *Journal of Family Law* 101.

<sup>118</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40-52.

<sup>119</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161-182.

<sup>120</sup> Wald "Children's rights : a framework for analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255-282.

<sup>121</sup> Coons & Mnookin in *The Child and the Courts* 391-398.

Dit is nie net die verskillende regte waarmee rekening gehou moet word nie maar ander faktore speel ook 'n rol. Vrae ontstaan byvoorbeeld oor die probleme daaraan verbonde om die verskillende regte af te dwing, hulpbronne wat benodig word om die regte te realiseer en die sosiale en politieke gevolge van regte wat uitgeoefen word.<sup>122</sup>

In die verdere bespreking is dit ook belangrik om die onderskeid tussen juridiese en morele regte asook die onderskeid tussen welsyns- en vryheidsregte in gedagte te hou.<sup>123</sup> Dié verskillende regte kom in 'n mindere of meerdere mate in die onderskeie teorieë oor kinderregte ter sprake en verleen perspektief aan die onderskeie benaderings.

#### 4 1 1 *Juridiese en morele regte*

'n Juridiese reg is 'n aanspraak wat deur 'n regstelsel erken word en in 'n hof afdwingbaar is.<sup>124</sup> Stemreg word byvoorbeeld aan alle landsburgers kragtens wetgewing verleen, behalwe diegene wat op grond van geestesongesteldheid of 'n ander oorweging uitgesluit word. 'n Morele reg geniet nie op dieselfde wyse erkenning nie en behels primêr 'n aanspraak op grond van byvoorbeeld humanitêre oorwegings. 'n Aanspraak op ongekwalfiseerde stemreg is tipies van so 'n morele reg.<sup>125</sup>

Alhoewel juridiese en morele regte van mekaar verskil, staan die begrippe soms in 'n besondere verhouding tot mekaar. In Suid-Afrika word die reg op onderwys in die Handves van Regte gewaarborg.<sup>126</sup> Vir diegene wat beweer dat elke kind 'n reg op onderwys het, beteken dit dat die morele en juridiese reg oorvleuel.<sup>127</sup> Die morele reg is aanvullend tot en verleen steun aan die juridiese reg. Die teendeel geld egter waar die kind se morele reg om te werk gepropageer word. Daar is geen ooreenstemmende juridiese reg nie. 'n Kind onder 'n spesifieke ouderdom word intendeel van sekere vorms van arbeid uitgesluit. Dit is nou die funksie van die morele reg dat die bestaande regsposisie in die lig daarvan bevraagteken word en dat moontlike regshervorming geïnisieer word.<sup>128</sup>

Hoewel kampvegters vir kinderregte hulle vir juridiese en morele regte vir kinders beywer, is die tendens eerder om morele regte te beklemtoon. Soos Eekelaar aantoon, kan 'n aanspraak

<sup>122</sup> Franklin in *Rights of Children* 12-13.

<sup>123</sup> Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 488; Franklin in *Rights of Children* 13-14; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>124</sup> Franklin in *Rights of Children* 13; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>125</sup> Franklin in *Rights of Children* 13; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>126</sup> a 29.

<sup>127</sup> Franklin in *Rights of Children* 13-14; Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>128</sup> Franklin in *Rights of Children* 13-14.

dat 'n kind sekere morele regte het die begin van 'n proses van regsontwikkeling wees wat uiteindelik kan meebring dat wetgewing verorden word.<sup>129</sup>

#### 4 1 2 Welsyns- en vryheidsregte

Die oorsprong van die onderskeid tussen welsyns- en vryheidsregte word in die werk van Rogers en Wrightsman beskryf.<sup>130</sup> Hulle tref 'n onderskeid tussen *nurturance orientation* en *self determination orientation*.

Eersgenoemde benadering beklemtoon die volgende:<sup>131</sup>

"[T]he provision by society of supposedly beneficial objects, environments, services, experiences, etc., for the child."

Die *self determination orientation* laat weer die klem op die volgende val:<sup>132</sup>

"[T]hose potential rights which would allow children to exercise control over their environments, to make decisions about what they want, to have autonomous control over various facets of their lives."

Die onderskeid verskil nie veel van Farson se onderskeid tussen die beskerming van kinders en die beskerming van kinders se regte nie.<sup>133</sup> Daar is ook al na die onderskeid verwys as regte op beskerming teenoor regte op deelname.<sup>134</sup>

Ongeag die terminologie, verskil welsyns- en vryheidsregte nie net ten opsigte van hulle aard nie maar ook ten opsigte van die bevoegdhedes wat vereis word om die regte uit te oefen.<sup>135</sup>

Franklin gee die volgende uiteensetting ter verduideliking:<sup>136</sup>

"The possession of welfare rights - to education, health, to a minimum standard of living - require only that the right holder possesses *interests* which can be preserved, protected and promoted. But the claims for liberty rights - to participate in decision-making, to vote - require that the right holder, 'must be capable of making and exercising choices'."

Die implikasie van bogenoemde uiteensetting vir kinderregte is duidelik. In soverre kinderregte in terme van regte op beskerming geformuleer word, is daar weinig volwassenes wat onrustig daarvoor sal voel. Die *status quo* ten opsigte van die wyse waarop kinders

<sup>129</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161-182.

<sup>130</sup> Rogers & Wrightsman "Attitudes towards children's rights: nurturance or self-determination?" 1978 *Journal of Social Issues* 59-61.

<sup>131</sup> Rogers & Wrightsman 1978 *Journal of Social Issues* 61.

<sup>132</sup> Rogers & Wrightsman 1978 *Journal of Social Issues* 61.

<sup>133</sup> Farson *Birthrights* 165.

<sup>134</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>135</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

<sup>136</sup> Franklin in *Handbook of Children's Rights* 9.

behandel word, word grootliks behou. Dit is wel die kind se reg op vryheid en groter outonomie wat betwis word en omstrede is. Indien kinderregte as die reg op groter outonomie geformuleer word, word 'n gesindheidsverandering teenoor die kind vereis en bring dit die basiese gesagsverhouding tussen die staat, die ouers en die kind in die gedrang.

#### 4 2 Ontwikkeling van die kinderregtebeweging

Die regte van kinders het eers gedurende die tweede helfte van die vorige eeu begin om formeel beslag te kry. 'n Artikel met die titel *The rights of children* deur Slogvolk verskyn so vroeg soos 1852. In Frankryk poog Jean Valles om 'n organisasie ter beskerming van kinders se regte op die been te bring en hy dra sy novelle *L'Enfant* aan alle onderdrukte kinders op. Kate Douglas Wiggin se boek *Children's Rights*, met die subtitel *A Book of Nursery Logic*, word in 1892 gepubliseer. Die tema van haar boek is dat dit moontlik is om 'n sterk Christelike karakter in kinders te ontwikkel sonder dat die vreugdes van kindwees daardeur ingeboet word. Die boek het die besondere behoeftes van die kind beklemtoon en goed ingepas in die etos van die tyd, naamlik die beskerming van kinders.<sup>137</sup> Die *Society for the Prevention of Cruelty to Children* word in 1875 in die Verenigde State van Amerika gestig op 'n tydstip toe daar nog geen wetgewing was om kinders te beskerm nie en daar op wetgewing wat dieremishandeling verbied het, gesteun moes word.<sup>138</sup>

Hierna is toenemend begin om op tweërlei wyse aandag aan die regsposisie van die kind te skenk. Eerstens is op die beskerming van die kind teen gevare in die samelewing gewys en tweedens is voorspraak vir wetgewing gemaak om 'n kind teen mishandeling, verwaarlosing ensovoorts te beskerm.<sup>139</sup> Die stelsel van *juvenile justice* het ontwikkel en onderwys is verpligtend gemaak.<sup>140</sup>

Bogenoemde versorgings- of beskermingsbenadering verteenwoordig breedweg een hoofstroom in die kinderregtebeweging. Tog het stemme, veral sedert die sestigerjare, begin opgaan dat die bevordering van die kind se belange en welsyn nie aan die beskerming van kinderregte gelykgestel kan word nie.<sup>141</sup> Die grondslag van die onderskeid lê daarin dat die welsynsbeginsel strydig met die idee van kinderregte is omdat dit nie die reg van die kind om self besluite te neem ondersteun nie maar wel die reg van volwassenes om besluite namens 'n

<sup>137</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 18.

<sup>138</sup> Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 1; Penning in *Kinderen en Recht* 52.

<sup>139</sup> Penning in *Kinderen en Recht* 52; Freeman 1980 *Current Legal Problems* 13; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 18.

<sup>140</sup> Freeman 1980 *Current Legal Problems* 13; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 18.

<sup>141</sup> Bevan *Child Law* 11; Bainham *Children, Parents and the State* 5.

kind te neem.<sup>142</sup> Dié sienswyse verteenwoordig breedweg die ander hoofstroom van idees oor kinderregte en beklemtoon die posisie van die kind as individu en as aktiewe lid van die gemeenskap wat ook oor selfstandige besluitnemingsbevoegdheede beskik.<sup>143</sup>

### 4 3 Beskerming teenoor bevryding

Soos hierbo aangedui, verteenwoordig die beskerming van die kind en die bevryding van die kind die twee hoofstrome in die kinderregtebeweging. Daar word ook na eersgenoemde groep as die *child savers* en na laasgenoemde groep as die *kiddie libbers* verwys.<sup>144</sup>

In die mate wat kinderregte binne konteks van die beskermende benadering ter sprake kom, is die vertrekpunt dat kinders die grootste voordeel uit 'n omgewing gebaseer op ouerlike outonomie en beheer put.<sup>145</sup>

Aansprake word meesal as morele regte voorgelê en word tipies op die volgende wyse geformuleer:<sup>146</sup>

"A child has a moral right and should have a legal right:

To receive parental love and affection, discipline and guidance, and to grow to maturity in a home environment which enables him to develop into a mature and responsible adult;

To be regarded as a person within the family, at school, and before the law."

Die kwesbaarheid en afhanklikheid van die kind en die behoefte om 'n kind teen sy ouers, buitestaanders en selfs teenoor homself te beskerm, word beklemtoon.<sup>147</sup> Beskermende maatreëls en paternalistiese optrede teenoor die kind word geregtig omdat sy beste belang so bevorder word. Die staat se besorgdheid oor kinders blyk uit wetgewing wat die verhouding tussen ouers en die kind asook tussen die kind en die breër samelewing reël.<sup>148</sup>

<sup>142</sup> Bevan *Child Law* 11; Bainham *Children, Parents and the State* 5; Bainham & Cretney *Children* 77-78.

<sup>143</sup> Bevan *Child Law* 11; Cohen *Equal Rights for Children* 8 13-14; Bainham & Cretney *Children* 77-78.

<sup>144</sup> Mnookin "Thinking about children's rights - beyond kiddie libbers and child savers" 1981 *Stanford Lawyer* 24.

<sup>145</sup> Penning in *Kinderen en Recht* 52.

<sup>146</sup> Foster & Freed 1972 *Family Law Quarterly* 343 347; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 494-496; Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 270; Bainham & Cretney *Children* 77-78.

<sup>147</sup> Coons & Mnookin in *The Child and the Courts* 391-392; Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 270; Bainham & Cretney *Children* 77.

<sup>148</sup> Bevan *Child Law* 11; Bainham *Children, Parents and the State* 5 7-8.

Die *kiddie libbers* argumenteer dat die beskermende benadering nie aanvaarbaar is nie omdat dit die kind se status en waardigheid aantast.<sup>149</sup> Volgens hulle moet 'n kind se status nie deur ouderdom bepaal word nie en behoort alle regte waarvoor volwassenes beskik na kinders uitgebrei te word.<sup>150</sup> Daar word op die weg wat deur burgerregte- en vroueregtebewegings gebaan is beweeg, waar die argument is dat ras of geslag irrelevant is om status te bepaal. Op soortgelyke wyse behoort ouderdom nie as uitsluitingsfaktor te geld nie.<sup>151</sup>

Dit blyk later uit die verskillende teorieë oor kinderregte wat voorgehou word dat enige gebalanseerde teorie elemente van beskerming en elemente van bevryding bevat. Beskerming en bevryding staan nie direk teenoor mekaar nie maar is uiteindelik fases in die kontinuum van 'n kind se ontwikkeling.<sup>152</sup>

#### 4 4 Wilsteorie teenoor belangeteorie

Die wilsteorie fokus op die outonomie en rasionaliteit van persone. Ingevolge dié teorie is dit die draer van regte wat deur 'n wilsuitoefening kies dat 'n verpligting wat op 'n ander rus, nagekom word of dat daarvan afstand gedoen word.<sup>153</sup> Die idee van regte wat uitgeoefen word, veronderstel dat die draer van regte oor die vermoë beskik om so 'n keuse uit te oefen. Bainham som die kern van die teorie soos volg op:<sup>154</sup>

"The essence of the theory is the pre-eminence of the right-holder's will over the will of others with respect to the subject matter of the right."

Indien aanvaar word dat kinders geen of beperkte vermoëns het, is dit duidelik dat hulle oor geen regte in terme van die wilsteorie beskik nie. Sommige liberaliste of bevryders sien geen probleem hiermee nie en maak gebruik van 'n vermoede dat die kind oor die nodige vermoë beskik. Skrywers soos Farson en Holt argumenteer dat die kind die nodige vermoë het en dieselfde regte as volwassenes behoort te hê.<sup>155</sup> Volgens 'n meer gematigde benadering word geargumenteer dat ouderdom 'n arbitrêre skeidslyn is en dat die kind se vermoëns van geval tot geval beoordeel behoort te word.<sup>156</sup> So 'n argument het wel meriete in die geval van 'n ouer kind.

<sup>149</sup> Cohen *Equal Rights for Children* viii.

<sup>150</sup> Bainham & Cretney *Children* 77; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 22-23.

<sup>151</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 23; Coons & Mnookin in *The Child in the Courts* 392.

<sup>152</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3.

<sup>153</sup> Hart "Definition and theory in jurisprudence" 1954 *Law Quarterly Review* 37; MacCormick "Children's rights: a test case for theories of rights" 1976 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 305 306.

<sup>154</sup> Bainham & Cretney *Children* 83; Farson *Birthrights* 8; Holt *Escape from Childhood* 18-19.

<sup>155</sup> Farson *Birthrights* 8; Holt *Escape from Childhood* 18-19.

<sup>156</sup> Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 271.

Cohen steun op die wilsteorie in gewysigde vorm. Hy voorsien 'n stelsel van *child agents* wat kinders moet adviseer en bystaan in die uitoefening van hul vryhede en om, waar nodig, die vermoëns van kinders aan te vul deur hul regte af te dwing.<sup>157</sup>

Die belangeteorie, daarenteen, bied duidelike moontlikhede om die idee van kinderregte te akkommodeer. Jones en Marks gee die volgende nuttige opsomming van die teorie:<sup>158</sup>

"[T]he interest theory of rights has the advantage that it does not hold that rights are to be determined by the moral capacity to act rationally. This theory argues that children, as humans, have rights if their interests are the basis for having rules which require others to behave in certain ways with respect to these rules."

Die aard van die belange bepaal op wie die verpligting rus om daardie belange te respekteer en te beskerm. Die probleem is natuurlik ook om te bepaal watter belange beskermingswaardig is en hoe bepaal word wanneer daardie belange die status van 'n reg verkry.<sup>159</sup> In dié verband is die teorieë van Freeman, Eekelaar, Wald en Hafen insiggewend en dit word hieronder<sup>160</sup> meer volledig bespreek.

## 5 TEORIEË OOR KINDERREGTE

Die idee van kinderregte is 'n relatief onlangse verskynsel in die Suid-Afrikaanse reg. Die "beste belang" van 'n kind is daarenteen 'n konsep wat algemeen in wetgewing, regs literatuur en regspraak gebruik word. Hiervolgens word oorwegend 'n beskermende benadering ten opsigte van kinders gevolg.<sup>161</sup> Die beskermende benadering het dit tot dusver onnodig gemaak om oor die teorie onderliggend aan kinderregte te besin. Die rigiede onderskeid tussen die privaatreë en die publiekreg het verder meegebring dat familieregkursusse en - literatuur beperk is tot die *black letter law* wat op gesinslede onderling van toepassing is.<sup>162</sup> Dit was nog nie nodig om die gemenerreg, die inheemse reg of die rol van die staat ten opsigte van die gesin aan die hand van fundamentele menseregtebeginsels te toets of te bevraagteken nie.<sup>163</sup>

<sup>157</sup> Cohen *Equal Rights for Children* 56-57 60 69 74-90. Sien ook Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 46-48 vir kritiek op Cohen se uitgangspunt.

<sup>158</sup> Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 271.

<sup>159</sup> Jones & Marks 1994 *The International Journal of Children's Rights* 271.

<sup>160</sup> Sien bespreking op 56-70.

<sup>161</sup> Sien bv die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6 en 8(1); die Wet op Huweliksaangeleenthede 38 van 1953 a 5; Heaton "Some general remarks on the concept 'best interest' of the child" 1990 *THRHR* 95-99; Mudie "Custody and access determination in divorce - a family and developmental approach" 1989 *De Rebus* 686-690; *Seetal v Pravitha* 1983 3 SA 287 (D) 864; *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 420-421; *B v P* 1991 4 SA 113 (T) 117.

<sup>162</sup> Sinclair & Heaton *The Law of Marriage* I 3-5.

<sup>163</sup> Sinclair & Heaton *The Law of Marriage* I 3-5.



Die ratifikasie van die Konvensie op die Regte van die Kind op 16 Junie 1995 en die Handves van Regte soos vervat in die Grondwet<sup>164</sup> (spesifiek ook artikel 28 wat vir kinderregte voorsiening maak) verteenwoordig gevolglik 'n reusesprong wat die nasionale reg en gepaardgaande oortuigings in die samelewing ver vooruit is. Daar is nou 'n behoefte aan 'n stewige regsteoretiese grondslag waarop die ontwikkeling gebaseer kan word ten einde die idee van kinderregte juridies regverdigbaar te maak en te verseker dat die idee prakties werkbaar is.

Dit blyk tot dusver uit die studie dat kinderregte op sekere juridiese veronderstellings ten opsigte van kinders se outonomie asook ouerlike outonomie berus maar dat daar ook 'n noue verweefdheid met morele en sosiale oorwegings rondom die posisie van die kind in gesinsverband in die groter samelewing is. Dit is ook duidelik dat veranderende sosiologiese patrone meegebring het dat daar 'n betekenisvolle verskuiwing plaasgevind het na uitgebreide verantwoordelikhede wat op ouers geplaas word om in meer as net die basiese behoeftes van hul kind te voorsien en dat die kind se aansprake op nakoming daarvan duidelik as 'n kinderreg gekonseptualiseer word. Die rol van die staat verdien ook heroorweging - daar moet 'n balans tussen die idee van kinders as sosiaal relevante wesens met regtens beskermingswaardige belange, ouerlike gesag en gesinsoutonomie gevind word.

Die waarde van enkele teorieë oor kinderregte wat hieronder bespreek word, lê eerstens daarin dat hulle illustreer hoe bogenoemde oorwegings teenoor mekaar opgeweeg en in 'n mindere of meerdere mate geakkommodeer kan word. Tweedens bied dit belangrike teoretiese perspektiewe in die lig waarvan kinderregte in die Suid-Afrikaanse konteks beoordeel kan word.

### 5.1 Freeman se klassifikasie van kinderregte

Freeman vestig in sy bydrae die aandag op die uiteenlopende aansprake wat as substantiewe kinderregte voorgehou word. Dit is belangrik om die diversiteit in aansprake te erken want dit impliseer dat daar 'n verskil tussen die formulering en die afdwinging van die onderskeie regte is.<sup>165</sup> Volgens Freeman kan die regte van kinders in vier kategorieë verdeel word, naamlik regte op welsyn, die reg op beskerming, die reg om soos 'n volwassene behandel te

<sup>164</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7 - a 39.

<sup>165</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40.

word en regte teenoor ouers.<sup>166</sup> Die inhoud van elke kategorie word hieronder meer volledig bespreek.

### 5 1 1 *Regte op welsyn*

Hierdie regte vorm deel van die breë kategorie "menseregte" en Freeman sien in die Verenigde Nasies se Verklaring oor die Regte van die Kind (1959) die duidelikste uiteensetting daarvan.<sup>167</sup> Die regte dek 'n wye reeks aansprake en sluit byvoorbeeld die volgende in: die reg op basiese voeding, mediese dienste, behuising, gesondheidsorg; die reg op gratis onderwys en gelyke geleentheid; die reg op beskerming teen alle vorms van wreedheid, verwaarlosing en uitbuiting; die reg op spesiale behandeling van gestremdes ensovoorts.<sup>168</sup>

Die regte hierbo uiteengesit, verteenwoordig die mees fundamentele regte waarvoor kinders behoort te beskik. Dit staan ook as "regte teenoor die wêreld" bekend en word baie vaag geformuleer.<sup>169</sup> Moontlik word die regte doelbewus so geformuleer ten einde dit moontlik te maak om die ekonomiese en kulturele verskille van verskillende gemeenskappe te weerspieël.<sup>170</sup>

Ons het hier wesenlik te doen met morele, politieke en sosiale oogmerke wat deur elke gemeenskap nagestreef behoort te word - nie alleen vir kinders nie maar ook vir volwassenes. Regte in hierdie kategorie word nie soseer deur die howe afgedwing nie. Die realisering daarvan is primêr van politieke besluite oor die toedeling van hulpbronne en relevante wetgewing afhanklik.<sup>171</sup>

Die welsynsregte is wesenlik beskermend van aard en oorsprong in 'n mate met Freeman se tweede kategorie. Die verskil lê daarin dat die eerste kategorie primêr positiewe optrede

<sup>166</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40-54.

<sup>167</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40; Bainham & Cretney *Children* 88; Franklin in *Rights of Children* 14.

<sup>168</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40-41; Bainham & Cretney *Children* 89; Franklin in *Rights of Children* 14.

<sup>169</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 41-42; Bainham & Cretney *Children* 89; Franklin in *Rights of Children* 14.

<sup>170</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 41-42; Bainham & Cretney *Children* 89; Franklin in *Rights of Children* 14.

<sup>171</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 41-42; Franklin in *Rights of Children* 14; Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 261.

behels, terwyl die tweede kategorie gerig is op beskerming teen "negatiewe" optrede soos verwaarlosing, mishandeling ensovoorts.<sup>172</sup>

### 5 1 2 *Die reg op beskerming*

Die eerste kategorie is op die veronderstelling gebaseer dat 'n gemeenskap die beste waartoe hy in staat is aan sy kinders moet bied. Die reg op beskerming, daarenteen het, as oogmerk dat minimum aanvaarbare standaarde van optrede nagekom word en dit word in 'n groot mate deur die strafreg verwesenlik.<sup>173</sup>

Die onderhawige kategorie behels dat die kind die reg het om teen verwaarlosing, misbruik, uitbuiting ensovoorts beskerm te word.<sup>174</sup> Die aanspraak op regte berus op die veronderstelling dat 'n kind nie in staat is om vir homself te sorg nie en volwassenes se beskerming en versorging nodig het. Dit word primêr aan ouers opgedra om dié verantwoordelikhede na te kom.<sup>175</sup>

Die reg op beskerming bring geen groter onafhanklikheid vir 'n kind mee nie; intendeel, dit beteken basies dat een volwasse besluitnemer ('n ouer) deur 'n ander volwasse besluitnemer (byvoorbeeld 'n maatskaplike werker) vervang word.<sup>176</sup> Dit gebeur selde, indien ooit, dat 'n kind se mening gevra word oor watter films of tydskrifte gesensor moet word en of hy verwyder moet word uit 'n huis waar hy misbruik word.<sup>177</sup>

### 5 1 3 *Die reg om soos 'n volwassene behandel te word*

Hierdie reg berus op die beginsel van sosiale geregtigheid en egalitarisme. Die regte en vryhede van volwassenes behoort ook aan kinders verleen te word tensy daar goeie redes bestaan om dit van hulle te weerhou.<sup>178</sup>

Freeman is besonder skepties oor die verlening van volle outonomie aan die kind. Hy sien die argumente van die kinderbevryders en liberaliste as polities naïef, filosofies gebrekkig en

<sup>172</sup> Bainham & Cretney *Children* 89.

<sup>173</sup> Bainham & Cretney *Children* 89.

<sup>174</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 43-45; Bainham & Cretney *Children* 89; Franklin in *Rights of Children* 14-15.

<sup>175</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 43.

<sup>176</sup> Franklin in *Rights of Children* 15.

<sup>177</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 44; Franklin in *Rights of Children* 15.

<sup>178</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 45; Bainham & Cretney *Children* 90; Franklin in *Rights of Children* 15.

psigologies foutief.<sup>179</sup> Hy kritiseer veral Farson en Holt wie se standpunt daarop neerkom dat ouderdom nie 'n rol behoort te speel in die vasstelling van 'n kind se status nie.<sup>180</sup>

Hy gee wel toe dat ouderdom 'n arbitrêre skeidslyn is maar oorweeg dit nie as 'n opsie om heeltemal met ouderdomsverwante kwalifikasies weg te doen nie.<sup>181</sup> Freeman wil duidelik nie die kind aan volwassenes gelykstel nie en bepleit eerder respek vir sy menswaardigheid. Hy argumenteer gevolglik dat kinderregte as 'n minimum vereis dat ouderdomsgrense deurlopend hersien word in die lig van beskikbare navorsingsresultate deur ontwikkelingsielkundiges.<sup>182</sup>

Freeman is selfs ten gunste van 'n ander moontlikheid, naamlik dat daar van geval tot geval beoordeel word of outonomie aan 'n kind verleen behoort te word al dan nie.<sup>183</sup> Die probleem is egter om 'n objektiewe maatstaf te vind aan die hand waarvan 'n kind se bevoegdheid gemeet kan word. Praktiese oorwegings soos die werkslading op die howe en kosteoorwegings beteken dat bestaande praktyke, naamlik ouderdomsgrense vir sekere aktiwiteite, steeds die werkbare uitweg is om outonomie aan 'n kind te verleen.

#### 5 1 4 *Regte teenoor ouers*

Hierdie aanspraak behels dat kinders oor die bevoegdheid behoort te beskik om reeds voor meerderjarigheid onafhanklik van hul ouers op te tree.<sup>184</sup> Die regte teenoor ouers sal beteken dat 'n kind outonome besluitnemingsbevoegdhede het oor aangeleenthede wat wissel vanaf eetgewoontes, kleredrag, keuses oor televisieprogramme tot besluite oor abortsie, gebruik van voorbehoedmiddels of selfs 'n besluit om die ouerhuis te verlaat.<sup>185</sup>

Volgens Freeman is daar twee variasies op die aanspraak wat gemaak word. In die eerste geval behels die aanspraak algehele onafhanklikheid van ouers.<sup>186</sup> Die aanspraak word sterker in die geval van adolessente gestel en ten opsigte van belangrike besluite soos abortsie, voorbehoedmiddels, mediese sorg en selfs dwelm- en alkoholgebruik. Freeman voel dat dit

<sup>179</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 36; Freeman "The rights of children in the international year of the child" 1980 *Current Legal Problems* 17-18; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 22-23.

<sup>180</sup> Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 36; Freeman 1980 *Current Legal Problems* 17-18; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 22-23.

<sup>181</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 45-46; Franklin in *Rights of Children* 15.

<sup>182</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 46; Bainham & Cretney *Children* 90.

<sup>183</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 46.

<sup>184</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 48.

<sup>185</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 48; Franklin in *Rights of Children* 16.

prakties haalbaar is om groter outonomie aan 'n ouer kind wat reeds 'n sekere mate van volwassenheid en kognitiewe vermoëns ontwikkel het, te verleen.<sup>187</sup>

Dit is belangrik om daarop te let dat Freeman nie sonder meer outonomie wil verleen nie maar dat hy 'n vereiste van volwassenheid stel. Hy sien in elk geval dat dit tipies van adolessente is wat gekonfronteer word met die besluite hierbo genoem en wat graag eksperimenteer.<sup>188</sup> Groter outonomie aan 'n "volwasse" adolessent wat hom of haar in staat stel om self oor die gebruik van voorbehoedmiddels te besluit, kan op die lang termyn meer voordelig wees as om die besluite tot die domein van ouerlike gesag te beperk.<sup>189</sup>

Die tweede variasie op die aanspraak behels die reg om onafhanklik op te tree maar onderhewig aan die goedkeuring van 'n buite-instansie soos 'n hof.<sup>190</sup> Freeman sien ouers se rol as deels verteenwoordigend van aard. Waar ouers en hul kind se idees dieselfde is, is daar geen probleem daarmee dat ouers namens die kind optree nie. In geval van konflik is die verteenwoordigende aspek problematies en Freeman steun op die volgende voorstel van Dworkin:<sup>191</sup>

"[Parents] ought to choose for [children], not as they might want, but in terms of maximizing those interests that will make it possible for them to develop life plans of their own. We ought to preserve their share of what Rawls calls 'primary goods'; that is, such goods as liberty, health, and opportunity, which any rational person would want to pursue whatever particular life plan he chooses."

Waar ouers se besluitneming nie meer op die maksimalisering van hul kinders se *primary goods* gerig is nie, kan hulle nie meer hul kinders verteenwoordig nie.<sup>192</sup> In so 'n geval word dit aan 'n buite-instansie oorgelaat om die ouer-kind konflik op te los.

### 5 1 5 *Liberaal paternalisme, kinders, regte en outonomie*

Dit is duidelik uit Freeman se kategorisering van kinderregte dat hy ten gunste van 'n mate van paternalisme teenoor kinders is. In die formulering van kinderregte behoort rekening gehou te word met 'n kind se integriteit en vermoë om besluite te neem - 'n aspek wat

<sup>186</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 48; Bainham & Cretney *Children* 91; Franklin in *Rights of Children* 16.

<sup>187</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 49-50.

<sup>188</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 49-50.

<sup>189</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 49-50.

<sup>190</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 50; Bainham & Cretney *Children* 91.

<sup>191</sup> Dworkin in *Who Speaks for the Child* 191 205 soos aangehaal deur Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 51.

<sup>192</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 52.

uiteraard perke op 'n beskermende benadering teenoor kinders plaas.<sup>193</sup> Aan die ander kant moet daar ook deeglik rekening gehou word met die gevare inherent aan algehele bevryding. 'n Gebalanseerde program van kinderregte verg ernstige besinning oor die aard van beskerming wat aan die kind verleen word, asook erkenning van die kind se werklike en potensiële outonomie.<sup>194</sup>

Freeman se regverdiging vir kinderregte word binne 'n oorkoepelende teorie van menseregte gevind. Menseregte vereis dat alle persone as gelykes behandel word en dat respek vir individuele outonomie betoon word.<sup>195</sup> Volgens Freeman is respek nie van werklike outonomie afhanklik nie maar van die vermoë om outonoom op te tree. Die volgende opmerking dien as verduideliking:<sup>196</sup>

"The central mark of ethics is not respect for what people currently are or for particular ends. Rather, respect is expressed for an idealized capacity which, if appropriately treated, people can realize, namely, the capacity to take responsibility as a free and rational agent for one's system of ends."

Toegepas op kinders beteken dit dat die potensiële vermoë van 'n kind om verantwoordelikheid as *free and rational agents* te neem, gerespekteer moet word. Die klem val op potensiële eerder as werklike vermoëns omdat 'n kind ter sprake is. Hier is derhalwe ruimte vir 'n mate van paternalisme ten einde kinders teen hul eie irrasionele optrede te beskerm. Freeman formuleer 'n terugskouende toets om te bepaal of inmenging geregverdig was:<sup>197</sup>

"What sort of action or conduct would we wish, as children, to be shielded against on the assumption that we would want to mature to a rationally autonomous adulthood and be capable of deciding on our own system of ends as free and rational beings?"

Indien 'n kind se optrede byvoorbeeld tot dood of ernstige beserings sal lei, is inmenging geregverdig.<sup>198</sup> Paternalisme is in 'n sin 'n tweesnydende swaard. Kinders word aan die een kant beskerm teen irrasionele optrede maar aan die ander kant is die oogmerk rationale onafhanklikheid van 'n kind. Diegene wat beperkings op 'n kind se optrede plaas, moet dit op

<sup>193</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 66; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 37.

<sup>194</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 66; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 37.

<sup>195</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 66; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 37; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 54.

<sup>196</sup> Richards "Rights and Autonomy" 1981 *Ethics* 13 16 soos aangehaal deur Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 54.

<sup>197</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 57.

<sup>198</sup> Bainham & Cretney *Children* 92.

so 'n wyse doen dat so 'n kind in staat gestel word om sy vermoëns te ontwikkel.<sup>199</sup> Freeman vereis ook dat paternalistiese inmenging moreel geregverdig moet word. Wetgewing wat kinders teen seksuele misbruik en uitbuiting beskerm, kan geregverdig word, asook 'n stelsel van verpligte skoolonderwys.<sup>200</sup>

Freeman se vorm van liberale paternalisme bied 'n goue middeweg tussen die onderskeid wat ten opsigte van kinderregte getref word, naamlik beskerming teenoor bevryding of selfbeskikking. Freeman sien die twee benaderings nie as teenoorstaande tot mekaar nie maar as punte op 'n kontinuum van ontwikkeling.<sup>201</sup> Met sy teorie van kinderregte wil hy die ontwikkelingsproses van 'n kind weerspieël met die einddoel dié van rasonale onafhanklikheid.<sup>202</sup> Rasonele denke en optrede ontwikkel met verloop van tyd en die verpligting rus op ouers om ontwikkeling te koester en aan te moedig. Volgens Freeman is liberale paternalisme deel van die ontwikkelingsproses.

## 5 2 Eekelaar se teorie oor kinderregte

### 5 2 1 Teoretiese onderbou

Eekelaar neem as vertrekpunt Raz se ontleding van regte waarop hy dan verder voortbou. Die sleutelaspek van Raz se ontleding vir doeleindes van die bespreking is die volgende.<sup>203</sup>

"[A] law creates a right if it is based on and expresses the view that someone has an interest which is sufficient ground for holding another to be subject to a duty ... [T]o be a rule conferring a right it has to be motivated by a belief in the fact that someone's (the rightholder's) interest should be protected by the imposition of duties on others."

Die wesenselement vir die konseptualisering van regte ingevolge Eekelaar se teorie is die voorvereiste van 'n sosiale persepsie dat 'n individu of klas individue sekere belange het.<sup>204</sup> Dit moet egter ook moontlik wees om daardie belange van ander s'n te onderskei. Eekelaar gebruik die voorbeeld van sy bevoegdheid as ouer om besluite ten opsigte van sy dogter se mediese welsyn te neem ten einde te illustreer hoe maklik dit gebeur dat 'n identiteit van

<sup>199</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 67-68; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 38; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 57-58.

<sup>200</sup> Freeman 1992 *International Journal of Law and the Family* 68; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 38-39.

<sup>201</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3.

<sup>202</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 4.

<sup>203</sup> Raz "Legal rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 13-14 soos aangehaal deur Eekelaar "The emergence of children's rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161 166.

<sup>204</sup> Jones & Marks 1994 *International Journal of Children's Rights* 271-272.

belange tussen ouer en kind aanvaar word.<sup>205</sup> Hy kan oortuig wees daarvan dat dit in sy dogter se beste belang is dat hy, en nie sy nie, die mediese besluite neem. Haar belang lê weer daarin dat die beste moontlike besluite vir haar geneem word.

Eekelaar gee toe dat dit dikwels by kinders aan inligting of die vermoë ontbreek om te bepaal wat in hul eie beste belang is.<sup>206</sup> Die formulering van 'n teorie oor kinderregte vereis gevolglik die volgende proses:<sup>207</sup>

"It is necessary therefore to make some kind of imaginative leap and guess what a child might retrospectively have wanted once it reaches a position of maturity."

Eekelaar identifiseer drie afsonderlike soorte belange wat die grondslag van bogenoemde terugwerkende aansprake kan vorm en die potensiaal het om in regte omskep te word.<sup>208</sup> Dit is 'n basiese belang, 'n ontwikkelingsbelang en 'n outonome belang. In wat volg, word hierdie siening meer volledig bespreek.

## 5 2 2 *Belange en regte*

Alvorens die soort belange wat deur Eekelaar voorgehou word in regte omskep kan word, moet dit ingevolge sy teorie meebring dat daar 'n ooreenstemmende verpligting op iemand geplaas word om daarvolgens te handel, dit te fasiliteer of nie daarmee in te meng nie.<sup>209</sup>

### (a) Basiese belang

Die basiese belang behels die minimum aanspraak wat kinders teenoor diegene het wat hulle versorg om in algemene fisiese, emosionele en intellektuele behoeftes te voorsien.<sup>210</sup> Die verpligting om die aanspraak te realiseer, word eerstens aan die kind se ouers opgedra. Indien ouers nie die verpligting nakom nie, beteken dit dat die staat ondersoek moet instel en selfs moet ingryp waar nodig ten einde te verseker dat aan die basiese behoeftes voldoen word.<sup>211</sup>

<sup>205</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170.

<sup>206</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170.

<sup>207</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170.

<sup>208</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170; Jones & Marks 1994 *International Journal of Children's Rights* 272; Bainham & Cretney *Children* 86.

<sup>209</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 169; Jones & Marks 1994 *International Journal of Children's Rights* 272.

<sup>210</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170-172; Jones & Marks 1994 *International Journal of Children's Rights* 272; Bainham & Cretney *Children* 86.

<sup>211</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 171-172.



Die feit dat minimum standarde van ouerlike versorging kragtens wetgewing<sup>212</sup> neergelê word, weerspieël sosiale erkenning dat die basiese aansprake van 'n kind 'n doel opsigself is en regtens beskermingswaardige belange behels.

(b) Ontwikkelingsbelang

Eekelaar omskryf die ontwikkelingsbelang soos volg:<sup>213</sup>

"[W]ithin certain overriding constraints created by the economic and social structure of society (whose extent must be open to debate), all children should have an equal opportunity to maximize the resources available to them during their childhood (including their own inherent abilities) so as to maximize the degree to which they enter adult life affected by avoidable prejudices incurred during childhood."

Die aansprake geld nie net teenoor ouers nie maar ook teenoor die breër gemeenskap. Die aansprake word vaag en in algemene terme gestel en dit is moeilik om dit ingevolge Eekelaar se teorie in juridiese regte te omskep.<sup>214</sup> Dit is meer korrek om die aansprake as morele aansprake te klassifiseer. Met die uitsondering van verpligte skoolbywoning, is daar geen verpligting wat deur die reg op ouers geplaas word om in hul kind se ontwikkelingsbelange te voorsien nie.<sup>215</sup> Voldoening word in 'n groot mate aan die natuurlike werking van 'n gesin oorgelaat wat op sy beurt weer van die sosiale en ekonomiese meganismes van die gemeenskap afhanklik is.<sup>216</sup>

(c) Outonome belang

Dié belang behels 'n kind se aanspraak om sy eie lewenstyl te kies en ooreenkomstig eie oortuigings sosiale verhoudings aan te knoop sonder dat ouers of ander volwassenes beheer daarvoor uitoefen.<sup>217</sup> Die belang verteenwoordig die tipiese aansprake wat deur liberaliste soos Farson en Holt gemaak word. Die vraag is net of dit nie in die ontwikkelingsbelang van 'n kind is dat outonomie by geleentheid verleen word nie. Eekelaar en Freeman gee toe dat dit wel die geval is en die versoeking is groot om te argumenteer dat die outonome belang maar deel van die ontwikkelingsbelang is.

<sup>212</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983.

<sup>213</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170.

<sup>214</sup> Bainham & Cretney *Children* 87.

<sup>215</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 173.

<sup>216</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 171.

Eekelaar regverdig die kategorie as gevolg van die potensiële konflik met die basiese- en ontwikkelingsbelang. Aborsie op aanvraag, die opheffing van ouderdomsperke in die algemeen, die afskaffing van die vereiste van ouerlike toestemming tot die gebruik van en toegang tot voorbehoedmiddels en vrye keuse ten opsigte van seksuele aktiwiteite mag weliswaar outonome belange bevorder maar dit is hoogs twyfelagtig of enige ontwikkelings- en basiese belange daardeur gedien word.

Kan 'n mens nou sê dat daar 'n algemene persepsie is dat die kind se outonome belange die status van 'n reg behoort te verkry? Die antwoord lê in die beantwoording van twee verdere vrae: sal volwassenes terugskouend goedkeuring verleen aan 'n reg op outonomie wat deur hulle as kinders uitgeoefen is? Of sal volwassenes terugskouend hul goedkeuring weerhou omdat hulle as kinders toegelaat is om 'n reg op outonomie uit te oefen waardeur hul langtermynontwikkeling as volwasse, rasionele persone vergeleke met ander kinders benadeel is? Die feit dat daar steeds wetgewing is wat ouderdomsgrense ten opsigte van sekere aktiwiteite stel, weerspieël die persepsie dat die outonome belang hoogstens 'n morele aanspraak behels.

### 5 3 Wald se teorie oor kinderregte

Wald formuleer nie spesifieke regte waaroor die kind behoort te beskik nie maar bied eerder 'n raamwerk waarbinne die idee van kinderregte ontleed kan word.<sup>218</sup> In die proses word kwelpunte geïsoleer wat aandag moet geniet sodat beleidsbesluite op wetgewende en regsprekende vlak geneem kan word.

Wald vereis dat daar met omsigtigheid na die verskillende aansprake van die kind gekyk moet word. In die proses waardeur kampvegters vir kinderregte hul appèl so breed as moontlik maak, verberg hulle betekenisvolle verskille in die wenslikheid daarvan al dan nie om sekere regte aan die kind te verleen.<sup>219</sup> Daar kan ook betekenisvolle verskille wees in die wyse waarop spesifieke regte realiseer en afgedwing word.

#### 5 3 1 *Regte teenoor die wêreld*

<sup>217</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 171; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 54-60.

<sup>218</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 259.

<sup>219</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 259.

Aansprake binne hierdie kategorie is sekerlik die belangrikste "regte" wat aan 'n kind verleen kan word en sluit die volgende in: die reg op vryheid van armoede; die reg op voldoende gesondheidsorg; die reg op behuising ensovoorts.<sup>220</sup> Die aansprake is weens hul aard nie net tot kinders beperk nie en strek eintlik tot voordeel van alle persone. Die feit dat die aansprake in regte omskep word, beteken egter nie dat 'n kind se status nou verhoog word en hy skielik as outonome wese gesien word nie. Intendeel, die kind se afhanklikheid en onvermoë om vir homself te sorg, word juis deur dié tipe aansprake beklemtoon.<sup>221</sup>

Dit is gevolglik meer korrek om hierna te verwys as maatreëls wat aan die kind verskuldig is as morele en sosiale oogmerke van 'n gemeenskap ten opsigte van die kind. Howe kan beswaarlik hierdie aansprake bereg en dit word aan die wetgewer oorgelaat om relevante bepalinge te verorden.

### 5 3 2 *Beskerming teen onvoldoende versorging*

Hierdie aanspraak vereis groter betrokkenheid van owerheidsweë om kinders teen volwassenes, insluitend hul ouers, te beskerm.<sup>222</sup> Soos in die vorige kategorie, bring meer beskerming nie groter onafhanklikheid vir 'n kind mee nie of verhoog dit ook nie sy ondergeskikte status nie. Beskerming behels 'n aansienlike mate van paternalisme. Dit is in die meeste gevalle volwassenes wat beoordeel wat in die besondere omstandighede in die beste belang van die kind is.

Die aansprake op groter beskerming beteken dat daar besin moet word oor die standaard van ouerlike versorging wat noodsaaklik vir 'n kind is, hoe daardie standaard bereik kan word en wat die toepaslike rol van ouers en die staat in die grootmaak van die kind behels.<sup>223</sup> Wetgewing is instrumenteel daarin om minimumstandaarde van ouerlike versorging neer te lê en die howe het 'n belangrike beleidvormende rol om in die beslegting van geskille te vervul.

### 5 3 3 *Die status van volwassenes*

Dit is binne hierdie kategorie dat die sterkste aansprake op kinderregte gemaak word. Veral in die Verenigde State van Amerika word die reg van die kind om soos 'n volwassene ten opsigte van grondwetlike aangeleenthede behandel te word, gepropageer.<sup>224</sup> Histories is

<sup>220</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 260-261.

<sup>221</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 260-261.

<sup>222</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 261-265.

<sup>223</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 264.

<sup>224</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 265-270.

ouderdom as voldoende maatstaf aanvaar om sekere voorregte van die kind te weerhou en is hierdie weerhouding op grond van die kind se gebrek aan volwassenheid en handelingsbevoegdheid geregverdig. Hierdie regverdigingsgronde word egter nou bevraagteken en die genoemde aansprake bring mee dat veronderstellings ten opsigte van die kind heroorweeg word.<sup>225</sup>

Volgens Wald is die implikasie dat ouderdomsbeperkings vanuit 'n grondwetlike en statutêre perspektief ondersoek moet word.<sup>226</sup> Vanuit 'n grondwetlike perspektief moet eerstens oorweeg word of 'n ouderdomsgrens noodsaaklik is om 'n legitieme staatsbelang te beskerm. Tweedens moet oorweeg word of die spesifieke klassifikasie redelik is in die lig van beskikbare inligting oor die bevoegdheide van die kind op 'n bepaalde ouderdom.<sup>227</sup>

Bestaande wetgewing wat vir ouderdomsbeperkings voorsiening maak, moet ook heroorweeg word. Dit is nie 'n taak wat net tot die howe beperk is nie maar ouderdomsgrense moet vanuit 'n veel breër perspektief geëvalueer word. Sekere beperkings is ongetwyfeld geregverdig - kinders en volwassenes kan byvoorbeeld nie gelykgestel word betreffende waarde-oordele of die vermoë om 'n beroep te beklee nie.<sup>228</sup> Aan die ander kant behoort bepaal te word of beperkings steeds sinvol in die lig van kinders se ontwikkeling en veranderde sosiale strukture is.<sup>229</sup>

#### 5 3 4 *Reg om onafhanklik van ouers op te tree*

Daar is diegene wat absolute vryheid van die kind voorhou in optrede wat strek vanaf alledaagse beuselagtighede soos eetgewoontes en keuses oor kleredrag tot by 'n besluit om met 'n aborsie voort te gaan.<sup>230</sup>

Otonomie aan die kind kan een van drie vorms aanneem. In die eerste geval kan die reg om onafhanklik op te tree aan 'n kind verleen word. Tweedens kan onafhanklikheid beteken dat goedkeuring van 'n buite-instansie, soos 'n hof, verkry word en dat ouers van besluitneming uitgesluit word. Derdens kan die reg beteken dat die kind sy ouers se besluite kan betwis, byvoorbeeld in 'n hof.<sup>231</sup>

<sup>225</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 266.

<sup>226</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267.

<sup>227</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267.

<sup>228</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267-268.

<sup>229</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267.

<sup>230</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 270.

<sup>231</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 259. Wald illustreer die moontlikhede aan die hand van praktyke in sekere state in die VSA. So is daar state wat die reg op aborsie

Wald noem die volgende vyf faktore wat oorweeg moet word in die besluit of ouerlike diskresie beperk moet word:<sup>232</sup>

- (a) Is die kind in staat om self die besluite te neem?
- (b) Indien nie, sal ander besluitnemers of besluitnemingsprosesse meebring dat beter besluite as dié van die ouers geneem word?
- (c) Is dit werklik moontlik dat die staat die besluitnemingsbevoegdheid van ouers kan beperk of wegneem?
- (d) Watter prys sal betaal word in terme van gesinsoutonomie en -privaatheid indien die besluitnemingsbevoegdheid van ouers weggeneem word?
- (e) Wat is die implikasies daarvan indien outonomie ten opsigte van besluite nie aan die kind verleen word nie?

Daar kan twee opmerkings na aanleiding van bogenoemde uiteensetting gemaak word. Eerstens beteken die reg op outonomie nie dat die bevoegdheid om besluite te neem sonder meer vanaf ouers na kinders oorgedra word nie. Daar is 'n hele aantal oorwegings en alternatiewe wat ter sprake is. Tweedens is 'n kind, net soos die ouers, se outonomie beperk bloot op grond daarvan dat hulle almal gesinslede is. Kompromieë is deel van die gesinslewe. Dit is gevolglik onrealisties om sekere aansprake as juridies afdwingbare regte te beskerm, byvoorbeeld die aanspraak om self te besluit wanneer om te gaan bad of te gaan slaap.

Wald wys daarop dat sy bespreking beperk is tot die status van kinders in Amerika en dat hul posisie radikaal van kinders in ander gemeenskappe kan verskil. Net so wissel die rol van ouers en die staat van een gemeenskap na 'n ander. Hy veronderstel ook vir doeleindes van sy ontleding dat die vermoë van die kind om besluite te neem en die impak daarvan op die gesinstruktuur, relevant is om te bepaal of die kind regte moet hê. Ander argumenteer weer vanuit 'n morele oogpunt en regverdig op grond daarvan gelykstelling tussen volwassenes en kinders. Laastens sien hy 'n interdisiplinêre benadering as van kardinale belang ten einde die regte en beskerming waarop die kind aanspraak maak, suiwerder te formuleer.

---

aan 'n kind verleen sonder ouerlike toestemming of medewete. Ander state laat nie die finale besluit in die hande van 'n kind nie maar bied die geleentheid om 'n aansoek aan die hof te bring in geval van ouer-kind konflik. In ander gevalle moet die kind sy ouers inlig oor sy optrede maar finale besluitneming berus by die kind.

#### 5 4 Hafen se teorie oor kinderregte

Daar is twee temas wat in Hafen se bespreking van kinderregte in gedagte gehou moet word, naamlik die individuele tradisie en die gesinstradisie. Dit is duidelik uit sy bespreking dat hy 'n sterk pleidooi vir die behoud van die gesinstradisie lewer omdat, volgens hom, die gesin die plek is waar ouers in die uitoefening van hul gesag hul kinders vir die individuele tradisie kan voorberei.<sup>233</sup> Die burgerregtebewegings van die vyftiger- en sestigerjare en 'n aantal *Supreme Court*-beslissings waar die grondwetlike regte van die kind ter sprake gekom het, het meegebring dat die twee tradisies nou bevraagteken word. Dit is teen hierdie agtergrond dat hy 'n tweeledige onderskeid ten opsigte van kinderregte tref maar ook sekere voorbehoude teen die verlening van regte aan die kind uitspreek.

Hy beklemtoon in sy bespreking dat die kind nie deel van die individuele tradisie vorm nie.<sup>234</sup> Die belangrikste rede hiervoor is 'n kind se gebrek aan vermoë om rasonale besluite te neem, wat 'n belangrike vereiste vir individuele vryheid is.<sup>235</sup> Die reg weerspieël lank reeds die belang daarvan dat persone oor die nodige bevoegdhede moet beskik ten einde aan die regsverkeer deel te neem. Dié uitgangspunt word in beperkings op die kind se vryheid om te stem, te trou, motor te bestuur, kontrakte te sluit en ander bindende regshandeling aan te gaan, aangetref.<sup>236</sup>

Hafen verdeel kinderregte in twee groepe, naamlik regte op beskerming en keuseregte.<sup>237</sup> Eersgenoemde behels die reg op 'n billike verhoor, die reg op privaatheid en ander regte om onbehoorlike inmenging deur die staat of nadelige handeling deur ander persone af te weer. Keuseregte, daarenteen, het betrekking op daardie besluite wat ernstige langtermyngevolge vir kinders inhou soos stemreg, huweliksluiting, seksuele aktiwiteite en ander handeling waarvoor ouerlike toestemming of toestemming deur 'n buite-instansie, soos 'n hof, tradisioneel vereis word.<sup>238</sup>

Die waarde van Hafen se bydrae lê daarin dat hy die belang daarvan beklemtoon om die onderskeid tussen regte op beskerming en keuseregte te handhaaf. Litigasie oor die grondwetlike regte van die kind val primêr binne die kader van regte op beskerming en

<sup>233</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 630-650.

<sup>234</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 611-613.

<sup>235</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 611-613.

<sup>236</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 613.

<sup>237</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 644.

<sup>238</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 650.

beslissings hieroor kan nie sonder meer op keuseregte van toepassing gemaak word nie.<sup>239</sup> Keuseregte veronderstel rasionele en morele vermoëns en 'n meer liberale benadering ten opsigte van regte op beskerming kan maklik as 'n meer liberale benadering ten opsigte van die kind se besluitnemingsvermoëns gesien word. Deur gevolg aan sulke veronderstellings te gee, word daar weggedoen met beskerming en geleentheid vir die kind wat hom andersins in staat sou stel om sy volle potensiaal binne die gesin te ontwikkel.<sup>240</sup> In hierdie opsig vind Hafén aansluiting by Freeman se benadering van liberale paternalisme met die uiteindelijke oogmerk om kinders die geleentheid te bied om in rasionele volwassenes te ontwikkel.

## 5 5 Amerikaanse Perspektief

### 5 5 1 Inleiding

Ten einde 'n beter begrip van die status van kinderregte in die Verenigde State van Amerika te kry, is dit nodig om 'n mate van begrip vir die Amerikaanse benadering ten opsigte van regte te hê. Die persepsie is dat regte as 't ware "heilig" is. Die idee van regte staan sentraal tot politieke denke en die inhoud daarvan word in 'n groot mate na die sestiende eeuse filosofie van John Locke teruggevoer.<sup>241</sup> Die betekenis en waarde wat aan regte geheg word, word in 'n groot mate in die volgende woorde van die *Declaration of Independence* weerspieël.<sup>242</sup>

"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their creator with certain inalienable rights, among these are life, liberty and the pursuit of happiness, that to secure these rights governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed."

Tydens die opstel van die Amerikaanse Grondwet is ooreengekom dat tien amendemente bygevoeg word waarin al daardie regte uiteengesit word wat die regering aan al sy burgers moet waarborg. Die amendemente het met verloop van tyd as die handves van menseregte (*Bill of Rights*) bekend geword en waarborg die mees basiese regte van individue.<sup>243</sup>

Die gevolg van bogenoemde is dat die reg in 'n groot mate in terme van die beskerming van individue se regte geformuleer word. Kinders word nie as groep in die grondwet gespesifiseer nie maar dit is juis die raamwerk van die grondwet en handves van menseregte

<sup>239</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 644-650.

<sup>240</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 650.

<sup>241</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166.

<sup>242</sup> *Declaration of Independence, 1776, par 2* soos aangehaal deur Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166.

<sup>243</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166; Soler *et al* in *Law and the Status of the Child* 679-681.

wat die *Supreme Court* en ander federale hofe in staat gestel het om uitsprake ten gunste van kinderregte te maak.<sup>244</sup> Die geleentheid bestaan om 'n sterk teoretiese grondslag ten opsigte van kinderregte te formuleer omdat daar in effek 'n vermoede is dat kinders op al die burgerregte van volwassenes geregtig is.<sup>245</sup> Die bewyslast rus op diegene wat beweer dat regte in gepaste gevalle weerhou moet word om regverdiging daarvoor te vind. Ouers is uiteraard ook persone volgens die Grondwet en besit grondwetlike regte as individu sowel as in hul hoedanigheid as ouers. Die moontlikheid van konflik tussen die grondwetlike regte van ouers en kinders is 'n realiteit. Dit is egter 'n konflik wat nie so openlik realiseer in ander jurisdiksies wat nie 'n grondwet het nie.<sup>246</sup>

### 5 5 2 *Kinderregte in Amerika*

Dit blyk uit 'n historiese oorsig van kinderregte in Amerika dat daar nog nooit 'n eenvormige beleid ten opsigte van die kind en sy regte was nie.<sup>247</sup> Ook die twintigste eeu word gekenmerk deur 'n wisseling in fokus oor watter belange van die kind aandag moet geniet.<sup>248</sup> Aan die een kant geniet 'n kind tans die voordele van maatskaplike wetgewing in verband met gesondheid, onderwys, arbeid en welsyn. Op dié wyse word hulle teen siektes, ongeletterdheid, uitbuiting en verwaarlosing beskerm.<sup>249</sup> Aan die ander kant toon 'n oorsig van die meeste state se wetgewing oorblyfsels van die idee dat die kind sy ouers se eiendom is - veral ten opsigte van wetgewing wat die perke van dissipline definieer.<sup>250</sup> In baie state is die vertrekpunt steeds die ouers se omvangryke gesag oor hul kinders en lyfstraf, ook in skole, word as 'n regmatige strafmaatreeël beskou.<sup>251</sup>

<sup>244</sup> Hodgson "The historical development and 'internationalization' of the children's rights movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 252-258; Lawrence-Karski "Legal rights of the child: the United States and the United Nations Convention on the Rights of the Child" 1996 *The International Journal of Children's Rights* 19.

<sup>245</sup> Bainham & Cretney *Children* 78-79.

<sup>246</sup> Bainham & Cretney *Children* 79; Wingo & Freytag "Decisions within the family: a clash of constitutional rights" 1982 *Iowa Law Review* 401.

<sup>247</sup> Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 24-28; Soler *et al* in *Law and the Status of the Child* 675-678.

<sup>248</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166; Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 19-28-32; Kamerman "Toward a child policy decade" 1989 *Child Welfare* 371-375-388.

<sup>249</sup> Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 17-20. Volgens Lawrence-Karski verleen die wetgewing 'n reg op beskerming aan kinders. Sy tref 'n onderskeid tussen die reg op deelname (wat die reg behels om sekere keuses uit te oefen soos vrye spraak, godsdiens, privaatheid ens) en die reg op beskerming (wat die reg behels om teen ander se keuses beskerm te word).

<sup>250</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166.

<sup>251</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166; Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 283; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 488-490.



Die *Supreme Court* het sedert die sestigerjare in 'n beperkte mate erkenning begin verleen aan die kind se status as persoon ingevolge die Grondwet. Laasgenoemde onderwerp word hieronder meer volledig bespreek.<sup>252</sup> 'n Samehangende filosofie en konsekwente benadering ontbreek egter in die beslissings en dit is moeilik om 'n geheelbeeld te vorm van die aansprake op deelname waarvoor 'n kind beskik.<sup>253</sup>

Die mate van erkenning wat deur die *Supreme Court* in die sestiger- en sewentigerjare aan kinderregte verleen is, het as bron van inspirasie vir kampvegters van kinderregte gedien om met 'n *needs manifesto* of handves van kinderregte vorendag te kom.<sup>254</sup> Foster en Freed se handves van kinderregte is 'n tipiese voorbeeld hiervan.<sup>255</sup> Aansprake op kinderregte wat op dié wyse gemaak is, het meegebring dat kinderregte die onderwerp van openbare debat geword het en dat daar begin is om denkrigtings oor kinders te liberaliseer.<sup>256</sup>

(a) *Common law*

Volgens Hafen verleen die *common law* lank reeds aan ouerlike regte as sleutelkonsep erkenning - nie net binne die gesin nie maar ook as 'n fundamentele, kulturele veronderstelling oor die gesin as 'n basiese sosiale, ekonomiese en politieke eenheid.<sup>257</sup> Ouerlike gesag word as omvattend gesien en geld bo die aansprake van die staat, buitestaanders en kinders, tensy daar 'n oortuigende regverdiging vir inmenging bestaan.<sup>258</sup> Die gronde vir inmenging met ouerlike gesag vanaf

<sup>252</sup> Sien bespreking op 73-81.

<sup>253</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 166; Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 19 30-32; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 489-490; Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 258; Burt "Developing constitutional rights of, in, and for children" 1979 *Law and Contemporary Problems* 118.

<sup>254</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 258.

<sup>255</sup> Foster & Freed "A bill of rights for children" 1972 *Family Law Quarterly* 343-375.

<sup>256</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 259.

<sup>257</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 615-619. Sien ook Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 490; Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 24-28; Soler *et al* in *Law and the Status of the Child* 675-678.

<sup>258</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 617; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 489-490. Sien ook die *Supreme Court* van Rhode Island wat in *Matarese v Matarese* 47 RI 131 132-133, 131 A 198 199 (1925) soos volg verklaar:

"Immemorially the family has been an important element of our civil society, one of the supports upon which our civilization has developed. Save as modified by the legislature, in domestic affairs the family has remained in law a self-governing entity, under the discipline and direction of the father as its head ... These fundamental principles are traceable to ancient customs and usages and are fixed by tradition and evidenced by the decisions of the courts. Anything that brings the child into conflict with the father or diminishes the father's authority or hampers him in his exercise is repugnant to the family establishment and is not to be countenanced save upon positive provisions of the statute law."

Die *Supreme Court* van Mississippi het in *In re Guardianship of Faust*, 239 Mis 299 305-307, 123 So 2d 218 220-221 (1960) op soortgelyke trant die volgende verklaar:

owerheidsweë word ingevolge 'n paternalistiese beskermingsbenadering teenoor die kind gemotiveer. In die mate wat die kind regte het, is dit die reg om beskerm te word. Spesifieke onderwerpe soos kinderarbeid, onderwys, 'n sterker verbintenis tot die beste belang van die kind in dispute oor bewaring geniet aandag.<sup>259</sup>

Hafen kom tot die gevolgtrekking dat die mees fundamentele regsaspekte van die ouer-kind verhouding in relatief normale situasies grootliks onveranderd gebly het en die omvang van ouerlike diskresie op 'n matige wyse beperk is.<sup>260</sup> Die prentjie wat Hafen skets, dui daarop dat die gesin 'n eie balans tussen die regte van ouers en die regte van kinders ontwikkel het, met die staat wat in gepaste gevalle ingryp om 'n kind te beskerm, ook teen misbruik van ouerlike gesag.<sup>261</sup>

Die burgerregtebewegings van die vyftigerjare was instrumenteel daarin om die openbare aandag op kinders, synde 'n benadeelde groep, te vestig. Die status van die kind het daarna begin om ook deel van die politieke agenda te word en die feit dat die *Supreme Court* begin het om grondwetlike regte aan die kind te verleen, het meegebring dat die reëls van die *common law* in gedrang geplaas is.<sup>262</sup>

(b) Regspraak

Die vraag of 'n kind oor die reg beskik om besluite onafhanklik van sy ouers en teenstrydig met hul wense te neem, verteenwoordig een van die mees problematiese aspekte ten opsigte van litigasie oor kinderregte.<sup>263</sup> Die grondwetlike vrae ontstaan binne die konteks van staatsinmenging, óf ter ondersteuning van ouers óf ter

---

"The kind and extent of education, moral and intellectual, to be given to a child and the mode of furnishing it are left largely to the discretion of the parents. Unless shown to the contrary, the presumption is that natural parents will make the best decisions for their offspring.

The family is the basis of our society. [The parent in this case] has an interest in [the education of his children] which lies on a different plane than that of mere property. Moreover, a child has no higher welfare than to be reared by a parent who loves him and who has not forfeited the right of custody. The agencies of our democratic government are obligated to preserve that right, which is not recognized in a totalitarian society."

<sup>259</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 619; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 488-490.

<sup>260</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 629.

<sup>261</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 629-630.

<sup>262</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 607 630-631; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 492-494; Foster & Freed 1972 *Family Law Quarterly* 343.

<sup>263</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 401.

ondersteuning van die kind.<sup>264</sup> Ouers en kinders het weliswaar nie grondwetlike regte wat direk teenoor mekaar afdwingbaar is nie. Die feit dat die staat egter inmeng om die belange van óf die ouers óf hul kinders te beskerm, laat vrae oor die omvang van ouerlike gesag en die kind se grondwetlike regte ontstaan.<sup>265</sup>

Grondwetlike litigasie oor die kind en sy regte dwing gevolglik die hof om gesinsoutonomie en ouerlike gesag teenoor die kind se grondwetlike regte op te weeg.<sup>266</sup> Daar word ook van die hof in gepaste gevalle vereis om die grondwetlike regte van die kind op te weeg teen die bevoegdheid van die staat om in die beste belang van die kind op te tree.<sup>267</sup> Uiteindelik moet die hof besin oor die wyse waarop 'n kind se belange geïdentifiseer word, die wyse waarop 'n kind se belange teenoor dié van sy ouers en/of die staat opgeweeg moet word en hoe om inhoud aan die grondwetlike regte van 'n kind te gee.<sup>268</sup>

Die belangrikste areas van moontlike konflik ontstaan ten opsigte van onderwys, lewenstyl, gebruik van voorbehoedmiddels en mediese besluite (insluitend aborsie).<sup>269</sup> In die bespreking wat hieronder volg, word ondersoek ingestel na die aard en omvang van die teenoorstaande regte en aansprake en is die vraag in die finale instansie of grondwetlike litigasie daadwerklik daartoe bygedra het om kinderregte in Amerika te vestig en te bevorder.

Die regspraak wat hieronder bespreek word, is beperk tot daardie gevalle wat "mylpaalstatus" bereik het in die sin dat aandag op kinderregte gevestig is en bestaande regsreëls bevraagteken is. Die beslissings kan in drie groepe verdeel word, naamlik 'n kind se reg op vryheid van uitdrukking, die reg op prosedurele billikheid en die reg op privaatheid.

<sup>264</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 401; Rush "The Warren and Burger courts on state, parent, and child conflict resolution: a comparative analysis and proposed methodology" 1985 *The Hastings Law Journal* 461.

<sup>265</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 401.

<sup>266</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 401; Rush 1985 *The Hastings Law Journal* 461; Mezey "Constitutional adjudication of children's rights claims in the United States Supreme Court, 1953-92" 1993 *Family Law Quarterly* 307 308.

<sup>267</sup> Mezey 1993 *Family Law Quarterly* 308.

<sup>268</sup> Mezey 1993 *Family Law Quarterly* 308.

<sup>269</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 270.

## (c) 'n Kind se reg op vryheid van uitdrukking

In *Tinker v Des Moines School District*<sup>270</sup> is 'n paar skoliere geskors nadat hulle swart roubande skool toe gedra het uit protes teen Amerikaanse betrokkenheid in Viëtnam. Die hof bevind die volgende:<sup>271</sup>

"[S]tudents in school as well as out of school are 'persons' under our Constitution ... possessed of fundamental rights which the State must respect..."

Die skoliere se skorsing het meegebring dat inbreuk op hul grondwetlike reg op vryheid van uitdrukking gemaak is.<sup>272</sup> Die inbreukmaking kon nie geregverdig word nie want daar kon nie bewys word dat die protesoptrede skoolaktiwiteite en -dissipline substansieel ontwrig het of wesentlike inmenging behels het nie.<sup>273</sup>

Die *Tinker*-beslissing verleen erkenning aan die afsonderlike en identifiseerbare regte van die kind wat op grondwetlike beskerming geregtig is.<sup>274</sup> Hafén en Burt wys egter daarop dat die ouers van die betrokke skoliere direk by die besluit om roubande skool toe te dra, betrokke was en dat hulle ook die litigasie geïnisieer het.<sup>275</sup> In dié opsig is die uitspraak 'n herbevestiging van die grondwetlike reg van ouers om beheer uit te oefen oor die grootmaak van hul kinders.<sup>276</sup> Gegewe die feit dat die dra van roubande eerder die ouers se oortuigings as dié van die kinders weerspieël het, is die moontlikheid nooit ondersoek dat die skoolowerhede die ouers se politieke oortuigings wou uitsluit sodat die kinders self kon besluit of hulle protes wou aanteken of nie.<sup>277</sup> Burt brei soos volg uit:<sup>278</sup>

"The *Tinker* Court should have acknowledged that the constitutional question would have changed complexion if the school officials had convincingly argued that they were acting not to impose their political views on students, but rather on behalf of the root values of the first amendment - tolerance, diversity of thought, individual autonomy - against parental impositions on children."

<sup>270</sup> 393 US 503 (1969).

<sup>271</sup> *Tinker v Des Moines School District supra* 511.

<sup>272</sup> *Tinker v Des Moines School District supra* 514.

<sup>273</sup> *Tinker v Des Moines School District supra* 509, 513-514. Sien ook Rush 1985 *The Hastings Law Journal* 469; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 414; Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 635.

<sup>274</sup> *Tinker v Des Moines School District supra* 507. Sien ook Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 415-416; Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 499.

<sup>275</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 645-646; Burt 1975 *Law and Contemporary Problems* 123-124. Sien ook Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 414-416.

<sup>276</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 646.

<sup>277</sup> Burt 1975 *Law and Contemporary Problems* 124.

Wingo en Freytag, asook Cohen, sien *West Virginia State Board v Barnette*<sup>279</sup> as die eerste beslissing waar erken is dat 'n kind oor grondwetlike regte beskik. Die hof het 'n bepaling wat vereis het dat alle skoliere die nasionale vlag tydens vlaghysingseremonies moet salueer, ongrondwetlik verklaar.<sup>280</sup> Die aansoek is weliswaar deur Jehovah-getuies gebring wat beweer het dat deelname aan die seremonie strydig met hul geloofsoortuigings was maar in die beslissing word grotendeels op individue se vryheid van uitdrukking gesteun.<sup>281</sup> Hier was ook 'n identiteit van belange tussen ouers en kinders en dit verklaar moontlik waarom die uitspraak nie as 'n duidelike erkenning van kinderregte gesien moet word nie.

In *Ginsberg v New York*<sup>282</sup> het die hof die geldigheid van wetgewing gehandhaaf wat die verkoop van pornografiese materiaal aan kinders onder sewentien jaar verbied het. Die hof vind twee regverdigingsgronde vir die bepaling. Eerstens dien die wetgewing as aanvulling van en as steun vir ouerlike gesag.<sup>283</sup> Tweedens kon die wetgewing geregverdig word omdat die staat 'n onafhanklike belang in die welsyn van die jeug het.<sup>284</sup> Ouers is nie altyd teenwoordig om hul gesag uit te oefen nie; daarom is strenger regulering van die beskikbaarheid van pornografiese materiaal aan kinders in vergelyking met volwassenes regverdigbaar.<sup>285</sup>

Daar was by die hof geen twyfel daaroor dat die staat 'n kind grondwetlik anders as volwassenes kan hanteer in die geval van obsene materiaal nie. Die staat se definisie van "obseen" kan dus wissel, afhangend daarvan of kinders of volwassenes ter sprake is.<sup>286</sup> So 'n veranderbare toets bied ruimte aan die staat om sy belang in die beskerming van die jeug te bevorder sonder om op die kind se grondwetlike reg op vryheid van uitdrukking inbreuk te maak.<sup>287</sup>

Soos in *Tinker*, erken die hof in *Ginsberg* 'n kind se grondwetlike reg op vryheid van uitdrukking. Die praktiese effek is egter dat die reg van die kind om enige materiaal

<sup>278</sup> Burt 1975 *Law and Contemporary Problems* 124.

<sup>279</sup> 319 US 624 (1943).

<sup>280</sup> *West Virginia State Board v Barnette supra* 629-630.

<sup>281</sup> *West Virginia State Board v Barnette supra* 633-634.

<sup>282</sup> 390 US 629 (1968).

<sup>283</sup> *Ginsberg v New York supra* 639. Sien ook Rush 1985 *The Hastings Law Journal* 468; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 417; Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 621.

<sup>284</sup> *Ginsberg v New York supra* 640.

<sup>285</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 621.

<sup>286</sup> *Ginsberg v New York supra* 638, 643.

<sup>287</sup> Rush 1985 *The Hastings Law Journal* 468-469; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 416-417; Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 621.

te lees meer beperk is as dié van volwassenes.<sup>288</sup> Die uitspraak illustreer ook die hof se bereidwilligheid om beperkings op die kind se grondwetlike regte te aanvaar indien die staat kan bewys dat dit in die kind se beste belang is.<sup>289</sup>

(d) Die kind se reg op 'n behoorlike regsproses

Binne die konteks van kinderregte verteenwoordig *In re Gault*<sup>290</sup> 'n mylpaal.<sup>291</sup> In die tydperk voor die uitspraak is jeugdiges wat van 'n misdryf aangekla is by wyse van informele verrigtinge verhoor.<sup>292</sup> Die regsproses is deur onvoorspelbare en inkonsekwente prosedures gekenmerk.<sup>293</sup>

Die hof formuleer sy vertrekpunt op die volgende wyse:<sup>294</sup>

"[N]either the Fourteenth Amendment nor the Bill of Rights is for adults alone."

Die uitspraak bring 'n einde aan die ietwat arbitrêre wyse waarop jeugdiges hanteer is en hul reg op 'n behoorlike regsproses word gehandhaaf.<sup>295</sup> Die hof was versigtig om die bevinding tot spesifiek omskrewe prosedurele waarborge te beperk, asook tot daardie gevalle waar die moontlikheid van 'n verwysing na 'n staatsinstelling bestaan.<sup>296</sup>

Twee van die prosedurele waarborge wat deur die hof vermeld word, is insiggewend. Eerstens is daar die vereiste dat kennisgewing van verhoor aan die ouers en kind gegee moet word. Op dié wyse word die geleentheid gebied om 'n verweer voor te berei - nie alleen as beskerming vir die kind nie maar ook omdat die ouers se reg op bewaring in gedrang kan kom.<sup>297</sup> Tweedens moet die ouers ook in kennis gestel word van die reg op regsverteenvoordiging omdat dit 'n reg is wat volgens die hof die ouer

<sup>288</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 417.

<sup>289</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 417-418.

<sup>290</sup> 387 US 1 (1967).

<sup>291</sup> Cohen in *Handbook of Children's Rights* 168; Lawrence-Karski 1996 *The International Journal of Children's Rights* 31.

<sup>292</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 418-419; Cohen in *Handbook of Children's Rights* 168.

<sup>293</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 418-419; Cohen in *Handbook of Children's Rights* 168.

<sup>294</sup> *In re Gault supra* 13.

<sup>295</sup> *In re Gault supra* 19, 31-34, 34-42, 42-55, 57.

<sup>296</sup> *In re Gault supra* 30.

<sup>297</sup> *In re Gault supra* 17, 34. Sien ook Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 499; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 419-420.

en die kind toekom.<sup>298</sup> Volgens Wingo en Freytag is die logiese gevolgtrekking dat die *Gault*-beslissing, soos die voriges, ouers en kinders se belange aan mekaar gelykstel.<sup>299</sup>

Die beslissings in *Tinker* en in *Ginsberg* weerspieël die spanning tussen twee beginsels. Die eerste beginsel behels die breë omvang van gesag wat die gesin oor 'n kind het en die grondwetlike dimensie van die ouer-kind verhouding. Die tweede beginsel behels die legitieme belang van die staat in die grootmaak en opvoeding van kinders en dat dit nie nodig is om hulle aan volwassenes gelyk te stel nie. Die *Gault*-uitspraak verteenwoordig 'n derde beginsel en die derde punt in die driehoekige verhouding tussen ouers, kinders en die staat. Dié beginsel kom daarop neer dat 'n kind ook regte van sy eie het, waarvan sommige 'n grondwetlike dimensie het.

(e) Die kind se reg op privaatheid

In *Planned Parenthood v Danforth*<sup>300</sup> het dit gegaan oor wetgewing ingevolge waarvan ouerlike toestemming vereis is alvorens 'n ongetroude dogter jonger as agtien jaar 'n aborsie kon ondergaan.<sup>301</sup> Daar is geargumenteer dat die ouerlike vetoreg die staat se belang in die handhawing van die gesinseenheid, wat as grondslag vir ouerlike gesag dien, wou bevorder.<sup>302</sup> Die hof moes gevolglik die volgende teenoor mekaar opweeg: staatsinmenging ter ondersteuning van ouers se reg om die opvoeding van kinders te bepaal teenoor die kind se reg op privaatheid.<sup>303</sup>

Die hof verleen voorkeur aan die minderjarige se grondwetlike regte en bevestig opnuut dat die Grondwet nie tot volwassenes beperk is nie:<sup>304</sup>

"Constitutional rights do not mature and come into being magically only when one attains the state-defined age of majority. Minors, as well as adults, are protected by the Constitution and possess constitutional rights."

<sup>298</sup> *In re Gault supra* 41-42. Rush 1985 *The Hastings Law Journal* 465; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 419-420.

<sup>299</sup> Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 419-420.

<sup>300</sup> 428 US 52 (1976).

<sup>301</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 72.

<sup>302</sup> Bainham "The balance of power in family decisions" 1986 *Cambridge Law Journal* 262 265; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 421-422.

<sup>303</sup> Bainham 1986 *Cambridge Law Journal* 265-266; Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 421-422.

<sup>304</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 74.

Die hof het wel opgemerk dat, anders as in die geval van volwassenes, die staat 'n belang daarin het om die gedrag van kinders te reguleer. Wetgewing kan in gepaste gevalle inbreuk op 'n kind se reg op vryheid maak en so 'n inbreukmaking is onder die volgende omstandighede geregverdig:<sup>305</sup>

"[I]f it serves a 'significant state interest' that is not present in the case of an adult."

Dié toets het ook in *Carey v Population Services International*<sup>306</sup> ter sprake gekom. Wetgewing het bepaal dat dit 'n misdryf is om voorbehoedmiddels te verkoop aan of te versprei onder kinders jonger as sestien jaar. Die hof bepaal dat die wetgewing ongrondwetlik is omdat dit inbreuk op 'n kind se reg op privaatheid maak.<sup>307</sup> Die inbreukmaking kon ook nie op grond van 'n *significant state interest* geregverdig word nie.<sup>308</sup>

Die wetgewing wat in *Wisconsin v Yoder*<sup>309</sup> ter sprake was, het vereis dat kinders 'n publieke- of privaatskool tot op sestienjarige ouderdom bywoon. Die aansprake van Amiese ouers, gebaseer op hul reg op godsdienstvryheid en ouerlike prerogatiwe dat hul kinders van die bepaling vrygestel word, is gehandhaaf.<sup>310</sup>

Dit is egter die minderheidsuitspraak van regter Douglas wat as 'n sterk argument ten gunste van kinderregte en as steun vir 'n kind se reg op privaatheid gesien word. Die regter was besorg daaroor dat die uitspraak die ouers se godsdienstooruigings op hul kinders afgedwing het.<sup>311</sup> Hy argumenteer soos volg:<sup>312</sup>

"On this important and vital matter of education, I think the children should be entitled to be heard. While the parents, absent of dissent, normally speak for the entire family, the education of the child is a matter on which the child will often have decided views..."

"...It is the student's judgment, not his parent's, that is essential if we are to give full meaning to what we have said about the Bill of Rights and of the rights of students to be masters of their own destiny."

<sup>305</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 75. Sien ook Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 421.  
<sup>306</sup> 431 US 678 (1977).  
<sup>307</sup> Bainham 1986 *Cambridge Law Journal* 264.  
<sup>308</sup> *Carey v Population Services International supra* 715.  
<sup>309</sup> 406 US 205 (1972).  
<sup>310</sup> *Carey v Population Services International supra* 214, 230, 235-236.  
<sup>311</sup> *Carey v Population Services International supra* 244-245.  
<sup>312</sup> *Carey v Population Services International supra* 244-245. Sien ook Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 423-424; Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 625 636-637.



Die meerderheidsuitspraak het egter bogenoemde standpunt verwerp.<sup>313</sup> Die trant van die uitspraak dui op die oorheersende belang wat aan ouers se reg om hul kinders op 'n sekere manier groot te maak verleen word, selfs al sou die kinders se wense strydig daarmee wees.<sup>314</sup>

### 5 5 3 *Gevolgtrekking*

Wat duidelik uit die bogenoemde uiteensetting blyk, is dat grondwetlike litigasie in die VSA tot dusver nie baie suksesvol was om kinderregte te bevorder nie. Daarvoor is die uitsprake te uiteenlopend en ontbreek dit aan 'n deurlopende onderliggende teorie.

Ook is baie van die beslissings eng in omvang en toepassing, 'n aspek wat nie meewerk tot die ontwikkeling van 'n lewensvatbare onderliggende teorie nie.<sup>315</sup> Let byvoorbeeld op hoe eng die hof se fokus in die *Ginsberg*-beslissing is:<sup>316</sup>

"We have no occasion in this case to consider the impact of the guarantees of freedom of expression upon the totality of the relationship of the minor and the State ... It is enough for the purposes of this case that we inquire whether it was constitutionally impermissible for New York... to accord minors under 17 a more restricted right than assured to adults to judge and determine for themselves what sex material they may read or see."

In *Tinker* openbaar die hof ook die volgende eng benadering:<sup>317</sup>

"The problem posed by the present case does not relate to regulation of the length of skirts or the type of clothing, to hair style, or deportment. It does not concern aggressive, disruptive action or even group demonstrations. Our problem involves direct, primary First Amendment rights akin to 'pure speech'."

Die hof se traagheid om wyer as die geskilpunt te beweeg, is verstaanbaar. Tog is dit juis wat vereis word om die tradisionele rol van die kind, ouers en die staat opnuut te ondersoek ten einde 'n regsteoretiese grondslag vir kinderregte te ontwikkel.<sup>318</sup> Dit is juis so 'n benadering wat deur Wald bepleit word, naamlik dat die tradisionele reëls wat die kind se regte en geleenthede beperk, vanuit 'n grondwetlike perspektief heroorweeg moet word.<sup>319</sup>

<sup>313</sup> *Carey v Population Services International supra* 230-231.

<sup>314</sup> *Carey v Population Services International supra* 231. Sien ook Wingo & Freytag 1982 *Iowa Law Review* 424-425.

<sup>315</sup> *Davis & Schwartz Children's Rights* 71-72.

<sup>316</sup> *Ginsberg v New York supra* 636-637.

<sup>317</sup> *Tinker v Des Moines School District supra* 507-508.

<sup>318</sup> *Davis & Schwartz Children's Rights* 72.

<sup>319</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267; *Davis & Schwartz Children's Rights* 72.

Hafen maan tot omsigtigheid, selfs al word kinderregte deur die *Supreme Court* in grondwetlike terme aangeroei.<sup>320</sup> Die gevaar bestaan dat uitsprake eenvoudig as gesag voorgehou word vir aangeleenthede wat veel wyer strek as wat die hof se bedoeling was. Hy vind in geeneen van die uitsprake wat hierbo bespreek is regverdiging vir 'n afleiding dat kinders en volwassenes nou oor gelyke status beskik nie.<sup>321</sup> Wat wel gebeur het, is dat die *Supreme Court* bereid was om van geval tot geval te beoordeel of aanpassings ten opsigte van die kind se regte op beskerming gemaak kon word.<sup>322</sup> Hafén sluit aan by Davis en Schwartz se kritiek ten opsigte van die *Supreme Court* se traagheid om helderheid te bied en uit te brei op die redes waarom grondwetlike beskerming soms aan die kind verleen word en in ander gevalle nie. So is bloot die indruk geskep dat dit moontlik die oogmerk van die hof was om gelyke omvang aan die grondwetlike regte van ouers en kinders te verleen.<sup>323</sup>

Hafén se kommentaar is van groot belang vir Suid-Afrika vir wie die era van grondwetlike litigasie maar pas aangebreek het. Die betowering van 'n kind se grondwetlike regte kan 'n hof maklik minder sensitief maak vir die werklike konteks waarbinne die ouer-kind konflik afspeel.<sup>324</sup> Hafén se boodskap kan kwalik duideliker as die volgende uiteengesit word:<sup>325</sup>

"The involvement of a constitutional right for minors by no means lifts a case above the practical and policy problems of minority status into some abstract sphere in which an abandonment of that special body of law that has always applied to children, is justified. When both parents and children are involved ... the law must concern itself even more with that special context, since a court must then confront the unique legal and social role of parents."

## 6 GEVOLGTREKKING

Daar kan 'n aantal opmerkings na aanleiding van voorafgaande uiteensetting gemaak word.

- (a) Kinderregte is geen eenvormige konsep nie. Dit kan nie as suiwer juridiese aansprake geformuleer word nie aangesien dit ook morele aansprake insluit.

<sup>320</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 633.

<sup>321</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 647 650.

<sup>322</sup> Sien Hafén se uiteensetting hierbo op 69-70 waar hy 'n onderskeid tussen regte op beskerming en keuseregte tref.

<sup>323</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 637.

<sup>324</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 640. Die grondwetlikheid van wetgewing wat afstand doen van ouerlike toestemming vir abortsies van minderjariges, moet bv rekening hou met die oorsprong en oogmerk van die gemeenregtelike reël wat ouerlike toestemming vir mediese behandeling vereis.

<sup>325</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 641.

- (b) Kinderregte word binne die oorkoepelende raamwerk van menseregte geregverdig – die kind behoort as persoon wat ook oor fundamentele menseregte beskik, gerespekteer en erken te word. Kinderregte word as verskyningsvorm van menseregte gewoonlik tot die reg op groter outonomie of tot die reg om beskerm en versorg te word gereduseer.
- (c) Dit is duidelik dat die kind in die algemeen ingevolge die wilsteorie nie oor regte beskik nie omdat hy nie die nodige vermoë het om rasonale besluite te neem nie. 'n Kind se regte kan wel ingevolge die belangeteorie geregverdig word. Dit beteken dat 'n kind regte het in soverre daar belange is wat deur die gemeenskap erken word en reëls ontstaan wat die ophê van verpligtinge op ander regverdig. Die belangeteorie het 'n sterk ondertoon van morele argumente soos die wedersydse respek wat vir die aansprake en belange van alle persone (dit wil sê ook kinders) betoon behoort te word.
- (d) Die inhoud van spesifieke kinderregte kan ook verskillend geïnterpreteer word. Kinders, as 'n klas, verteenwoordig 'n diverse groep en daar moet deeglik met verskille in nasionaliteit, geslag, ras, geloof en ander sosiale en persoonlike eienskappe rekening gehou word.
- (e) 'n Kind ontwikkel met verloop van tyd die vermoë om self besluite te neem en onafhanklik op te tree. Dit is 'n geleidelike ontwikkelingsproses en dit sou verkeerd wees om kinderregte net in terme van outonomie of net in terme van beskerming te verwoord. Die teorieë van Freeman, Eekelaar, Wald en Hafén weerspieël die ontwikkelingsproses en maak gevolglik vir regte op beskerming, asook regte op outonomie, voorsiening.
- (f) Kinderregte, soos enige ander regte, geld nie in absolute terme nie. Op 'n stadium kan daar konflik wees met ouerlike gesag en met die staat se belang daarin om die welsyn van die kind te bevorder. Die Amerikaanse perspektief, asook Hafén se uiteensetting, wys op die hoë premie wat op ouerlike gesag en gesinsoutonomie geplaas word en ook op die toepaslike rol van die staat. Dié temas geniet in die volgende hoofstuk aandag.
- (g) Die gebruik van regte-terminologie is deel van sekere gebiede van die reg soos deliktereg, kontraktereg en sakereg om maar enkele voorbeelde te noem. Regsgeleerdes maak gerieflikheidshalwe ook van regte-terminologie gebruik om

menslike verhoudings (spesifiek die ouer-kind verhouding) tot werkbare konsepte te omvorm. Die teorieë en perspektiewe wat in dié hoofstuk voorgehou is, verteenwoordig bydraes van diegene wat bereid is om verby die tradisionele retoriek van regte te beweeg en aandag te skenk aan filosofiese, morele en sosiale oorwegings en om 'n balans in die verhouding tussen ouers, kinders en die staat te vind. Dié bydraes is van onskatbare waarde vir die wyse waarop kinderregte uiteindelik prakties geïmplementeer word. Indien dié bydraes geïgnoreer word, bestaan die gevaar dat die idee van kinderregte 'n abstrakte teorie bly wat deur regsgeleerdes gebruik word om hul eie gewetens te sus en eie waardes in die vorm van kinderregte voor te hou. Die gevaar bestaan ook dat ratifikasie van die 1989 Konvensie en kinderregte wat in 'n handves van menseregte vervat word, getuig van politieke dienstigheid en 'n poging om internasionale statuur te verkry.

Die belangrikste boodskap van die teoretiese ondersoek is dat kinderregte veel meer behels as bloot wie regte het en op wie verpligtinge rus. Dit is nie alleen regsreëls nie maar ook vele ander bronne wat ter sprake is wanneer uitdrukking aan kinderregte verleen word. Die groot uitdaging vir die privaatreë lê daarin om regte aan 'n kind te verleen maar ook om gesinsverhoudings te help behou. Kinderregte is 'n belangrike meganisme om uitdrukking aan 'n kind se individuele behoeftes te verleen en te verseker dat daaraan gehoor gegee word. 'n Voorbehoud bestaan egter daarin dat die verlening van regte geen klinkklare antwoorde of kitsoplossings in die veld van menslike verhoudings bied nie. Sosiale en politieke waardes van 'n gemeenskap bied ook waarborge aan individuele vryhede en die reg moet ook hiervan kennis neem. 'n Kind se reg op outonomie is opsigself betekenisloos - dit begin eers betekenis kry indien onthou word dat dit 'n aanspraak teen ouers of teen die staat as oppervoog van minderjariges behels. Hier is dit die taak van die privaatreë om die aansprake te bereg sonder om die sosiale dimensie van die verskillende rolspelers te ignoreer.

## HOOFSTUK 4

### OUERLIKE GESAG

#### 1 INLEIDING

Ouerlike gesag kan in een van twee verskyningsvorme realiseer. In die eerste geval word die gesin as eenheid beklemtoon, met ouers aan die hoof daarvan wat oor omvangryke gesag beskik. Kinders word as't ware as hul ouers se eiendom gesien. In die tweede geval word die gesin eerder as 'n groep individue gesien wat oor onafhanklike belange beskik met ouers wat daardie belange beskerm en bevorder. Dit is teen dié agtergrond dat fundamentele vrae oor die grondslag van ouers se bevoegdhede oor hul kinders beantwoord moet word terwyl die implikasies van kinderregte binne gesinsverband in gedagte gehou word.

In hierdie hoofstuk word die aard, funksie en inhoud van ouerlike gesag en die verband wat dit met kinderregte het, bespreek. Ter inleiding word aandag gegee aan 'n beslissing wat, moontlik meer as enige ander, 'n raamwerk verskaf het waarbinne ouerlike gesag ontleed kan word.

#### 1.1 Uitgangspunt: *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>1</sup>

Die *Gillick*-beslissing word as die mees betekenisvolle beslissing in die twintigste eeu oor die verhouding tussen ouers en kinders beskryf.<sup>2</sup> Die uitspraak bied 'n uitstekende voorbeeld van 'n geval waar die hof oor gesinsverhoudings en die magsbalans binne die gesin moes besin. Die hof moes die aard en omvang van ouerlike gesag in heroorweging neem en in die proses moes 'n balans gevind word tussen die onafhanklike belange van gesinslede wat in konflik was.

<sup>1</sup> [1986] 1 AC (HL) 112.

<sup>2</sup> Bainham & Cretney *Children* 276; Bainham "The balance of power in family decisions" 1986 *Cambridge Law Journal* 262 262-263; Eekelaar "The eclipse of parental rights" 1986 *Law Quarterly Review* 4-9; Bainham in *Parenthood in Modern Society* 501 503-504; Montgomery "Children as property?" 1988 *Modern Law Review* 323; Peiris "The *Gillick* case: Parental authority, teenage independence and public policy" 1987 *Current Legal Problems* 93-117; Eekelaar "Parental responsibility: state of nature or nature of state?" 1991 *Journal of Social Welfare and Family Law* 37 37-38; Austin "Children's rights in New Zealand law and society" 1995 *Victoria University of Wellington Law Review* 249 257-258; Parkinson "Children's rights and doctor's immunities: the implication of the High Court decision in *Re Marion*" 1992 *Australian Journal of Family Law* 101-125.

Dit is egter belangrik om eers 'n voorafgaande vraag te beantwoord, naamlik of dit moontlik is om algemene gevolgtrekkings oor die aard en omvang van ouerlike gesag te maak waar die geskilpunt oor die verskaffing van voorbehoedmiddels aan die kind sonder ouerlike toestemming gegaan het.<sup>3</sup> Is ouerlike gesag met ander woorde 'n unitêre konsep of moet die aard en omvang daarvan van geval tot geval beoordeel word afhangend van die tipe aktiwiteit wat betrokke is? Die algemene standpunt skyn te wees dat die *ratio* in die beslissing wyd genoeg gestel is ten einde algemene afleidings te regverdig.<sup>4</sup>

Die regspraak in die *Gillick*-beslissing was of dokters regmatig voorbehoedmiddels of advies oor die gebruik daarvan aan die eiseres se dogters wat almal jonger as sestien jaar was, sonder haar medewete of toestemming kon verskaf. Die geskilpunt kon teruggevoer word na 'n beleidsdirektief van die Departement van Gesondheid en Welsyn wat bepaal het dat 'n dokter in sekere buitengewone gevalle met behandeling aan kinders onder sestien jaar kon voortgaan sonder hul ouers se medewete of toestemming.

Erkenning van 'n kind onder sestien jaar se vermoë om geldige toestemming tot die gebruik van voorbehoedmiddels te verleen, was volgens mevrou Gillick 'n onaanvaarbare inbreukmaking op ouerlike gesag. Daar is namens haar geargumenteer dat dit 'n ouer se fundamentele reg is om die verantwoordelikheid van 'n kind se opvoedkundige, sosiale, morele en mediese versorging te dra.<sup>5</sup> Die beleidsdirektief het inmenging met daardie fundamentele regte gekondoneer.<sup>6</sup>

Haar aansoek vir 'n verklaring dat die beleidsdirektief onregmatig is, is in die hof van eerste instansie<sup>7</sup> van die hand gewys maar haar appèl<sup>8</sup> is eenparig gehandhaaf. Die *House of Lords* het egter die betrokke departement se appèl met 'n 3-2 meerderheid gehandhaaf. Volgens die meerderheid is daar geen reël wat meebring dat ouerlike gesag in absolute vorm tot op 'n sekere ouderdom van 'n kind bestaan nie. Dit verminder met verloop van tyd soos 'n kind geleidelik die nodige begrip en intelligensie ontwikkel om self besluite te neem.

Daar was voor die *Gillick*-uitspraak weinig gesag oor die omvang van ouerlike gesag omdat dit in hofbeslissings nie uitdruklik in geskil geplaas is nie.<sup>9</sup> Die hof was gewoonlik met

<sup>3</sup> Bainham in *Parenthood in Modern Society* 503; Bainham *Children, Parents and State* 50.

<sup>4</sup> Bainham in *Parenthood in Modern Society* 503; Bainham *Children, Parents and State* 50-51; Bainham & Cretney *Children* 79 102.

<sup>5</sup> [1984] *QB* 581 585.

<sup>6</sup> [1984] *QB* 583-584.

<sup>7</sup> [1984] *QB* 581.

<sup>8</sup> [1985] 2 *WLR* 413.

<sup>9</sup> Bainham *Children, Parents and State* 48; Bainham 1986 *Cambridge Law Journal* 268-269.

spesifieke dispute ten opsigte van individuele kinders gemoeid. In sodanige gevalle was die hof se beskouing van 'n kind se beste belang deurslaggewend. Die hof kon in die uitoefening van sy diskresie ouers se besluite tersyde stel - nie omdat ouerlike gesag as sodanig ontken is nie maar omdat die hof van oordeel was dat die ouer se voorkeur nie in 'n kind se beste belang was nie.<sup>10</sup> In dié opsig het die deurslaggewende en oorheersende oorweging van 'n kind se beste belang dit onnodig gemaak om oor die aard en omvang van ouerlike gesag te besin.

Die *Gillick*-beslissing het gevolglik die ideale geleentheid gebied om algemene regsbeginsels ten opsigte van gesinsverhoudings neer te lê en dit is hier waar die trefkrag daarvan vir doeleindes van die onderhawige studie aangetref word.

- (a) Dit is eerstens baie duidelik dat die meerderheid in die *House of Lords* die idee verwerp dat ouerlike gesag in absolute terme uitgedruk kan word. Lord Scarman stel sy standpunt op die volgende wyse:<sup>11</sup>

"But the common law has never treated such [parental] rights as sovereign or beyond review and control. Nor has our law ever treated the child as other than a person with capacities and rights recognised by law ...[The] parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision."

Ook Lord Fraser verwerp *In re Agar-Ellis*,<sup>12</sup> waar beslis is dat vaderlike gesag in absolute vorm bly voortbestaan totdat 'n kind meerderjarigheidsouderdom bereik,<sup>13</sup> uitdruklik. Hy verwys met goedkeuring na Lord Denning MR se uiteensetting van die omvang van ouerlike gesag:<sup>14</sup>

"[I]t is a dwindling right which the courts will hesitate to enforce against the wishes of the child, and the more so the older he is. It starts with a right of control and ends with little more than advice."

Dit is duidelik uit bogenoemde dat ouerlike gesag vir beperkings vatbaar is. Dit is byvoorbeeld heeltemal moontlik dat 'n dokter in 'n noodgeval 'n ouer se besluit kan

<sup>10</sup> Bainham *Children, Parents and State* 48; Bainham 1986 *Cambridge Law Journal* 268-269. Dit word algemeen aanvaar dat ouers in hul kind se beste belang moet optree. Die oorheersende oorweging van 'n kind se beste belang soos deur 'n hof geïnterpreteer, verteenwoordig teoreties 'n beperking op die uitoefening van ouerlike gesag. Dit is 'n betekenislose beperking op ouerlike gesag in praktiese terme totdat die hof in 'n gepaste geval op grond van die feite verklaar wat die beste belang behels.

<sup>11</sup> *Supra* 183-184 186.

<sup>12</sup> (1883) 24 Ch D 317.

<sup>13</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 172-173.

<sup>14</sup> *Hewer v Bryant* [1970] 1 *QB* 357 369 soos aangehaal in die *Gillick*-beslissing *supra* 172.

ignoreer en met mediese behandeling voortgaan. Die uitoefening van ouerlike gesag word ook beperk waar dit blyk dat 'n kind verwaarloos of mishandel word.<sup>15</sup>

- (b) Ietwat meer ingewikkeld is die vraag of ouerlike gesag opgehef of beperk word indien 'n kind oor die nodige vermoë beskik om self 'n besluit te neem.<sup>16</sup> Die tradisionele benadering is dat ouerlike gesag verminder soos 'n kind meerderjarigheidsouderdom nader maar dat dit ten minste tot op daardie stadium bly voortbestaan. Hoe ouer die kind hoe kleiner is die waarskynlikheid dat ouerlike gesag teen die kind se wense afgedwing sal word.<sup>17</sup> Selfs al behels ouerlike gesag weinig meer as die reg om advies te gee in die geval van ouer kinders bly die onderliggende uitgangspunt steeds dat ouerlike gesag tot op meerderjarigheidsouderdom uitgeoefen kan word.<sup>18</sup>

Volgens 'n radikale interpretasie van die *Gillick*-beslissing is die effek van 'n kind se verkryging van handelingsbevoegdheid dat ouerlike gesag beëindig word.<sup>19</sup> So 'n interpretasie is op die volgende stelling van Lord Scarman gebaseer:<sup>20</sup>

"[T]he parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision."

Dit volg uit Lord Scarman se redenasie dat 'n ouer nie 'n eie mening kan afdwing op 'n kind wat oor die vermoë beskik om self besluite te neem nie, selfs al is die ouer se keuse in die kind se beste belang.<sup>21</sup>

Lord Fraser het daarenteen 'n meer gematigde benadering gevolg en was van mening dat 'n kind se vermoë om self besluite te neem nie sonder meer ouerlike gesag beëindig nie.<sup>22</sup> Hy stel sy standpunt op die volgende wyse:<sup>23</sup>

"In practice most wise parents relax their control gradually as the child develops and encourage him or her to become increasingly independent. Moreover, the degree of parental control actually exercised over a particular child does in practice vary considerably according to his

<sup>15</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 165 189.

<sup>16</sup> Bainham *Children, Parents and State* 50; Bainham in *Parenthood in Modern Society* 503; Eekelaar 1986 *Law Quarterly Review* 5-7.

<sup>17</sup> *Krishnan v Sutton London Borough Council* [1970] Ch 181; *Hewer v Bryant* [1970] 1 A.B. 357 369. Sien ook Bainham & Cretney *Children* 103.

<sup>18</sup> Bainham & Cretney *Children* 103.

<sup>19</sup> Eekelaar 1986 *Law Quarterly Review* 4-5.

<sup>20</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 186.

<sup>21</sup> Eekelaar "The emergence of children's rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161 181.

<sup>22</sup> Bainham *Children, Parents and State* 51; Bainham & Cretney *Children* 103 279; Bainham in *Parenthood in Modern Society* 503-504; Eekelaar 1986 *Law Quarterly Review* 5-7.

<sup>23</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 171.



understanding and intelligence and it would, in my opinion, be unrealistic for the courts not to recognise these facts. Social customs change, and the law ought to, and does in fact, have regard to such changes when they are of major importance."

Gegewe die feit dat dit oor die gebruik van voorbehoedmiddels gaan, stel hy vyf vereistes waaraan voldoen moet word alvorens 'n dokter kan voortgaan met behandeling sonder die ouers se toestemming of medewete. 'n Dokter moet hom van die volgende vergewis:<sup>24</sup>

- "(1) [T]hat the girl will understand his advice;
- (2) that he cannot persuade her to inform her parents or allow him to do so;
- (3) that she is very likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment;
- (4) that unless she receives advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; and
- (5) that her best interests require him to act without consent."

Daar kan 'n aantal opmerkings na aanleiding van Lord Fraser se uiteensetting gemaak word. Dit is eerstens vatbaar vir 'n interpretasie dat ouerlike gesag alleen opgehef word indien 'n kind oor die nodige vermoë beskik om self 'n besluit te neem en bykomend dat die betrokke handeling in die kind se beste belang is.<sup>25</sup>

Tweedens bied Lord Fraser se formulering steeds ruimte vir ouerlike betrokkenheid. Hy gee toe dat in die meerderheid gevalle dit die ouers is wat in die beste posisie is om te oordeel wat in hul kind se beste belang is.<sup>26</sup> Hy het ook geen twyfel daaroor nie dat in die meeste gevalle waar 'n kind onder sestien jaar mediese behandeling ontvang, dit met die ouers se toestemming moet geskied.<sup>27</sup> Daar is wel gevalle waar 'n dokter in 'n beter posisie is om te oordeel of mediese behandeling in 'n kind se beste belang is en dit is met dié aspek wat Lord Fraser deeglik rekening hou.<sup>28</sup> Sy benadering maak uiteindelik vir 'n vorm van deelnemende besluitneming voorsiening waarin ouers se belang in hul kinders, die kind se posisie in die gesin en die dokter se kliniese oordeel 'n rol speel.

<sup>24</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 174.

<sup>25</sup> Bainham *Children, Parents and State* 51; Bainham in *Parenthood in Modern Society* 503-504; Eekelaar 1986 *Law Quarterly Review* 6.

<sup>26</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 173.

<sup>27</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 173.

Laastens is dit die vyfde vereiste wat deur Lord Fraser gestel word wat betekenisvol is. Bainham verduidelik soos volg:<sup>29</sup>

"Parents' powers, according to this criterion, survive unless the child's best interests demand that they are overridden. This could be interpreted as a reiteration of the familiar welfare principle but with the significant modification that the assessment of the child's best interests (upon which depends the lawfulness of the parents' proposals) would be made by third parties dealing with the child and/or the parents and not by the courts."

Dit is moontlik dié aspek wat die mees radikale afwyking van die tradisionele posisie oor die beperking van ouerlike gesag verteenwoordig. Dié tradisionele posisie is verwoord in die Engelse *Law Commission* se verslag oor buite-egtelikheid waar oorweging aan die regsgevolge van ouerlike gesag geskenk is.<sup>30</sup> Daarin is aanvaar dat die beste belang van 'n kind as beperking op die uitoefening van ouerlike gesag kan dien maar dat hofverrigtinge vereis word om die beperking as 't ware te aktiveer.<sup>31</sup>

Die *Gillick*-beslissing is egter vatbaar vir 'n wyer interpretasie. Volgens die uitspraak word ouerlike gesag ook opgehef indien 'n kind die nodige vermoë het om self 'n besluit te neem. In aansluiting by Bainham se opmerking hierbo is *Gillick* selfs vatbaar vir 'n verdere interpretasie dat derdes (soos 'n dokter) kan oordeel wat in 'n kind se beste belang is, daarvolgens kan handel en op dié wyse 'n beperking op ouerlike gesag kan plaas.<sup>32</sup> Dit is egter nie die derde party en die kind wat geïsoleer van gesinsverhoudings optree nie maar altyd met inagneming of ouers nie ook by die situasie betrokke kan wees nie.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 174. Lord Fraser wys daarop dat dit veral ten opsigte van seksuele aangeleenthede is waar kinders 'n dokter eerder as hul ouers sal nader om advies in te win.

<sup>29</sup> Bainham *Children, Parents and State* 51-52.

<sup>30</sup> *Law Commission Report on Illegitimacy* 1982 No 118, para 4.19.

<sup>31</sup> Sien para 4.19 wat soos volg lui:

"[U]nder our law, unless and until a court order is obtained, a person with parental rights is legally empowered to take action in respect of a child in exercise of those rights. It is true that if appropriate procedures are initiated he or she may be restrained from exercising those rights if it is not in the child's interests that he or she should do so: but unless and until such action is taken the person with parental rights would be legally entitled to act."

<sup>32</sup> Bainham *Children, Parents and State* 51-52; Bainham 1986 *Cambridge Law Journal* 270.

<sup>33</sup> Die radikale interpretasie van Lord Scarman se uitspraak word in 'n mate getemper waar hy op die volgende wyse op 189 'n kind midde-in gesinsverhoudings plaas:

"It has to be borne in mind that there is much that has to be understood by a girl under the age of sixteen if she is to have legal capacity to consent to [contraceptive] treatment. It is not enough that she should understand the nature of the advice which is being given: she must also have a sufficient maturity to understand what is involved. There are moral and family questions, especially her relationship with her parents; ... It follows that a doctor will have to satisfy himself that she is able to appraise these factors before he can safely proceed

- (c) Die nalatenskap van die *Gillick*-beslissing lê nie daarin dat ouerlike gesag as sodanig bevraagteken word nie. Die riglyne wat neergelê is, veral die van Lord Fraser, steun ouers se betrokkenheid by die grootmaak van kinders. Wat wel verander het, is dat daar kennis geneem is van die feit dat gesinslede onafhanklike belange het en dat ouerlike gesag nie in sulke omvangryke terme geld dat die menings van 'n kind sonder meer uitgesluit kan word nie. Logieserwys is dit heeltemal moontlik om te aanvaar dat die besluitnemingsbevoegdheede van ouers en 'n kind naas mekaar kan bestaan. In geval van konflik moet die reg oordeel wie se belange moet seëvier met inagneming van twee belangrike beginsels. Die eerste beginsel behels dat ouerlike gesag beperk in omvang en duur is en die tweede dat die kind se besluite met inagneming van sy ouerdom, intelligensie en volwassenheid in ag geneem moet word.

Op 'n meer subtiele vlak het *Gillick* weggedoen met die idee van gesinsoutonomie en 'n publieke persepsie van ouerlike gesag wat identiteit van belange tussen ouers en 'n kind veronderstel. Die feit dat ouerlike gesag as gekwalifiseerd aanvaar is en die idee van identiteit van belange tussen ouers en 'n kind wat verwerp is, het die weg gebaan vir die erkenning van kinderregte.

## 2 OUERLIKE "GESAG", "REGTE", "VERPLIGTINGE", "BEVOEGDHEDE" – IS TERMINOLOGIE BELANGRIK?

Die vraag ontstaan of dit enigsins 'n doel dien om in 'n debat oor die korrekte terminologie betrokke te raak ten einde inhoud aan die status van ouers ten opsigte van hul kind te gee. Maak dit met ander woorde enigsins 'n verskil aan die substansie van gesinsverhoudings afhangend of daar van ouerlike "gesag", "bevoegdheede", "regte" of "verpligtinge" gepraat word?

Die verandering binne konteks van die Engelse reg vanaf ouerlike regte na ouerlike verantwoordelikhede is insiggewend in hierdie verband.<sup>34</sup> Die verandering is nie kosmeties nie en weerspieël eerstens 'n besondere filosofie en tweedens 'n sekere realiteit. Die filosofie onderliggend aan die verandering is 'n poging van die reg om op so 'n wyse uitdrukking aan ouerskap te gee dat ouers se verantwoordelikhede beklemtoon word en enige regte waaroor hulle beskik, onderspeel word.<sup>35</sup> Ten opsigte van eersgenoemde kan na 'n opmerking van

---

upon the basis that she has at law capacity to consent to contraceptive treatment."

<sup>34</sup> Children Act 1989 a 3(1).

<sup>35</sup> Bainham & Cretney *Children* 95.

Lord Scarman in die *Gillick*-beslissing verwys word waar hy Blackstone<sup>36</sup> se uiteensetting van die ouer-kind verhouding soos volg in meer moderne terme verwoord het:<sup>37</sup>

"The principle of the law... is that parental rights are derived from parental duty and exist only so long as they are needed for the protection of the person and property of the child."

Die onderliggende filosofie is dat ouers oor sekere verantwoordelikhede teenoor hul kind beskik en dat daaruit sekere regte voortvloei - 'n situasie wat deur die reg weerspieël behoort te word. Die Engelse *Law Commission* het die tema verder geneem en hul volgende opmerking is insiggewend.<sup>38</sup>

"Parenthood would entail a primary claim and a primary responsibility to bring up the child. It would not, however, entail parental "rights" as such. The House of Lords in *Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority* has held that the powers which parents have to control or make decisions for their children, are simply the necessary concomitant of their parental duties. This confirms our view that "to talk of parental `rights'" is not only inaccurate as a matter of juristic analysis but also a misleading use of ordinary language."

Voortvloeiend uit bogenoemde word die begrip *parental responsibility* as die mees gepaste term gesien om uitdrukking aan ouerlike gesag te gee.<sup>39</sup> Die verandering in terminologie weerspieël ook die praktiese realiteit in die verhouding tussen ouer en kind. Ouerskap vereis aktiwiteite wat oor 'n wye spektrum strek - vanaf die verskaffing van voedsel, klere en huisvesting tot by leiding, raadgewing en versorging. Ouers sien dié take as hul verantwoordelikheid, eerder as hul "reg" om te bepaal hoe om die take te verrig.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Blackstone *Commentaries on the Laws of England* 452-453:

"The duty of parents to provide for the *maintenance* of their children is a principle of natural law; an obligation ... laid on them not only by nature herself, but by their own proper act, in bringing them into the world: ... And thus children will have a perfect *right* of receiving maintenance from their parents... The *power* of parents over their children is derived from the former consideration, their duty; this authority being given them, partly to enable the parent more effectually to perform his duty, and partly as a recompense for his care and trouble in the faithful discharge of it... The *duties* of children to their parents arise from a principle of natural justice and retribution. For to those, who gave us existence, we naturally owe subjection and subsistence during our minority, and honour and reverence ever after; they, who protected the weakness of our infancy are entitled to our protection in the infirmity of their age, ..."

<sup>37</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 184.

<sup>38</sup> *Law Commission Working Paper Custody* 1986 no 96 para 7.16.

<sup>39</sup> Bainham & Cretney *Children* 81. Volgens Bainham is die ideologie van die Children Act 1989 tekenend daarvan dat ouers die primêre verantwoordelikheid vir die versorging en sosialisering van hul kind dra. Vanaf owerheidsweë is die beleid een van nie-inmenging behalwe waar dit blyk dat 'n kind benadeel word of waarskynlik benadeel gaan word.

<sup>40</sup> Hoggett *Parents and Children* 11.

Tog moet daar volledigheidshalwe na die volgende definisie van *parental responsibility* in die *Children Act*<sup>41</sup> verwys word:

"[A]ll the rights, duties, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property."

Die omskrywing illustreer dat daar nie wegbeweeg kan word van die idee dat ouers ook oor regte beskik nie. Dit is sekerlik ouers se reg om te besluit na watter skool hul kind gestuur word maar skoolplig vir die kind word in elk geval statutêr aan hulle opgelê.<sup>42</sup> Op die oog af lyk die terminologie in die omskrywing dus uitruilbaar waar ouerlike gedrag ter sprake is. 'n Aspek wat ook belangrik vir doeleindes van verdere bespreking is, is die feit dat ouers se status teenoor hul kind nie net meer in terme van ouers se regte geformuleer word nie.

Indien bogenoemde uiteensetting korrek is, dui dit op 'n betekenisvolle verskuiwing in die regsverhouding tussen gesinslede. Dan is daar meriete in 'n argument dat terminologie belangrik is om 'n sekere simboliek oor te dra en dat dit ook 'n rol kan speel in die vorming van gemeenskapsbenaderings. Die klem op ouerlike verantwoordelikhede en ouers se bevoegdhede wat tot voordeel van hul kind uitgeoefen behoort te word, bied 'n teoretiese raamwerk om aansprake op kinderregte te hanteer.<sup>43</sup> Indien die klem egter op ouerlike gesag en ouers se regte val, word dit moeiliker om kinderregte as aansprake te handhaaf.

### 3 AARD EN FUNKSIE VAN OUERLIKE GESAG<sup>44</sup>

#### 3.1 Inleiding

Die aard van ouerlike gesag kan omskryf word as 'n somtotaal van ouers se regte en verpligtinge teenoor hul minderjarige kinders wat uit hoofde van hul ouerskap ontstaan.<sup>45</sup> Dit is juis hierdie besondere wisselwerking tussen die regte en verpligtinge wat ouerlike gesag in die besonder kenmerk.<sup>46</sup> Ander skrywers verwys na ouerlike gesag in die moderne reg as 'n versameling van regte en verpligtinge wat in belang van 'n minderjarige kind nagekom moet word.<sup>47</sup> Die begrip "ouerlike mag" word ook gebruik wat uit kompetensiebevoegdhede bestaan en naas die ouer se verpligtinge ten opsigte van hul minderjarige kind, die inhoud van

<sup>41</sup> a 3(1).

<sup>42</sup> *Education Act* 1993 Part IV in die algemeen.

<sup>43</sup> Vgl die bespreking van die Australiese en Skotse reg in hfst elf waar die verandering in terminologie om ouerlike gesag te omskryf op die *Children Act (UK)* 1989 gebaseer is.

<sup>44</sup> Vir doeleindes van die bespreking word die aard van ouerlike gesag as die wesenlike kenmerke van ouerskap gedefinieer.

<sup>45</sup> Spiro *Parent and Child* 36 41-43.

<sup>46</sup> Spiro *Parent and Child* 36 42.

<sup>47</sup> Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 152.

daardie ouerlike mag vorm.<sup>48</sup> Volgens 'n ander omskrywing word die ouer-kind verhouding as 'n *consortium omnis minoritatis* gesien wat teen inbreukmaking deur derdes beskerm kan word.<sup>49</sup>

Outeurs soos Eekelaar<sup>50</sup> en Dickens<sup>51</sup> het gepoog om die aard van ouerlike gesag te ontleed aan die hand van Hohfeld<sup>52</sup> se tegniek van ontleding van regsverhoudings. Eekelaar kom tot die volgende slotsom:<sup>53</sup>

"It will be apparent from this survey that it is no easy matter to state with precision what rights pertain to parenthood and what happens to them when other persons acquire guardianship or custody of the child."

Sy gevolgtrekking is in 'n sekere sin onvermydelik gegewe dat daar geen enkele beskouing oor die aard van ouerlike gesag kan wees nie omdat dit iets is wat diep gewortel is in die struktuur van 'n gemeenskap en in gemeenskapsoortuigings.<sup>54</sup> Natuurlik kan die vraag tereg gevra word of Hohfeld se ontleding van regte, verpligtinge en verbandhoudende aspekte op 'n ontleding van die aard van ouerlike gesag toegepas kan word.<sup>55</sup> Hohfeld se voorbeelde was uitsluitlik tot die kontraktereg en sakereg beperk - 'n aspek wat dikwels uit die oog verloor word deur diegene wat terme soos "regte" en "verpligtinge" in die regstegniese sin van die woord net so op die ouer-kind verhouding wil toepas.<sup>56</sup>

Dickens omskryf teen die agtergrond van Hohfeld se ontleding van regs-konsepte ouerlike regte op die volgende wyse:<sup>57</sup>

"A 'right' is taken for the present purpose to refer to a parental discretion to act regarding a child in a way others have a co-relative duty to permit, or a duty to forbear from preventing."

Dickens gee ook toe dat dit problematies is om Hohfeld se regs-konsepte op 'n ontleding van ouers se regte toe te pas. Dit is volgens hom byvoorbeeld twyfelagtig of 'n kind streng

<sup>48</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 592.

<sup>49</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 365.

<sup>50</sup> Eekelaar "What are parental rights" 1973 *Law Quarterly Review* 210 212-214.

<sup>51</sup> Dickens "The modern function and limits of parental rights" 1981 *Law Quarterly Review* 426.

<sup>52</sup> Hohfeld *Fundamental Legal Conceptions* 23 soos aangehaal in Bainham & Cretney *Children* 93.

<sup>53</sup> Eekelaar 1973 *Law Quarterly Review* 234.

<sup>54</sup> Bates "Some theoretical aspects of modern family law" 1983 *SALJ* 664 674-675. Sien ook Freeman se opmerking: "the whole adult-child relationship is obfuscated in tangled terminology" in Freeman "Child law at the crossroads" 1974 *Current Legal Problems* 165 168.

<sup>55</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 99-100. Seymour maak van 'n gevallestudie gebruik om die aard van ouers en kinders se regte te ontleed en hy verwys na Hohfeld se regs-konsepte. Sy slotsom is dat dit nie heeltemal toepaslik is nie.

<sup>56</sup> Bates 1983 *SALJ* 665 675.

<sup>57</sup> Dickens 1981 *Law Quarterly Review* 462.

gesproke onder 'n verpligting is om die uitoefening van ouerlike regte te verdra of daarvolgens te handel.<sup>58</sup>

'n Aantal gemeenskaplike elemente kan wel na aanleiding van bogenoemde outeurs se uiteensettings geïdentifiseer word. Hiervolgens behels die wesenskenmerke van ouerlike gesag 'n somtotaal van regte, verpligtinge, verantwoordelikhede en bevoegdhede ten opsigte van die grootmaak en versorging van 'n kind met die uiteindelijke oogmerk om hom na rasionele onafhanklikheid te begelei.

'n Volledige beeld van die aard en funksie van ouerlike gesag word verder verkry deur die twee verskyningsvorms van ouerlike gesag wat hierbo aan die hand gedoen is in gedagte te hou.<sup>59</sup> Ingevolge die eerste model beskik ouers oor fundamentele regte bloot op grond van hul status as ouers en hul verpligtinge en verantwoordelikhede word onderspeel.<sup>60</sup> Hulle is op 'n mate van voordeel uit hoofde van hul ouerskap geregtig en het die reg om besluite namens hul kind te neem omdat hulle aan die hoof van die gesin staan. Die voordeel waarna verwys word, word nie noodwendig in materiële terme uitgedruk of letterlik geïnterpreteer nie maar bestaan op 'n meer subtiele vlak. Die voordeel lê in 'n soort eiendomsaanspraak van ouers op hul kind in die sin dat die kind as 'n verlengstuk van hulle gesien word.<sup>61</sup> Daar is gevolglik die verwagting deur ouers dat hul kind in 'n sekere persoon sal ontwikkel. Dié verwagting verklaar ouers se reg om besluite vir en namens hul kind te neem.

Identiteit van belange tussen ouers en 'n kind word veronderstel en daar word aanvaar dat ouers in hul kind se beste belang sal optree. Indien 'n dispuut die hof bereik, is dit om te beoordeel of ouers se optrede aan die genoemde standaard voldoen of nie.<sup>62</sup> Daar word nie rekening gehou met die moontlikheid dat die dispuut eintlik 'n botsing van belange tussen ouers en die kind kan verteenwoordig nie.<sup>63</sup>

Ingevolge die tweede model beskik ouers oor regte en bevoegdhede ten einde hul verpligtinge teenoor hul kind na te kom.<sup>64</sup> Die fokus val grotendeels op ouers se verpligtinge en in soverre

<sup>58</sup> Dickens 1981 *Law Quarterly Review* 462.

<sup>59</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 108; Montgomery 1988 *Modern Law Review* 323. Sien ook 84 hierbo.

<sup>60</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 108; Montgomery 1988 *Modern Law Review* 323.

<sup>61</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 109-110; Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 162-166.

<sup>62</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 110-111.

<sup>63</sup> Daar is in die bespreking van die *Gillick*-beslissing daarop gewys dat dit juis 'n geval was waar die hof kinders se belange in eie reg hanteer het nadat die aard en omvang van ouerlike gesag beoordeel is.

<sup>64</sup> Seymour in *Children, Rights and the Law* 108; Montgomery 1988 *Modern Law Review* 323.

'n kind nie oor die vermoë beskik om self besluite te neem nie, neem ouers dit namens hom. Die volgende opmerking van Lord Fraser in die *Gillick*-beslissing is tipies van die tweede model.<sup>65</sup>

"[P]arental rights to control a child do not exist for the benefit of the parent. They exist for the benefit of the child and they are justified only in so far as they enable the parent to perform his duties towards the child, and towards other children in the family."

Ook Lord Scarman se stelling in dieselfde beslissing is verteenwoordigend van die tweede model.<sup>66</sup>

"[P]arental rights are derived from parental duty and exist only so long as they are needed for the protection of the person and property of the child."

Ouerlike regte bestaan ook as beskermingsmeganismes vir 'n kind en is aanvullend tot die persoonlikheid en welstand van 'n kind.<sup>67</sup> Ouers se regte verminder in intensiteit en duur soos die kind se vermoë ontwikkel om self besluite te neem en onafhanklik op te tree.

Dit is een ding om kinderregte (hetsy regte op beskerming of regte op outonomie) te erken maar dit is iets anders om te bepaal wat die implikasies daarvan op die aard en funksie van ouerlike gesag is. Dié aspek geniet vervolgens aandag.

### 3.2 Kinderregte-perspektief

Die waarde van Freeman,<sup>68</sup> Eekelaar,<sup>69</sup> Wald<sup>70</sup> en Hafén<sup>71</sup> se uiteensettings van kinderregte is dat hulle deurentyd met die rol van die staat en dié van die ouers rekening hou. Hul bydraes weerspieël ook die realiteit van kinderjare, naamlik wisselende fases van afhanklikheid en ontwikkelende vermoëns - aspekte waarmee deeglik rekening gehou moet word en wat dienooreenkomstig verskillende handeling van ouers vereis. Dié perspektiewe wat die outeurs bied en die toepassing daarvan op die twee modelle van ouerlike gesag wat hierbo genoem is, dra grootliks by om uiteindelik te bepaal of kinderregte en ouerlike gesag wedersyds uitsluitend is en of dit naas mekaar kan bestaan.

<sup>65</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 170.

<sup>66</sup> Die *Gillick*-beslissing *supra* 186.

<sup>67</sup> Peiris 1987 *Current Legal Problems* 107.

<sup>68</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40-52.

<sup>69</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161-182.

<sup>70</sup> Wald "Children's rights: a framework for analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255-282.

<sup>71</sup> Hafén "Children's liberation and the new egalitarianism: some reservations about abandoning youth to their 'rights'" 1976 *Brigham Young University Law Review* 605-658.



### 3 2 1 *Freeman se teorie en die aard en funksie van ouerlike gesag*

Die blote feit dat Freeman sensitief vir die kind se aansprake en behoeftes is en dit as regte verwoord, bring mee dat daar reeds op hierdie basiese vlak konflik tussen die idee van kinderregte en die eerste model van ouerlike gesag is. Die klem wat op ouers se uitoefening van hul regte geplaas word en hul eiendomsaanspraak op hul kind is bloot onversoenbaar met Freeman se liberale paternalisme en die einddoel van rasonale onafhanklikheid van die kind.

Daarenteen maak die tweede model daarvoor voorsiening dat ouers beskermend kan optree maar ook aan 'n kind die geleentheid kan bied om onafhanklik op te tree. Dié model is tipies van Freeman se liberale paternalisme wat deeglik met 'n kind se ontwikkelingsproses rekening hou.<sup>72</sup> Vir Freeman is dit deel van 'n kind se ontwikkeling dat die kind self en sy regte beskerm moet word en hy is gevolglik van mening dat die twee hoofstrome van kinderregte, naamlik regte op beskerming en regte op outonomie, nou verweef is.<sup>73</sup> Die klem wat in terme van die tweede model op ouers se verpligtinge en verantwoordelikhede geplaas word met hul regte ondergeskik daaraan, is versoenbaar met Freeman se teorie oor kinderregte.

### 3 2 2 *Eekelaar se teorie oor kinderregte en die aard en funksie van ouerlike gesag*

Die sleutelaspek van Eekelaar se teorie oor kinderregte is die voorvereiste van 'n individu of 'n klas individue se sosiaal waarneembare belange waaraan die reg erkenning verleen deur dit in juridies afdwingbare regte te omskep.<sup>74</sup> In die geval van die eerste model van ouerlike gesag is daar 'n persepsie van identiteit van belange tussen ouers en die kind en die konflik tussen kinderregte volgens Eekelaar en dié model is ooglopend.

Die drie belange<sup>75</sup> wat deur Eekelaar geïdentifiseer word, beteken dat daar na die kind geluister moet word en vereis dienooreenkomstig sensitiwiteit en buigbaarheid in die uitoefening van ouerlike gesag. Die beskouing van die aard en funksie van ouerlike gesag as 'n totaliteit van verpligtinge, verantwoordelikhede, bevoegdhede en regte om tot voordeel van 'n kind uitgeoefen te word, voldoen aan die meer-dimensionele siening van ouerlike gesag. Ook Eekelaar se teorie oor kinderregte en die tweede model van ouerlike gesag kan naas mekaar bestaan.

<sup>72</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 54-60.

<sup>73</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3-4 60.

<sup>74</sup> Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 166 169-170.

<sup>75</sup> Basiese belang, ontwikkelingsbelang en outonome belang.

### 3 2 3 Amerikaanse perspektief oor kinderregte en die aard en funksie van ouerlike gesag

Hafen en Wald se bydraes moet binne die konteks van die Amerikaanse reg beoordeel word, waar 'n baie hoë premie op die beskerming van individue se regte geplaas word. Op die oog af is Hafén se pleidooi vir die behoud van die gesinstradisie in ooreenstemming met die eerste model van ouerlike gesag wat die gesin as eenheid, met die ouers aan die hoof daarvan, beklemtoon. Die punt wat hy egter stel, is dat dit juis binne die gesinstradisie is waar ouers hul kind vir die individuele tradisie voorberei.<sup>76</sup> Die eerste model verklaar dat ouers oor omvangryke bevoegdhede beskik om hul kind te beheer sodat hy in 'n sekere tipe persoon ontwikkel. Die individuele tradisie is strydig met hierdie beskouing en Hafén se benadering ten opsigte van kinderregte is gevolglik nie haalbaar binne die konteks van die eerste model nie.

Hafén is 'n voorstaander van 'n vorm van ouerlike gesag wat met die kind se keuseregte en regte op beskerming rekening hou. Dié verskyningsvorm van ouerlike gesag en kinderregte kan binne die konteks van die tweede model geregverdig word. Ouers beskik immers steeds oor regte. Die nakoming van ouers se verpligtinge en verantwoordelikhede verteenwoordig daardie wesenskenmerke van ouerlike gesag wat 'n kind die geleentheid bied om sy keuseregte uit te oefen terwyl hy steeds vir die individuele tradisie voorberei word.

Wald formuleer nie soos die vorige outeurs spesifiek kinderregte nie maar bied 'n raamwerk waarvolgens beoordeel kan word of die kind se aansprake wel as juridies afdwingbare regte behoort te geld. Die betekenisvolle aspek hiervan is dat hy met twee oorwegings rekening hou, naamlik of 'n kind oor die vermoë beskik om self besluite te neem en die moontlike impak van groter outonomie aan 'n kind op die gesinstruktuur.<sup>77</sup> Die soort bespreking kan sinvol en ongeforseerd ingevolge die tweede model plaasvind. Die vorm van ouerlike gesag wat meebring dat 'n kind as die eiendom van sy ouers beskou word, figureer nie in Wald se bespreking nie.<sup>78</sup>

Wald se opmerking dat kompromieë deel van die gesinslewe is, bied stof tot nadenke. Kompromieë beteken dat ouerlike gesag en 'n kind se aansprake nie altyd in absolute terme kan geld nie. Gegewe die veronderstelling dat die aard van ouerlike gesag uit 'n somtotaal van verpligtinge, verantwoordelikhede, regte en bevoegdhede bestaan, bewys Wald opnuut

<sup>76</sup> Hafén 1976 *Brigham Young University Law Review* 630-650.

<sup>77</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 282.

<sup>78</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 270-281.

dat die tweede model van ouerlike gesag 'n gepaste wyse is om aansprake op kinderregte te akkommodeer.

Dit is duidelik dat die klem wat op ouers se regte in terme van die eerste model val, weinig ruimte vir die erkenning van kinderregte bied. Die model is onversoenbaar met teorieë van kinderregte omdat dit konseptueel nie 'n onderskeid tussen die kind se belange en ouers se regte tref nie. Die feit dat identiteit van belange tussen ouers en 'n kind veronderstel word en 'n kind as die eiendom van sy ouers gesien word, verleen aan ouers bykans onbeperkte bevoegdhede. 'n Verskyningsvorm van dié model kom algemeen binne konteks van die inheemse reg voor waar die omvangryke bevoegdhede van die familiehoof en die aard van die gesinsverhouding op 'n miskennis van kinderregte neerkom.<sup>79</sup> Diegene wat ouerlike gesag en kinderregte in konflik met mekaar sien, steun tipies op die eerste model.

Die tweede model bring mee dat dit teoreties regverdigbaar is om te argumenteer dat die kind as individu met afsonderlike belange gesien word en die reg behoort ook dié posisie te weerspieël. Die feit dat daar in die algemeen na ouers se regte verwys word, maak dit moeilik om te ontken dat daar iets soos kinderregte kan wees. Die tweede model is by uitstek geskik daarvoor dat ouers en 'n kind se regte naas mekaar kan bestaan en om vir deelnemende besluitneming voorsiening te maak.

#### 4 'N AMERIKAANSE PERSPEKTIEF OP OUERLIKE GESAG

##### 4.1 Inleiding

Die grondwetlike raamwerk van die Amerikaanse reg bring mee dat 'n balans tussen die grondwetlike regte van ouers, die kind en die staat gevind moet word.<sup>80</sup> Daar word nie uitdruklik grondwetlike regte aan ouers of 'n kind verleen nie maar grondwetlike litigasie ontstaan waar die goed gevestigde beginsels van ouerlike gesag en 'n kind se aansprake op grondwetlike regte in gedrang kom.<sup>81</sup> Oplossing van die konflik vereis dat daar oorweging aan die aard en omvang van ouers en 'n kind se belange geskenk word.

<sup>79</sup> Bennett *Human Rights* 96-97.

<sup>80</sup> Die grondwetlike ontwikkelings ten opsigte van die kind is in die vorige hoofstuk bespreek en die rol van die staat vanuit 'n grondwetlike perspektief word in die volgende hoofstuk bespreek.

<sup>81</sup> Wingo & Freytag "Decisions within the family: a clash of constitutional rights" 1982 *Iowa Law Review* 401.

Vir doeleindes van hierdie studie word 'n aantal *Supreme Court*-beslissings bespreek waar die aard en omvang van ouerlike gesag ter sprake gekom het. Dit is gesaghebbende beslissings wat in die algemeen voorgelê word in enige bespreking oor die verhouding tussen ouers, die kind en die staat. Baie van die uitsprake verklaar duidelik dat ouerlike regte grondwetlike beskerming regverdig en daar word in 'n groot mate op kulturele voorkeure ten gunste van die gesinslewe gesteun.<sup>82</sup>

#### 4.2 Grondwetlike beskerming van ouerlike gesag

In *Meyer v Nebraska*<sup>83</sup> het ouers se reg om die opvoeding en grootmaak van hulle kinders te beheer ter sprake gekom. Wetgewing wat 'n verbod op onderrig in tale anders as Engels geplaas het, is ongeldig verklaar. Die beslissing het weliswaar oor die vervolging van 'n onderwyser gegaan wat die verbod oortree het maar die hof beklemtoon dat sy reg om onderrig te gee en ouers se reg om hom daartoe te verbind, deel is van die vryhede wat in die Veertiende Amendement gewaarborg word.<sup>84</sup> Die verbod op onderrig in 'n ander taal behels gevolglik onbehoorlike inmenging met die taak van 'n onderwyser, die geleentheid wat aan 'n kind gebied word om kennis op te doen en die bevoegdheid van ouers om beheer oor die opvoeding van hul kind uit te oefen.<sup>85</sup>

In *Pierce v Society of Sisters*<sup>86</sup> het wetgewing bepaal dat kinders tussen die ouderdom van agt en sestien jaar na 'n publieke skool gestuur moes word. Daar is aangevoer dat die bepaling teenstrydig is met ouers se reg om self te bepaal na watter skool hul kinders gestuur word.<sup>87</sup> Daar word met goedkeuring na *Meyer v Nebraska* verwys en die hof beslis dat die wetgewing ongrondwetlike inmenging met ouers se vryheid van keuse oor die opvoeding en onderrig van hul kind behels.<sup>88</sup>

<sup>82</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 619.

<sup>83</sup> 262 US 390 (1923).

<sup>84</sup> *Meyer v Nebraska supra* 400.

<sup>85</sup> *Meyer v Nebraska supra* 401.

<sup>86</sup> 268 US 510 (1925).

<sup>87</sup> *Pierce v Society of Sisters supra* 532.

<sup>88</sup> *Pierce v Society of Sisters supra* 534-535 waar die volgende gesê word: "Under the doctrine of *Meyer v Nebraska*, 262 U.S. 390, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have

Waar die *Meyer-* en *Pierce*-beslissings baie duidelik steun aan ouerlike diskresies verleen, bied *Prince v Massachusetts*<sup>89</sup> uitdruklik gesag daarvoor dat ouers se regte ondergeskik aan die staat se belang of die beste belang van die kind gestel kan word. 'n Negejarige dogtertjie en lid van 'n gesin Jehovah-getuies het vrywillig literatuur oor hul godsdienstige oortuigings op straat verkoop. Prince, die voog van die kind, is skuldig bevind ingevolge wetgewing wat straatverkope deur minderjariges verbied het. Volgens die hof het die staat 'n wesenlike belang daarin om die welsyn van kinders te bevorder en beskik gevolglik oor 'n wye reeks bevoegdhede om ouers se gesag ten opsigte van hul kind te beperk.<sup>90</sup> Die volgende verklaring bied geen twyfel oor die omvang van die staat se bevoegdhede nie:<sup>91</sup>

"And neither rights of religion nor rights of parenthood are beyond limitation. Acting to guard the general interest in youth's wellbeing, the state as *parens patriae* may restrict the parent's control by requiring school attendance, regulating or prohibiting the child's labor and in many other ways ... the state has a wide range of powers for limiting parental freedom and authority in things affecting the child's welfare; and that this includes, to some extent, matters of conscience and religious conviction."

Selfs die kind se reg op godsdienstvryheid en ouers se reg om die opvoeding van hul kind te beheer, word ondergeskik aan die belang van die staat in die kind gestel. Die kern van die hof se uitspraak word in die volgende stelling vervat:<sup>92</sup>

"Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow that they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves."

Die boodskap van *Prince v Massachusetts* is baie duidelik, naamlik dat ouerlike gesag deur redelike en noodsaaklike beperkings vanaf owerheidsweë ingekort kan word ten einde 'n regmatige oogmerk na te streef.

*Wisconsin v Yoder*<sup>93</sup> illustreer die baie fyn balans tussen, aan die een kant, ouers se aanspraak op ouerlike gesag en hul reg op godsdienstvryheid en, aan die ander kant, die staat se wesenlike belang daarin om 'n sekere standaard van opvoeding onder die bevolking te verseker.<sup>94</sup> Die betrokke wetsbepaling wat in gedrang was, het vereis dat kinders tot op

---

the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations..."

<sup>89</sup> 321 US 158 (1944).

<sup>90</sup> *Prince v Massachusetts* supra 165 167.

<sup>91</sup> *Prince v Massachusetts* supra 166 167.

<sup>92</sup> *Prince v Massachusetts* supra 170.

<sup>93</sup> 406 US 205 (1972).

<sup>94</sup> *Davis & Schwartz Children's Rights* 58. Sien ook 214 vir die volgende verduideliking van die hof: "[A] state's interest in universal education, however highly we rank it, is not totally free from a balancing process when it infringes on fundamental rights and interests, such as those specifically protected by the Free Exercise Clause of the First Amendment, and the traditional

sestienjarige ouderdom 'n privaat- of publieke skool moet bywoon. Die Amiese ouers was oortuig daarvan dat voortgesette bywoning aan 'n gewone skool hul kinders aan waardes wat teenstrydig met hul eie leefwyse is sou blootstel en hul eie maar ook hul kinders se verlossing in gedrang sou bring. Die ouers se aanspraak om van die wetgewing vrygestel te word, is gehandhaaf. Die hof was oortuig daarvan dat die besondere geloofsoortuigings opreg was, dat implementering van die wetgewing 'n ernstige impak op die besondere leefwyse sou hê en dat die staat se belang in dié geval ondergeskik aan die fundamentele belang van ouers is om hul kind se toekomstige opvoeding te bepaal. In aansluiting hierby verklaar hoofregter Burger die volgende:<sup>95</sup>

"[T]he history and culture of Western civilization reflect a strong tradition of parental concern for the nurture and upbringing of their children. This primary role of the parents in the upbringing of their children is now established beyond debate as an enduring American tradition."

In *Custody of a Minor*<sup>96</sup> en *In re Hofbauer*<sup>97</sup> het die omvang van ouers se gesag om namens hul kind toestemming tot mediese behandeling te verleen ter sprake gekom. In *Custody of a Minor* is 'n baba van twintig maande met leukemie gediagnoseer waarvoor chemoterapie voorgeskryf is. Die ouers was gekant teen die chemoterapie en het 'n voorkeur vir metaboliese terapie uitgespreek. Hulle het aansoek om 'n bevel gedoen dat laasgenoemde behandeling die chemoterapie vervang. Die aansoek is van die hand gewys nadat bewys is dat die metaboliese terapie baie nadelig vir die kind sou wees. Die beslissing is op appèl gehandhaaf.<sup>98</sup> In albei uitsprake bevestig die hof dat daar 'n privaatsfeer van gesinslewe is wat grondwetlik teen staatsoptrede beskerm word maar dat gesinsoutonomie nie absoluut is nie.<sup>99</sup> Die volgende opmerking ten opsigte van ouerlike gesag is besonder relevant:<sup>100</sup>

"[T]he parental right to control a child's nurture is grounded not in any absolute property right which can be enforced to the detriment of the child, but rather is akin to a trust, subject to a correlative duty to care for and protect the child, and terminable by the parents' failure to discharge their obligations ... [W]here a child's well-being is placed in issue, it is not the right of the parents that chiefly need to be considered. The first and paramount duty is to consult the welfare of the child."

Selfs al sou aanvaar word dat ouers 'n grondwetlike reg het om te besluit dat 'n kind onortodokse mediese behandeling moet ontvang, word 'n kind se reg op privaatheid deur 'n soort vervangende besluitneming beskerm. Hiervolgens poog die hof om in die skoene van

---

interest of parents with respect to the religious upbringing of their children so long as they, in the words of *Pierce*, 'prepare [them] for additional obligations'".

<sup>95</sup>

*Wisconsin v Yoder supra* 232.

<sup>96</sup>

393 NE 2d 836 (1979).

<sup>97</sup>

419 NYS 2d 936 (1979).

<sup>98</sup>

*Custody of a Minor supra* 844-845.

<sup>99</sup>

*Custody of a Minor supra* 843.

<sup>100</sup>

*Custody of a Minor supra* 843.

die kind te tree en kennis te neem van oorwegings wat ook vir so 'n kind relevant sou wees indien die kind bevoeg was om self 'n besluit te neem.<sup>101</sup> Die gevolgtrekking van die hof is dat ouerlike voorkeure aan die belange van die kind en die staat ondergeskik gestel moet word. Die hof voel so sterk hieroor dat die volgende opmerking gemaak is:<sup>102</sup>

"Under our free and constitutional government, it is only under serious provocation that we permit interference by the state with parental rights. That provocation is clear here."

Ongeveer dieselfde stadium moes die *Court of Appeals* van New York in *In re Hofbauer* oorweging skenk aan ouers se weiering dat daar met bestraling en chemoterapie op hul kind voortgegaan word. Hulle het ook 'n voorkeur vir onortodokse behandeling gehad maar anders as in *Custody of a Minor* is daar duidelik bewys dat 'n dokter die tipe behandeling goedgekeur het en dat die behandeling effektief was. Die ouers se weiering is gehandhaaf.

#### 4.3 Konflik tussen die grondwetlike regte van ouers en kinders

Die voorafgaande beslissings bevestig die omvangryke aard van ouerlike gesag oor die kind. Ouerlike gesag het 'n grondwetlike dimensie en die staat kan nie sonder meer in die ouer-kind verhouding inmeng nie omdat dit inbreukmaking op ouerlike regte sal behels. Grondwetlike litigasie is egter nie beperk tot die botsing van belange tussen ouers en die staat nie. In sommige situasies beskik 'n kind oor die vermoë om self besluite te neem - besluite wat soms teenstrydig met ouerlike prerogatiwe is. Die konflik wat hier ontstaan omdat die staat betrokke raak en óf die ouers óf die kind steun, beteken dat die aard en omvang van ouerlike gesag ook vanuit hierdie perspektief ondersoek kan word.

*Ginsberg v New York*<sup>103</sup> was in 'n sekere sin die eerste beslissing waar daar sprake van 'n botsing in belange tussen ouers en 'n kind was. In die beslissing is Ginsberg vervolg ingevolge wetgewing wat 'n verbod op die verkoop van pornografiese materiaal aan kinders onder sewentienjarige ouderdom geplaas het. Die hof wys daarop dat die wetgewing ouers se reg om beheer oor die grootmaak van hul kind uit te oefen, steun en die geldigheid van die bepalings word gehandhaaf.<sup>104</sup> In die proses word die kind se regte in terme van die Eerste Amendement beperk.

Die feit dat die saak opgelos kon word deur eenvoudig op die staat se belang in die welsyn van die kind te steun, maar dat daar ook so uitdruklik aan ouerlike gesag erkenning verleen

<sup>101</sup> *Custody of a Minor supra* 844.

<sup>102</sup> *Custody of a Minor supra* 846.

<sup>103</sup> 390 US 629 (1968).

word, is betekenisvol. Die belangrike rol van ouers in hul kind se lewe word op dié wyse beklemtoon - 'n rol wat heel anders is as dié tussen die staat en die kind.<sup>105</sup> In hierdie opsig is die uitspraak 'n aanduiding van 'n tendens om voorkeur aan staatsoptrede ten gunste van ouers se regte te verleen.

*Wisconsin v Yoder*<sup>106</sup> is 'n tweede beslissing waar die moontlike konflik tussen ouers en 'n kind ter sprake gekom het. In die meerderheidsuitspraak is die moontlikheid van 'n konflik van belange tussen ouers en 'n kind eenvoudig vermy en is eerder op ouers se reg op godsdienstvryheid en hul regte ten opsigte van die opvoeding van hul kind gekonsentreer. Regter Douglas, in sy minderheidsuitspraak, was besorg daaroor dat die godsdienstige oortuigings van ouers op hul kind afgedwing is.<sup>107</sup> Sy beswaar word soos volg uiteengesit:<sup>108</sup>

"If the parents in this case are allowed a religious exemption, the inevitable effect is to impose the parents' notions of religious duty upon their children. Where the child is mature enough to express potentially conflicting desires, it would be an invasion of the child's rights to permit such an imposition without canvassing his views ... And, if an Amish child desires to attend high school, and is mature enough to have that desire respected, the State may well be able to override the parents' religiously motivated objections."

Die meerderheid het in antwoord op regter Douglas se opmerkings daarop gewys dat moontlike konflik tussen ouers en 'n kind se belange nooit in geskil geplaas is nie.<sup>109</sup> Hoofregter Burger se uitspraak was in elk geval sodanig dat die afleiding regverdig kan word dat ouers se regte voorkeur sou geniet bo die teenstrydige aansprake van die kind, selfs waar hul aansprake deur die staat gesteun is.<sup>110</sup>

*Planned Parenthood v Danforth*<sup>111</sup> was 'n poging om 'n ouerlike veto ten opsigte van 'n kind se besluit oor aborsie te skep. Die tersaaklike wetgewing het bepaal dat geen aborsie op 'n ongetroude dogter onder agtien jaar kon plaasvind sonder die toestemming van 'n ouer of voog nie. Daar is namens die ouers geargumenteer dat 'n vetoreg 'n betekenisvolle staatsbelang in die behoud van die gesin (waarvan ouerlike gesag 'n belangrike element is)

<sup>104</sup> *Ginsberg v New York supra* 639.

<sup>105</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 621.

<sup>106</sup> *Supra*.

<sup>107</sup> *Wisconsin v Yoder supra* 244-245.

<sup>108</sup> *Wisconsin v Yoder supra* 242.

<sup>109</sup> *Wisconsin v Yoder supra* 230-231.

<sup>110</sup> *Wisconsin v Yoder supra* 231. Hoofregter Burger het die tradisionele rol van ouers as besluitnemers in die gesin beklemtoon en die volgende gesê: "Recognition of the claim of the State in such a proceeding would, of course, call into question traditional concepts of parental control over the religious upbringing and education of their minor children recognized in this Court's past decisions. It is clear that such an intrusion by the State into family decisions in the area of religious training would give rise to grave questions of religious freedom comparable to those raised here and those presented in *Pierce v Society of Sisters*".

<sup>111</sup> 428 US 52 (1976).



sou bevorder.<sup>112</sup> Die argument is verwerp en die hof wys daarop dat die blote feit van 'n ongewenste swangerskap reeds op probleme binne gesinsverband dui. Die verlening van absolute ouerlike beheer oor die moontlikheid van 'n aborsie sal duidelik nie gesinsbande versterk nie.<sup>113</sup> Die onafhanklike belang van die ouer om die swangerskap van 'n minderjarige dogter te beëindig, dra ook nie meer gewig as die kind se reg op privaatheid nie.<sup>114</sup> Die belang van die uitspraak lê daarin dat dit die eerste geval was waar die hof die grondwetlike regte van ouers en die kind teenoor mekaar moes opweeg. Dit het vereis dat die omvang van die onderskeie regte ondersoek moes word en in dié verband is ouers se gesag ondergeskik gestel aan die regte van 'n kind wat oor die vermoë beskik om self belangrike besluite oor haar lewe te neem.

In *Belotti v Baird*<sup>115</sup> was die kontroversiële vraag of adolessente die reg het om te besluit of hulle met 'n aborsie wil voortgaan sonder ouerlike toestemming. Wetgewing het ouerlike of judisiële toestemming in sodanige geval vereis. Gegewe die unieke rol van die gesin in die gemeenskap, beklemtoon die hof dat grondwetlike beginsels met sensitiwiteit en buigbaarheid ten opsigte van die besondere behoeftes van ouers en die kind toegepas moet word.<sup>116</sup> Weereens is dit die kind se reg op privaatheid en ouers se reg om die opvoeding van hul kind te beheer wat teenoor mekaar opgeweeg moet word en die wenslikheid van ouers se betrokkenheid in die kind se besluitnemingsproses word opnuut beklemtoon.<sup>117</sup> Die meerderheid is egter van mening dat besluite oor aborsie betekenisvol van enige ander besluite tydens adolessensie verskil en daar word ten gunste van 'n ongetroude dogter se reg op privaatheid beslis.<sup>118</sup> Die wetgewing word ongeldig verklaar omdat dit judisiële afkeur van 'n aborsie toelaat selfs waar die dogter volwasse genoeg is om haar eie besluit te neem. Ook word vereis dat die ouers in elk geval kennis moet kry van die voorgenome aborsie sonder dat daar ooit aanvanklik beoordeel word of die dogter volwasse genoeg is om self die besluit te neem of dat dit in haar beste belang is dat met die aborsie voortgegaan word.<sup>119</sup> Die uitspraak is betekenisvol omdat hier, soos in *Danforth*, voorkeur aan 'n kind se reg op privaatheid verleen word waar 'n aborsie ter sprake is. Ook is die meerderheid se voorstelle oor grondwetlik aanvaarbare wetgewing wat vir ouers en die staat se betrokkenheid in die

<sup>112</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 75.

<sup>113</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 75.

<sup>114</sup> *Planned Parenthood v Danforth supra* 75.

<sup>115</sup> 443 US 622 (1979).

<sup>116</sup> *Belotti v Baird supra* 634.

<sup>117</sup> *Belotti v Baird supra* 638. Die hof verduidelik soos volg: "Properly understood ... the tradition of parental authority is not inconsistent with our tradition of individual liberty; rather, the former is one of the basic presuppositions of the latter."

<sup>118</sup> *Belotti v Baird supra* 642-643 651.

<sup>119</sup> *Belotti v Baird supra* 651.

besluit oor aborsie voorsiening maak, insiggewend.<sup>120</sup> Dit herinner sterk aan Lord Fraser se vyf vereistes in die *Gillick*-beslissing<sup>121</sup> en voorsien judisiële of administratiewe verrigtinge waar 'n ongetroude dogter geleentheid het om die volgende te bewys:

- (a) dat sy volwasse genoeg en voldoende ingelig is om, onafhanklik van haar ouer se wense, die besluit oor aborsie in konsultasie met haar dokter te neem; of
- (b) dat, selfs indien sy nie in staat is om die besluit onafhanklik te neem nie, die aborsie in haar beste belang sal wees.

Selfs al is ouers dan ingevolge die uitspraak uitgesluit van die besluit oor aborsie, word ouerlike gesag steeds in alle ander opsigte gehandhaaf omdat die hof duidelik nie volle grondwetlike regte aan 'n kind verleen nie.<sup>122</sup>

In *H.L. v Matheson*<sup>123</sup> moes die hof bepaal of 'n afhanklike, minderjarige dogter die reg het om met 'n aborsie voort te gaan sonder dat haar ouers daarvan in kennis gestel word. Wetgewing het vereis dat 'n dokter, indien moontlik, die ouers van so 'n dogter van 'n voorgename aborsie in kennis stel. Die grondwetlikheid van die spesifieke statutêre bepaling is in geskil geplaas. Die geldigheid van die wetgewing word egter deur die hof gehandhaaf. Die hof bevind dat die kennisgewingvereiste nie op 'n veto-bevoegdheid van ouers dui wat deur hulle oor hul dogter se aborsie-besluit uitgeoefen kan word nie. Die onderliggende oogmerk van die wetgewing is daarop gemik om gesinseenheid te handhaaf en om beskerming aan adolessente te bied. Gegewe die mediese, emosionele en sielkundige gevolge van aborsie bied ouerlike betrokkenheid ook die geleentheid om belangrike mediese en ander relevante inligting aan die dokter oor te dra.

In *Parham v J.R.*<sup>124</sup> moes die hof fokus op ouers se bevoegdheid om 'n kind in 'n inrigting vir geestesongestelde persone te laat opneem. Die statutêre skema het voorsiening daarvoor gemaak dat die superintendent van sodanige inrigting op grond van ouers se versoek 'n kind tydelik vir doeleindes van waarneming en diagnoseering kon opneem. Die grondwetlikheid al dan nie van die bepalings is in geskil geplaas.

<sup>120</sup> *Belotti v Baird supra* 643-644.

<sup>121</sup> Sien bespreking op 88.

<sup>122</sup> *Belotti v Baird supra* 634. Volgens Regter Powell is dit heeltemal geregtig vir die staat om die kind se reg op privaatheid te beperk op grond van 'n kind se besondere kwesbaarheid, sy onvermoë om ingeligde en volwasse besluite te neem en weens die belangrike rol van ouers in die grootmaak van hul kind.

<sup>123</sup> *H.L. v Matheson* 450 US 398 (1981).

<sup>124</sup> 442 US 584 (1979).

Die hof erken onder andere 'n kind se reg om nie onnodig ingeperk te word vir doeleindes van mediese behandeling nie of om nie foutiewelik as geestesongesteld gebrandmerk te word nie.<sup>125</sup> Soos in vorige uitsprake word die belange van die kind, ouers en die staat teen mekaar opgeweeg. Die individuele belang van die kind en die ouers se belang in die welstand van hul kind is in die geval onlosmaaklik met mekaar verweef. Tog word redelikerwys verwag dat ouers in hul kind se beste belang sal optree omdat hulle, soos die hof dit stel:<sup>126</sup>

"[P]ossess what a child lacks in maturity, experience and capacity for judgment required for making life's difficult decisions."

'n Betekenisvolle aspek van die beslissing word aangetref in 'n algemene verklaring dat ouers se oordeel oor die algemeen behoort te seëvier ten opsigte van mediese behandeling en selfs wat die formele onderrig van 'n kind betref.<sup>127</sup> Die hof bevind dat die prosedure vir opneming billik is en dat die objektiewe oordeel van 'n superintendent 'n soort veiligheidsmaatreël is om te verseker dat ouers nie hul gesag misbruik nie.

Vergeleke met *Danforth* en *Belotti* verteenwoordig die *Parham*-beslissing 'n terugkeer na die gesaghebbende posisie van ouers. Daar is in die vorige hoofstuk<sup>128</sup> gewys op die grondwetlike regte van die kind wat al erken is. Die mate waartoe dit geskied het, regverdig egter nog nie die gevolgtrekking dat daar 'n wesenlike verandering in die magsbalans tussen ouers en die kind plaasgevind het nie.

#### 4 4 Grondwetlike beskerming aan ouers of grondwetlike beperkings op staatsinmenging?

Bogenoemde beslissings weerspieël 'n vermoede ten gunste van ouerlike gesag waar staatsinmenging ter sprake is of selfs waar kinderregte ter sprake is. Dit is onduidelik of die uitsprake ten gunste van ouerlike gesag gerugsteun word deur 'n besorgdheid om die kind teen oormatige staatsinmenging te beskerm en of dit gaan oor die bevestiging van 'n grondwetlike leerstuk dat daar iets soos afsonderlike ouerlike regte is. Die volgende vraag is relevant na aanleiding van die oorsig oor die beslissings:<sup>129</sup>

"[D]oes the principle drawn from *Yoder* and the other cases discussed mean that parents have a constitutionally-sanctioned role in their children's lives, or does it mean that the state has a constitutionally-limited role in child rearing that typically, but not necessary, is enforced by deference to parents?"

<sup>125</sup> *Parham v J.R. supra* 602.

<sup>126</sup> *Parham v J.R. supra* 603-604.

<sup>127</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 619.

<sup>128</sup> Sien bespreking op 75-81.

<sup>129</sup> Burt "Developing constitutional rights of, in, and for children" 1975 *Law and Contemporary Problems* 119 135.

Die Amerikaanse grondwet bied geen duidelike antwoord nie. Grondwetlike regte is in elk geval vaag geformuleer. Dit is verder 'n illusie om te dink dat 'n balans in die verhouding tussen ouers, die kind en die staat gevind kan word sonder om ook aandag aan breër beleidsoorwegings te skenk.<sup>130</sup> In die *Bellotti*-beslissing, waar die hof moes bepaal of 'n minderjarige 'n reg op aborsie het, kon die grondwetlike belange van die staat en ouers nie geïgnoreer word nie. Die hof moes die kind se reg op aborsie met die ouer se reg om ingelig te word en toestemming tot belangrike operasies op 'n kind te verleen, versoen. Die staat se belang daarin om sowel die lewe van die ongeborene as die belange van die ongetroude dogter te beskerm, moes ook in oorweging geneem word.<sup>131</sup> Die oplossing lê nie daarin om onomwonde te verklaar dat ouers se regte eerbiedig moet word en dat die kind gevolglik geen regte het nie, of selfs andersom. Daar word van die hof vereis om ook in elke geval 'n belangrike beleidmakende rol te vervul. Dit verklaar waarom dit moeilik is om 'n patroon in die *Supreme Court*-beslissings te bepaal, behalwe dat voorkeur in die algemeen aan ouerlike gesag verleen word.

## 5 GEVOLGTREKKING

Die voorafgaande uiteensetting regverdig 'n gevolgtrekking dat die tweede model van ouerlike gesag en die idee van kinderregte met mekaar versoenbaar is. Die tweede model verleen erkenning aan die kind as individu met eie belange - 'n oorweging wat ook binne die Suid-Afrikaanse konteks met 'n Handves van Regte van belang is.

Ouerlike gesag wat uit verskillende fasette bestaan, vind aansluiting by die idee van kinderregte omdat dit die goue middeweg bied tussen enersyds absolute ouerlike gesag en andersyds uitsluiting van ouerlike betrokkenheid weens die verlening van outonomie aan die kind. Daar is reeds in hoofstuk drie daarop gewys dat 'n gebalanseerde teorie van kinderregte sowel regte op beskerming as regte op outonomie behels. Die twee hoofstrome van kinderregte beteken juis nie dat ouerlike gesag verwerp word of dat voorkeur aan ouerlike permissiwiteit verleen word nie. Dit beteken intendeel dat daar deeglik met die wisselende behoeftes en die status van die kind in die gesin en die breër samelewing rekening gehou word. Die klem val gevolglik op die verantwoordelikhede van ouers as primêre versorgers om op verskillende wyses hul gesag in ooreenstemming met 'n kind se vlak van ontwikkeling en mate van onafhanklikheid uit te oefen. Op dié wyse is daar 'n wisselwerking tussen die

<sup>130</sup> Mnookin *In the Interest of Children* 32.

<sup>131</sup> Mnookin *In the Interest of Children* 33.

uitoefening van ouerlike gesag en die kind se status as individu maar as persoon wat terselfdertyd ook van ouers se versorging en beskerming afhanklik is.

Die Amerikaanse reg verleen reeds erkenning aan 'n mate van wisselwerking tussen al dié fasette. Dit verklaar waarom 'n ouerlike veto ten opsigte van 'n minderjarige se aborsie ongrondwetlik<sup>132</sup> is maar 'n vereiste van kennisgewing aan ouers oor 'n besluit om met 'n aborsie voort te gaan in ander gevalle wel grondwetlik is.<sup>133</sup> Ook Lord Fraser se formulering van die vyf vereistes in die *Gillick*-beslissing is tekenend van ouerlike betrokkenheid, respek vir 'n kind se posisie as gesinslid en optrede in so 'n kind se beste belang.

Ouerlike betrokkenheid by 'n kind se besluite en hul verantwoordelikheid om 'n kind se outonomie op die lang termyn te ontwikkel, bevestig dat ouers 'n onafhanklike belang daarin het om hul kind groot te maak en te versorg. Ouerlike gesag word dus nie ontken nie. Wat die uitoefening daarvan betref, het daar 'n klemverskuiwing plaasgevind wat dit moontlik maak om 'n kind se behoeftes en onafhanklike belange te laat realiseer.

---

<sup>132</sup>*Planned Parenthood of Central Missouri v Danforth supra.*<sup>133</sup>*H.L. v Matheson supra.*

## HOOFSTUK 5

### DIE ROL VAN DIE STAAT

#### 1 INLEIDING

Dit blyk uit 'n historiese perspektief dat die staat se regulering van alle aspekte van die gesinslewe glad nie ewigdurend of selfs voor die hand liggend is nie.<sup>1</sup> Op spesifieke tydstippe het die wetgewing ten opsigte van die kind heeltemal ontbreek of was dit slegs in 'n beperkte mate aanwesig. 'n Voorbeeld is die antieke stamgroeperinge waar 'n kind by geboorte onmiddellik deel van die familiegroep, synde die dominante sosiale instelling, geword het en daar geen sentrale owerheid of statutêre ingrype binne familieverband was nie.<sup>2</sup> In die stadstate van antieke Rome was die vryburgers in 'n groot mate homogeen in hul lewenswyse en godsdienstige beskouings. Hierdie norme was sterk genoeg om huweliks- en gesinstabiliteit te verseker en staatsregulering was gevolglik onnodig.<sup>3</sup> Met Rome as 'n wêreldryk met 'n heterogene bevolkingsamestelling het regulering deur die staat 'n vereiste geword. In die tydperk toe die staat se mag begin kwyn het, het die kerk die rol van sentrale maghebber oorgeneem.<sup>4</sup> Na die Hervorming het die staat begin om weer sy regulerende rol te vervul. Tot bykans die negentiende eeu word die kerngesin, en nie meer die familiegroep nie, deur die staat as outonome eenheid gesien met die vader as gesagsfiguur aan die hoof daarvan. Glendon beskryf dié geleidelike ontwikkelingsproses op die volgende wyse:<sup>5</sup>

"Its [the family's] legal, political and economic functions declined before the ever encroaching march of the institutions of the modern state... Furthermore, the power of the state undermined the influence of the kin and thus increased the isolation and privacy of the nuclear family..."

Die staat se bereidwilligheid om in te meng waar daar probleme binne gesinsverband was, was die resultaat van 'n besef dat ouers en die gesin nie noodwendig die beste bron van beskerming en versorging van 'n kind is nie. Die verbod op kinderarbeid en die statutêre regulering van verpligte skoolopvoeding het inbreuk gemaak op ouerlike gesag en op die idee dat die gesin 'n outonome onskendbare eenheid is en dat 'n kind die eiendom van sy ouers is

<sup>1</sup> Glendon State, *Law and Family* voorwoord; Muller-Freienfels in *The Child and the Law II* 605. Sien hfst twee in die algemeen.

<sup>2</sup> Muller-Freienfels in *The Child and the Law II* 605.

<sup>3</sup> Glendon State, *Law and Family* voorwoord; Muller-Freienfels in *The Child and the Law II* 605-606.

<sup>4</sup> Glendon State, *Law and Family* voorwoord.

waarmee na willekeur gehandel kon word.<sup>6</sup> Die staat se betrokkenheid binne 'n gesinsverband het die benadering bevestig dat die versorging van 'n kind ook 'n maatskaplike verantwoordelikheid behels. In die moderne gemeenskap en met die toenemende klem wat op die idee van kinderregte geplaas word, ontstaan die vraag of die staat se versorgingsbenadering en beskermende maatreëls werklik die kind se belange bevorder.<sup>7</sup> De Langen<sup>8</sup> maak in dié verband die volgende opmerking:

"Het lijkt niet overdreven te zeggen dat veel misverstand en misschien zelfs onrechtvaardig en in ieder geval voor de jeugdige onbegrijpelijk optreden is te wijten aan de omstandigheid, dat men te lang heeft gemeend te weten wat het belang van het kind eiste zonder uit te gaan van de outonome gedachten, behoeften en wensen van dat kind."

Die wyse waarop die staat se beskermende funksie ten opsigte van die kind bevraagteken en selfs gekritiseer word omdat dit 'n kind se wense en behoeftes ignoreer, dui op 'n ander ideologie. Dié ideologie vereis dat die kind in gepaste gevalle voldoende geleentheid gebied behoort te word om selfstandig besluite te neem en sy eie belange te behartig.<sup>9</sup>

Die beskermings- teenoor die selfbeskikkingsbenadering ten opsigte van die kind illustreer opnuut die komplekse driehoekverhouding tussen die staat, ouers en die kind. Die kernaspek wat in hierdie hoofstuk ter sprake kom, raak die toepaslike rol van die staat teenoor die kind en teenoor die gesin waarin hy homself bevind. Waar die staat sy beskermende rol teenoor die kind vervul, weerspieël dit 'n diepgewortelde idee dat die staat 'n besondere verantwoordelikheid teenoor 'n kind het om hom te beskerm, selfs teenoor sy ouers. Dié optrede deur die staat skep spanning want dit kan strydig wees met die hoë premie wat op gesinsoutonomie en ouerlike gesag rakende die opvoeding en versorging van 'n kind geplaas word. Sou die staat egter beperkings op 'n kind plaas, kan dit weer in konflik met die beginsel van die kind se reg op groter outonomie wees. Gesinsoutonomie, ouerlike gesag en aansprake op kinderregte verteenwoordig belangrike waardes in die moderne samelewing en dit is die taak van die staat om 'n balans tussen hierdie verskillende aspekte te vind. Die omvang van die staat se rol bring noodwendig diepsinnige vrae oor die verhouding tussen die kind en sy gesin asook die verhouding tussen gesinne en die staat na vore.

---

<sup>5</sup> Glendon State, *Law and Family* 324-325.

<sup>6</sup> Bevan *Child Law* 6-9 11-13; De Langen in *Kinderen en Recht* 287; Eekelaar *Family, Law and Social Policy* 274-275; Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 1-6.

<sup>7</sup> Cohen *Equal Rights for Children* 7-8; De Langen in *Kinderen en Recht* 287; sien ook hfst drie in die algemeen.

<sup>8</sup> De Langen in *Kinderen en Recht* 287.

## 2 ARGUMENTE TEN GUNSTE VAN OUERLIKE OUTONOMIE

'n Benadering ten gunste van ouerlike outonomie impliseer dat die staat aan ouers se besluite rakende die opvoeding en versorging van hul kind voorkeur verleen en dat daar slegs 'n beperkte mate van staatsinmenging in die gesin geduld word. Sekerlik die sterkste voorstanders van gesinsoutonomie is Goldstein, Freud en Solnit. Hulle lewer 'n sterk argument dat die kind 'n basiese reg op gesinsintegriteit het en dat daar streng beperkings op die staat se magte moet wees om in die ouer-kind verhouding in te meng.<sup>10</sup> Volgens die outeurs vereis die komplekse ontwikkelingsfases in 'n kind se lewe dat daar privaatheid van die gesinslewe onder voogdy van outonome ouers moet wees.<sup>11</sup>

Die ouerlike reg op vryheid teen staatsinmenging word op hierdie wyse as 'n reg van die kind geformuleer. Hiervolgens het 'n kind 'n reg daarop dat ouers vry van staatsinmenging die geleentheid gebied moet word om psigologiese bande met hom te ontwikkel. In die mate wat die bande gesmee word, het die kind ook 'n reg daarop dat daardie bande vry van staatsinmenging gehandhaaf word.<sup>12</sup>

Ter ondersteuning van hul beleid van minimum staatsinmenging verwys Goldstein na die regstelsel se gebrek aan hulpbronne en aan sensitiwiteit om op die behoeftes van 'n kind te reageer.<sup>13</sup>

"[T]he law does not have the capacity to supervise the fragile, complex interpersonal bonds between child and parent. As *parens patriae* the state is too crude an instrument to become an adequate substitute for flesh and blood parents. The legal system has neither the resources nor the sensitivity to respond to a growing child's everchanging needs and demands."

Die gronde vir inmenging wat deur hulle voorgelê word, word eng omskryf en verwys na gevalle waar die ouers sterf, hul kind verlaat, seksuele oortredings met hul kind pleeg wat tot kriminele veroordeling lei, liggaamlike beserings aan 'n kind toedien of weier om mediese versorging van 'n kind te magtig. Die gronde wat genoem word, verteenwoordig situasies waar statutêre inmenging presies gedefinieer word en waar die bevoegdheid van staatsdepartemente en die howe om inbreuk op die ouer-kind verhouding te maak, beperk en

---

<sup>9</sup> Cohen *Equal Rights* 7-10.

<sup>10</sup> Goldstein *et al Best Interests of the Child* 10.

<sup>11</sup> Goldstein *et al Best Interests of the Child* 9.

<sup>12</sup> Eekelaar *Family Law and Social Policy* 173; Hoggett & Pearl *The Family Law and Society* 385.

<sup>13</sup> Goldstein *et al Best Interests of the Child* 11-12.



deeglik omskryf word.<sup>14</sup> Emosionele of psigologiese skade word spesifiek uitgesluit, onder andere op grond daarvan dat dit nie presies genoeg omskryf kan word ten einde 'n billike waarskuwing aan ouers te gee nie en die diskresie aan owerheidsinstansies om in sulke gevalle op te tree te wyd is.<sup>15</sup>

Goldstein, Freud en Solnit sien gevolglik aansprake op ouerlike gesag as 'n verdere uitbouing van kinderregte. Gesinsintegriteit word deur die drie outeurs as 'n kombinasie van die volgende gesien:<sup>16</sup>

"[T]he three liberty interests of direct concern to children is parental autonomy, the right to autonomous parents and privacy."

Solank as wat 'n kind lid is van 'n gesin wat funksioneer, smelt sy belange en dié van ander gesinslede saam. Dit is eers wanneer ouers se gedrag nie aan duidelike juridies omskrewe standarde van versorging voldoen nie dat dit moontlik is om 'n kind se belange te isoleer en te beskerm. Die drie outeurs se formulering van kinderregte kom daarop neer dat dit in 'n kind se belang is dat sy en sy toekoms aan die uitoefening van ouerlike gesag blootgestel word en dat daardie belang 'n reg is wat deur die staat gerespekteer behoort te word.

Hafen lewer ook 'n sterk argument vir ouerlike outonomie maar nie outonomie in so 'n omvangryke vorm soos wat deur Goldstein, Freud en Solnit voorgehou word nie.<sup>17</sup> Die uitoefening van ouerlike gesag is volgens hom 'n noodsaaklike element in 'n kind se ontwikkeling en hy vrees die gevolge indien 'n kind, gegewe die aansprake op kinderregte, van die besondere gesagsverhouding "bevry" sal word.<sup>18</sup> Hafen is van mening dat beleidsoorwegings wat die tradisionele gesinsopset ondermyn, onwys sou wees omdat daar geen bevredigende alternatief vir ouerlike gesag is nie.<sup>19</sup> Deur gevolg te gee aan veronderstellings, byvoorbeeld dat 'n kind soos 'n volwassene oor rasonale besluitnemingsbevoegdhede beskik en dus sy eie besluite kan neem, word daar weggedoen

<sup>14</sup> Dickens "The modern function and limits of parental rights" 1981 *Law Quarterly Review* 462-467; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 173; Hoggett & Pearl *The Family Law and Society* 385.

<sup>15</sup> Freeman "Freedom and the welfare state: Child rearing, parental autonomy and social intervention" 1983 *Journal of Social Welfare Law* 70-73-79; Goldstein *et al Best Interest of the Child* 77.

<sup>16</sup> Goldstein *et al Best Interests of the Child* 9.

<sup>17</sup> Hafen "Childrens liberation and the new egalitarianism: some reservations about abandoning youth to their 'rights'" 1976 *Brigham Young University Law Review* 605.

<sup>18</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 651.

<sup>19</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 651-656.

met beskerming en geleentheid wat hulle andersins in staat sou stel om hul volle potensiaal binne die gesin te ontwikkel.<sup>20</sup>

Hafen se steun vir ouerlike gesag moet binne die groter geheel van sy bespreking van die individuele en die gesinstradisie gesien word. Die volgende verduideliking illustreer juis dié aspek:<sup>21</sup>

“[T]he fulfillment of individualism’s promise of personal liberty depends, paradoxically, upon the maintenance of a set of corollary traditions that require what may seem to be the opposite of personal liberty: submission to authority, acceptance of responsibility, and the discharge of duty. The family tradition is among the most essential corollaries to the individual tradition, because it is in families that both children and parents experience the need for and the value of authority, responsibility, and duty in their most pristine forms.”

Dit is vir Hafen belangrik dat daar binne bogenoemde konteks van owerheidsweë steun aan ouerlike gesag verleen word. Die rede hiervoor is volgens Hafen die volgende:<sup>22</sup>

“[T]he family that operates as a true democracy is less likely to provide the security, the role-modeling, the leadership, the socializing, the growth, or many of the other interests preserved by a basic policy decision that parental authority is worthy of some state support... The failure of the state to provide some support for parental authority... is likely to diminish the power of parent-child relationships to provide the psychological matrix necessary to optimize the preparation of children for independent participation in adult society.”

Aan die ander kant hou Hafen deeglik rekening daarmee dat ouerlike gesag beperk word waar staatsinmenging plaasvind om ’n kind te beskerm (dit wil sê waar die kind se regte op beskerming erkenning geniet).<sup>23</sup> Dit is nie ’n geval dat ouerlike gesag bevraagteken word nie, maar slegs die misbruik daarvan en dit weerspreek ’n bewustheid van ’n kind se behoefte aan beskerming.<sup>24</sup> Inbreukmaking op ouerlike gesag kan ook plaasvind waar erkenning aan die kind se keuseregte verleen word.<sup>25</sup> Solank as wat die beperkte vermoëns van ’n kind egter meebring dat dit onmoontlik, onrealisties of onbillik teenoor hom sal wees om volle outonomie aan hom te verleen, moet uiteindelijke beheer oor sy lewe noodwendig by ouers of die staat setel. ’n Vermindering van ouerlike gesag kan eenvoudig meebring dat die staat se betrokkenheid ten opsigte van ’n kind toeneem. Groter staatsbetrokkenheid by die grootmaak en versorging van ’n kind is volgens Hafen nie altyd gewens nie en hy plaas dit ondergeskik aan sy sterk voorkeur vir staatsteun aan ouerlike verantwoordelikhede.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 650.

<sup>21</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 656.

<sup>22</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 654.

<sup>23</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 654-650.

<sup>24</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 629.

<sup>25</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 644-650.

<sup>26</sup> Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 656.

## 2 1 Kritiek op ouerlike outonomie

Dit is veral Goldstein, Freud en Solnit se eng gronde vir staatsinmenging wat hewig gekritiseer word omdat dit baie duidelik die skaal ten gunste van ouers se belange swaai.<sup>27</sup> Dingwall en Eekelaar se kritiek op ouerlike outonomie is daarop gerig dat dit eintlik maar 'n politieke teorie is wat die moontlikheid van onafhanklike regte aan 'n kind ontken.<sup>28</sup> 'n Onbelemmerde ouer-kind verhouding kan net sowel 'n kind benadeel en die erkenning en beskerming van kinderregte vereis noodwendig dat inbreuk op ouerlike outonomie gemaak word.<sup>29</sup>

Freeman evalueer ook die teorie van ouerlike outonomie wat deur Goldstein, Freud en Solnit voorgehou word en hy doen dit aan die hand van vier gevallestudies.<sup>30</sup> Sy gevolgtrekking stem ooreen met dié van Dingwall en Eekelaar, naamlik dat 'n beleid van nie-inmenging dikwels leed vir 'n kind kan inhou. Hy is ten gunste van beheerde inmenging in die gesinslewe om na 'n kind se belange om te sien:<sup>31</sup>

"[T]here are considerable problems in leaving the family alone. Victory for the family often means defeat for the children. It is, as I have indicated, a line-drawing exercise. Goldstein and his colleagues have erred in drawing the line too close to the parents' interests and too far from the children's ... I recognise that intervention has its problems but I do not ignore its benefits. Intervention must be properly controlled. This requires an activist, committed judiciary capable of forging principles with the collaboration of other disciplines involved."

Dit is insiggewend dat die keuse van steun aan ouerlike outonomie of inmenging daarmee as 'n politieke besluit gesien word.<sup>32</sup> 'n Beleid van nie-inmenging beteken byvoorbeeld dat openbare uitgawes vir welsyn besnoei word en verminder afhanklikheid van welsynshulp.<sup>33</sup> Dié politieke oogmerk is egter in konflik met 'n politieke strewe om optimale gesondheidsorg en opvoedkundige geleenthede aan 'n kind te verskaf en om individualiteit aan te moedig en te ontwikkel. Dié strewe gaan gepaard met 'n besorgdheid daaroor dat 'n kind se beste belang nie noodwendig bevorder word deur 'n beleid ten gunste van ouerlike outonomie nie. Kritiek

<sup>27</sup> Bainham *Children, Parents and the State* 78-79; Dingwall & Eekelaar in *State, Law and the Family* 104-106; Dickens 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 466-471; Freeman 1983 *Journal of Social Welfare Law* 70-91.

<sup>28</sup> Dingwall & Eekelaar in *State, Law and the Family* 104-106.

<sup>29</sup> Dingwall & Eekelaar in *State, Law and the Family* 104-106.

<sup>30</sup> Freeman 1983 *Journal of Social Welfare Law* 84-91.

<sup>31</sup> Freeman 1983 *Journal of Social Welfare Law* 91.

<sup>32</sup> Dickens 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 469; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175.

<sup>33</sup> Dickens 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 469.

teen 'n beleid van nie-inmenging in die gesinslewe is dat dit in baie gevalle ten koste van 'n kind is.<sup>34</sup>

### 3 DIE ROL VAN DIE STAAT

'n Ontleding van die rol van die staat veronderstel in die eerste instansie dat daar deeglik kennis geneem word van en besin word oor die teoretiese onderbou van die begrip kinderregte.<sup>35</sup> Coons en Mnookin wys op die waarde van so 'n benadering – juis omdat dit die aandag vestig op die wyd uiteenlopende oorwegings wat ter sprake kom.<sup>36</sup> Die outeurs lig in dié verband die volgende kernelemente uit:<sup>37</sup>

“Buried in their [the liberators or the child savers] rhetoric are important questions. That an element of domination of children by adults is inevitable gives no licence to ignore the moral dimension implicit in the liberators' challenge: *i.e.* what are the legitimate justifications for giving one human being power over the nature, training, and experience of another? Similarly, the problems to which the child savers point – for example the abuse and neglect of some children – are serious ones and implicitly raise an important question about the roles of government and the family in child rearing?”

In aansluiting hierby is gewys op die waarde van teorieë en perspektiewe wat in hoofstuk drie<sup>38</sup> uiteengesit is omdat dit onder andere ook die aandag op filosofiese, morele en sosiale oorwegings vestig in 'n poging om 'n balans in die verhouding tussen ouers, die kind en die staat te vind. Die wyse waarop die rol van die staat verwoord word (byvoorbeeld kragtens wetgewing of judisiële optrede) ten einde aansprake op kinderregte te realiseer, is van groot belang in die diversiteit van die Suid-Afrikaanse samelewing. Gegewe die uiteenlopende aansprake op grond van ras, geloof, kultuur en geslag asook ekonomiese, maatskaplike en sosiale verskille is dit juis belangrik om 'n stewige teoretiese onderbou te hê ten einde al die behoeftes te bevredig. So 'n regsteoretiese uiteensetting bied terselfdertyd ook die ideologiese regverdiging vir kinderregte waarsonder die skep van 'n kinderregtekultuur bloot 'n illusie sal wees.

Die belangrikste wyse waarop die staat erkenning en beskerming aan kinderregte kan verleen, is kragtens wetgewing. Dit is ingevolge wetgewing dat howe jurisdiksie ten opsigte van

---

<sup>34</sup> Dickens 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 470; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175-176.

<sup>35</sup> Sien hfst drie in die algemeen.

<sup>36</sup> Coons & Mnookin in *Toward a Theory of Children's Rights* 391-392.

<sup>37</sup> Coons & Mnookin in *Toward a Theory of Children's Rights* 392

<sup>38</sup> Sien bespreking op 39-48, 50-52, 56-70.

kinderregte verkry en riglyne vir optrede aan staatsdepartemente en ander instansies binne hierdie konteks neergelê word.<sup>39</sup> Dit is ook kragtens wetgewing dat gepoog word om 'n balans te vind tussen 'n paternalistiese benadering enersyds of groter outonomie aan die kind andersyds en om die spanning tussen ouerlike outonomie en kinderregte te ontloot.<sup>40</sup>

Die staat tree byvoorbeeld paternalisties teenoor die kind op kragtens arbeidswetgewing, wetgewing rakende seksuele misdrywe, aanneming, egskeiding en mishandeling deur ouers. Die oorheersende beginsel wat nagestreef word, is die beste belang van die kind. Ouerlike gesag is dus fundamenteel maar nie absoluut nie.<sup>41</sup> Staatsinmenging kan ook meebring dat die kind se outonome besluitnemingsbevoegdhede beperk word maar dit word geregverdig ten einde 'n kind in staat te stel om in 'n veilige en beskermende omgewing volle wasdom te bereik.<sup>42</sup>

Die gevolg is dat die regsreëls wat die ouer-kind verhouding reguleer, poog om 'n balans te vind tussen die beste belang van die kind en die uitoefening van ouerlike gesag. Wetgewing wat verpligte skoolbywoning reël, bied 'n treffende voorbeeld van sulke maatreëls. Die oogmerk van inmenging is die volgende:<sup>43</sup>

"The state's interest here is in a productive and informed citizenry. The state also acts in the best interests of the child against her parents' neglect and apathy. These interests, however, are pitted against societal assumptions about the centrality of the family to the transmission of social values from generation to generation and the paramount interest of parents in making decisions about the education of their children."

Hofbeslissings ingevolge Amerikaanse reg weerspieël hoe die balans nagestreef word. Skoolbywoning kan byvoorbeeld statutêr vereis word maar die keuse word aan ouers oorgelaat of dit aan 'n privaatskool of 'n publieke skool is;<sup>44</sup> die staat se beheer oor kursusse wat aan privaatskole aangebied word, is beperk;<sup>45</sup> en ouers wie se godsdienstige oortuigings met die idee van verpligte skoolopvoeding bots, behou hul grondwetlike reg om van die wetgewende bepalings vrygestel te word.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Bainham *Children, Parents and the State* 7 220; Muller-Freienfels in *The Child and the Law II* 605-633.

<sup>40</sup> Davis & Schwartz *Children's Rights* 201; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175; De Langen in *Kinderen en Recht* 288.

<sup>41</sup> Sien in die algemeen hfst vier.

<sup>42</sup> Bainham *Children, Parents and the State* 6.

<sup>43</sup> Humm *et al Child, Parent and State* xvi.

<sup>44</sup> *Pierce v Society of Sisters* 268 US 510 (1925) wat meer volledig bespreek is op xxx.

<sup>45</sup> *Meyer v Nebraska* 262 US 390 (1923) wat meer volledig bespreek is op xxx.

<sup>46</sup> *Wisconsin v Yoder* 406 US 205 (1972) wat meer volledig bespreek is op xxx.

Tog gebeur dit ook dat staatsinmenging meebring dat die kind se bevoegdheid om selfstandig op te tree erken word, byvoorbeeld die bevoegdheid om 'n testament vanaf sestienjarige ouderdom te verly,<sup>47</sup> om toestemming tot mediese behandeling vanaf veertienjarige ouderdom te verleen<sup>48</sup> of om vanaf agtienjarige ouderdom sonder ouerlike toestemming of bystand 'n eie lewenspolis uit te neem.<sup>49</sup> Op hierdie wyse word spesifiek erkenning aan 'n kind se reg op outonomie verleen.

Behalwe die komplekse driehoekverhouding waarin die staat betrokke is, moet ook in gedagte gehou word dat wetgewing van bogenoemde aard geensins in absolute en uitdruklike terme kan neerlê wat presies van ouers in gegewe situasies vereis word of watter tipe ouerlike gedrag sal meebring dat die staat sal ingryp om die kind se regte te beskerm nie. In die mate wat wel gepoog word om ouerlike diskresies uit te skakel, ontstaan die gevaar dat gesinsverhoudings geformaliseer word - 'n duidelik onaanvaarbare situasie.<sup>50</sup>

'n Verdere oorweging raak die mate van sensitiwiteit rondom die erkenning, implementering en beskerming van kinderregte in die gemeenskap.<sup>51</sup> Dit is 'n konsep wat versigtig ontwikkel moet word omdat 'n kind nie oral as individu erken word nie, daar verskillende interpretasies aan die inhoud van kinderregte verleen word en daar versigtig ondersoek ingestel moet word na 'n kind se vermoë om selfstandig regte uit te oefen.<sup>52</sup> In die mate wat kinderregte erken word, beteken dit dat daar inbreuk op ouers se gesag en op hul beheer oor hul kind gemaak word - iets wat as 'n bedreiging vir die tradisionele gesinsverhouding gesien word. Ook impliseer 'n reg dat dit iets is wat afgedwing kan word en in soverre 'n kind op 'n buite-instansie moet steun om regte te beskerm, word dit as 'n verdere bedreiging vir die tradisionele gesinsopset gesien.<sup>53</sup>

Moontlik lê die antwoord daarin om na 'n soort vennootskap tussen die staat en ouers rakende die posisie van die kind te verwys.<sup>54</sup> Dit beteken 'n terugkeer na die teoretiese vertrekpunt dat dit hier in wese oor 'n stryd gaan oor wie die gesag het om namens die kind te besluit: die kind self, die ouers of die staat - wat meebring dat die konflik opgelos kan word met verwysing na die besondere belange wat ter sprake is. In gepaste gevalle kan dit selfs beteken

---

<sup>47</sup> Wet op Testamente 7 van 1953 a 4.

<sup>48</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(4)(b).

<sup>49</sup> Versekeringswet 27 van 1943 a 37.

<sup>50</sup> Cohen *Equal Rights for Children* 21.

<sup>51</sup> Cohen *Equal Rights for Children* 17 en sien in die algemeen 15-27.

<sup>52</sup> Miljeteig-Olssen "Advocacy of children's rights - the Convention as more than a legal document" 1990 *Human Rights Quarterly* 148 150.

<sup>53</sup> Cohen *Equal Rights for Children* 17-22.

dat die staat se inbreukmaking op ouerlike outonomie ondersteunend van aard is, byvoorbeeld deur gesinsraadgewing te verskaf waar die ouer-kind verhouding nie na wense is nie.<sup>55</sup>

Davis en Schwartz<sup>56</sup> is voorstanders van so 'n belangeafweging en noem 'n paar tipiese belange wat ter sprake kan wees:

- (a) ten opsigte van die kind - ouerlike versorging, opvoedkundige geleenthede, sekere grondwetlike regte, mediese versorging en die bevoegdheid om te kontrakteer;
- (b) ten opsigte van ouers - behoud van gesinseenheid, handhawing van ouerlike gesag en beskerming en opvoeding van 'n kind; en
- (c) met betrekking tot die staat - lewe, gesondheid en veiligheid van alle burgers en die handhawing van orde.

Op grond van hierdie uiteensetting kom hulle tot sekere gevolgtrekkings.<sup>57</sup>

- (a) Die staat behoort alleen ouers en die kind se belange ondergeskik te stel aan staatsbelang in omstandighede waar 'n kind beskerm moet word, soos hulle dit stel:  
 "[Against] significant harm or to further some significant, overriding state interest."

Wetgewing sal byvoorbeeld hier teen kinderpornografie en kindermishandeling gemik wees en verpligte skoolopvoeding neerlê.

- (b) 'n Hoë premie word op gesinseenheid en ouerlike outonomie geplaas. Dit word gevolglik aan ouers oorgelaat om op 'n basiese vlak eenvoudige besluite te neem waar hulle en hul kind se belange in konflik is. Dit sal tipies besluite oor eetgewoontes en kleding insluit.
- (c) Dit is belangrik dat ouers en 'n kind duidelik sal weet wat die grense van ouers se besluitnemingsbevoegdhe is.

---

<sup>54</sup> Bainham *Children, Parents and the State* 77.

<sup>55</sup> Bainham *Children, Parents and the State* 77, Davis & Schwartz *Children's Rights* 207.

<sup>56</sup> Davis & Schwartz *Children's Rights* 207-208.

<sup>57</sup> Davis & Schwartz *Children's Rights* 207-208.

- (d) Aspekte soos 'n kind se dissipline, mediese versorging en opvoeding verteenwoordig 'n veld wat vry van ongeregverdigde staatsinmenging behoort te wees. Alleen waar ouers op 'n betekenisvolle wyse versuim om hul verantwoordelikhede na te kom, behoort die staat in te gryp en besluite namens hulle te neem.

Rush verwys ook na 'n belangeafweging in haar metodologiese benadering om kinderregte te analiseer.<sup>58</sup> Haar werkswyse berus op sekere veronderstellings, naamlik dat ouers die primêre besluitnemers is, dat die kind, soos 'n volwassene, ook oor fundamentele menseregte beskik en dat staatsinmenging in die gesin alleen geregverdig is om die kind te beskerm waar ouers nie hul kind se beste belang beskerm of bevorder nie.<sup>59</sup> Die veronderstellings waarop sy steun, hou groot implikasies in vir enige optrede vanaf owerheidsweë ter beskerming en bevordering van kinderregte - spesifiek vir howe in die beregting van geskille. Potensiële konflik tussen ouers en 'n kind sal byvoorbeeld bereg moet word deur te beslis wie die litigant is - die ouers of die kind. Die betrokke belange wat ter sprake is, sal bepaal moet word waarna 'n balans tussen daardie belange gevind moet word.<sup>60</sup> Ten opsigte van laasgenoemde oorweging is Rush 'n voorstander van 'n beleid van integrasie, dit wil sê 'n benadering wat 'n kind as 'n individu beskou en sy regte met dié van 'n volwassene in 'n soortgelyke situasie vergelyk.<sup>61</sup> Judisiële toepassing van gevestigde regsbeginsels word vereis en indien daar geen ooglopende rede is om 'n kind anders as 'n volwassene te behandel nie, behoort die kind en die volwassene se regte as dieselfde gesien te word. Sou dit blyk dat die kind anders behandel behoort te word, kan die staat byvoorbeeld beperkings op die kind lê en sal die kind se regte dienooreenkomstig ingeperk moet word.<sup>62</sup> Die beslissing *Ginsberg v New York*<sup>63</sup> bied 'n voorbeeld van die toepassing van Rush se beleid van integrasie.

Dié beleid bied 'n aantal voordele. Dit stem eerstens met demokratiese beginsels ooreen omdat die kind as 'n individu gesien word wat op respek en gelyke behandeling geregtig is.<sup>64</sup> Tweedens vergemaklik die beleid judisiële oorweging omdat bestaande en erkende waardes

---

<sup>58</sup> Rush "The Warren and Burger courts on state, parent and child conflict resolution: a comparative analysis and proposed methodology" 1985 *Hastings Law Journal* 461-498.

<sup>59</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 493 en sien ook 493-497 in die algemeen.

<sup>60</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 597-598.

<sup>61</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 491-493 498.

<sup>62</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 491-493 498.

<sup>63</sup> 390 US 629 (1968). Die hof het eers volwassenes se regte tov pornografie ontleed. Daarna is die regte van kinders ten opsigte van pornografiese materiaal oorweeg en moes daar bepaal word of daar gronde daarvoor is om hul regte te wysig. Daar was nie duidelike getuienis van die effek van sulke materiaal op kinders nie. Die hof handhaaf in elk geval wetgewing wat 'n strengere standaard ten opsigte van kinders stel vir die verkryging van en toegang tot pornografiese materiaal.

<sup>64</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 492.



toegepas word ongeag die ouderdom van die partye wat betrokke is. Volgens Rush lê die derde voordeel daarin dat die howe 'n hoër standaard van ontleding moet toepas omdat die beleid van integrasie nie geskik vir die vae maatstaf van *parens patriae* is nie.<sup>65</sup> Sekerlik die belangrikste voordeel vir doeleindes van die onderhawige studie lê daarin dat staatsinmenging beperk sal wees tot gevalle waar die staat baie duidelik 'n legitieme belang het.<sup>66</sup>

Daar kan ook met vrug verwys word na die wyse waarop die ouer-kind verhouding tans in Duitsland gereguleer word.<sup>67</sup> Die vertrekpunt ten opsigte van die Grondwet en ouerlike sorg is dat die wese van die natuurlike ouerlike reg grondwetlik erken word en ouers se reg om hul kind op te voed teen staatlike ingrype beskerm word.<sup>68</sup> Die wyse waarop grondwetlike bepalinge interpreteer word, weerspieël moderne regsteoretiese denke rakende die ouer-kind verhouding, naamlik dat ouerlike "gesag" eerder met ouerlike "sorg" vervang word, dat die gesin 'n eiesoortige regsinstelling is waarbinne regsverhoudings gereël word en, soos Robinson<sup>69</sup> dit stel:

"[Dat] ouerlike sorg as subjektiewe reg deur die welsyn van die kind bestem word en dat juis die welsyn van die kind die ouerlike verpligting jeens die kind begrond."

Die uitvloeisel van bogenoemde is dat staats toesig oor die ouer-kind verhouding as aksessor van aard gesien word. Dit beteken dat ouers voorkeur in die versorging en opvoeding van hul kind geniet maar dat die staat gemagtig word om in te gryp ten einde die kind teen nadeel te beskerm en sy versorging en opvoeding te verseker. Die grondslag vir die staat se optrede is tweeledig van aard. Dit word eerstens aangetref in die belang wat die gemeenskap in die opvoeding van kinders het en tweedens in die belangrike feit dat die kind self ook erkenning as draer van grondregte geniet en gevolglik op beskerming aanspraak kan maak.<sup>70</sup> Dit gaan dus hier oor 'n grondwetlike bedeling wat fundamentele regte aan volwassenes en kinders verleen en aan die staat ruimte vir 'n toesighoudende rol oor die uitoefening van ouerlike sorg bied.

'n Botsing tussen die fundamentele regte van ouers en die kind word hanteer teen die agtergrond van die besondere aard van die ouerlike reg soos in die Grondwet gereël. Dit

<sup>65</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 492. Die geldigheid van staatsinmenging sal meer sistematies, akkuraat, krities en deeglik wees.

<sup>66</sup> Rush 1985 *Hastings Law Journal* 492-493.

<sup>67</sup> Robinson "Die ouer-kind verhouding in die lig van 'n menseregteakte - 'n beknopte oorsig oor die posisie in Duitsland" 1992 *SA Publikereg* 228-254.

<sup>68</sup> Robinson 1992 *SA Publikereg* 235-241.

<sup>69</sup> Robinson 1992 *SA Publikereg* 238.

<sup>70</sup> Robinson 1992 *SA Publikereg* 241-245.

beteken onder andere dat ouers grondwetlik besluitnemingsbevoegd hede namens hul kind kan uitoefen in soverre 'n kind self nie in staat daartoe is nie. Die ouerlike reg en die kind se aanspraak op selfbestemming moet dus nie in konflik met mekaar gesien word nie maar as aspekte wat naas mekaar bestaan. Die gepaste oorweging in elke geval is eerder of die kind oor die bevoegdheid beskik om self sy eie besluite te neem en of sy ouers nog daardie besluite moet neem.<sup>71</sup>

#### 4 GEVOLGTREKKING

Die feit dat ouers steeds oor besluitnemingsbevoegd hede ten opsigte van hul kind beskik, illustreer dat ouerlike outonomie en die reg op gesinsprivaatheid steeds geldende gemeenskapswaardes verteenwoordig. Staatsinmenging bevestig die realiteit van die kind se fisiese en emosionele afhanklikheid nie net binne die gesinsopset nie maar ook binne die breër gemeenskap. Op dié wyse word die staat se rol in die ouer-kind verhouding vanuit 'n reg op beskerming geformuleer. Die Grondwet<sup>72</sup> verleen egter 'n nuwe rol aan die staat met die gevolg dat die staat se betrokkenheid by die ouer-kind verhouding nou ook vanuit 'n kind se reg op outonomie geformuleer moet word.

Dit is duidelik dat wetgewing die belangrikste instrument is om kinderregte te erken, af te dwing en te beskerm - teenoor die staat maar ook teenoor ouers en ander individue. Ontwikkelings veel wyer as wetgewing word egter vereis om 'n politieke, juridiese en sosio-ekonomiese raamwerk te skep waarbinne 'n kinderregtekultuur as verskyningsvorm van fundamentele menseregte geskep, gekweek en gehandhaaf kan word.

Die implikasie is geensins dat daar van ouerlike versorging en die gesinsopset wegbeweeg word nie maar dat ouerlike versorging binne die gesinsopset juis die basiese ruimte bied waarbinne kinderregte behoort te realiseer. Die staat beklee gevolglik 'n toesighoudende rol ten opsigte van die wyse waarop ouers hul kind versorg en dit laat geen twyfel daaroor dat ouerlike outonomie in gepaste gevalle ondergeskik gestel sal word aan die regte van die kind nie. 'n Beleid van staatsinmenging vanuit 'n toesighoudende perspektief word dus voorgestaan. Dit is belangrik om te beklemtoon dat die toesighoudende perspektief 'n definitiewe rol aan die staat verleen en nie op neutraliteit of onbetrokkenheid dui nie. Dit

<sup>71</sup> Robinson 1992 *SA Publiekreg* 251.

<sup>72</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 bv a 14 (die reg op privaatheid), a 18 (die reg op vryheid van assosiasie). Sien die volledige bespreking in hfst agt.

beklemtoon ook die omvangryke rol van die staat om ingevolge wetgewing, maar ook by wyse van judisiële optrede, die tradisionele ouer-kind verhouding en aansprake op kinderrechte te reguleer.

## HOOFSTUK 6

### STATUS VAN KINDERS

#### 1 INLEIDING

Daar is drie afleidings wat na aanleiding van die voorafgaande hoofstukke gemaak kan word en wat die teoretiese raamwerk vir verdere bespreking vorm. In die eerste instansie is dit duidelik dat kinderregte nie geïsoleerd van lewensrealiteite oftewel in abstrakte terme bespreek kan word nie. Teorieë oor kinderregte sluit regte op beskerming en regte op outonomie in om op dié wyse die ontwikkelingsproses van kinders te weerspieël. Volgens dié teorieë behoort 'n kind juis beskerm te word sodat hy uiteindelik tot 'n onafhanklike individu kan ontwikkel wat tot rasionele besluite in staat is.

Die tweede afleiding is dat 'n groot mate van klem gelê word op die feit dat ouers as primêre versorgers die verantwoordelikheid het om in ooreenstemming met 'n kind se vlak van ontwikkeling en mate van onafhanklikheid hul gesag uit te oefen. Dit impliseer dat ouerlike gesag uit verskillende fasette bestaan ten einde rekening te hou met die status van 'n kind as 'n individu wat ook van ouerlike versorging en beskerming afhanklik is.

In die derde plek kan die afleiding gemaak word dat die staat 'n belangrike rol het om toe te sien dat ouers die nodige ruimte gebied word om hul rol as primêre versorgers te vervul. 'n Beleid van staatsinmenging vanuit 'n toesighoudende perspektief word voorgestaan. Dit beteken dat die staat in gepaste gevalle kan inmeng om die kind se regte op beskerming en sy regte op outonomie te bevorder en te beskerm.

Die uitdaging wat aan die reg gestel word, is om op een of ander wyse hierdie afleidings met mekaar te versoen. Die vraag is natuurlik tot watter mate die interne struktuur van 'n spesifieke regstelsel daartoe in staat is om dié uitdaging die hoof te bied. Die oogmerk van hierdie en die volgende hoofstuk is om laasgenoemde vraag in verband met die Suid-Afrikaanse privaatreë te beantwoord.

In hierdie hoofstuk word die status van die kind in die Suid-Afrikaanse privaatreë bespreek. In die volgende hoofstuk kom die substantiewe reg ten opsigte van die privaatreëtelike ouer-kind verhouding aan die beurt.

## 2 STATUS EN STATUSBEPALENDE FAKTORE

'n Persoon se status kan as sy "staanplek" of posisie in terme van die reg omskryf word en omvat die rol of funksie wat so 'n individu in die regslewe vervul.<sup>1</sup> Die somtotaal van 'n persoon se juridiese kompetensies verleen inhoud aan die begrip status en bepaal 'n individu se vermoë om aan die regsverkeer deel te neem.<sup>2</sup> Daar is 'n aantal statusbepalende faktore wat die aard en omvang van 'n persoon se juridiese kompetensies beïnvloed, byvoorbeeld ouderdom, geestesongesteldheid en verkwistende neigings.<sup>3</sup>

Die statusbepalende faktore wat egter spesifiek met die status van die kind verband hou, is ouderdom, buite-egtelike geboorte en domisilie. Hierdie faktore word vervolgens meer volledig bespreek.<sup>4</sup>

### 2.1 Ouderdom

Ouderdom is een van die belangrikste statusbepalende faktore.<sup>5</sup> Die uitgangspunt van die reg is dat 'n persoon se regshandeling van sy wilsuitinge afhanklik is. 'n Persoon behoort gevolglik slegs handelingsbevoeg te wees as hy oor 'n redelike wil en oordeel beskik.<sup>6</sup> In dié verband moet 'n onderskeid tussen verstandelike vermoë en oordeelsvermoë getref word. Laasgenoemde verwys na die vermoë om die aard en gevolge van eie optrede te waardeer. Hiervoor word 'n mate van geestelike rypheid en ondervinding vereis<sup>7</sup> wat eers met verloop

<sup>1</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 35; Boberg *Law of Persons and the Family* 35-43; Davel & Jordaan *Personereg* 6; Kruger & Robinson in *Law of Children* 13-14; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 53-54.

<sup>2</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 35-38; Boberg *Law of Persons and the Family* 38-42; Davel & Jordaan *Personereg* 6-8; Kruger & Robinson in *Law of Children* 14-15; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 54-55. Juridiese kompetensies is al daardie bevoegdhede wat deur die objektiewe reg aan 'n individu verleen word en behels regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid.

<sup>3</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 38; Boberg *Law of Persons and the Family* 42; Davel & Jordaan *Personereg* 6; Kruger & Robinson in *Law of Children* 15; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 57. Ander statusbepalende faktore is geslag, insolvensie, fisiese onvermoë en huwelikstaat.

<sup>4</sup> Kruger & Robinson in *Law of Children* 15.

<sup>5</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 79; Boberg *Law of Persons and the Family* 235, 529-530; Davel & Jordaan *Personereg* 47; Kruger & Robinson in *Law of Children* 15-18; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 136-137; *Govu v Stuart* (1903) 24 NLR 440 445-446.

<sup>6</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 79; Boberg *Law of Persons and the Family* 530-531; Davel & Jordaan *Personereg* 48; Kruger & Robinson in *Law of Children* 14.

<sup>7</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 79; Boberg *Law of Persons and the Family* 530; Davel & Jordaan *Personereg* 48.

van tyd intree. Ouderdom as statusbepalende faktor hou dus met verstandelike vermoë en oordeelsvermoë verband.<sup>8</sup>

Drie ouderdomsgroepe word in die Suid-Afrikaanse reg onderskei. Die eerste groep bestaan uit persone vanaf geboorte tot sewe jaar (*die infans*); die tweede groep bestaan uit persone vanaf sewe tot een-en-twintig jaar (die minderjarige); en die derde groep bestaan uit persone vanaf een-en-twintig jaar en ouer (die meerderjarige).<sup>9</sup> Een-en-twintig jaar geld as grens vir meerderjarigheidsouderdom en die verlening van volle handelingsbevoegdheid.<sup>10</sup> 'n Persoon onder die ouderdom van een-en-twintig jaar moet teen sy gebrek aan oordeelsvermoë beskerm word en dit verklaar die feit dat volle handelingsbevoegdheid eers op een-en-twintigjarige ouderdom verleen word.<sup>11</sup>

Dit is weliswaar 'n feitevraag of 'n persoon oor die nodige oordeelsvermoë beskik om sy eie sake te bestuur.<sup>12</sup> Dit is egter onprakties om hierdie vraag van geval tot geval te ondersoek. 'n Algemene ouderdomsgrens voorkom die praktiese probleem en skep terselfdertyd regsekerheid.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 79-80; Davel & Jordaan *Personereg* 48; Kruger & Robinson in *Law of Children* 14-15; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 138-141.

<sup>9</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 79-80; Davel & Jordaan *Personereg* 48; Kruger & Robinson in *Law of Children* 14-15; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 138-141.

<sup>10</sup> Persone verkry in die Suid-Afrikaanse reg in terme van die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1 op een-en-twintigjarige ouderdom meerderjarigheid. Daar moet in hierdie verband gelet word op die onderskeid tussen meerderjarigheid en minderjarigheid teenoor mondigheid en onmondigheid. Davel & Jordaan *Personereg* verduidelik soos volg op 49: "Meerderjarigheid en minderjarigheid verwys na die leeftyd van 'n persoon, met ander woorde of die persoon bo of onder een en twintig jaar oud is. Hierteenoor verwys mondigheid en onmondigheid na die feit of 'n persoon in staat is om sy eie belange te behartig al dan nie ... 'n Onmondige persoon is dus altyd minderjarig, met ander woorde onder een en twintig jaar, maar 'n mondige persoon is nie altyd meerderjarig nie en kan jonger as een en twintig jaar wees." Sien ook *Meyer v The Master* 1939 SWA 3 en DP "Vonnisbespreking van *Meyer v the Master* (1939 S.W.A. 3)" 1937 *THRHR* 119 120.

<sup>11</sup> Voet 4 4 14 26 I 1. Sien ook Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 37; Davel & Jordaan *Personereg Bronnebundel* 144; *Edelstein v Edelstein* NO 1952 (3) SA 1 AD 15 C; *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 224; *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Roux* 1978 2 SA 856 (A) 865-866; *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 404. HFB "Contracts of minors" 1885 *Cape LJ* 229 verduidelik op 230 soos volg: "The reason of this privilege of youth is not far to seek - indeed it stares the enquirer in the face. For to the majority of persons wisdom, if at all, and to everyone experience, comes but with years; consequently the law very properly and justly regards youth as being at a disadvantage in business dealings with those of mature age, and very considerably takes it under the protection of a sheltering wing."

<sup>12</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 48.

<sup>13</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 533; Davel & Jordaan *Personereg* 48.

Vir doeleindes van die bespreking word die term "kind" en "minderjarige" uitruilbaar gebruik en dit sluit dus alle persone onder die ouderom van een-en-twintig jaar in. Dit sluit ook alle persone vanaf geboorte tot op sewejarige ouderdom in tensy dit 'n uitsondering is (wat duidelik vermeld sal word).

## 2 1 1 *Infans*

### 2 1 1 1 Regsbevoegdheid<sup>14</sup>

Elke persoon verkry by geboorte regsbevoegdheid.<sup>15</sup> Dit is belangrik om 'n onderskeid te tref tussen die bevoegdheid om die draer van regte en verpligtinge te wees en die aantal regte en verpligtinge wat 'n persoon op 'n gegewe oomblik het.<sup>16</sup> 'n *Infans* kan byvoorbeeld nie trou nie en min van die ampte beklee wat 'n meerderjarige kan.<sup>17</sup>

### 2 1 1 2 Handelingsbevoegdheid<sup>18</sup>

'n *Infans* is handelingsonbevoeg en kan geen regshandeling verrig nie,<sup>19</sup> selfs nie eers 'n ooreenkoms waaruit hy net regte verkry nie.<sup>20</sup> Die reg heg geen gevolge aan die wilsuiting van 'n *infans* nie en hy kan nie eers met 'n ouer of voog se bystand 'n regshandeling aangaan nie. 'n Ouer of voog moet vir en namens die infans optree en alleen op dié wyse kan 'n *infans* regte verkry en verpligtinge opgelê word.<sup>21</sup> 'n *Infans*

<sup>14</sup> Regsbevoegdheid is daardie juridiese kompetensie wat 'n regsobjek met regsobjektiwiteit beklee en die regsobjek in staat stel om regte, verpligtinge en bevoegdhede te kan hê. Sien Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 36; Davel & Jordaan *Personereg* 7.

<sup>15</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 11; Boberg *Law of Persons and the Family* 8; Davel & Jordaan *Personereg* 10; Kruger & Robinson in *Law of Children* 2; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 59.

<sup>16</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 36; Davel & Jordaan *Personereg* 6-7, 50; Kruger & Robinson in *Law of Children* 14; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 54.

<sup>17</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 35; Davel & Jordaan *Personereg* 50; Kruger & Robinson in *Law of Children* 18; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 54.

<sup>18</sup> Handelingsbevoegdheid is daardie juridiese kompetensie om self geldige regshandelinge te kan verrig. Sien Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 36; Davel & Jordaan *Personereg* 7.

<sup>19</sup> Voet 4 4 52, 26 8 4, 26 8 9, Van Leeuwen *CF* 1 4 3 2.

<sup>20</sup> Voet 4 4 52, 26 8 4, 26 8 9; Van Leeuwen *CF* 1 4 3 2, *RHR* 4 2 2. Sien ook Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 80; Boberg *Law of Persons and the Family* 534; Davel & Jordaan *Personereg* 50; Kruger & Robinson in *Law of Children* 18; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg*; Caney "Minors' Contracts" 1930 *SALJ* 180 181.

<sup>21</sup> Voet 26 8 9, 41 2 6; Van Leeuwen *RHR* 4 2 2. Sien ook *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 403.

kan ook nie self 'n geskenk aanvaar nie maar 'n ouer of voog moet dit namens hom doen - selfs al is dit die ouer wat self die geskenk gee.<sup>22</sup>

Daar is 'n aantal handeling wat 'n ouer of voog glad nie namens die *infans* mag aangaan nie. Dit sluit die volgende in: 'n verlowingskontrak, 'n huweliksvoorwaardekontrak, 'n lewensversekeringskontrak wat op die *infans* se lewe betrekking het en 'n dienskontrak ingevolge waarvan die *infans* 'n werknemer is.<sup>23</sup>

### 2 1 1 3 Verskyningsbevoegdheid<sup>24</sup>

'n *Infans* is verskyningsonbevoeg en kan nie in eie naam dagvaar of gedagvaar word nie. Die *infans* kan wel die gedingsparty wees maar dit is sy ouer of voog wat namens hom dagvaar of gedagvaar word.<sup>25</sup>

## 2 1 2 Minderjariges

### 2 1 2 1 Regsbevoegdheid

Net soos by die *infans* is die vertrekpunt dat alle persone regsbevoegdheid het maar dat die inhoud en omvang daarvan op 'n gegewe oomblik kan verskil. 'n Minderjarige se regsbevoegdheid is beperk in die opsig dat hy onbevoeg is om die volgende ampte te beklee.<sup>26</sup>

- (a) kurator van 'n insolvente boedel;<sup>27</sup>
- (b) direkteur van 'n maatskappy;<sup>28</sup> en
- (c) direkteur van 'n onderlinge bank.<sup>29</sup>

'n Aantal skrywers<sup>30</sup> is van mening dat 'n minderjarige wat deur huweliksluiting of deur 'n hofbevel<sup>31</sup> meerderjarigheidstatus verkry het, wel bogenoemde ampte kan

<sup>22</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 81; Boberg *Law of Persons and the Family* 521; Davel & Jordaan *Personereg* 51; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 201-202; *Buttur and another v Ault* 1950 4 SA 229 (T); *Ex parte Hulton* 1954 1 SA 460 (K).

<sup>23</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 51.

<sup>24</sup> Verskyningsbevoegdheid is daardie juridiese kompetensie wat 'n party in staat stel om in 'n hofsak op te tree. Sien Barnard *et al Persone- en Familiereg* 37; Davel & Jordaan *Personereg* 7.

<sup>25</sup> Voet 2 4 4. Sien ook Boberg *Law of Persons and the Family* 682 en gesag aangehaal by vn 3.

<sup>26</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 97; Boberg *Law of Persons and the Family* 646; Davel & Jordaan *Personereg* 646; Kruger & Robinson in *Law of Children* 21.

<sup>27</sup> Insolvensiewet 24 van 1936 a 55(c).

<sup>28</sup> Maatskappywet 61 van 1973 a 218(1)(b).

<sup>29</sup> Wet op Onderlinge Banke 124 van 1993 a 88.



beklee. Daar bestaan egter onsekerheid oor die vraag of 'n minderjarige die eksekuteur van 'n bestorwe boedel kan wees. Die Boedelwet<sup>32</sup> bring geen duidelikheid nie en in *Re Testate Estate JW Walsh*<sup>33</sup> het die hof byvoorbeeld geweier om 'n minderjarige se benoeming as eksekuteur te bekragtig. Indien die uitgebreide verantwoordelikhede van die eksekuteur<sup>34</sup> van 'n bestorwe boedel in gedagte gehou word, asook die feit dat 'n minderjarige beperk handelingsbevoeg<sup>35</sup> is, was die hof se weiering waarskynlik geregverdig.<sup>36</sup>

Gemeenregtelik is dit duidelik dat 'n minderjarige nie die voog van 'n ander persoon kan wees nie.<sup>37</sup> Die beginsel is soos volg in *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association*<sup>38</sup> verduidelik:

"It is an accepted principle of our law that a person who is a minor is disqualified from being a guardian ... from the authorities ... it would seem that this principle relates to a person who is a minor by virtue of being under the age of majority. According to *Voet* 26 1 5, persons physically under the age of majority but majors by virtue of *venia aetatis* or marriage were debarred from being guardians, because, while they were apparently considered sufficiently mature and responsible to look after their own affairs, they were not so adjudged in relation to the affairs of another. Age, not legal capacity, therefore seems to have been the determining factor."

Davel en Jordaan<sup>39</sup> wys tereg daarop dat dit in die moderne reg heeltemal onlogies sal wees dat 'n persoon wat ingevolge die Wet op Meerderjarigheidsouderdom meerderjarigheidstatus verkry het nie as voog aangestel kan word nie bloot omdat die ouderdom van een-en-twintig jaar nie bereik is nie. 'n Minderjarige wat deur huweliksluiting meerderjarigheidstatus<sup>40</sup> verkry het, word immers nie van

<sup>30</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 97; Davel & Jordaan *Personereg* 53; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 170.

<sup>31</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 5.

<sup>32</sup> 66 van 1965 a 14(1)(b).

<sup>33</sup> (1888) 9 NLR 168.

<sup>34</sup> De Waal & Schoeman *Erfreg* 186-192.

<sup>35</sup> Sien volledige bespreking op 129-133.

<sup>36</sup> Meyerowitz *The Law and Practice of Administration of Estates* par 8.5; Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 97; Boberg *Law of Persons and the Family* 646; Davel & Jordaan *Personereg* 53-54. Sien Spiro *Parent and Child* 158 wat van mening is dat die vraag nog nie gesaghebbend deur die hofe beslis is nie.

<sup>37</sup> De Groot 1 7 6; Voet 26 1 3 - 26 1 5; Van der Keessel *Theses Selectae* 112, 114; *Dhanabakium v Subramanian* 1943 AD 160.

<sup>38</sup> 1976 2 SA 153 (E) 155.

<sup>39</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 53.

<sup>40</sup> De Groot 1 6 4, 1 10 2; Voet 1 7 13, 4 4 6-4 4 7; Van Leeuwen *RHR* 1 13 4; Van der Linden 1 4 3; Groenewegen *De Leg Abr* 1 12; *Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 429; *Wolff v Solomon's Trustee* (1895) 12 SC 42 48; *Meyer v The Master supra* 3; *Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Roux supra* 864.

voogdyskap oor kinders gebore uit daardie huwelik uitgesluit nie.<sup>41</sup> Die Wet op die Status van Kinders<sup>42</sup> is ook in hierdie verband relevant. Dié wet bepaal onder andere dat indien die moeder van 'n buite-egtelike kind ongetroud en minderjarig is, die voogdy van daardie kind by die voog van die moeder berus.<sup>43</sup> Die bepaling geld tensy 'n bevoegde hof anders gelas.<sup>44</sup> Sou so 'n moeder die status van 'n meerderjarige verkry, bepaal die wet uitdruklik dat voogdy van haar kind by haar sal berus, tensy 'n bevoegde hof anders gelas.<sup>45</sup>

Op grond van die voorafgaande uiteensetting behoort dit in die moderne reg in beginsel moontlik te wees vir 'n minderjarige wat meerderjarigheidstatus verkry het om as voog aangestel te word. Dit is tog die bevoegdheid om die draer van regte en verpligtinge te wees wat ter sprake is en 'n blote numeriese ouderdom behoort nie 'n minderjarige sonder meer te diskwalifiseer om die amp van voog te beklee nie.

## 2 1 2 2 Handelingsbevoegdheid

'n Minderjarige se handelingsbevoegdheid kan nie klinkklaar by wyse van 'n algemene reël gestel word nie. Handelingsbevoegdheid is deels van ouderdom en deels van die tipe regshandeling afhanklik.<sup>46</sup> Die vertrekpunt is dat 'n minderjarige beperkte handelingsbevoegdheid het en 'n ouer of voog se bystand nodig het om kontraktuele aanspreeklikheid op te doen.<sup>47</sup> Vir doeleindes van hierdie bespreking kan die handelingsbevoegdheid van 'n minderjarige in die volgende kategorieë verdeel word, elk met sy eie implikasies ten opsigte van status:<sup>48</sup>

- (a) gevalle waar die minderjarige ten volle handelingsbevoeg is;
- (b) gevalle waar die minderjarige beperk handelingsbevoeg is; en
- (c) gevalle waar die minderjarige handelingsonbevoeg is.

<sup>41</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2).

<sup>42</sup> 82 van 1987.

<sup>43</sup> A 3(1)(a).

<sup>44</sup> A 3(1)(a).

<sup>45</sup> A 3(2).

<sup>46</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 534; Kruger & Robinson in *Law of Children* 22; DP 1937 *THRHR* 119.

<sup>47</sup> De Groot 1 8 5, 3 1 26, 3 6 9; Van Leeuwen *CF* 1 1 17 10, 1 4 3 2; *RHR* 1 16 8, 4 2 3; Voet 26 8 2-4; Van der Keessel *Theses Selectae* 128, 159. Sien ook *Edelstein v Edelstein NO supra*; Boberg *Law of Persons and the Family* 533, 568 en gesag aangehaal in vn 70.

<sup>48</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 535-536; Davel & Jordaan *Personereg* 56; Kruger & Robinson in *Law of Children* 22; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 146-147.

## (a) Handelingsbevoeg

Daar is verskeie statutêre bepalings wat volle handelingsbevoegdheid aan 'n minderjarige verleen. Die volgende bepalings stel slegs 'n minimum ouderdom waaraan 'n minderjarige moet voldoen, sonder enige verwysing na 'n ouer of voog se bystand of toestemming:

- (i) 'n Minderjarige wat reeds agtienjarige ouderdom bereik het, mag sonder sy voog se toestemming sy lewe verseker, alle premies betaal wat kragtens die polis betaalbaar is, 'n verpligting aanvaar om 'n polis vir 'n bepaalde tydperk in stand te hou en sy verdienste as sekuriteit vir sodanige onderneming sedgeer. Solank hy minderjarig is, het hy egter sy voog se toestemming nodig om die polis te sedgeer, te verpand of te laat afkoop. Enige geld wat kragtens die polis betaalbaar word aan 'n minderjarige wat die ouderdom van agtien jaar bereik het, moet aan die minderjarige betaal word wat sonder sy voog se toestemming na goeddunke daarmee kan handel.<sup>49</sup>
- (ii) Die Poswet<sup>50</sup> bepaal dat 'n deposito wat deur of ten bate van 'n minderjarige in 'n Posspaarbank gestort is, aan die minderjarige uitbetaal mag word nadat hy die ouderdom van sewe jaar bereik het.
- (iii) 'n Minderjarige bo die ouderdom van sestien jaar mag sonder die bystand of toestemming van sy voog alle nodige stukke verly, alle nodige kwitansies gee en sy aandeel in of deposito by die onderlinge bank sedgeer of verpand of daarteen leen en oor die algemeen met sy aandeel of deposito handel soos hy goetvind.<sup>51</sup>
- (iv) 'n Minderjarige bo die ouderdom van sestien jaar mag 'n deposant by 'n bank wees tensy die akte van oprigting of die statute van die bank anders bepaal. Dit is ook vir die minderjarige moontlik om sonder sy voog se bystand of toestemming geld te belê of te onttrek en in die algemeen alle handeling te verrig wat gewoonlik deur 'n deposant verrig kan word.<sup>52</sup>

'n Minderjarige is ten volle handelingsbevoeg vir doeleindes van 'n getuie tot 'n testament vanaf veertienjarige ouderdom<sup>53</sup> en op sestien mag hy sy eie

<sup>49</sup> Versekeringswet 27 van 1943 a 37.

<sup>50</sup> 44 van 1958 a 54(a).

<sup>51</sup> Wet op Onderlinge Banke 124 van 1993 a 88.

<sup>52</sup> Wet op Depositonemende Instellings 94 van 1990 a 87(1).

<sup>53</sup> Wet op Testamente 7 van 1953 a 1.

testament opstel.<sup>54</sup> Ingevolge die Wet op Kindersorg<sup>55</sup> word 'n minderjarige bo tienjarige ouderdom se toestemming ook as vereiste vir sy aanneming gestel en 'n sewentienjarige kan reeds militêre diens<sup>56</sup> verrig. Op sestienjarige ouderdom mag 'n minderjarige 'n vuurwapen besit.<sup>57</sup> Vir doeleindes van stemreg<sup>58</sup> is 'n agtienjarige ten volle handelingsbevoeg en sal hy byvoorbeeld 'n setel in die parlement<sup>59</sup> of in die provinsiale wetgewer<sup>60</sup> kan verkry. 'n Agtienjarige mag alkoholiese drank koop,<sup>61</sup> toestemming tot mediese behandeling of 'n operasie verleen<sup>62</sup> en 'n motorlisensie verkry.<sup>63</sup> Vir doeleindes van die beëindiging van 'n swangerskap<sup>64</sup> het 'n swanger minderjarige vrouepersoon volle handelingsbevoegdheid<sup>65</sup> en vanaf agtienjarige ouderdom kan 'n minderjarige 'n domisilie van keuse verkry.<sup>66</sup>

Ingevolge die gemenerereg is 'n minderjarige ten volle handelingsbevoeg om 'n ooreenkoms aan te gaan in terme waarvan hy slegs regte verkry en geen verpligtinge opdoen nie.<sup>67</sup> 'n Minderjarige kan byvoorbeeld sonder sy ouer of voog se bystand of toestemming 'n skenking aanvaar of 'n ooreenkoms sluit in terme waarvan hy van 'n skuld vrygeskeld word sonder teenprestasie van sy kant af.<sup>68</sup>

(b) Beperk handelingsbevoeg

Minderjariges is in die meeste gevalle beperk handelingsbevoeg.<sup>69</sup> Dit beteken dat 'n ouer of voog se bystand of toestemming nodig is vir die

<sup>54</sup> Wet op Testamente 7 van 1953 a 4.

<sup>55</sup> 74 van 1983 a 18(4)(e).

<sup>56</sup> Verdedigingswet 44 van 1957 a 3(1)(b).

<sup>57</sup> Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969 a 37(1).

<sup>58</sup> Kieswet 202 van 1993 a 15(1).

<sup>59</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 46(1)(c) en 47(1).

<sup>60</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 105(1)(c) en 106(1).

<sup>61</sup> Drankwet 27 van 1989 a 45(1)(a).

<sup>62</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39. Ingevolge a 39(4)(a) mag iemand bo die ouderdom van veertien jaar reeds toestemming tot mediese behandeling verleen.

<sup>63</sup> Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966 a 16(a).

<sup>64</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996.

<sup>65</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 a 5(2).

<sup>66</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1(1).

<sup>67</sup> De Groot 1 8 5; Voet 26 8 2; Van Leeuwen *RHR* 1 16 8, 4 2 3; *Edelstein v Edelstein NO supra* 12.

<sup>68</sup> *I* 1 21 pr; De Groot 1 8 5; Van Leeuwen *CF* 1 1 17 10, *RHR* 1 16 8, 4 2 3; Voet 4 4 52, 26 8 2 - 26 8 3, 46 2 8; *Edelstein v Edelstein NO supra* 12, 13. Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 82, 96; *Boberg Law of Persons and the Family* 571; *Davel & Jordaan Personereg* 55; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 149-150.

<sup>69</sup> *Boberg Law of Persons and Family Law* 535.

minderjarige om aan die regsverkeer deel te neem.<sup>70</sup> Die doel met die beperking op handelingsbevoegdheid is om die minderjarige teen sy gebrek aan oordeelsvermoë te beskerm, alhoewel die reg erken dat hy 'n geldige wilsuïting kan maak.<sup>71</sup>

Dit is primêr handelsooreenkomste wat binne dié kategorie ter sprake is en waarvoor die toestemming of bystand van 'n ouer of voog vereis word. Daar is wel sekere regshandeling waarvoor albei ouers se toestemming nodig is, naamlik:<sup>72</sup>

- (i) die aangaan van 'n huwelik deur die minderjarige kind;
- (ii) die aanneming van die kind;
- (iii) die verwydering van die kind uit die Republiek deur een van die ouers of deur iemand anders as een van die ouers;
- (iv) die aansoek om 'n paspoort deur of ten behoeve van 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar;<sup>73</sup> en
- (v) die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige behoort.

(c) Handelingsonbevoeg

Daar is 'n aantal kontrakte wat 'n minderjarige nie eers met 'n ouer of voog se bystand of toestemming mag sluit nie. Gemeenregtelik mag seuns en dogters wat onderskeidelik onder puberteitsouderdom is nie eers met hul ouers se toestemming verloop raak nie.<sup>74</sup> Daar is ook statutêre bepalings wat 'n minderjarige se handelingsbevoegdheid uitdruklik ontnem. Die relevante bepalings is die volgende:

- (i) die Wet op Basiese Diensvoorwaardes<sup>75</sup> wat bepaal dat 'n minderjarige onder die ouderdom van vyftien jaar nie 'n dienskontrak mag sluit nie; en

<sup>70</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 82; Boberg *Law of Persons and the Family* 534; Davel & Jordaan *Personereg* 56.

<sup>71</sup> HFB 1885 *Cape LJ* 229 230. Voet 4 4 14, 26 1 1; *Du Toit v Lotriet* 1918 OPD 99 112; *Vaughan v Bush* 1927 WLD 217 223-224; *Edelstein v Edelstein supra* 15. *Phil Morkel Bpk v Niemand* 1970 3 SA 455 (K) 460; *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart* 1976 3 SA 221 (K) 224; Boberg *Law of Persons and the Family* 533; Davel & Jordaan *Personereg* 56.

<sup>72</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2).

<sup>73</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2) soos gewysig deur die Wysigingswet op Suid-Afrikaanse Paspoorte en Reisdokumente 49 van 1997.

<sup>74</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 75; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 144.

<sup>75</sup> 75 van 1997 a 43.

- (ii) die Wet op Myne en Bedrywe<sup>76</sup> wat bepaal dat 'n minderjarige onder die ouderdom van sestien jaar nie ondergronds mag werk nie. 'n Minderjarige onder die ouderdom van sestien jaar kan gevolglik op geen wyse kontraktueel onderneem of daartoe verbind word om ondergronds te werk nie.

### 2 1 2 3 Verskyningsbevoegdheid

Die minderjarige se verskyningsbevoegdheid stem tot 'n groot mate met sy handelingsbevoegdheid ooreen.<sup>77</sup> In die meeste gevalle is 'n minderjarige beperk verskyningsbevoeg maar daar is tog gevalle waar hy ten volle verskyningsbevoeg is.

#### (a) Verskyningsbevoeg

'n Minderjarige is in die volgende gevalle ten volle verskyningsbevoeg:<sup>78</sup>

- (i) indien die minderjarige ingevolge die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom<sup>79</sup> 'n aansoek bring om meerderjarig verklaar te word;
- (ii) indien hy in die onderhoudshof vir die onderhoud van sy buite-egtelike kind aangespreek word;<sup>80</sup>
- (iii) indien daar by die hoër hof om vervangende toestemming aansoek gedoen word in die geval van huweliksluiting;<sup>81</sup> en
- (iv) indien 'n geskil oor die uitslag van 'n provinsiale raads- of parlementêre verkiesing ontstaan waarby die minderjarige 'n kandidaat was en in daardie hoedanigheid by die geskil betrokke is.<sup>82</sup>

Van der Vyver en Joubert is van mening dat 'n minderjarige ten volle verskyningsbevoeg behoort te wees in alle gevalle waar aansoek gedoen word

<sup>76</sup> 27 van 1956 a 11(1).

<sup>77</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 98; Boberg *Law of Persons and the Family* 681-682; Davel & Jordaan *Personereg* 79-80; Kruger & Robinson in *Law of Children* 34; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 174-175.

<sup>78</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 80; Kruger & Robinson in *Law of Children* 34-35; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 175-176.

<sup>79</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 2.

<sup>80</sup> *Govender v Amurthan* 1979 3 SA 358 (N) 362.

<sup>81</sup> *Lallo v Lallo* 1973 2 SA 561 (D).

<sup>82</sup> *Olufsen v Klisser* 1959 3 SA 351 (N).

om ouerlike toestemming met die toestemming van die hoër hof (as oppervoog van minderjariges) te vervang.<sup>83</sup>

(b) Beperk verskyningsbevoeg

In die meeste gevalle moet 'n minderjarige deur sy ouer of voog in die hof verteenwoordig word of hy kan met sy ouer of voog se bystand in eie naam litigeer.<sup>84</sup> Dit is ook moontlik dat 'n *curator ad litem* deur die hoër hof aangestel kan word om namens 'n minderjarige te litigeer. Die volgende gevalle kan onderskei word:<sup>85</sup>

- (i) indien 'n minderjarige nie 'n ouer of voog het nie;<sup>86</sup>
- (ii) indien die ouer of voog van die minderjarige nie gevind kan word nie;<sup>87</sup>
- (iii) indien daar 'n botsing van belange tussen die ouer of voog en die minderjarige is of kan wees;<sup>88</sup> en
- (iv) indien die ouer of voog onredelik weier om die minderjarige by te staan of nie geredelik beskikbaar is om bystand te verleen nie.<sup>89</sup>

#### 2 1 2 4 Beëindiging van minderjarigheid

Met die beëindiging van minderjarigheid moet die onderskeid tussen mondigheid en onmondigheid asook die onderskeid tussen minderjarigheid en meerderjarigheid weer in gedagte gehou word.<sup>90</sup> Minderjarigheid word beëindig wanneer 'n persoon een-en-twintig jaar oud word. Mondigheid verwys na 'n gebeurtenis wat plaasvind waardeur 'n minderjarige volle handelingsbevoegdheid verkry.<sup>91</sup> Minderjarigheid of onmondigheid word op die volgende wyses beëindig:

<sup>83</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 179. Sien ook Davel & Jordaan *Personereg* 80.

<sup>84</sup> De Groot *RHR* 1 8 4; Voet 2 4 4, 26 7 12; Van der Keessel *Theses Selectae* 127; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 2 2. Sien ook Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 176-177 en gesag daar aangehaal.

<sup>85</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 82; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 179-180.

<sup>86</sup> *Ex parte Greeve* (1907) 24 SC 202; *Swart v Muller* (1909) 19 CTR 475; *Ex parte Insolvent Estate Karodia* 1925 TPA 294; *Yu Kwam v President Insurance Co Ltd* 1963 1 SA 66 (T); *President Insurance Co Ltd v Yu Kwam* 1963 3 SA 44 (K); *Wolman & others v Wolman* 1963 2 SA 452 (A) 459; *Ex parte Mbi* 1963 3 SA 44 (K).

<sup>87</sup> *Ex parte Bloy* 1984 2 SA 410 (D).

<sup>88</sup> *Wolman v Wolman supra*; *B v E* 1992 3 SA 438 (T).

<sup>89</sup> *Curator ad Litem of Letterstedt v Executors of Letterstedt* 1874 Buch 42 45. Sien ook Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 178.

<sup>90</sup> Sien vn 10 hierbo.

<sup>91</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 74-85.

- (a) Bereiking van een-en-twintigjarige ouderdom  
 Meerderjarigheidsouderdom word statutêr gereël. Alle persone bereik op een-en-twintigjarige ouderdom meerderjarigheidstatus.<sup>92</sup> In beginsel beteken dit dat so 'n persoon ten volle regs-, handelings- en verskyningsbevoeg word tensy een of ander uitsondering geld.<sup>93</sup>
- (b) Huweliksluiting  
 'n Minderjarige wat 'n geldige huwelik sluit, word vir alle doeleindes as mondig beskou.<sup>94</sup> Indien die huwelik deur egskeiding of dood ontbind word voor die betrokke persoon een-en-twintig jaar oud geword het, word meerderjarigheidstatus behou.<sup>95</sup>
- (c) Meerderjarigverklaring deur die hof  
 'n Persoon wat agtienjarige ouderdom bereik het, kan by die hoër hof aansoek doen om meerderjarig verklaar te word.<sup>96</sup> Die effek van die bevel is dat die betrokke persoon vir alle doeleindes geag word meerderjarigheidsouderdom te bereik het.<sup>97</sup> Die wet skryf nie kriteria voor wat die hof in die oorweging van die aansoek moet toepas nie maar die volgende inligting wat by wyse van beëdigde verklaring voorgelê moet word, is belangrik:
- (i) besonderhede wat die hof in staat sal stel om te oordeel of die aansoeker 'n geskikte persoon is om sy sake self te reël, met behoorlike inagneming van sy gedrag, verstandelike ontwikkeling en sakevernuf;<sup>98</sup> en
  - (ii) enige tersaaklike inligting wat die hof in staat stel om te oordeel of dit in die belang van die aansoeker noodsaaklik of wenslik is om die aansoek toe te staan.<sup>99</sup>

<sup>92</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1.

<sup>93</sup> Soos byvoorbeeld insolvensie, geestesongesteldheid, verkwistende neigings of enige ander van die statusbepalende faktore wat 'n persoon se kompetensies beïnvloed.

<sup>94</sup> De Groot 1 6 4, 1 10 2; Voet 1 7 13, 4 4 6-7; Van Leeuwen *RHR* 1 13 4; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3. Sien ook *Van Rooyen v Werner supra* 499; *Hahlo Husband and Wife* 107-108.

<sup>95</sup> Voet 4 4 6. Sien ook *Cohen v Sytner* (1897) 14 SC 13; *Barnard et al Persone- en Familiereg* 99; *Davel & Jordaan Personereg* 84; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 139.

<sup>96</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 2. 'n Minderjarige is vir doeleindes van dié aansoek verskyningsbevoeg en die aansoek word by die provinsiale afdeling van die hoër hof waar hy gewone verblyf het, gebring.

<sup>97</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 7.

<sup>98</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 3(b).

<sup>99</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 3(g).



## (d) Emansipasie

Emansipasie kan na die Romeins-Hollandse reg teruggevoer word waar 'n onderskeid tussen uitdruklike en stilswyende emansipasie getref is.<sup>100</sup> Uitdruklike emansipasie het plaasgevind waar 'n ouer of voog voor die hof verklaar het dat sy kind van ouerlike gesag bevry is.<sup>101</sup> Uitdruklike emansipasie is met verloop van tyd deur *venia aetatis* vervang - 'n gemeenregtelike instelling waardeur 'n staatshoof 'n minderjarige bo agtien jaar mondig verklaar het.<sup>102</sup>

Stilswyende emansipasie het gemeenregtelik die voorvereiste gehad dat 'n minderjarige sy eie verblyf moes hê en 'n eie beroep moes beoefen of 'n besigheid moes bedryf.<sup>103</sup> Emansipasie het meegebring dat so 'n minderjarige onafhanklik kontrakte wat met sy beroep of besigheid verband gehou het, kon sluit.<sup>104</sup>

In die moderne reg is die voorvereistes ten opsigte van emansipasie afgewater en daar bestaan onsekerheid oor die omvang van emansipasie.<sup>105</sup> Boberg<sup>106</sup> se standpunt dat, ongeag die omvang van emansipasie, dit nie ouerlike gesag as sodanige beëindig nie maar hoogstens 'n afwatering van ouerlike gesag ten opsigte van sekere regshandelinge meebring, word ondersteun.

<sup>100</sup> De Groot 1 6 4, 1 7 2, 1 7 3, 1 10 2; Van Leeuwen *CF* 1 1 9 9-1 1 9 16; *RHR* 1 13 4-1 13 6; Voet 1 17 11-1 17 15; Van der Keessel *Theses Selectae* 107, 108, 110, 161; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3. Sien ook Boberg *Law of Persons and the Family* 375-377.

<sup>101</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 102; Boberg *Law of Persons and the Family* 375.

<sup>102</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 102; Boberg *Law of Persons and the Family* 377; Davel & Jordaan *Personereg* 85; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 139.

<sup>103</sup> De Groot 1 6 4; Van Leeuwen *RHR* 1 13 5; Voet 1 7 12; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 3. Sien ook Boberg *Law of Persons and the Family* 375; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 151.

<sup>104</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 375; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 151.

<sup>105</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 102-103; Boberg *Law of Persons and the Family* 383-390; Davel & Jordaan *Personereg* 71-73; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 151-152.

<sup>106</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 384. Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 103-104.

2 1 3 *Ouderdom as statusbepalende faktor en kinderregte*

In die Suid-Afrikaanse reg is die vertrekpunt dat regssubjektiwiteit by geboorte ontstaan<sup>107</sup> en dat alle persone regsbevoegdheid het. Dit beteken dat 'n kind vanaf geboorte, en ongeag sy ouderdom, oor die bevoegdheid beskik om draer van regte en verpligtinge te wees. Daar is in die bespreking aangedui dat die inhoud van regsbevoegdheid wel kan wissel maar dit doen geensins afbreuk aan die beginsel dat 'n kind wel regsbevoegdheid het nie.<sup>108</sup> Toegepas op kinderregte sou dit beteken dat die privaatregtelike kompetensie van regsbevoegdheid geensins in konflik is met die vertrekpunt dat alle kinders in beginsel die bevoegdheid het om draer van regte op beskerming en van regte op outonomie te wees nie.

Wat betref die vermoë om regte te verkry en verpligtinge op te doen, speel ouderdom 'n belangrike rol in die Suid-Afrikaanse privaatreë. Handelingsbevoegdheid as privaatregtelike kompetensie is die sleutelbegrip wat hier ter sprake is. In die bespreking is gelet op die wyse waarop van ouderdomsgrense gebruik gemaak word om handelingsbevoegdheid uit te sluit, te beperk of ten volle te verleen. Die volgende sleutelaspekte kan uitgelig word:

- (a) Die feit dat daar van spesifieke ouderdomsgrense gebruik gemaak word, skep regsekerheid. Aan die ander kant beteken dit dat minderjariges wat binne 'n sekere ouderdomsgroep val oor dieselfde kam geskeer word ongeag individuele vermoëns en behoeftes.<sup>109</sup>
- (b) Ouderdomsgrense word geregverdig op grond van die feit dat kinderjare 'n tydperk van ontwikkeling behels waarin intellektuele, emosionele en fisiese volwassenheid met verloop van tyd intree. 'n Kind moet teen sy eie onvolwassenheid beskerm word en daarom word handelingsbevoegdheid slegs verleen aan diegene wat tot rasionele besluite en optrede in staat is.<sup>110</sup> Ouderdom word hier as die uitsluitlike maatstaf gebruik om handelingsbevoegdheid te weerhou, te beperk of te verleen.

<sup>107</sup> D 25 4 1 1, 35 2 9 1. Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 11; Boberg *Law of Persons and the Family* 8; Davel & Jordaan *Personereg* 11; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 59.

<sup>108</sup> Sien 126, 127 hierbo.

<sup>109</sup> Bainham *Children, Parents and State* 70; Franklin in *Rights of Children* 15.

<sup>110</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 530, 531; Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 45; Bainham *Children, Parents and State* 61; Verhellen in *The Ideologies of Children's Rights* 81.

Tog word bogenoemde tradisionele standpunt deur wetgewing ondermyn wat in sekere gevalle handelingsbevoegdheid aan 'n kind verleen.<sup>111</sup> Die indruk wat geskep word, is dat die statutêre bepalings lukraak en arbitrêr verorden word en in sommige gevalle een of ander oogmerk van publieke ordening in gedagte het.<sup>112</sup> 'n Ongetroude swanger minderjarige het byvoorbeeld tot op twaalf weke volle handelingsbevoegdheid ten opsigte van haar keuse om die swangerskap te beëindig of nie.<sup>113</sup> Indien dit haar keuse is dat die swangerskap sy normale loop neem, het sy na die geboorte geen voogdy oor die kind nie<sup>114</sup> - voor die geboorte kon sy egter oor sy lewe besluit! Dieselfde minderjarige dogter (indien onder die ouderdom van agtien jaar) sou ten opsigte van enige operasie ouerlike toestemming nodig gehad het.<sup>115</sup>

Bogenoemde is slegs 'n enkele voorbeeld om sulke anomalieë uit te lig. Dit is moeilik om 'n patroon te vind wat verklaar waarom handelingsbevoegdheid in sekere gevalle verleen word maar in ander gevalle nie. Die situasie is nie uniek aan Suid-Afrika nie en kom ook in ander jurisdiksies voor.<sup>116</sup> Bainham opper byvoorbeeld die volgende mening oor die posisie in die Engelse reg:<sup>117</sup>

"English law is a bewildering patchwork of common law rules and ad hoc statutory provisions which collectively lead to any array of different ages for particular legal consequences. The law governing the capacities and responsibilities of minors is in need of urgent and comprehensive reform but there is no immediate prospect that this will happen."

<sup>111</sup> Sien bespreking op 130-131.

<sup>112</sup> Sien byvoorbeeld Campbell in *Children, Rights and the Law* 18 wat Minow 1986 "Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights" *Harvard Women's Law Journal* 19 soos volg aanhaal: "[I]t seems clear that these variable restrictions have little to do with adolescent capacities and much to do with the desires of older people to deal with such problems as road safety, industrial training, crime and the control of reproduction." Campbell *supra* 18 het self die volgende standpunt: "Certainly it is hard to see any rationale in terms of capacities and interests in the extensive and variable limitations placed on the freedoms and powers of adolescents."

<sup>113</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 a 5(2).

<sup>114</sup> De Groot 176; Van Leeuwen *CF* 11613; Voet 2615; Van der Keessel *Theses Selectae* 112114; *Dhanabakium v Subramanian supra*.

<sup>115</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(2).

<sup>116</sup> Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* 7, 58-59 het 'n soortgelyke standpunt: "It is difficult to understand why we allow a fourteen-year-old to own a shotgun but impose restrictions on drinking in public houses on those under eighteen, why a sixteen-year-old can live in a brothel but has to be one year older before he can enter a betting shop (he cannot bet until he is eighteen)." Sien verder Bainham in *Parenthood in Modern Society* 508; Walsh 1991 "The United Nations Convention on the Rights of the Child: a British view" *International Journal of Law and the Family* 170186; Australian Law Reform Commission *Speaking for ourselves* 11-14; Wald 1979 "Children's Rights: a framework for analysis" *University of California Davis Law Review* 266-267.

<sup>117</sup> Bainham in *Parenthood in Modern Society* 508.

- (c) Die wyse waarop ouderdom as statusbepalende faktor toepassing in die Suid-Afrikaanse reg vind, skep 'n persepsie dat 'n kind hulpeloos, afhanklik, onvolwasse en onbevoeg is.<sup>118</sup> 'n Kind kan regtens nie sy eie lot bepaal nie behalwe waar die staat kragtens wetgewing die bevoegdheid aan hom verleen om self besluite te neem.<sup>119</sup> Kortom: die effek van ouderdom as statusbepalende faktor is dat die kind tradisioneel nie as volwaardige regs subjek erken word nie.

Die kinderregtebeweging bring daarenteen mee dat daar 'n verandering in die persepsie van die status van die kind is. Die oogmerk is om erkenning aan die kind as volwaardige regs subjek te verleen sonder dat hy as volwassene gesien word.<sup>120</sup> Selfs die morele meriete in die argumente van die liberale vleuel kan nie geïgnoreer word nie. Dié kinderliberaliste bevraagteken diskriminasie op grond van ouderdom en verwerp argumente wat gebaseer word op die onvolwassenheid, gebrek aan ondervinding en gebrekkige oordeelsvermoë van 'n kind.<sup>121</sup>

<sup>118</sup> Caney 1930 *SALJ* 180 181: "[O]ne under the age of 7 (*infans*) is taken to lack all mental capacity or power to form a decision, and so can enter into no transactions whatsoever; his guardian, whether natural or appointed, acts for him, without consulting him, and with complete authority."; *Edelstein v Edelstein NO supra* 15: "The object of the law in regarding the contracts of minors as unenforceable is to protect them against their own immaturity of judgment." Sien ook Voet 4 4 14, 26 1 1; *Vaughan v Bush supra* 224; *Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart supra* 224; "HFB" 1885 *Cape LJ* 230.

<sup>119</sup> Sien bespreking op 130-131.

<sup>120</sup> Die gevaar bestaan dat die kinderregtebeweging vertolk kan word as 'n poging om in alle opsigte aan kinders gelyke status met volwassenes te verleen. Campbell in *Children, Rights and the Law* 18-19 voel dat so 'n gelykstelling net op 'n praktiese vlak onverstandig sou wees: "In this phase of development [from paradigmatic childhood to full-blown adulthood] there are elements of both the earlier and the later stages, which means that there are distinctive interests which emerge and claim attention at this period. Further the emerging capacities for different sorts of adult activity vary with the sphere in question so that there is no one threshold for every aspect of life in society." Hy lewer op 17-23 'n sterk betoog daarvoor dat daar in die klassifikasie van kinderregte rekening gehou moet word met die status van 'n kind as 'n persoon (waar hulle regte met alle ander persone deel soos die reg op lewe); as 'n kind (dit wil sê 'n onvolwasse en afhanklike persoon); as 'n jeugdige (veral die aansprake om selfstandig op te tree kom hier te sprake); en as 'n toekomstige volwassene (Eekelaar se ontwikkelingsbelang is hier relevant): sien bespreking op xxx.

<sup>121</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 22-24; Verhellen in *The Ideologies of Children's Rights* 80-81. Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 1-2 maak van stemreg as voorbeeld gebruik om die aspek te illustreer. Stemreg word in Engeland op agtienjarige ouderdom verleen. Diegene onder agtienjarige ouderdom word uitgesluit as gevolg van die aanvaarde beskouing dat hulle onbevoeg is om die verantwoordelikhede wat met burgerskap geassosieer word na te kom. Tog sou baie volwassenes op grond van dieselfde oorweging van stemreg uitgesluit kan word. Ander argumente wat gebruik word om stemreg te weerhou, is 'n kind se gebrek aan ondervinding en begrip en sy onvermoë om rasionele en weldeurdagte besluite te neem. Freeman redeneer weereens dat baie volwassenes op grond van dieselfde argumente van stemreg uitgesluit sou kon word.

Die kernvraag is of die privaatregtelike status van 'n minderjarige, gegewe die klem op handelingsbevoegdheid en ouderdom, versoen kan word met die idee dat die kind 'n persoon is wat oor fundamentele menseregte - spesifiek regte op beskerming en regte op outonomie - beskik. Die volgende opmerking van Verhellen bied 'n aanknopingspunt met die idee van kinderregte en getuig terselfdertyd van die verandering in regsdenke wat vereis word:<sup>122</sup>

"[T]he most striking feature of this discussion on competence, at an underlying level, should be that the recognition of self-determination for children is essential in order to make them more competent, and not vice versa. It is not because they are gradually becoming more competent that their right to self-determination must gradually be recognised."

Die uitdaging lê met ander woorde daarin om 'n verandering in die ideologie ten opsigte van ouderdom as statusbepalende faktor te bewerkstellig – enersyds sonder dat regsekerheid ingeboet word en andersyds met inagneming van kinderregte. Die benaderings wat hieronder bespreek word, getuig juis van pogings om verandering mee te bring.

- (a) Rodham<sup>123</sup> is byvoorbeeld 'n voorstander daarvan dat daar heeltemal weggedoen word met die beginsel dat 'n *infans* of minderjarige oor 'n beperkte status beskik. Die effek is 'n stilswyende vermoede, tot die teendeel bewys word, dat 'n kind, soos volwassenes, in staat is om regte te verkry en verpligtinge op te doen. Die bewyslas rus op diegene wat beweer dat 'n kind in 'n gegewe geval nie oor die nodige handelingsbevoegdheid beskik nie.<sup>124</sup>

Rodham voorsien nie dat 'n kind in alle opsigte aan volwassenes gelykgestel word nie. Hul substantiewe en prosedurele regte kan steeds beperk of gewysig word - gebaseer op bevindings van navorsing oor kinders se

<sup>122</sup>

Verhellen in *The Ideologies of Children's Rights* 81.

<sup>123</sup>

Rodham "Children under the law" 1973 *Harvard Educational Review* 487 507-509. Sy sien ook in dat 'n deel van die kinderregtekultuur daarin bestaan dat die status van kinders hersien moet word. Sy verklaar byvoorbeeld die volgende op 487: "Asserting that children are entitled to rights and enumerating their needs does not clarify the difficult issues surrounding children's legal status. These issues of family autonomy and privacy, state responsibility, and children's independence are complex, but they determine how children are treated by the nation's legislatures, courts, and administrative agencies." Sy brei verder uit op 507: "Legislation creating rights in either category [claims that the rights which adults enjoy be granted to children, and claims that the special needs and interests of children be recognized as rights] probably is preferable to judicial opinions decreeing them, but both governmental branches should be pressed to reexamine and revise children's status under the law. Legal positions will contribute to a new social attitude toward children's rights."

<sup>124</sup>

Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 509. Sien ook Freeman in *Children, Rights and the Law* 66.

behoefte en vermoëns op verskillende ouderdomme.<sup>125</sup> Beperkings van owerheidsweë sal byvoorbeeld alleen op grond van dié tipe empiriese data geregverdig word.<sup>126</sup>

Dit is 'n denkrigting wat reeds deur skrywers soos Freeman, Eekelaar en Wald, wat baanbrekerswerk op die gebied van kinderregte verrig het, gepropageer word.

- (b) Freeman se benadering verskil van dié van Rodham in die opsig dat hy nie as vertrekpunt gelykstelling tussen die kind en volwassenes beoog nie. Hy is om die waarheid te sê skepties teenoor enige aansprake dat 'n kind soos 'n volwassene hanteer behoort te word.<sup>127</sup> Freeman<sup>128</sup> bevraagteken wel die wyse waarop dubbele standaarde geld. Sy beskouing is dat die gemeenskap die morele integriteit van die kind as 'n persoon moet erken.<sup>129</sup> Dit beteken volgens hom die volgende:<sup>130</sup>

"We have to treat them as persons entitled to equal concern and respect and entitled to have both their present autonomy recognized and their capacity for future autonomy safeguarded. And this is to recognize that children, particularly younger children, need nurture, care and protection."

Dit beteken nie dat daar met alle ouderdomsverwante kwalifikasies weggedoen moet word nie - soiets sou onrealisties en heeltemal strydig met psigologiese data oor die kognitiewe ontwikkeling van die kind wees.<sup>131</sup> Erkenning van die morele integriteit van die kind, 'n wesenlike element in die idee van kinderregte, beteken ten minste dat ouderdomsgrense deurlopend op grond van psigologiese data hersien behoort te word.<sup>132</sup> Die maatstaf waarop dubbele standaarde berus, moet met ander woorde regverdig en verdedigbaar wees en die bewyslas rus op diegene wat wil diskrimineer.<sup>133</sup>

<sup>125</sup> Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 508.

<sup>126</sup> Rodham 1973 *Harvard Educational Review* 508-509

<sup>127</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 2-3, 22-24, 45-46

<sup>128</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 45; Freeman in *The Ideologies of Children's Rights* 34-36.

<sup>129</sup> Freeman in *Children, Rights and the Law* 65-66.

<sup>130</sup> Freeman in *Children, Rights and the Law* 66, Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 3.

<sup>131</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 45-46.

<sup>132</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 46.

<sup>133</sup> Freeman in *Children, Rights and the Law* 65-66.

- (c) Eekelaar betrek nie direk die status van die kind, veral ouderdom as statusbepalende faktor, in sy bespreking van kinderregte nie.<sup>134</sup> Hy vind wel aansluiting by Rodham en Freeman in die klem wat hy plaas op 'n proses wat daarop sal uitloop dat werklik geluister word na wat 'n kind sê.<sup>135</sup> Dié proses is vir hom van die allergrootste belang juis omdat 'n kind te klein kan wees om andersins aansprake te formuleer of omdat sy aansprake op beperkte emosionele of intellektuele vermoëns gebaseer word<sup>136</sup> en dan in terme van tradisionele regte-terminologie geïgnoreer word. Dit behels 'n empiriese ondersoek ten einde werklik te bepaal wat die inhoud van 'n kind se aansprake is. Laasgenoemde is inligting wat bekombaar is en wat voortdurend hersien moet word.<sup>137</sup> Die gevolg van Eekelaar se benadering is dat ouderdom, soos geslag, ras en ander statusbepalende faktore, eerder daartoe bydra dat 'n kind se aansprake ten volle binne 'n spesifieke sosiale en kulturele konteks beoordeel kan word.<sup>138</sup>
- (d) Wald, wat vanuit 'n Amerikaanse perspektief skryf, is van mening dat ouderdomsgrense grondwetlik en statutêr heroorweeg behoort te word.<sup>139</sup> Op grondwetlike vlak ontstaan die vraag of differensiasie op grond van ouderdom werklik geregtigheid dien - 'n aspek wat in hoofstuk nege aandag geniet.<sup>140</sup>

Op wetgewende vlak behoort die akkuraatheid van aannames oor 'n kind se handelingsbevoegdheid ondersoek te word. Daar moet onder andere vasgestel word watter "vaardighede" van 'n kind vereis word om sekere regshandelinge te verrig.<sup>141</sup> Die oogmerk is om te bepaal of bestaande ouderdomsgrense

<sup>134</sup> Sien 62-65 hierbo.

<sup>135</sup> Eekelaar in *Children, Rights and the Law* 228; Eekelaar in *Individual Rights and the Law in Britain* 326-327.

<sup>136</sup> Eekelaar in *Children, Rights and the Law* 228-229; Eekelaar in *Individual Rights and the Law in Britain* 326-327.

<sup>137</sup> Eekelaar in *Children, Rights and the Law* 230.

<sup>138</sup> Eekelaar in *Children, Rights and the Law* 229-230 verduidelik die inhoud van die proses: "[S]erious attention [must] be given to what *the child in question*, of his or her gender, ethnicity and other personal and social characteristics, is likely to have wanted if fully informed and mature ... Also, since children mature gradually, it will always be necessary to observe the child closely for indications of what is important *for that child*, and why." Sien ook Eekelaar in *Individual Rights and the Law in Britain* 326-327.

<sup>139</sup> Wald 1979 "Children's rights : a framework for analysis" *University of California Davis Law Review* 255 267.

<sup>140</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 285, 296.

<sup>141</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 268, 274.

sinvol is, gegewe 'n kind se tempo van ontwikkeling en die bestaande sosiale struktuur.<sup>142</sup>

Soos dié van Rodham, Freeman en Eekelaar is Wald se voorstelle gebaseer op navorsing ten opsigte van die intellektuele, sosiale en morele ontwikkeling van kinders.<sup>143</sup> Tradisioneel is eenvoudig op ouderdom as maatstaf gesteun om regte van 'n kind te weerhou. Indien 'n interdisiplinêre benadering gevolg word en navorsingsdata oor die ontwikkeling van 'n kind betrek word in die neerlê van statutêre ouderdomsgrense kan dit bestaande oortuigings oor die status van die kind in gedrang bring.<sup>144</sup> Die feit dat die meerderjarigheidsouderdom verlaag is, dien as bewys dat so 'n oefening wel moontlik is.<sup>145</sup>

- (e) Ontwikkelings in die Skotse reg dien as bewys daarvan dat die idees hierbo uiteengesit nie abstrakte teorieë of vae ideale is nie maar dat dit prakties haalbaar is. Die Skotse Regskommissie het 'n omvangryke ondersoek geloods na die handelingsbevoegdheid van minderjariges en diegene onder puberteitsouderdom.<sup>146</sup> Na 'n omvangryke ondersoek is 'n tweevlak stelsel van handelingsbevoegdheid<sup>147</sup> voorgestel wat uiteindelik by wyse van die *Age*

<sup>142</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 268.

<sup>143</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 274-475.

<sup>144</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267. Die feit dat ouderdomsgrense arbitrêr neergelê word sonder om op navorsing oor sosiologiese verskille en verskille in ontwikkeling te steun, verklaar die uiteenlopende ouderdomsgrense in Amerikaanse state. Die minimum ouderdom vir huweliksluiting wissel byvoorbeeld tussen veertien en een-en-twintig; die bevoegdheid om 'n motorlisensie te besit wissel tussen dertien en sewentien.

<sup>145</sup> Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 267 verwys na die feit dat baie van die Amerikaanse state meerderjarigheidsouderdom vanaf een-en-twintig jaar na agtien jaar verlaag het. Die *Family Law Reform Act* a 1 het in Engeland ook meerderjarigheidsouderdom vanaf een-en-twintig na agtien jaar verlaag. In Suid-Afrika het 'n kind in terme van die gemenerereg eers op vyf-en-twintigjarige ouderdom meerderjarigheidsouderdom bereik. Die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1 het meerderjarigheidsouderdom na een-en-twintig jaar verlaag.

<sup>146</sup> Skotse Regskommissie "*Report on the legal capacities and responsibilities of minors and pupils*" Projek 110 (1987). Die Regskommissie het veral ondersoek ingestel na die bestaande onderskeid tussen aktiewe handelingsbevoegdheid en passiewe handelingsbevoegdheid. Eersgenoemde het betrekking op die bevoegdheid om regshandelinge aan te gaan sonder bystand of toestemming van 'n ouer of voog, terwyl laasgenoemde verwys na die bevoegdheid om bloot draer van regte te wees. 'n Minderjarige is 'n seun tussen veertien en agtien jaar en 'n dogter tussen twaalf en agtien jaar en het aktiewe handelingsbevoegdheid. 'n "Pupil" is 'n seun onder veertien jaar en 'n dogter onder twaalf jaar en het passiewe handelingsbevoegdheid. Vir doeleindes van die bespreking word na 'n "pupil" as 'n kind onder puberteitsouderdom verwys.

<sup>147</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacities of minors* para 3 21 en verder; para 3 97 en verder. Sestienjarige ouderdom word as die belangrike ouderdomsgrens voorgestel. Kinders onder die ouderdom het geen handelingsbevoegdheid nie behalwe in sekere



of *Legal Capacity (Scotland) Act 1991* geïmplimenteer is.<sup>148</sup> Twee aspekte verdien beklemtoning.

- (i) Transaksies aangegaan deur diegene ouer as sestien jaar is geldig maar 'n hof het die bevoegdheid om so 'n transaksie tersyde te stel op grond van die betrokke se aansoek voor een-en-twintigjarige ouderdom. Die gronde vir oorweging stem ooreen met Freeman se voorstel om handelingsbevoegdheid van geval tot geval te beoordeel. Die hof moet naamlik oortuig word dat die transaksie wesenlike nadeel veroorsaak of waarskynlik sal veroorsaak en nie 'n tipe transaksie is "which a reasonably prudent person acting in the same circumstances would have entered into".<sup>149</sup>
- (ii) Die skeidslyn vir die verlening van handelingsbevoegdheid is sestienjarige ouderdom, onderhewig aan 'n baie betekenisvolle uitsondering aan diegene onder die ouderdomsgrens ten opsigte van *ordinary transactions*. Die oogmerk van die regs kommissie met hierdie uitsondering was om die handelingsbevoegdheid van 'n kind ten opsigte van transaksies wat tipies van sy ouderdom is, regtens te erken.<sup>150</sup> Dit is byvoorbeeld tipies van 'n vyfjarige om lekkers en vir 'n vyftienjarige om 'n kaartjie vir 'n rolprentvertoning te koop maar albei transaksies word op 'n gelyke regsgrondslag geplaas.<sup>151</sup> Die maatstaf van *ordinary transactions* is buigbaar genoeg en bevat ingeboude erkenning vir die verskil in vermoëns van kinders in verskillende ouderdomsgroepe.<sup>152</sup>

Die benadering van Freeman, Eekelaar en Wald hierbo uiteengesit,<sup>153</sup> getuig van 'n poging om die individuele vermoëns van kinders te bepaal en om in die gebruik van ouderdomsgrense op 'n gestruktureerde wyse erkenning te verleen aan die geleidelike proses waardeur volwassenheid verkry word. Die regsposisie in Skotland dien as bewys daarvan dat hul teorieë ook 'n werkbare benadering behels. Dit was juis die oogmerk van die regs kommissie om gevolg te

---

uitsonderlike omstandighede; diegene tussen sestien en agtien jaar het in beginsel volle handelingsbevoegdheid.

<sup>148</sup>

Die Wet het op 25 September 1991 in werking getree.

<sup>149</sup>

Skotse Regskommissie *Report on the legal capacities of minors* para 3 102 en verder.

<sup>150</sup>

Skotse Regskommissie *Report on the legal capacities of minors* para 3 41.

<sup>151</sup>

Skotse Regskommissie *Report on the legal capacities of minors* para 3 41.

<sup>152</sup>

Bainham & Cretney *Children* 528-529.

<sup>153</sup>

Sien bespreking op 56-68.

gee aan die beskerming van jonger kinders en om op 'n progressiewe basis die belang daarvan dat 'n kind self besluite kan neem, te erken.<sup>154</sup> Terselfdertyd beskik derdes oor 'n groot mate van regsekerheid in hul kontak met kinders.

## 2.2 Buite-egtelikheid

### 2.2.1 Binne-egtelike en buite-egtelike kinders

Die volgende kategorieë binne-egtelike kinders word in die Suid-Afrikaanse reg erken:

- (a) 'n Kind wie se ouers regsgeldig met mekaar getroud was toe die kind verwek is, of ten tyde van sy geboorte, of op enige stadium tussen verwekking en geboorte.<sup>155</sup>
- (b) 'n Kind wat uit 'n putatiewe huwelik gebore is.<sup>156</sup> Die moderne siening is dat 'n kind wat uit so 'n huwelik gebore is sonder meer binne-egtelike status het en 'n bevel van die hoër hof dien slegs as bevestiging van die status.<sup>157</sup>
- (c) 'n Kind wie se natuurlike ouers na die kind se geboorte met mekaar trou.<sup>158</sup> Die posisie word statutêr ingevolge die Wet op die Status van Kinders<sup>159</sup> gereël.
- (d) Die Wet op die Status van Kinders<sup>160</sup> bepaal dat 'n kind wat in 'n vernietigbare huwelik verwek of gebore is, sy binne-egtelike status behou wanneer die huwelik nietig verklaar word.

<sup>154</sup> Bainham in *Parenthood in Modern Society* 511, 513.

<sup>155</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 51; Boberg *Law of Persons and the Family* 318; Davel & Jordaan *Personereg* 89; Spiro *Parent and Child* 20; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 205.

<sup>156</sup> Van der Keessel *Praelectiones* 1 5 2; Barnard *et al Persone- en Familiereg* 183, 184; Boberg *Law of Persons and the Family* 318, 319; Davel & Jordaan *Personereg* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 205. 'n Putatiewe huwelik bestaan wanneer een of albei partye by die sluiting van 'n huwelik onbewus van 'n gebrek is wat meebring dat die huwelik nietig is. Hulle glo te goeder trou dat die huwelik wel geldig is.

<sup>157</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 183-184; Boberg *Law of Persons and the Family* 318-321; Davel & Jordaan *Personereg* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 206, 520-521.

<sup>158</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 76-78; Davel & Jordaan *Personereg* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 206.

<sup>159</sup> 82 van 1987 a 4 wat die volgende bepaal: "'n Kind gebore uit ouers wat te eniger tyd na sy geboorte met mekaar in die huwelik tree, is, al kan sy ouers ten tyde van sy verwekking of geboorte nie wettig met mekaar trou nie, vanaf die datum van die huwelik in alle opsigte die wettige kind van sy ouers."

<sup>160</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 6.

- (e) 'n Aangenome kind word vir alle doeleindes die binne-egtelike kind van die aannemende ouers geag.<sup>161</sup>
- (f) 'n Kind wat by wyse van kunsmatige bevrugting verwek is, word as binne-egtelik geag indien die kind uit 'n getroude vrou gebore word.<sup>162</sup>

Dit volg uit bogenoemde uiteensetting dat kinders wat nie in een van bogenoemde kategorieë val nie as buite-egtelik geklassifiseer word.<sup>163</sup>

## 2.2.2 Status van buite-egtelike kinders

Onlangse wetgewing het tot 'n baie groot mate daarin geslaag om gelyke status tussen binne-egtelike en buite-egtelike kinders teweeg te bring.

Die Wet op die Status van Kinders<sup>164</sup> reël byvoorbeeld nou uitdruklik die posisie ten opsigte van voogdy oor en bewaring van buite-egtelike kinders en verleen binne-egtelike status aan kinders gebore uit 'n vernietigbare huwelik indien die huwelik nietig verklaar word.

Gemeenregtelik kon 'n buite-egtelike kind slegs van sy moeder en verwante aan moederskant intestaat erf. Die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>165</sup> het die posisie verander en intestate erfopvolging berus nou op bloedverwantskap, ongeag of daar sprake van buite-egtelikheid is of nie.

Binne die konteks van die testate erfreg het die vraag al dikwels ontstaan of 'n verwysing na "my kinders" in 'n testament ook buite-egtelike kinders insluit. In gevalle waar daar twyfel was, was die hof geneig om binne-egtelike en buite-egtelike kinders oor dieselfde kam te skeer indien die moeder se testament ter sprake was. Die tendens was egter om buite-egtelike kinders uit te sluit indien die inhoud van die vader se testament in geskil geplaas is.<sup>166</sup> Enige twyfel oor die uitleg van 'n testament waarby buite-egtelike kinders betrokke is, is ingevolge

<sup>161</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 20(2).

<sup>162</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5. Sien Davel & Jordaan *Personereg* 91-94 vir 'n volledige bespreking. Sien ook bespreking op 153 vn 4.

<sup>163</sup> Tradisioneel word daar in die Suid-Afrikaanse reg tussen die kategorieë buite-egtelike kinders onderskei op grond van die aard van die ouers se verhouding by verwekking: Barnard *et al Persone- en Familiereg* 64; Davel & Jordaan *Personereg* 94; Kruger & Robinson in *Law of Children* 42; Spiro *Parent and Child* 448-449.

<sup>164</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 3, a 6, a 7.

<sup>165</sup> 81 van 1987 a 1(2).

<sup>166</sup> *In re Russo* (1896) 13 SC 185 188; *Davies v Rex* 1909 EDL 149 154; *Du Plessis v Estate Meyer* 1913 CPD 1006 1017; *Hoffman v Estate Mechau* 1922 CPD 179 183.

'n wysiging van die Wet op Testamente beëindig.<sup>167</sup> Die gevolg is dat by die uitleg van 'n testament, tensy dit uit die samehang anders blyk, die feit dat 'n persoon buite-egtelik gebore is buite rekening gelaat moet word by die bepaling van sy verwantskap vir doeleindes van daardie testament.<sup>168</sup>

Ook die Wet op Domisilie<sup>169</sup> getuig van 'n poging om die effek van buite-egtelikheid op 'n kind se status te beperk. "Ouers" van 'n kind sluit onder andere ook ouers in wat nie met mekaar getroud is nie.<sup>170</sup> Hiermee is met die gemeenregtelike reël dat 'n buite-egtelike kind se status deur sy moeder bepaal word, weggedoen.

Daar bestaan steeds wesenlike verskille in die status van binne-egtelike en buite-egtelike kinders ten opsigte van hul verhouding tot hul ouers. Die spreuk "een wijf maakt geen bastaard" verduidelik die grondslag van die regsverhouding tussen 'n buite-egtelike kind en sy natuurlike ouers.<sup>171</sup> Die inhoud van die verhouding word in die volgende hoofstuk volledig bespreek.<sup>172</sup>

### 2 2 3 Buite-egtelikheid en kinderregte

Die feit dat 'n kind buite-egtelike status het, beteken geensins 'n uitsluiting van grondwetlik verskanste kinderregte nie. Dit is in die uitoefening van ouerlike gesag dat die verskil in status tussen binne-egtelike en buite-egtelike kinders blyk.

## 2 3 Domisilie

Die vraag of 'n persoon 'n *infans*, minderjarige of meerderjarige is, word aan die hand van so 'n persoon se domisilie bepaal.<sup>173</sup> Die bereiking van meerderjarigheid (en gepaard daarmee die verwerwing van volle handelingsbevoegdheid) word ook deur domisilie as koppelingsfaktor bepaal.<sup>174</sup> Laasgenoemde is maar enkele voorbeelde van die wyse waarop domisilie op verskeie terreine van die reg 'n belangrike rol vervul.<sup>175</sup> Die belang van domisilie

<sup>167</sup> 7 van 1953 soos gewysig deur Wet 43 van 1992 a 2D.

<sup>168</sup> Wet op Testamente 7 van 1953 a 2D(i)(b).

<sup>169</sup> 3 van 1992.

<sup>170</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2(3).

<sup>171</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 107, 111; Spiro *Parent and Child* 405.

<sup>172</sup> Sien 154-155, 157-158, 168-170 in die besonder.

<sup>173</sup> Kruger & Robinson *law of Children* 210.

<sup>174</sup> Forsyth *Private International Law* soos aangehaal deur Kruger & Robinson *Law of Children* 210.

<sup>175</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 56-62; Davel & Jordaan *Personereg* 31-34; Kruger & Robinson *Law of Children* 210-224.

vir doeleindes van die onderhawige bespreking sentreer rondom die regsreëls wat bepaal hoe 'n kind se domisilie vasgestel word.

Domisilie kan omskryf word as die plek waar 'n persoon regtens geag word sy verblyfplek te hê ten einde sy regte en verpligtinge uit te oefen.<sup>176</sup> Die Wet op Domisilie<sup>177</sup> het op 1 Augustus 1992 in werking getree en het die gemeenregtelike regsreëls van toepassing op domisilie ingrypend verander. Die wet tref 'n onderskeid tussen 'n domisilie van keuse<sup>178</sup> en 'n domisilie deur regswerking<sup>179</sup> - twee kategorieë wat ook ten opsigte van 'n kind relevant is.

### 2 3 1 *Domisilie van keuse*

Die Wet op Domisilie verleen in beginsel aan 'n minderjarige bo die ouderdom van agtien jaar die bevoegdheid om 'n domisilie van keuse te verkry.<sup>180</sup> Geen ouerlike bystand of toestemming word as vereiste gestel nie. Die statutêre posisie wyk betekenisvol van die gemenerereg af waar 'n persoon eers na meerderjarigheidsouderdom 'n domisilie van keuse kon verkry.<sup>181</sup> Volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie kon die verlaging in ouderdom geregverdig word omdat baie minderjariges min of meer op agtienjarige ouderdom hul skoolloopbaan voltooi en hul ouerhuis verlaat om te gaan studeer of te gaan werk.<sup>182</sup> Ook persone onder die ouderdom van agtien jaar wat regtens die status van meerderjarigheid het, word ingesluit onder diegene wat 'n domisilie van keuse kan verkry.<sup>183</sup>

### 2 3 2 *Domisilie deur regswerking*

Die grootste kategorie persone wat vir domisilie deur regswerking kwalifiseer, is persone onder die ouderom van agtien jaar en wat ongetroud is.<sup>184</sup> Met domisilie deur regswerking word kennis geneem van 'n persoon se werklike verblyf en is sy domisilie nie meer afhanklik van dié van 'n ander persoon nie.<sup>185</sup> Die vertrekpunt is gevolglik dat 'n persoon wat nie

<sup>176</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 31; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 86.  
<sup>177</sup> 3 van 1992.

<sup>178</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1.

<sup>179</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2.

<sup>180</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1. So 'n persoon moet ook oor die geestesvermoë beskik om 'n rasonale keuse te kan maak.

<sup>181</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 56-62. Sien Kahn *Domicile* 81 met die volgende verduideliking: "[a] minor does not automatically have the capacity to acquire his own domicile merely because he has sufficient understanding to do so."

<sup>182</sup> SA Regskommissie *Domisilie* Werkstuk 20 Projek 60 1987 54.

<sup>183</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1(1). Slegs persone wat meerderjarigheidstatus deur huweliksluiting verkry het word hierby ingesluit.

<sup>184</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2.

<sup>185</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 47-48; Davel & Jordaan *Personereg* 39.

bevoeg is om 'n domisilie van keuse te verkry nie, se domisilie op die plek is waaraan hy die nouste verbonde is.<sup>186</sup>

Die idee om werklike verblyf en domisilie in ooreenstemming te bring, kry spesifiek beslag in die geval waar 'n kind in die ouerhuis woon. Die wet<sup>187</sup> bepaal naamlik dat indien 'n kind in die gewone gang van sake sy tuiste by sy ouers of by een van hulle het, ontstaan daar 'n weerlegbare vermoede dat die betrokke ouerhuis die kind se plek van domisilie is. Die posisie van die buite-egtelike kind is aangepas deurdat die definisie van die ouer van 'n kind nou ook ouers insluit wat nie met mekaar getroud is nie.<sup>188</sup>

### 2 3 3 *Domisilie en kinderregte*

Domisilie as koppelingsfaktor is nie relevant ten opsigte van 'n bespreking van kinderregte nie maar wel die regsreëls wat bepaal hoe 'n kind se domisilie vasgestel word. Die veranderings wat deur die Wet op Domisilie ten opsigte van die spesifieke regsreëls teweeggebring is, is betekenisvol.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se ondersoek na domisilie is tot 'n groot mate gemotiveer deur die onsekerhede en onbillikhede wat ingevolge die gemenerereg bestaan het. Hierdie onsekerhede en onbillikhede is deur die Wet op Domisilie uitgeskakel.<sup>189</sup> Die veranderings ten opsigte van kinders is egter tekenend van 'n bereidwilligheid om kennis te neem van veranderde lewenspatrone en praktiese realiteite. Die feit dat 'n kind vanaf agtienjarige ouderdom 'n domisilie van keuse kan verkry, is 'n voorbeeld hiervan.<sup>190</sup> Dit is 'n realiteit dat baie jongmense na voltooiing van hul skoolloopbaan die volgende stap neem om onafhanklik te gaan woon om te werk of te studeer. Ook wat 'n kind onder die ouderdom van agtien jaar betref, word daar op sy werklike verblyf gekonsentreer en is daar heeltemal wegbeweeg van die beginsel dat ander persone hul domisilie bepaal.<sup>191</sup> Die feit dat 'n kind se domisilie ingevolge die gemenerereg deur ander persone bepaal is, was maar 'n voortsetting van die persepsie dat 'n kind die status van 'n afhanklike het en dat daar 'n identiteit van belange tussen ouer en kind bestaan.

<sup>186</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2.

<sup>187</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2(2).

<sup>188</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 2(3).

<sup>189</sup> Davel "Wet op Domisilie 3 van 1992" 1993 *De Jure* 400 400-404.

<sup>190</sup> Die verlaging in ouderdom vanaf meerderjarigheidsouderdom na agtien jaar is betekenisvol omdat die SA Regskommissie in 1985 aanbeveel het dat meerderjarigheidsouderdom nie verlaag moet word nie: SA Regskommissie *Ondersoek na Verlaging van Meerderjarigheid*: Projek 43 (1985).

<sup>191</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 47-48; Davel 1993 *De Jure* 403-404.

Die regs kommissie het die regsposisie rondom die domisilie van 'n kind onbevange beoordeel en die wetgewer het die aanbevelings tot so 'n mate as suiwer en regverdigbaar geag dat dit geïmplementeer is. Hierin lê die aanknopingspunt met die onderhawige ondersoek na kinderregte - wat vereis word is innoverende denke, 'n werkswyse waardeur bestaande regsbeginsels opnuut geëvalueer word en 'n bereidwilligheid om selfs verder as gevestigde reg na oplossings te soek. Op dié wyse kan die grondslag gelê word vir wetgewing waardeur 'n kinderregtekultuur gevestig kan word.

### 3 GEVOLGTREKKING

Die oogmerk van hierdie hoofstuk was om te bepaal in watter mate die privaatregtelike status van 'n kind 'n aanknopingspunt met die idee van kinderregte bied. Van die drie statusbepalende faktore wat bespreek is, is dit ouderdom wat problematies is. Die bespreking dui aan dat ouderdomsgrense arbitrêr neergelê word en tot 'n groot mate subjektiewe rytheid ignoreer. Dié twee aspekte vorm 'n struikelblok in die erkenning en implementering van kinderregte. Die effek van ouderdom as statusbepalende faktor is verder dat die klem in 'n groot mate op ouers val wat in die uitoefening van hul gesag vir en namens hul kind moet optree. Daar word tot 'n groot mate aanvaar dat ouers en die kind se belange ooreenstem. Op dié wyse word ouerlike gesag en die status van 'n kind as't ware as twee aanvullende konsepte gesien.<sup>192</sup> Daar is in hoofstuk vier aangedui dat ouerlike gesag en kinderregte ook aanvullende konsepte is maar die idee van identiteit van belange is in absolute konflik met die teorieë oor kinderregte.

Die rede hiervoor is dat een van die beginsels onderliggend aan die kinderregtebeweging is dat daar erkenning aan die individuele behoeftes en vermoëns van 'n kind verleen word. Die vraag is of daar nie in ooreenstemming met dié beginsel met ouderdom as statusbepalende faktor weggedoen behoort te word nie. Die individuele vermoëns van 'n kind behoort dus deurslaggewend te wees in die vasstelling van status.

So 'n benadering sou maksimale erkenning aan die status en menswaardigheid van elke kind verleen. Dit is ook 'n buigbare maatstaf wat met elke kind se vlak van ontwikkeling rekening kan hou. Die prys wat ten opsigte van regsekerheid betaal word, is egter te hoog. Wetgewing wat handelingsbevoegdheid aan 'n kind op 'n sekere ouderdom verleen, voldoen wel aan die behoefte van regsekerheid maar word gekritiseer vir die arbitrêre wyse waarop

<sup>192</sup>

Verhellen in *The Ideologies of Children's Rights* 87.

ouderdomsgrense neergelê word. Ook ignoreer ouderdomsgrense individuele behoeftes en vermoëns.

Tog moet nie uit die oog verloor word nie dat wetgewing wat kinders raak die oogmerk het om 'n kind se belange te bevorder en te beskerm en ook om 'n sosiale ordeningsfunksie te vervul. Wetgewing wat 'n verbod op die verkoop van drank aan 'n kind onder 'n sekere ouderdom plaas of 'n minimum ouderdomsgrens vir die verkryging van 'n motorlisensie voorskryf, is tipiese voorbeelde hiervan. Die staat het ook 'n belang daarin dat kinders opgevoed en versorg sal word sodat hulle eendag hul plek as volwaardige en verantwoordelike lede van die gemeenskap sal kan inneem. Wetgewing wat verpligte skoolbywoning tot op 'n sekere ouderdom voorskryf en kinderarbeid onder sekere omstandighede verbied, is weer tipiese voorbeelde hiervan.

Die voorstel is dus dat ouderdom as statusbepalende faktor en statutêre ouderdomsgrense behou word. Die aanknopingspunt met kinderregte lê egter daarin dat die neerlê van ouderdomsgrense voorafgegaan moet word deur 'n ondersoek waarin aandag geskenk word aan sowel 'n kind se aanspraak om beskerm te word as aan hul behoefte om in sekere omstandighede onafhanklik op te tree. Die ondersoek moet plaasvind omdat 'n kind 'n reg het om beskerm te word en 'n reg het om as deel van sy beskerming tot onafhanklike optrede gelei te word. Inligting oor die kognitiewe ontwikkeling van die kind moet ook in die ondersoek verreken word en ouderdomsgrense moet op grond van al die oorwegings voortdurend hersien word. Op dié wyse kan die kritiek teen statutêre ouderdomsgrense tot 'n groot mate te bowe gekom word. Dit sal ook vrese besweer dat die erkenning van kinderregte 'n gelykstelling in status tussen die kind en volwassenes gaan meebring.

Hoewel bogenoemde uiteraard 'n omvattende proses is, is die verwysing na die posisie in die Skotse reg tog 'n bewys dat dit moontlik is. 'n Radikale verandering in regsdenke, waarin die regsbevoegdheid van 'n kind as vertrekpunt gestel moet word, word verder vereis. Dié vertrekpunt is in ooreenstemming met die tema van kinderregte wat die status van 'n kind as 'n persoon wat oor fundamentele menseregte beskik, beklemtoon. Vanaf hierdie vertrekpunt behoort ouderdom as statusbepalende faktor ondersoek te word en nie andersom nie.

Die status van 'n kind en enige aanbevelings daaromtrent kan nie los van gesinsverband en die uitoefening van ouerlike gesag beoordeel word nie. Die volgende stap is om ondersoek in te stel na die privaatregtelike ouer-kind verhouding en die fokus te verplaas na beleidsaspekte ten opsigte van 'n kind se ontwikkelende vermoëns, afhanklikheid en posisie binne gesinsverband.



## HOOFSTUK 7

### DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE SUID-AFRIKAANSE PRIVAATREG

#### 1 INLEIDING

In die vorige hoofstuk is geargumenteer dat ouderdom as statusbepalende faktor behou kan word en dat dit wel 'n aanknopingspunt vir die implementering van kinderregte bied.<sup>1</sup> 'n Radikale verandering in regsdenke word egter vereis om deur die gebruik van ouderdom as statusbepalende faktor reg te laat geskied aan kinders as persone wat oor fundamentele menseregte beskik, om hulle teen die gevolge van hul onvolwasse optrede te beskerm en om hul ontwikkelende vermoëns te erken. So 'n radikale benadering sal noodwendig 'n impak op die aard, inhoud en uitoefening van ouerlike gesag hê.

Die rede hiervoor is te vind in die onderlinge verband tussen ouerlike gesag en die status van 'n kind. Boberg verduidelik op die volgende wyse:<sup>2</sup>

"[F]amily relationships are a prime determinant of status and capacity. The parental power is the correlative of a minor's status, flowing from his tender age. ... To separate those parts of the law of parent and child that relate to the status and capacity of the child from those that relate to the powers and functions of the parent is not, it is believed, convenient."

Die ouer-kind verhouding word in die Suid-Afrikaanse reg ingevolge die uitoefening van ouerlike gesag omskryf. Die oogmerk van hierdie hoofstuk is om eerstens te bepaal in watter mate ouerlike gesag, in die bestaande verskyningsvorm, deur die begrip kinderregte geraak word. Die tweede oogmerk is om te bepaal in watter mate veranderings, indien enige, nodig is om ouerlike gesag en kinderregte as aanvullend tot mekaar in die Suid-Afrikaanse reg te sien.

In die evaluering van ouerlike gesag moet die volgende teoretiese oorwegings deurentyd in gedagte gehou word:

- (a) Ten opsigte van ouerlike gesag: die twee modelle van ouerlike gesag waar die uitoefening van ouerlike gesag gebaseer word óf op die feit dat kinders hul ouers se

<sup>1</sup> Sien in die besonder 15-151 hierbo.

<sup>2</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 7.

eiendom is óf op die feit dat kinders persone in eie reg binne gesinsverband is met hul eie behoeftes en vermoëns.

- (b) Ten opsigte van die rol van die staat: die staat wat 'n balans moet vind tussen respek vir gesinsoutonomie en ouerlike gesag teenoor inbreukmaking wat geregverdig word om die belange van kinders te beskerm en te bevorder.
- (c) Ten opsigte van kinderregte: erkenning deur ouers en die staat van die status van kinders as persone wat ook die draers van fundamentele menseregte is.

## 2 ONTSTAAN VAN DIE OUER-KIND VERHOUDING

Ouerlike gesag word op die volgende wyses ingevolge die Suid-Afrikaanse reg verkry:<sup>3</sup>

- (a) albei ouers in die geval van die geboorte van 'n kind uit 'n geldige huwelik;
- (b) slegs die moeder in die geval van die geboorte van 'n buite-egtelike kind;
- (c) die vader (saam met die moeder) in die geval van wettiging van 'n buite-egtelike kind;
- (d) die aannemende ouer(s) in die geval van aanneming; en
- (e) die natuurlike ouers van 'n kind wat deur kunsmatige bevrugting verwek is<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 313; Boberg *Law of Persons and the Family* 315-316; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 153; Spiro *Law of Parent and Child* 51-62, 73; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 595; Visser & Potgieter *Familiereg* 201.

<sup>4</sup> Die gameet of gamete van die eggenoot wat met die moeder getroud is, word met ander woorde vir die prosedure gebruik. Davel & Jordaan *Personereg* 91; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 207. Waar die gameet of gamete van 'n skenker gebruik is, is die kind binne-egtelik ingevolge die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 a 5(1)(a) indien die moeder en die eggenoot tot kunsmatige bevrugting toegestem het. Die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 skep ingevolge a 5(1)(b) 'n weerlegbare vermoede dat beide partye wel die nodige toestemming verleen het. Die Regulasies betreffende die Kunsmatige Bevrugting van Persone en Aanverwante Aangeleenthede : GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 verbied geneeshere om kunsmatige bevrugting te bewerkstellig sonder die partye se skriftelike toestemming. Dit is slegs indien toestemming van enigeen van die twee partye ontbreek dat die kind buite-egtelike status sal hê en slegs die moeder ouerlike gesag sal uitoefen. Hierdie regulasies is intussen gewysig en dit is nou moontlik dat ook ongetroude vrouens vir kunsmatige bevrugting prosedures kwalifiseer: GK R1354 in SK 18362 van 1997-10-17. Die implikasie van hierdie wysiging is dat die kind buite-egtelik sal wees.

Dit is belangrik om daarop te let dat geen reg, plig of verpligting ontstaan tussen 'n kind deur kunsmatige bevrugting verwek en die skenker van daardie gamete nie.<sup>5</sup> Die bepaling geld ongeag of toestemming tot kunsmatige bevrugting verleen is of nie.<sup>6</sup>

## 2 1 Ouerlike gesag oor binne-egtelike kinders

Die vader en moeder het albei ouerlike gesag oor kinders gebore uit hul huwelik.<sup>7</sup> Die Wet op Voogdy<sup>8</sup> verleen gelyke gesag aan die moeder en vader in teenstelling met die posisie in die gemenerereg waar die vader as gesinshoof die finale seggenskap oor kinders gehad het.<sup>9</sup>

Die effek van die Wet op Voogdy is dat elkeen van die ouers, tensy daar 'n hofbevel tot die teendeel is, selfstandig en sonder die toestemming van die ander voog enige reg of bevoegdheid kan uitoefen, of enige plig kan verrig, wat uit die voogdy voortspruit.<sup>10</sup>

## 2 2 Ouerlike gesag oor buite-egtelike kinders

Ouerlike gesag van 'n buite-egtelike kind berus by die moeder van daardie kind en die spreuk "een wif maakt geen bastaard" vorm die grondslag waarop die regsverhouding tussen moeder en kind berus.<sup>11</sup> Die Wet op Voogdy maak geensins inbreuk op die algemene regsposisie nie.

<sup>5</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5(2).

<sup>6</sup> Davel & Jordaan *Personereg*; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 209.

<sup>7</sup> De Groot 1 6 1, 1 7 8; Voet 1 6 3, 26 1 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1-1 4 2; *Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425 428; *Calitz v Calitz* 1939 AD 56 61.

<sup>8</sup> 192 van 1993.

<sup>9</sup> De Groot 1 6 1, 1 7 8; Voet 1 6 3, 26 1 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1; *Van Rooyen v Werner supra* 428-431; *Calitz v Calitz supra* 61-63 waar die volgende bevind is: "The management of the minor's property and the control of the minor's education belong to the father solely: as to the control of the minor's person, though the mother shares it with the father, in case of difference of opinion the father's authority prevails." Sien ook *Boberg Law of Persons and the Family* 458; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 161; *Bosman & Van Zyl in Law of Children and Young Persons* 54; *Sinclair & Heaton Law of Marriage* 112-113; *Spiro Law of Parent and Child* 39-40.

<sup>10</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2).

<sup>11</sup> Voet 27 2 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2. Sien ook *Van Rooyen v Werner supra* 431; *Edwards v Fleming* 1909 TH 234 234-235; *Docrat v Bhayat* 1932 TPD 125 127; *Dhanabakium v Subramanian* 1943 AD 160 166; *Matthews v Haswari* 1937 WLD 110; *Rowan v Faifer* 1953 2 SA 705 (OD) 710; *Engar and Engar v Desai* 1966 1 SA 621 (T) 625; *Ex parte van Dam* 1973 2 SA 182 (W); *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association Ltd* 1976 2 SA 153 (OK) 155; *Samente v Minister of Police* 1978 4 SA 632 (OK) 634; *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745; *Ncubu v National Employers General Insurance Co Ltd* 1988 2 SA 190 (N) 191; *F v B* 1988 3 SA 948 (D) 953; *Ex Parte Kedar* 1993 1 SA 242 (W) 243; *Barnard et al Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 66; *Boberg Law of Persons and the Family* 333-334; *Davel & Jordaan Personereg* 107; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 161-162; *Spiro Law of Parent and Child* 452; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 597; *Visser & Potgieter Familiereg* 201.

Die wettiging van buite-egtelike kinders is wel moontlik met gepaardgaande implikasies ten opsigte van ouerlike gesag.

Wettiging van kinders kan op enigeen van die volgende wyses plaasvind:

- (a) deur die opvolgende huwelik van die natuurlike ouers van die kind (*legitimatío per matrimonium subsequens*);<sup>12</sup>
- (b) deur 'n bevel van die owerheid (*legitimatío per rescriptum principis*);<sup>13</sup> en
- (c) deur aanneming.<sup>14</sup>

### 3 INHOUD VAN OUERLIKE GESAG

Ouerlike gesag kan omskryf word as die somtotaal van regte, verpligtinge en verantwoordelikhede wat ouers uit hoofde van hul ouerskap oor hul kinders het en wat in die

<sup>12</sup> De Groot 1 12 9, 2 31 7; Voet 1 6 5, 25 7 6-25 7 12, 36 1 14; *Ex parte J* 1951 1 SA 665 (O); *Howes v Howes* 1958 4 SA 41 (K). Indien die natuurlike ouers van 'n buite-egtelike kind na die kind se geboorte met mekaar in die huwelik tree, verkry daardie kind ingevolge die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 a 4 binne-egtelike status. Beide ouers het dan ouerlike gesag ingevolge die Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1). Kinders wat deur bloedsbande verwek is, kan nie op hierdie wyse binne-egtelike status verkry nie omdat die ouers nie 'n wettige huwelik mag sluit nie. Volledigheidshalwe word ook na a 6 van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 verwys wat bepaal dat 'n kind wat in 'n vernietigbare huwelik verwerk of gebore is binne-egtelike status behou indien die huwelik nietig verklaar word.

<sup>13</sup> De Groot 1 12 9; Van Leeuwen *RHR* 1 7 5-1 7 6; Voet 25 7 13-25 7 17; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2. In die gemenerereg kon die owerheid by wyse van 'n spesiale guns 'n bevel verleen waardeur 'n kind binne-egtelik verklaar is. Die prosedure is gewoonlik gebruik waar wettiging deur 'n opvolgende huwelik onmoontlik was omdat een van die natuurlike ouers oorlede is. In *Potgieter v Bellingan* 1940 EDL 264 267 is beslis dat dié metode van wettiging nie meer in Suid-Afrika in gebruik is nie. Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 78; Boberg *Law of Persons and the Family* 345-349; Davel & Jordaan *Personereg* 114; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 157-160; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 207.

<sup>14</sup> Aanneming is die formele regsproses waardeur ouerlike gesag oor 'n kind beëindig word en in die aannemende ouer(s) gevestig word. Die gevolg van aanneming is dat 'n kind ingevolge die Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 20(2) regtens geag word die binne-egtelike kind van die aannemende ouer(s) te wees. Die kind kry ingevolge a 20(3) van die Wet op Kindersorg outomaties die familienaam van die aannemende ouer(s) tensy die hofbevel anders bepaal. Die Wet op Kindersorg a 20(1) saamgelees met a 17(c) het die gevolg dat 'n aannemingsbevel alle familiebande wat tussen die kind en iemand wat onmiddellik voor aanneming sy ouers was, opgehef word, behalwe waar 'n kind aangeneem word deur 'n getroude persoon wie se gade die ouer van die kind is.

beste belang van die kinders uitgeoefen moet word.<sup>15</sup> In die moderne reg val die klem meer op ouers se verpligtinge en verantwoordelikhede en hierdie verhouding is selfs al as 'n tipe trustverhouding beskryf.<sup>16</sup>

Ouerlike gesag bestaan in die algemeen uit die beheer oor die persoon van die kind (bewaring), beheer oor die boedel en regsoptrede van die kind (voogdy) en die onderhoudsverpligting teenoor 'n kind.<sup>17</sup> Daar word soms 'n onderskeid tussen voogdy<sup>18</sup> (in die eng en wye sin van die woord) en bewaring<sup>19</sup> getref - 'n onderskeid wat uit die volgende verduideliking van Boberg blyk.<sup>20</sup>

"Custody is 'but one incident or sector of natural guardianship'. During marriage it is shared by the spouses while they share a common home. When matrimonial breakdown leads to the judicial severance of custody from the remaining incidents of parental power, what remains may be called 'residuary guardianship'. The custodian parent enjoys the physical presence and companionship of the child while she controls its day-to-day life, upbringing and education; the guardian parent continues to function as the child's legal representative and the administrator of his property."

Ouerlike gesag kan nie bloot op grond van 'n ooreenkoms van een ouer na 'n ander ouer<sup>21</sup> of na 'n derde<sup>22</sup> oorgedra word nie.

### 3 1 Bewaring

Bewaring is daardie aspek van ouerlike gesag wat kontrole oor die daaglikse lewe van 'n kind verleen, wat beheer oor die kind se opvoeding (sekulêr en godsdienstig) vestig en wat die plig daarstel om voedsel, kleding, huisvesting en geneeskundige hulp aan die kind te voorsien.

<sup>15</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 313; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 152; Spiro *Parent and Child* 36; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 592; Visser & Potgieter *Familiereg* 200 wat ook byvoeg "en met behoorlike inagneming van die regte van die kinders".

<sup>16</sup> *Lynch v Lynch* 1965 (2) SA 49 (SR) 52. Sien ook *Landman v Mienie* 1944 OPD 59 66; *Edwards v Edwards* 1960 (2) SA 523 (D) 524; *Thompson v Thompson* 1946 CPD 231; *Hornby v Hornby* 1954 1 SA 498 (O) 500; Spiro *Parent and Child* 41-43.

<sup>17</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 318-319, 320-321; Boberg *Law of Persons and the Family* 427; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 607; Visser & Potgieter *Familiereg* 207.

<sup>18</sup> Sien 167-175 vir 'n volledige bespreking van die inhoud van voogdy.

<sup>19</sup> Sien 156-167 vir 'n volledige bespreking van die inhoud van bewaring.

<sup>20</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 427. Sien ook Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 318-319; Boberg *Law of Persons and the Family* 427. Sien ook Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 53; Hahlo *Law of Husband and Wife* 388-389.

<sup>21</sup> *Ex parte Van Dam supra* 185; Boberg *Law of Persons and the Family* 316; Spiro *Parent and Child* 43-44.

<sup>22</sup> *Van der Westhuizen v Van Wyk* 1952 (2) SA 119 (GW); Boberg *Law of Persons and the Family* 316; Spiro *Parent and Child* 43-44.

Bewaring behels ook die bevoegdheid om assosiasie met ander te beheer en om tug uit te oefen.<sup>23</sup>

Beide ouers het tydens die bestaan van hul huwelik bewaring van hul kinders en gelyke bevoegdhede ten opsigte van hierdie aspek van ouerlike gesag.<sup>24</sup> Dit is wel moontlik dat ouers die bewaring van hul kinders deur die hoër hof as oppervoog van alle minderjariges<sup>25</sup> of kragtens wetgewing ontnem kan word.<sup>26</sup> Dit is egter nie moontlik vir een ouer om die ander ouer se bevoegdhede ten opsigte van bewaring te ontnem nie.<sup>27</sup>

Die bewaring van 'n buite-egtelike kind berus by die moeder van daardie kind.<sup>28</sup> Die Wet op die Status van Kinders bepaal uitdruklik dat 'n moeder se minderjarigheid geen beletsel is waar dit om die bewaring van haar buite-egtelike kind gaan nie.<sup>29</sup> Die hoër hof as oppervoog van alle minderjariges kan die bewaring van die moeder ontnem indien dit in die beste belang van die buite-egtelike kind is.<sup>30</sup> Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders<sup>31</sup>

<sup>23</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 320-321; Boberg *Law of Persons and the Family* 459-468; Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 54-56; Hahlo *Law of Husband and Wife* 394-396; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 163-164; Spiro *Parent and Child* 86-90; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 607-611; Visser & Potgieter *Familiereg* 208-209.

<sup>24</sup> *Petersen v Kruger* 1975 4 SA 171 (K). Sien ook Cronje & Heaton *Vonnisbundel* 601-603; Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 321; Boberg *Law of Persons and the Family* 459; Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 55; Van Schalkwyk *Huweliksreg-bronnebundel* 407; *Schoultz v Sismey* ongerapporteerde W Saaknr 15007/92.

<sup>25</sup> Labuschagne "Die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges - 'n historiese perspektief" 1992 *TSAR* 353-357; Kruger "Enkele opmerkings oor die bevoegdhede van die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges om in te meng met ouerlike gesag" 1994 *THRHR* 304-311.

<sup>26</sup> Bv die Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 13(3), a 14(4).

<sup>27</sup> *Engar and Engar v Desai supra*.

<sup>28</sup> Voet 27 2 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 2; *Van Rooyen v Werner supra* 431; *Govu v Stuart* (1903) 24 *NLR* 440 447; *Camel v Dlamini* 1903 *TH* 17; *Edwards v Fleming supra* 235; *Docrat v Bhayat supra* 126; *Matthews v Haswari supra* 112; *Dhanabakium v Subramanian supra* 166; *Rowan v Faifer supra* 710; *September v Karriem* 1959 3 SA 687 (K); *Engar and Engar v Desai supra* 625; *Ex parte van Dam supra* 183; *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association Ltd supra*; *Basetti v Louw* 1980 (2) SA 225 (W); *S v M* 1968 1 PH M3 (SWA); *Douglas v Mayers* 1987 1 SA 910 (ZH); *F v B supra* 953; Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 66; Boberg *Law of Persons and the Family* 333-334; Davel & Jordaan *Personereg* 109; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 161-162; Spiro *Law of Parent and Child* 452-455; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 220-221.

<sup>29</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 3(1)(b) saamgelees met a 3(2).

<sup>30</sup> *Edwards v Fleming supra* 234-235; *Rowan v Faifer supra* 711; *September v Karriem supra* 688-689; *Ex parte van Dam supra* 184. In *Docrat v Bhayat supra* het die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind aansoek gedoen om die bewaring van sy kind. Die moeder was oorlede en die kind was in die sorg van die respondent en sy vrou. Volgens die hof op 126-127 word die volgende bewyse verlang voor daar met die bewaring van 'n kind ingemeng word: "As a rule the Court will not deprive the guardian of the custody unless the Court has evidence before it showing that he has not the means to provide for the child adequately, or that there is something against his character which makes him an unfit and improper person to have such custody, or that there is some other special reason rendering it undesirable that he should retain the custody." In *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K) 205 is 'n aantal riglyne

verleen aan die natuurlike vader die reg om aansoek te doen om bewaring van sy buite-egtelike kind te verkry. Dit is ook moontlik dat bewaring aan 'n derde party verleen kan word. Die primêre oorweging is deurgaans die beste belang van die kind.

'n Bondige bespreking van die verskillende fasette van bewaring volg hieronder om 'n uiteensetting van ouers se verantwoordelikhede en verpligtinge in hierdie verband te gee.

### 3 1 1 *Verpligting om huisvesting te verskaf*<sup>32</sup>

Ouers voldoen aan dié verpligting deur verblyf aan 'n kind in die gesinswoning te verskaf. Selfs waar 'n ouer verblyf vir 'n kind in 'n skoolkoshuis reël, word daar ook aan die verpligting voldoen.<sup>33</sup> Daar word na die geheel van die omstandighede gekyk om te bepaal of die huisvesting wat voorsien word wel geskik is. Faktore soos die lewenstandaard van die gesin en die gesondheidstoestand van die kind is byvoorbeeld relevante oorwegings.<sup>34</sup>

Hierdie besondere gemeenregtelike verpligting word ook statutêr gereël. Die Wet op Kindersorg bepaal onder andere dat 'n persoon wat wettiglik vir die onderhoud van 'n kind verantwoordelik is en versuim om die kind onder andere van herberg te voorsien terwyl hy in staat is om dit te doen, aan 'n misdryf skuldig is.<sup>35</sup> Die wet bepaal ook dat ouers nie sonder die tussentrede van die staat die verpligting om huisvesting te verskaf aan ander kan oordra nie. Geen persoon behalwe die bestuurders van 'n kraaminrigting, 'n hospitaal, 'n veiligheidsplek of 'n kindersorg mag 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar of 'n kind met die doel om hom aan te neem of te laat aanneem ontvang en vir 'n tydperk langer as veertien dae van sy ouers of bewaarder af versorg nie.<sup>36</sup> So 'n reëling is slegs moontlik indien een van die uitsonderings ingevolge die Wet op Kindersorg van toepassing is.<sup>37</sup>

---

neergelê ten einde te bepaal watter ouer geskik was om bewaring van hul binne-egtelike kind te verkry. Davel & Jordaan *Personereg* op 109 merk tereg op dat die riglyne nie noodwendig in dieselfde mate ten opsigte van 'n buite-egtelike kind sal geld nie.

<sup>31</sup> 86 van 1997 a 2(1) en 2(6).

<sup>32</sup> Voet 25 3 4; Van Leeuwen *RHR* 1 13 8.

<sup>33</sup> *Spiro Parent and Child* 88; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 607-608. Sien *Landman v Mienie* 1944 OPD 59 65 vir ouers wat die finale seggenskap oor hul kind se verblyf het. Sien ook *Ritchkens Exors v Ritchken* 1942 WLD 17 waar beslis is dat 'n ouer nie 'n kind by wyse van 'n testamentêre bepaling kan verplig om by 'n spesifieke persoon te woon of nie te woon nie.

<sup>34</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 608.

<sup>35</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 50(2).

<sup>36</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 10(1)(a) en a 10(1)(b). Sien ook Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 608.

<sup>37</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 10(1)(b)(i), (ii) en (iii).

### 3 1 2 *Verpligting om voedsel, kleding en geneeskundige hulp te voorsien*<sup>38</sup>

Die beste belang van die kind is die deurslaggewende oorweging wat hierdie verpligting betref. Die finansiële posisie van die gesin en die ouderdom, gesondheidstoestand en persoonlikheid van die kind is byvoorbeeld faktore wat relevant kan wees om te bepaal of ouers hul verpligting in hierdie verband nakom.<sup>39</sup> Ook hier probeer die staat verseker dat ouers 'n minimum standaard van versorging nakom. Indien ouers wat finansiëel daartoe in staat is, versuim om hul kinders van voldoende voedsel, kleding en mediese sorg te voorsien, is hulle aan 'n misdryf skuldig.<sup>40</sup>

Ouers se verpligting om toe te sien dat hul kinders die nodige mediese versorging kan geniet, kan soms problematies wees, byvoorbeeld waar geloofsbesware of kulturele oortuigings ter sprake is.<sup>41</sup> Indien ouers weier om toestemming te verleen terwyl 'n geneesheer van oordeel is dat 'n kind 'n operasie moet ondergaan of behandeling moet ontvang, kan die Minister van Welsyn en Bevolkingsontwikkeling vervangende toestemming verleen.<sup>42</sup> In 'n noodgeval, dit wil sê waar 'n operasie of behandeling noodsaaklik is om 'n kind se lewe te red of om ernstige letsels en gebreke te voorkom, kan die betrokke mediese superintendent vervangende toestemming verleen.<sup>43</sup>

Die wetgewer het dit goedgevind om in sekere omstandighede aan kinders die bevoegdheid te verleen om self te bepaal wat hul mediese behoeftes is en onafhanklik van hul ouers toestemming tot 'n operasie of behandeling te verleen.<sup>44</sup> Die *ratio* vir die inbreukmaking op die uitoefening van ouerlike gesag was klaarblyklik om dit moontlik te maak om voorbehoedmiddels aan minderjariges te verskaf sonder hul ouers of voogde se goedkeuring of medewete.<sup>45</sup> Ook wat die beëindiging van 'n swangerskap betref, verhef die wetgewer individuele besluitneming deur 'n ongetroude swanger minderjarige bo ouerlike betrokkenheid

<sup>38</sup> Voet 25 3 4; Van Leeuwen *RHR* 1 13 8; *Hawthorne v Hawthorne* 1950 (3) SA 299 (C).

<sup>39</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 608-609.

<sup>40</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 50(2).

<sup>41</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 608-609; Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 75.

<sup>42</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 39(1).

<sup>43</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 39(2).

<sup>44</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 39(4) wat bepaal dat iemand bo agtienjarige ouderdom bevoeg is om sonder die bystand van sy ouer of voog toestemming te verleen vir die uitvoer van 'n operasie op homself. Iemand bo veertienjarige ouderdom is bevoeg om sonder die bystand van sy ouer of voog toestemming te verleen tot mediese behandeling van homself en sy kind.

<sup>45</sup> Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 75. Die ouers sal steeds aanspreeklik wees vir die koste verbonde aan die operasie of behandeling.



en besluitneming binne gesinsverband.<sup>46</sup> Die geneesheer moet wel die swanger minderjarige adviseer om haar ouers, voog, familielede of vriende te raadpleeg alvorens die swangerskap beëindig word. Indien sy verkies om dit nie te doen nie mag die beëindiging van die swangerskap egter nie geweier word nie.<sup>47</sup>

### 3 1 3 Die opvoedingsplig<sup>48</sup>

Opvoeding het as oogmerk om die kind op fisiese en geestelike gebied vir sy rol as volwassene voor te berei.<sup>49</sup> Die opvoedingsplig behels onder andere die volgende:

- (a) Ouers moet help met hul kind se fisiese ontwikkeling deur byvoorbeeld deelname aan sport aan te moedig, gesonde higiëniese gewoontes aan te kweek en 'n gesonde omgewing vir die kind te skep.<sup>50</sup>
- (b) Ouers moet aandag skenk aan die vorming van hul kind se karakter. 'n Kind moet byvoorbeeld geleer word om eerlik, betroubaar en hardwerkend te wees en om respek teenoor ouers en onderwysers te betoon.<sup>51</sup>
- (c) Dit is die ouers se plig om te help met die kind se verstandelike ontwikkeling. Dit beteken dat ouers byvoorbeeld moet toesien dat daar aan die minimum skoolverpligting<sup>52</sup> voldoen word en onderrig in 'n spesifieke godsdiens<sup>53</sup> en taal behoort plaas te vind.<sup>54</sup> Ouers se verpligting strek verder as skoolopvoeding en

<sup>46</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 a 5(2) wat bepaal dat geen toestemming behalwe dié van die swanger vrou nodig is vir die beëindiging van 'n swangerskap nie. 'n Vrou word in a 1 as 'n vroulike persoon van enige ouderdom omskryf.

<sup>47</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 a 5(3).

<sup>48</sup> De Groot 1 9 9; Van Leeuwen *RHR* 1 13 8; Voet 15 3 4.

<sup>49</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 259; Spiro *Parent and Child* 89.

<sup>50</sup> Spiro *Parent and Child* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 609.

<sup>51</sup> Van der Linden *Kooppmans Handboek* 1 4 1. Sien ook Spiro *Parent and Child* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 609.

<sup>52</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 3(1). Skoolbywoning is verpligtend vanaf die eerste skooldag van 'n jaar waarin 'n leerder die ouderdom van sewe jaar bereik tot op die laaste skooldag van die jaar waarin so 'n leerder die ouderdom van vyftien jaar of die negende graad bereik, wat ookal die eerste plaasvind. A 3(1) is ook 'n voorbeeld van 'n geval waar die staat ouers se gemeenregtelike verpligting om na hul kinders se opvoeding om te sien statutêr reël. Nie-nakoming is in terme van a 3(6) 'n misdryf.

<sup>53</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 7 wat bepaal dat behoudens die Grondwet en enige toepaslike provinsiale wet kan godsdiensbeoefening by 'n openbare skool gehou word ingevolge die reëls wat deur die beheerliggaam uitgevaardig is. Godsdiensbeoefening moet op 'n billike wyse geskied en bywoning deur leerders en personelede moet vry en vrywillig wees.

<sup>54</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 6(1)-(3). Ingevolge a 6(1) kan die Minister van Onderwys, na oorleg met die Raad van Onderwysministers en behoudens die bepalinge van die Grondwet en die Suid-Afrikaanse Skolewet, by wyse van kennisgewing in die

behoort in gepaste gevalle, afhangende van hul eie middele en 'n kind se vermoëns, die geleentheid vir naskoolse opleiding te bied.<sup>55</sup>

Van der Vyver en Joubert se uiteensetting van ouers se opvoedingsplig illustreer op 'n bondige wyse die gemeenregtelike benadering ten opsigte van die uitoefening van hierdie aspek van ouerlike gesag. Terselfdertyd dien dit as maatstaf waarteen bepaal kan word in watter mate die Suid-Afrikaanse Skolewet ouers se gesagsbevoegdhede ingeperk, opgeskort of uitgebrei het. Die twee outeurs verduidelik ouers se bevoegdhede soos volg:<sup>56</sup>

"Die ouers kan byvoorbeeld besluite neem oor welke skool die kind moet besoek, die soort opleiding wat hy moet ontvang, die metode wat aangewend moet word om hom op te voed, die kerk wat hy gaan besoek en die soort godsdiensoonderrig wat hy moet ontvang, die persone met wie hy mag omgaan, die bedrywighede waaraan hy mag deelneem ensovoorts. Die ouers moet egter hierdie kompetensie redelik en in belang van die kind uitoefen."

Ouerlike betrokkenheid by skoolopvoeding word ingevolge die Suid-Afrikaanse Skolewet verskans.<sup>57</sup> Ouers van leerders<sup>58</sup> moet onder andere as verkose lede van die skool se bestuursliggaam dien<sup>59</sup> en die aantal ouerlede moet een meer as die gesamentlike totaal van die ander stemgeregtigde lede van die beheerliggaam uitmaak.<sup>60</sup> Gegewe die werksaamhede van 'n beheerliggaam kan ouers op dié wyse 'n wesenlike bydrae lewer.<sup>61</sup> Die aanhef tot die wet stel onder andere die oogmerk om met ouers se aanvaarding van hul verantwoordelikheid vir die organisasie, beheer en finansiering van skole 'n vennootskap met die staat te bevorder. Die mate waarin die

Staatskoerant norme en standaard vir taalbeleid in openbare skole vasstel. A 6(2) bepaal dat die beheerliggaam van 'n openbare skool die taalbeleid van die skool behoudens die Grondwet, die bepalinge van die Suid-Afrikaanse Skolewet en enige toepaslike provinsiale wet kan bepaal. Daar mag in terme van a 6(3) in die uitvoering van die taalbeleid geen rassediskriminasie plaasvind nie.

<sup>55</sup> Voet 25 3 4. Sien ook *Scott v Scott* 1946 WLD 399 400-402; *Richter v Richter* 1947 3 SA 86 (W) 92; *Smit v Smit* 1980 3 SA 1010 (O) 1019-1020; *Ex parte Jacobs* 1982 2 SA 276 (O) 280; *Boberg Law of Persons and the Family* 460; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 609.

<sup>56</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 609-610.

<sup>57</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 23.

<sup>58</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 omskryf in a 1 'n ouer op die volgende wyse:

- "(a) die ouer of voog van 'n leerder;
- (b) die persoon met wettige aanspraak op sorg vir 'n leerder; of
- (c) die persoon wat onderneem om die verpligtinge van 'n persoon in paragrawe (a) en (b) ten opsigte van die leerder se opvoeding op skool na te kom."

'n Leerder word in a 1 omskryf as "enige persoon wat onderwys ontvang of wat verplig is om onderwys te ontvang ingevolge hierdie wet".

<sup>59</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 23(2).

<sup>60</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 23(9).

<sup>61</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 20.

wet vir ouerlike betrokkenheid voorsiening maak, is in ooreenstemming met hierdie oogmerk.

Ouers het steeds 'n keuse om uit te oefen ten opsigte van welke openbare skool 'n kind moet bywoon en die moontlikheid van onafhanklike skole word nie verbied nie.<sup>62</sup> Die bevoegdheid van die Minister van Onderwys om taalbeleid ten opsigte van openbare skole neer te lê en die effek van die Grondwet en provinsiale wetgewing op godsdiensoonderrig beperk egter tog ouers se vryhede.<sup>63</sup> 'n Leerder mag in elk geval nie van toelating tot 'n openbare skool uitgesluit word omdat 'n ouer weier om die missiestelling van 'n skool te onderskryf nie. Dit sluit nie die moontlikheid uit dat die leerder steeds aan die missiestelling gebonde gehou word nie.<sup>64</sup>

- (d) Ouers moet die geleentheid vir godsdiensoonderrig bied.<sup>65</sup>
- (e) Die kulturele vorming van 'n kind is ook deel van 'n ouer se opvoedingsplig.<sup>66</sup>

#### 3 1 4 *Bevoegdheid om te bepaal met wie kinders mag assosieer*<sup>67</sup>

Terwyl 'n huwelik bestaan, behels dié besondere bevoegdheid van ouers dat hulle kan besluit met watter vriende hul kinders mag assosieer. Waar die huwelik deur egskeiding ontbind is, sal dit byvoorbeeld die bevoegdheid insluit om beswaar te maak teen enige assosiasie van 'n kind met 'n derde wat na bewering by die verbrokkeling van die huwelik betrokke was.<sup>68</sup>

Die bevoegdheid van ouers om besluite te neem oor die persoonlike keuses van 'n kind, soos byvoorbeeld die keuse van 'n vriendekring, skep die potensiaal vir konflik. Dit is opvallend dat daar min voorbeelde in die Suid-Afrikaanse regspraak is waar 'n ouer op regshulp moes

<sup>62</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 maak in a 12-33 en a 45-51 onderskeidelik vir openbare skole en onafhanklike skole voorsiening.

<sup>63</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 6 en a 7. Sien ook Visser "Some principles regarding the rights, duties and functions of parents in terms of the South African Schools Act 84 of 1996 applicable to public schools" 1997 *TSAR* 626 635-636.

<sup>64</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 5(3)(b); Visser 1997 *TSAR* 329-330.

<sup>65</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 4, 1 13 7; De Groot 1 9 9; Voet 25 3 4, 27 6 1, 27 6 7.

<sup>66</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 609.

<sup>67</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 466-468; Spiro *Parent and Child* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 610; Meyer *v Van Niekerk* 1976 (1) SA 252 (T); Coetzee *v Meintjies* 1976 (1) SA 257 (T); Gordon *v Barnard* 1977 (1) SA 887 (C); *H v I* 1985 (3) SA 237 (C); *L v H* 1992 (2) SA 594 (E).

<sup>68</sup> *Vucinovich v Vucinovich* 1955 TPD 143; *Fraser v Fraser* 1945 WLD 112; *Wolfson v Wolfson* 1962 (1) SA 34 (SR).

steun ten einde ouerlike gesag teen inbreukmaking deur derdes te beskerm.<sup>69</sup> In die gerapporteerde gevalle wat daar wel is, is die regspraak volgens die hof of daar van 'n *injuria* teen die ouers sprake is omdat ouerlike gesag geminag word.<sup>70</sup> Die derde se betrokkenheid by 'n minderjarige kind was in elkeen van die gevalle volgens die siening van die ouer as applikant ongewens of onaanvaarbaar. Daar is egter geen gerapporteerde gevalle van konflik tussen 'n ouer en kind oor die keuse van vriende nie.

Aanvanklik was die benadering dat ouerlike gesag van so 'n omvangryke aard is dat 'n ouer die reg het om in die geval van jong kinders te bepaal wie sy vriende mag wees en waar hy sy tyd mag deurbring. Indien 'n derde in hierdie omstandighede op die uitoefening van ouerlike gesag inbreuk maak, sal daar teen hom opgetree kan word.<sup>71</sup> In *Coetzee v Meintjies*<sup>72</sup> bevestig regter Hiemstra hierdie benadering opnuut. Enigiemand wat hom met 'n ouer se besluite oor sy kind se vriendekring bemoei, maak inbreuk op die uitoefening van ouerlike gesag. Die inbreukmaking behels 'n *injuria* wat met 'n interdik afgeweer kan word.<sup>73</sup>

Volgens regter Hiemstra is dit egter nie die ouderdom of die ontwikkelingspeil van 'n kind wat as uitgangspunt behoort te dien om te bepaal of daar teen 'n buitestaander opgetree kan word nie. Die deurslaggewende oorweging is die mate waarin 'n ouer sy gesag in stand gehou of laat vaar het.<sup>74</sup> Indien 'n ouer 'n kind toelaat om die huis te verlaat om byvoorbeeld universiteit toe te gaan waar hy sy eie vriendekring kan kies, het die ouer van daardie aspek van ouerlike gesag afstand gedoen en kan daar nie sprake van 'n *injuria* wees nie.<sup>75</sup>

Die mees resente regspraak getuig van 'n praktiese benadering om te bepaal of daar wel van 'n *injuria* sprake is. Daar is naamlik drie kritieke vrae<sup>76</sup> wat beantwoord moet word. Eerstens

<sup>69</sup> *H v I supra* 241.

<sup>70</sup> *Meyer v Van Niekerk supra* 254, 257; *Coetzee v Meintjies supra* 261, 262, 262; *Gordon v Barnard supra* 889; *H v I supra* 245; *L v H supra* 597.

<sup>71</sup> *Meyer v Van Niekerk supra* 257. Die applikant se dogter sou oor ses maande meerderjarig word en sy het reeds onafhanklik van haar ouers gewoon. Op die feite kon daar geen bevinding van onregmatige optrede deur die respondent teenoor die applikant gemaak word nie.

<sup>72</sup> *Coetzee v Meintjies supra* 262.

<sup>73</sup> *Coetzee v Meintjies supra* 262.

<sup>74</sup> *Coetzee v Meintjies supra* 262. Volgens sy standpunt speel 'n kind se wense en voorkeure glad nie 'n rol nie. Hierdie benadering is tipies van die eerste model van ouerlike gesag waar kinders as hul ouers se eiendom beskou word en eenvoudig aanvaar word dat ouers in hul beste belang optree.

<sup>75</sup> *Coetzee v Meintjies supra* 262. Dié stelling is tereg by wyse van twee latere *obiter*-opmerkings gekritiseer. Sien *H v I supra* 244-245 en *L v H supra* 597. Die omvang van ouerlike gesag moet tog sekerlik aan die hand van die besondere feite beoordeel word, waarvan 'n kind se verblyf in 'n universiteitskoshuis maar een oorweging is.

<sup>76</sup> Die vrae is die eerste keer in *Gordon v Barnard supra* 890 geformuleer. In *L v H* is na die formulering verwys en die drie vrae is op die besondere feitestel toegepas: 597, 598-599.

moet op grond van die besondere feite bepaal word of ouerlike gesag steeds uitgeoefen word. Indien wel, moet daar tweedens bepaal word wat die omvang van die uitoefening is. Derdens moet bepaal word of ouerlike gesag in die besondere omstandighede redelik uitgeoefen word.

Tog is die benadering vatbaar vir kritiek. Die feit dat die regspraak is of daar 'n *injuria* teen die ouer is, skep die indruk dat ouers 'n reg het om te bepaal met wie hul kinders kan assosieer. Derdes het dan dienooreenkomstig 'n verpligting om daardie reg te eerbiedig. Indien 'n derde strydig met die verpligting tot nie-inmenging optree, kan die handeling met 'n interdik afgeweer word. Maar is dit werklik korrek om te aanvaar dat ouerlike gesag so omvattend is dat dit op hierdie wyse beskerm kan word? Indien wel, is so 'n benadering tekenend van die eerste model van ouerlike gesag waar ouers aan die hoof van die gesin staan en kinders as't ware as hul eiendom bestuur.

Sonnekus<sup>77</sup> bou ongelukkig voort op bogenoemde tema in sy ondersoek na die aard van die ouerlike belang wat ter sprake is. Sy gevolgtrekking is dat dit die ouer se persoonlikheidsreg op sy sekuriteitsgevoel in die gesin is wat beskerm word.<sup>78</sup> Die inhoud en omvang van die persoonlikheidsreg sal in elke geval op grond van die besondere feite bepaal moet word.<sup>79</sup> Ouers se persoonlikheidsregte kan egter nie absoluut geld nie. Dit vind volgens Sonnekus noodwendig 'n beperking in die belang van die kind om ook selfstandig sosiale kontakte te onderhou om sodoende 'n gebalanseerde volwasse individuele en sosiale verantwoordelikeheidsin te ontwikkel.<sup>80</sup> Aan die ander kant kan die belang van 'n kind ook nie absoluut geld nie en word dit aan bande gelê deur 'n beperkte oordeelsvermoë en 'n behoefte

<sup>77</sup> Sonnekus "Meyer v Van Niekerk 1976 1 SA 252 (T) en Coetzee v Meintjies 1976 1 SA 257 (T)" 1977 *TSAR* 81 83-86; Sonnekus "Gordon v Barnard 1977 1 SA 887 (K)" 1978 *TSAR* 76 76-78; Sonnekus "Die onwelkome vryer en die regspraak vir die ontstoke vader L v H 1992 2 SA 594 (OK)" 1992 *THRHR* 649 654, 657. Sonnekus 1977 *TSAR* 86 betrek ook die sielkunde by sy ondersoek: "In die sielkunde word kennis geneem van die invloed wat die ouer-kind verhouding op die persoonlikheid van die ouer het. Die liefde en geneetheid van 'n ouer tot sy kind word gesien as die gevolg van die instinktiewe samespel van faktore om die idee van ouerskap. Omdat dit instinktief is, is dit latent aanwesig by elke mens ... Dit is juis 'n kenmerk van objekte van persoonlikheidsregte. Die inhoud en omvang van hierdie gevoel varieer ooreenkomstig verskillende faktore wat almal sentreer om die feitlike verhouding tussen die ouer en die bepaalde kind. Indien die kind besonder jonk is, sal in 'n normaal gelukkige gesin die inhoud van die ouers se gevoel jeens die kind verreikend wees ... Eweneens, indien die gesinsverband verbreek het en die jongmens redelik selfstandig leef, verander die inhoud en omvang van die ouer se gevoel jeens die kind."

<sup>78</sup> Sonnekus 1977 *TSAR* 85-86; Sonnekus 1978 *TSAR* 78; Sonnekus 1992 *THRHR* 654, 657.

<sup>79</sup> Sonnekus 1977 *TSAR* 87; Sonnekus 1978 *TSAR* 78.

<sup>80</sup> Sonnekus 1977 *TSAR* 87; Sonnekus 1978 *TSAR* 78. Sien ook Spiro "The nearly adult minor" 1976 *SALJ* 200 wat op 201 met goedkeuring na die volgende aanhaling van Mueller-Freienfels *Ehe und Recht* 278 verwys: "[The gradual transition to self-determination of the minor] does not flow from an abuse of the parental power, but from the limitations inherent therein, such as particularly those implied by the necessary recognition of a deserving personality sphere of the minor which in turn lead to a step-by-step cessation of the requisite of the parental consent before his coming of age ..."

aan ouerlike leiding.<sup>81</sup> Selfs al verleen hy erkenning aan hierdie tipe wisselwerking binne gesinsverband, is die benadering steeds te ouergesentreerd.<sup>82</sup>

Daar word aan die hand gedoen dat die klem moet val op die beste belang van die kind in die besondere omstandighede. Die regspraak is dan eerder of 'n ouer in die uitoefening van sy ouerlike gesag (in dié geval om sy kind se vriende te kies) in die beste belang van die kind optree.<sup>83</sup> 'n Ouer, as aplikant, sal uiteraard argumenteer dat die kontak met die derde nie in sy kind se beste belang is nie. Die hoër hof kan in sy hoedanigheid as oppervoog dan die remedie verleen wat die beste belang van die kind dien - dit mag selfs moontlik wees dat die derde se aansprake gehandhaaf word.

Bogenoemde benadering hou ouers se bevoegdheid ten opsigte van hul kinders in gedagte maar hou ook rekening daarmee dat 'n kind op 'n stadium die bevoegdheid verwerf om sy eie vriende te kies.

### 3 1 5 Tugbevoegdheid

Die Suid-Afrikaanse reg verleen die bevoegdheid aan ouers om in die nakoming van hul opvoedingspilig gehoorsaamheid van hul kinders af te dwing.<sup>84</sup> Ouers se tugbevoegdheid as deel van die uitoefening van ouerlike gesag word dus algemeen erken.<sup>85</sup> Die uitoefening van die tugbevoegdheid moet redelik en matig<sup>86</sup> wees en selfs lyfstraf kan toegedien word.<sup>87</sup> Die

<sup>81</sup> Sonnekus 1977 *TSAR* 87; Sonnekus 1978 *TSAR* 78.

<sup>82</sup> Sonnekus 1992 *THRHR* 658: "[D]ie ontstoke vader [kan] wel in die Suid-Afrikaanse reg ... ook voortydig privaatregtelik aanspraak maak op herstel van die geskonde regsbalans wat spruit uit die volhardende maar onwelkome belangstelling van 'n persoon van die teenoorgestelde geslag op sy kind."

<sup>83</sup> Dié ondersoek is heeltemal anders as die geval waar regshulp teen 'n derde gevra word omdat hy teenstrydig met die verpligting tot nie-inmenging met ouerlike gesag optree. Sien Bainham with Cretney *Children* 101-102.

<sup>84</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 1, 1 13 8; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1; Voet 47 10 2.  
<sup>85</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 320; Boberg *Law of Persons and the Family* 465; Heaton "Die tugbevoegdheid ten opsigte van kinders" 1987 *THRHR* 398 399; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 163; Spiro *Law of Parent and Child* 89; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 610; Visser & Potgieter *Familiereg* 208; Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 133; *R v Janke & Janke* 1913 TPD 382 385; *R v Muller* 1948 4 SA 848 (O) 852 859; *Germani v Herf* 1975 4 SA 887 902; *S v Lekgathe* 1982 3 SA 104 (B) 109; *S v Lewis* 1987 3 SA 24 (K) 25; *Du Preez v Conradie* 1990 (4) SA 46 (B) 51.

<sup>86</sup> *R v Janke & Janke supra* 385-386: "The general rule ... is that a parent may inflict moderate and reasonable chastisement on a child for misconduct provided that this is not done in a manner offensive to good morals or for other objects than correction and admonition ... The presumption is that such punishment has not been dictated by improper motives and the court will not lightly interfere with the discretion of parents or those empowered with a similar authority."

<sup>87</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 610; Visser & Potgieter *Familiereg* 208.

vraag of die tug redelik en matig is, word aan die hand van die volgende faktore beantwoord (wat nie 'n uitputtende lys is nie):<sup>88</sup>

- (a) die aard en erns van die oortreding;
- (b) omvang van die tug;
- (c) aard van die tugmiddel;
- (d) metode van tugtoediening;
- (e) liggaamlike en geestelike toestand van die kind tydens tug en die effek wat die tug op die kind het;
- (f) ouderdom van die kind;
- (g) geslag van die kind; en
- (h) die doel en motief van die persoon wat die tug toedien.

Dit is moontlik vir ouers om hul tugbevoegdheid te deleger aan persone soos koshuisouers of onderwysers.<sup>89</sup> Dit is nie net die toediening van die straf wat gedeleger kan word nie maar ook die besluit of en hoe getug moet word.<sup>90</sup> In *Du Preez v Conradie*<sup>91</sup> is byvoorbeeld beslis dat 'n moeder haar tugbevoegdheid, insluitend die bevoegdheid om lyfstraf toe te dien, aan die stiefvader kan deleger.

Onderwysers het vroeër in eie reg oor die bevoegdheid beskik om kinders te tug.<sup>92</sup> Hul gemeenregtelike en statutêre bevoegdheid om lyfstraf toe te pas is egter uitdruklik in terme van die Suid-Afrikaanse Skolewet afgeskaf.<sup>93</sup> Enige persoon wat die verbodsbepaling oortree, is skuldig aan 'n misdryf en by skuldigbevinding strafbaar met 'n vonnis wat vir aanranding opgelê kan word.<sup>94</sup>

Ouers wat hul tugbevoegdheid oorskry, kan siviël of strafregtelik aanspreeklik gehou word. 'n Kind kan byvoorbeeld 'n siviele eis vir skadevergoeding of genoegdoening teen die ouer

<sup>88</sup> *Du Preez v Conradie supra* 51-52. Sien ook Heaton 1987 *THRHR* 401-406.

<sup>89</sup> *Du Preez v Conradie supra* 52; Heaton 1987 *THRHR* 400-401; Labuschagne "Tugtiging van kinders: 'n strafregtelik-prinsipiële evaluasie" 1991 *De Jure* 23 30.

<sup>90</sup> Heaton 1987 *THRHR* 400. Sien ook *Du Preez v Conradie supra* 52-53.

<sup>91</sup> *Du Preez v Conradie supra* 53.

<sup>92</sup> *R v Scheepers* 1915 AD 337; *R v Liebenberg* 1917 OPD 67, *R v Schoombee* 1924 TPD 481; *R v Roux* 1932 OPD 59; *R v Theron* 1936 OPD 166; *Van der Berg v Scholtz* 1938 TPD 129; *R v Jacobs* 1941 OPD 7, *Tshabalala v Jacobs* 1942 TPD 310; *R v Le Maitre and Avenant* 1947 (4) SA 616 (C); *R v Muller supra*; *Hiltonian Society v Crofton* 1952 (3) SA 130 (AD). Sien ook *Boberg Law of Persons and the Family* 465, Heaton 1987 *THRHR* 399.

<sup>93</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 10(1). Sien ook Heaton 1987 *THRHR* 406-407 vir provinsiale onderwysordonansies en administrateurskennisgewings wat lyfstraf gereël het en Olmesdahl "Corporal punishment in schools" 1984 *SALJ* 527-544.

<sup>94</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 10(2).

instel<sup>95</sup> en strafregtelik kan 'n ouer skuldig bevind word aan aanranding<sup>96</sup> of 'n oortreding ingevolge die Wet op Kindersorg.<sup>97</sup>

### 3 2 Voogdy

Voogdy in die eng sin van die woord behels die bevoegdheid om 'n kind se boedel namens hom te administreer en om bystand by die aangaan van regshandelinge en met litigasie te verleen.<sup>98</sup>

Sedert die inwerkingtreding van die Wet op Voogdy<sup>99</sup> op 1 Maart 1994 het die vader en moeder gelyke voogdy oor kinders gebore uit hul huwelik.<sup>100</sup> Dit beteken dat elkeen, tensy daar 'n bevel tot die teendeel is, selfstandig en sonder die toestemming van die ander enige reg of bevoegdheid kan uitoefen of enige plig kan verrig wat uit die voogdy voortspruit. Tensy 'n bevoegde hof anders gelas, moet beide ouers tot die volgende regshandelinge toestemming verleen:<sup>101</sup>

- (a) die aangaan van 'n huwelik deur 'n minderjarige kind;
- (b) die aanneming van die kind;
- (c) die verwydering uit Suid-Afrika van die kind deur 'n ouer of deur iemand anders as een van die ouers;
- (d) die aansoek om 'n paspoort deur of ten behoeve van 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar,<sup>102</sup> en

<sup>95</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 465; Spiro *Law of Parent and Child* 90; Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 134; Heaton 1987 *THRHR* 408.

<sup>96</sup> Spiro *Law of Parent and Child* 90; Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 408; Heaton 1987 *THRHR* 408.

<sup>97</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 50(1)(a).

<sup>98</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 318-319; Boberg *Law of Persons and the Family* 427-428, 457-458; Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 53; Hahlo *Law of Husband and Wife* 394-396; Sinclair & Heaton *Law of Marriage* 112; Visser & Potgieter *Familiereg* 209.

<sup>99</sup> 192 van 1993. Van Heerden & Clark "Parenthood in South African Law - equality and independence? Recent developments in the law relating to guardianship" 1995 *SALJ* 140 142-143 wys daarop dat "voogdy" nie in die wet gedefinieer word nie. Tog blyk dit uit die geheel van bepalings dat voogdy in die breë sin van die woord ter sprake is.

<sup>100</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1). Sien in die algemeen Boberg *Law of Persons and the Family* 457-459; Hahlo *Law of Husband and Wife* 394-396; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 161. Sinclair & Heaton *Law of Marriage* 112-113; Spiro *Law of Parent and Child* 39-40, 47; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 595-597; Van Heerden & Clark 1995 *SALJ* 140-141, 144 vir 'n oorsig van die gemeenregtelike posisie voor die inwerkingtreding van die Wet op Voogdy 192 van 1993.

<sup>101</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2).

<sup>102</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2) soos gewysig deur die Wysigingswet op Suid-Afrikaanse Paspoorte en Reisdokumente 49 van 1997.



- (e) die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige behoort.

Uitsluitlike voogdy behels die alleenbevoegdheid van 'n ouer ten opsigte van voogdy. So 'n ouer kan in sy testament 'n derde persoon (dit wil sê iemand anders as die langsewende ouer) aanwys om na sy dood voogdy oor die kinders uit te oefen.<sup>103</sup>

Die moeder van 'n buite-egtelike kind is gemeenregtelik die voog van haar buite-egtelike kind.<sup>104</sup> Die Wet op Voogdy het geensins aan die regsposisie verander nie omdat dit slegs van toepassing op minderjarige kinders gebore uit 'n huwelik is.<sup>105</sup> Indien die moeder self minderjarig is, is haar voogde tegelykertyd ook voog oor die buite-egtelike kind.<sup>106</sup> Sou sodanige moeder deur huweliksluiting of deur 'n hofbevel meerderjarigheidstatus verkry, word sy die voog van haar buite-egtelike kind.<sup>107</sup>

Die feit dat 'n buite-egtelike kind onder die voogdy van sy moeder staan, het die volgende regsgevolge:

- (a) Die kind neem sy moeder se van aan.<sup>108</sup> Dit is wel moontlik om 'n buite-egtelike kind onder die natuurlike vader se van te registreer. Die moeder en natuurlike vader moet gesamentlik 'n versoek daartoe rig en die man moet terselfdertyd ook skriftelik erken dat hy die vader is.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 302; *Boberg Law of Persons and the Family* 459; *Hahlo Law of Husband and Wife* 395; *Spiro Law of Parent and Child* 47; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 618; *Visser & Potgieter Familiereg* 171, 210. Uitsluitlike voogdy kan in terme van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6 en die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5 toegeken word en word op 202-203 volledig bespreek.

<sup>104</sup> *Voet* 27 2 1; *Van der Linden Koopmans Handboek* 1 4 2; *Van Rooyen v Werner supra* 431; *Edwards v Fleming supra* 234-235; *Docrat v Bhayat supra* 127; *Matthews v Haswari supra* 112; *Dhanabakium v Subramanian & another supra* 166; *Rowan v Faifer supra* 710; *September v Karriem supra*; *Engar & Engar v Desai supra* 625; *Ex parte Van Dam supra* 183; *Nokoyo v AA Mutual Insurance Association Ltd supra* 155; *Samente v Minister of Police & another supra* 634; *Sesing v Minister of Police & another supra* 745; *Basetti v Louw* 1980 (2) SA 225 (W); *Douglas v Mayers* 1987 1 SA 910 (ZHC) 912-913; *W v S & others* (1) 1988 1 SA 475 (N) 490-492; *F v B supra* 953; *M v R* 1989 1 SA 416 (O) 428; *Ex parte Kedar supra* 243; *Barnard et al Persone- en Familiereg* 68; *Boberg Law of Persons and the Family* 333-334; *Davel & Jordaan Personereg* 107; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 161-162; *Kruger & Robinson in Law of Children and Young Persons* 42; *Spiro Law of Parent and Child* 452-453; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 219.

<sup>105</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1) en a 1(2).

<sup>106</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 3(1)(a).

<sup>107</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 3(2).

<sup>108</sup> Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 a 10(1)(a).

<sup>109</sup> Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 a 10(1)(b).

Waar registrasie onder die natuurlike vader se van plaasgevind het, was dit steeds moontlik vir die moeder om op enige tydstip op aansoek aan die Direkteur-Generaal van Binnelandse Sake die buite-egtelike kind se van te verander.<sup>110</sup> Die natuurlike vader se toestemming is nie vir die vansverandering vereis nie. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders<sup>111</sup> vereis nou dat die natuurlike vader wel skriftelik tot so 'n vansverandering moet toestem, tensy 'n hof vrystelling van toestemming verleen.

- (b) Net die moeder van 'n buite-egtelike kind se toestemming word tans vir die aanneming van daardie kind vereis.<sup>112</sup> Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het in sy verslag oor die regte van 'n vader ten opsigte van sy buite-egtelike kind aanbeveel dat, indien die kind vir aanneming beskikbaar gestel word, die natuurlike vader sover dit doenlik is in kennis gestel moet word van die beoogde verrigtinge. Indien hy dit verkies, behoort hy ook die geleentheid gegun te word om self die kind aan te neem.<sup>113</sup> Die aanbeveling is uiteindelik in die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders<sup>114</sup> vervat en bepaal dat 'n kinderhof nie die aannemingsbevel van 'n buite-egtelike kind sal toestaan tensy hy tevrede is dat die natuurlike vader redelike skriftelike kennis van die beoogde aanneming gegee is nie.

Die Konstitusionele Hof het in *Fraser v Children's Court, Pretoria North, and Others*<sup>115</sup> die geleentheid gehad om artikel 18(4)(d) van die Wet op Kindersorg vanuit die grondwetlike hoek te beoordeel. Die bevinding was dat die bepaling strydig met die tussentydse Grondwet<sup>116</sup> is en gevolglik ongeldig is in die mate wat die natuurlike vader se toestemming nie by die aanneming van die kind vereis word nie.<sup>117</sup> Die hof

<sup>110</sup> Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 a 25(1)(c).

<sup>111</sup> 86 van 1997 a 11.

<sup>112</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 18(4)(d). Sien Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998 wat die posisie gaan verander. Hierdie wet het nog nie in werking getree nie.

<sup>113</sup> SA Regskommissie *Verslag oor die regte van 'n vader ten opsigte van sy buite-egtelike kind* Projek 79 1984 89.

<sup>114</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 6(1). A 6 het nie met die res van die wet in werking getree nie en word deur die Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998 a 7 herroep. Hierdie wet het nog nie in werking getree nie maar sal die effek hê dat die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind ook toestemming tot die aanneming van so 'n kind moet verleen. 'n Voorbehoud sal geld in dié opsig dat dit slegs 'n natuurlike vader is wat skriftelik vaderskap erken en waarvan die identiteit en verblyfplek bekend is wie se toestemming vereis word. A 6 van die Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede reël die inhoud van kennisgewing van toestemming tot aanneming in die geval van 'n natuurlike vader.

<sup>115</sup> 1997 2 SA 261 (CC).

<sup>116</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993.

<sup>117</sup> *Fraser v Children's Court, Pretoria North, and Others supra*.

het gelas dat die Parlement die gebrek binne twee jaar vanaf die datum van die uitspraak moet regstel. Artikel 18(4)(d) van die Wet op Kindersorg geld nog steeds hangende die wysiging of die afloop van die twee jaar tydperk.<sup>118</sup>

Gemeenregtelik het 'n buite-egtelike minderjarige kind sy moeder se domisilie gevolg.<sup>119</sup> Daar is reeds in die bespreking oor domisilie daarop gewys dat daar nie meer 'n verskil is in die wyse waarop die domisilie van buite-egtelike en binne-egtelike kinders bepaal word nie.<sup>120</sup>

### 3 2 1 *Beheer oor die boedel van 'n kind*<sup>121</sup>

'n Kind kan eienaar of reghebbende van roerende en onroerende bates wees. Tog is dit die ouers wat in die uitoefening van hul ouerlike gesag al daardie bates bestuur en administreer.<sup>122</sup>

Ouers van binne-egtelike kinders is bevoeg om onafhanklik van mekaar besluite te neem en regshandelinge te verrig ten opsigte van die bestuur van hul kinders se boedel tensy daar 'n hofbevel tot die teendeel is.<sup>123</sup> Die Wet op Voogdy<sup>124</sup> bepaal ook uitdruklik dat albei ouers se toestemming vereis word vir die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan 'n kind behoort. Slegs die moeder van 'n buite-egtelike kind het ouerlike gesag oor haar kind en sy kan onafhanklik optree ten opsigte van die bestuur van daardie kind se boedel.<sup>125</sup>

'n Ouer is geregtig daarop om die inkomste van 'n kind se boedel, en indien dit onvoldoende is, ook die kapitaal vir die onderhoud en opvoeding van die kind aan te wend.<sup>126</sup> 'n Ouer kan

<sup>118</sup> *Fraser v Children's Court, Pretoria North, and Others supra*. Sien Wysigingswetsontwerp op Aannemingsaangeleenthede W80-98.

<sup>119</sup> *Govu v Stuart supra* 441-442; *Spiro Law of Parent and Child* 133; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 95.

<sup>120</sup> Sien bespreking op 149.

<sup>121</sup> Sien in die algemeen *Boberg Law of Persons and the Family* 469-526; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 164-170; *Spiro Law of Parent and Child* 94-106; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 200-204, 611-614.

<sup>122</sup> De Groot 1 6 1; Van Leeuwen *RHR* 1 13 1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 4 1; *Van der Byl & Co v Solomon* 1877 Buch 25 27; *Van Rooyen v Werner supra* 429; *Master of the Supreme Court v Castellani* 1911 TPD 763 764-765; *Ex parte Humphreys* 1921 WLD 74 75; *Rossiter v Barclays Bank* 1933 TPD 374 384; *Wood v Davies* 1934 CPD 250 255-256; *Ex parte Ansermino* 1949 (1) SA 357 259-260; *Ex parte Joubert* 1949 (2) SA 109 (O) 111-112; *Ex parte Misselbrook NO: In re Estate Misselbrook* 1961 (4) SA 382 (D) 385.

<sup>123</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1) en a 1(2).

<sup>124</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2)(e).

<sup>125</sup> Sien bespreking op 168.

<sup>126</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 2; Voet 25 3 15; Van der Keessel *Theses Selectae* 105; *Van Rooyen v Werner supra* 429. Sien ook *Boberg Law of Persons and the Family* 470, 490; *Spiro Law of Parent and Child* 101; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 612.

nie op sy kind se bates vir persoonlike gebruik<sup>127</sup> aanspraak maak of vergoeding vir die bestuur van die boedel eis nie.<sup>128</sup>

'n Ouer het 'n groot verantwoordelikheid wat aan hom opgedra word in die bestuur van 'n kind se boedel. Dit is onseker of 'n ouer dieselfde mate van sorg aan die dag moet lê as in die bestuur van sy eie sake en of daar voldoen moet word aan die standaard van 'n *bonus et diligens paterfamilias*.<sup>129</sup> Sou 'n ouer nie die mate van sorg aan die dag lê wat van hom vereis word nie kan 'n kind skadevergoeding van hom eis.<sup>130</sup>

### 3 2 1 1 Inhoudsbevoegdheid ten opsigte van die bestuur van die boedel

'n Ouer beskik oor die volgende bevoegdhede:

- (a) Geld of goedere wat 'n kind toekom, kan deur die ouer ontvang en bestuur word (onderhewig aan sekere beperkings).<sup>131</sup> Dit sluit onder andere die bevoegdheid in om geld en goedere wat aan 'n kind verskuldig is te ontvang ter voldoening van 'n skuld, kontrakte aan te gaan vir die berging en verhuring van bates en belegging van geld en bates, en betaling van onkoste verbonde aan onderhoud van 'n kind of vir die instandhouding van die kind se boedel.<sup>132</sup>

<sup>127</sup> Van der Keessel *Theses Selectae* 105; *Van Rooyen v Werner supra* 429; *Chinnia v Dunna* 1940 NPA 384 386. Sien ook *Spiro Law of Parent and Child* 96, 101; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 612.

<sup>128</sup> De Groot 1 9 11; *Van Leeuwen CF* 1 1 18 20; *Van der Keessel Theses Selectae* 156. Sien ook *Boberg Law of Persons and the Family* 471; *Spiro Law of Parent and Child* 96, 104.

<sup>129</sup> *Boberg Law of Persons and the Family* 507. Vergelyk ook *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 164 wat verwys na die standaard van 'n *bonus et diligens paterfamilias*; *Spiro Law of Parent and Child* 102-103 sê dat daar wat die administrasie van 'n kind se boedel betref nie verskil tussen 'n ouer as natuurlike voog of 'n ander voog is nie en die afleiding is dat die standaard van 'n *bonus et diligens paterfamilias* geld; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 201 voel dat 'n ouer ten minste dieselfde sorg aan die dag behoort te lê as in die administrasie van sy eie boedel.

<sup>130</sup> De Groot 1 9 7, 3 26 8; *Van Leeuwen RHR* 1 16 12, Voet 26 7 1, 27 3 12; *Van der Linden Koopmans Handboek* 1 5 3, 1 5 6; *Ex parte Pringle's Tutors* 1922 CPD 447 448; *Skead v Colonial Banking & Trust Co Ltd* 1924 TPD 497 503; *Sackville & West v Nourse* 1925 AD 516; *Rossiter v Barclays Bank supra* 383-384.

<sup>131</sup> De Groot 1 6 1; *Groenewegen De Leg Abr* 6 61; *Van Leeuwen RHR* 1 13 1; *Van der Keessel Praelectiones* 1 6 1, 1 6 3; *Van der Linden Koopmans Handboek* 1 4 1; *Van Rooyen v Werner supra* 429; *Master of the Supreme Court v Castellani supra* 764-765; *Ex parte Humphreys supra* 74 75; *Ex parte Fitzgerald* 1923 WLD 187; *Rossiter v Barclays Bank supra* 383-384; *Wood v Davis supra* 254-256; *Ex parte Ansermino supra* 359-360; *Ex parte Misselbrook NO: In re Estate Misselbrook supra* 385-396.

<sup>132</sup> *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 613.

- (b) 'n Ouer is bevoeg om die surplus inkomste van 'n kind te belê mits dit 'n veilige belegging is.<sup>133</sup>
- (c) 'n Ouer beskik oor die bevoegdheid om 'n kind se boedel te bestuur sonder die verpligting om sekuriteit te verskaf of 'n inventaris by die Meester in te dien.<sup>134</sup>

### 3 2 1 2 Beperkings op 'n ouer se bevoegdheid om 'n kind se boedel te bestuur

'n Ouer se bevoegdheid in die bestuur van sy kind se boedel is nie onbeperk nie. Die beperkings wat geld, is hoofsaaklik daarop gemik om 'n kind se eiendomsreg of ander regte in bates teen 'n ouer se onbeholpenheid, selfs oneerlikheid, te beskerm.<sup>135</sup> Die relevante beperkings is soos volg:

- (a) 'n Erfflater of skenker kan in sy testament of skenkingsakte 'n ouer van die bestuur van goedere uitsluit en 'n ander persoon benoem om die bates te bestuur.<sup>136</sup>
- (b) 'n Skenking deur 'n kind aan sy ouer is nietig.<sup>137</sup> 'n Ouer kan wel bates aan sy kind skenk en kan die skenking ook namens sy kind aanvaar.<sup>138</sup>
- (c) 'n Bemaking van geld of roerende goed aan 'n kind word op omvattende wyse deur die Boedelwet beskerm. Geld wat byvoorbeeld aan 'n minderjarige

<sup>133</sup> De Groot 1 6 1, 1 9 10, 1 9 19; Van Leeuwen *RHR* 1 16 8; Voet 26 7 9-26 7 10; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 5 3; *Van der Byl & Co v Solomon supra*; *Ex parte Pringle's Tutors supra* 447; *Sackville West v Nourse supra* 534-536; *Ex parte The Master* 1927 TPD 117 121-123; *Wood v Davis supra* 255-256; *Ex parte MacRobert NO* 1946 TPD 336; *Ex parte Van der Westhuizen* 1947 (4) SA 139 (C); *Ex parte Dowling* 1951 (3) SA 556 (T) 559-560; *Ex parte Misselbrook NO : In re Estate Misselbrook supra* 388; *Ex parte Reid* 1967 (2) SA 394 (C).

<sup>134</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 77, 78 en 83; Boberg *Law of Persons and the Family* 471; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 166.

<sup>135</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 471-507; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 166-170; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 200-204.

<sup>136</sup> Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 166, 196; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 201, 612.

<sup>137</sup> Van der Keessel *Theses Selectae* 509; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 1; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 168; Spiro *Law of Parent and Child* 144 (gewone geskenke van 'n geringe waarde soos verjaarsdaggeskenke word uitgesluit); Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 201.

<sup>138</sup> Groenewegen *De Leg Abr* 3 20 6; Van Leeuwen *CF* 1 4 12 8; Van der Keessel *Theses Selectae* 509; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 15 1; *Elliot's Trustee v Elliot* (1845) 3 M 26 91; *Thorpes Executors v Thorpes Tutor* (1886) 4 SC 488 490; *Slabber's Trustee v Neezer's Executor* (1895) 12 SC 163 167-168; *Geyer v Geyer's Trustee* (1898) 13 EDC 74; *De Kock v Van der Wall's Executors* (1899) 9 CTR 496; *Ex parte Van Aardt* 1911 TPA 532 563; *Contat v Contat* 1912 EDL 63; *Rossiter v Barclays Bank supra* 374; *Vermaak v Vermaak* 1945 CPD 89; *Buttar & another v Ault NO & others* 1950 4 SA 229 T 239; *Ex parte Hulton* 1954 1 SA 460 (K) 466-467; *Barnhoorn v Duvenage* 1964 (2) SA 486 (A) 493-

bemaak is, word nie aan die ouer uitgekeer nie tensy die testament anders bepaal of die ouer sekuriteit tot bevrediging van die Meester stel dat uitbetaling aan die kind sal plaasvind wanneer hy daarop geregtig is.<sup>139</sup>

Roerende goed wat aan 'n kind bemaak is, mag wel aan 'n ouer deur die eksekuteur van die boedel gelewer word. Die testateur kan 'n ander reëling in die testament vervat of die Meester kan gelas dat sekuriteit gestel word vir die lewering van die bates op die tydstip wat die kind daarop geregtig sal wees.<sup>140</sup>

'n Bemaking van geld of roerende goed aan 'n kind wat aan 'n vruggebruik of 'n *fideicommissum* onderworpe is, sal eers uitbetaal of gelewer word indien die vruggebruiker of *fiduciarius* sekuriteit tot bevrediging van die Meester gestel het.<sup>141</sup>

- (d) 'n Kind se eiendomsreg of ander regte op onroerende goed word ook omvattend beskerm deur sekere beperkings op ouers se optrede te plaas. Die Wet op Voogdy<sup>142</sup> vereis eerstens beide ouers van 'n binne-egtelike kind se toestemming vir die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan 'n minderjarige kind behoort. Tweedens bepaal die Boedelwet<sup>143</sup> dat onroerende goed van 'n minderjarige kind nie vervreem of met 'n verband beswaar mag word sonder die bykomende toestemming van die Meester of die hoër hof nie.
- (e) Die hoër hof as oppervoog van minderjariges kan gelas dat enige groot som geld wat 'n kind toeval by die voogdyfonds inbetaal word of tot voordeel van 'n kind deur 'n geskikte persoon of goedgekeurde onderneming in trust gehou

---

494. 'n Minderjarige kan self die skenking aanvaar. Sien ook Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 201.

<sup>139</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 43(2); *Ex parte Van Rensburg* 1972 1 SA 79 (O); *Ex parte Smith NO*; *Ex parte Meyer NO* 1976 2 SA 95 (O). Dit kan gebeur dat die eksekuteur van die boedel die geld wat 'n kind toekom by die Meester inbetaal om in die voogdyfonds te belê ingevolge die Boedelwet a 43(6). Die Boedelwet magtig uitbetalings aan 'n ouer vir die onderhoud en opvoeding van 'n kind.

<sup>140</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 43(1) en 43(2).

<sup>141</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 44.

<sup>142</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2)(e). Dit is slegs een van vyf uitsonderingsgevalle waar albei ouers se toestemming vereis word.

<sup>143</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 80(1). Die Meester kan ingevolge a 80(2)(a) toestemming tot die vervreemding van onroerende goed verleen indien die waarde daarvan nie R100 000 te bowe gaan nie en indien die vervreemding in belang van die minderjarige is. Die Meester kan ingevolge artikel 80(2)(b) toestemming tot die beswaring met 'n verband verleen indien die waarde van die verband nie R100 000 oorskry nie en die beswaring met verband nodig is vir die behoud of verbetering van daardie eiendom of om voorsiening te maak vir die onderhoud, opvoeding of ander bevoordeling van die minderjarige. Indien die waarde van die onroerende goed R100 000 te bowe gaan of die waarde van die verband R100 000 te bowe gaan, is dit die hoër hof wat bykomende toestemming moet verleen.

word.<sup>144</sup> Sodoende word die administrasie van die geldsom van ouerlike beheer uitgesluit.

### 3 2 1 3 Remedies aan 'n kind ten opsigte van die bestuur van sy boedel

*Restitutio in integrum*<sup>145</sup> is sekerlik die belangrikste regs middel wat tot 'n minderjarige se beskikking is. 'n Minderjarige kan op *restitutio in integrum* steun indien hy met die nodige bystand 'n ooreenkoms aangegaan het wat reeds by sluiting vir hom nadelig is en hy ingevolge die ooreenkoms presteer het.<sup>146</sup> Gebondenheid aan 'n kontrak veronderstel ouerlike bystand of toestemming, die ouer moes die kontrak namens die minderjarige aangegaan het of die ouer moes 'n kontrak wat 'n minderjarige aanvanklik sonder die nodige bystand gesluit het, geratifiseer het.<sup>147</sup> *Restitutio in integrum* bied die geleentheid aan 'n minderjarige om die *status quo* te herstel waar ouers se oordeel hulle in die steek gelaat het.<sup>148</sup> *Restitutio in integrum* kan ook verkry word indien 'n minderjarige met die hof se toestemming 'n kontrak aangegaan het.<sup>149</sup>

'n Ouer kan ook nie 'n kontrak namens die minderjarige aangaan wat eers in werking tree nadat hy meerderjarig geword het nie. In so 'n geval lê 'n minderjarige se remedie daarin dat die kontrak *ab initio* nietig is.<sup>150</sup>

'n Ouer wat bedrieglik optree of wat nie die nodige sorg aan die dag lê in die bestuur van 'n kind se boedel nie, kan deur die kind vir skadevergoeding aanspreeklik gehou

<sup>144</sup> *Paterson v South African Railway, and Harbours* 1931 KPA 289 301; *Niewenhuizen NO v Union & National Ins Co Ltd* 1962 1 SA 760 (W) 763; *Van Rij NO v Employers Liability Assurance Ltd* 1964 4 SA 737 (W) 740; *Moshesh NO v Marine & Trade Insurance Co Ltd* 1971 4 SA 288 (D) 289; *Roxa v Mtshayi* 1975 3 SA 761 (A) 770; *Ex parte Corsyn Consolidated Mines & another* 1980 2 SA 596 (R) 597; *Mashinini v Senator Insurance Co Ltd* 1981 1 SA 313 (W) 314; *Waji v Santam Insurance Co Ltd* 1981 1 SA 1020 (A) 1031; *Dyssel NO v Shield Insurance Co* 1982 3 SA 1084 (K) 1088. Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 166 verwys na bg beslissings as gevalle waar die ouers óf te onervare was óf nie oor die nodige kundigheid beskik het om 'n groot som geld wat 'n kind toegekóm het te administreer nie.

<sup>145</sup> Sien in die algemeen Boberg *Law of Persons and the Family* 508-516; Barnard *et al Persone-en Familiereg* 93-96; Davel & Jordaan *Personereg* 62-65; Spiro *Law of Parent and Child* 108; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 159-162.

<sup>146</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 62.

<sup>147</sup> *Van der Byl & Co v Solomon supra* 28; *Breytenbach v Frankel* 1913 AD 390 400; *Du Toit v Lotriet* 1918 OPD 99 109; *Skead v Colonial Banking and Trust Co Ltd supra* 500; *Wood v Davis supra* 258; *Fouché v Battenhausen & Co* 1939 CPD 228 233; *Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small* 1949 1 SA 856 (A) 879-880; *Edelstein v Edelstein* 1952 3 SA 1 (A) 11; *Metedad v National Employers' General Insurance Co Ltd* 1992 3 SA 538 (W) 541.

<sup>148</sup> *Wolff v Solomon's Trustee* (1895) 12 SC 42 49; *Bonne Fortune Beleggings Bpk v Kalahari Salt Works (Pty) Ltd* 1973 3 SA 739 (NK) 743; *Van Heerden v Sentrale Kunsmis Korporasie Bpk* 1973 1 SA 17 (A) 31-32; *Davidson v Bonafede* 1981 SA 501 (K) 510.

<sup>149</sup> *In re Nooitgedacht : Ex parte Wessels* (1902) 23 NLR 81 86; *De Wet v Bouver* 1919 CPD 43 47-48; *Metedad v National Employers' General Insurance Co Ltd supra* 541.

word.<sup>151</sup> Weens die besondere aard van die ouer-kind verhouding geniet die moontlikheid van so 'n aksie nie veel aandag in die regsliteratuur nie.<sup>152</sup>

### 3 2 2 *Beheer oor die regsoptrrede van 'n kind*

'n Ouer verteenwoordig sy minderjarige kind ten opsigte van sekere regshandelinge asook ten opsigte van siviele litigasie.<sup>153</sup> 'n Ouer word daarvan uitgesluit om sekere regshandelinge namens die minderjarige aan te gaan. Die rede kan wees omdat die minderjarige nie die betrokke regshandeling mag aangaan nie,<sup>154</sup> omdat die bevoegdheid kragtens wetgewing uitgesluit word,<sup>155</sup> omdat die bevoegdheid deur 'n derde uitgesluit is<sup>156</sup> of omdat die ouer self 'n belang by die regshandeling het.<sup>157</sup>

Ten opsigte van 'n persoonlike handeling soos huweliksluiting is dit die minderjarige wat in persoonlike hoedanigheid optree en nie die voog namens hom of haar nie,<sup>158</sup> terwyl ouerlike verteenwoordiging in ander gevalle weer deur die toestemming van 'n derde aangevul moet word.<sup>159</sup> Die hoër hof kan ook vervangende toestemming verleen waar 'n ouer afwesig is of onredelik toestemming weier. 'n Voorbeeld is waar een of albei ouers, die voog of die kommissaris van kindersorg toestemming tot die huwelik van 'n minderjarige weier.<sup>160</sup>

## 3 3 **Verpligting om onderhoud te verskaf**

### 3 3 1 *Aard van verpligting*

<sup>150</sup> *Du Toit v Lotriet supra; Ex parte Van der Westhuizen supra; Wood v Davies supra.*

<sup>151</sup> *Boberg Law of Persons and the Family* 507; *Spiro Law of Parent and Child* 102-103, 240.

<sup>152</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 235 maak die volgende opmerking: "The reluctance of the Dutch writers to touch upon a subject which is so likely to amount to an interference with the parental discipline or to disturb domestic tranquillity still prevails in the law of the Republic where no attempt has as yet been made to set forth and to analyse the governing principles." *Spiro Law of Parent and Child* verwys op 235 vn 19 met goedkeuring na die volgende uiteensetting van Fockema II 216: "De bepalingen, die duidelik licht geven over de rechtsbetrekkingen tusschen ouders en wettige kinderen staande huwelijk, zijn niet talrijk; wij zullen den grond hiervoor wel niet hebben te zoeken in het ontbreken van eene algemeene rechtsovertuiging hieromtrent, maar veeleer in het onnoodige van uitdrukkelijke regeling, omdat de natuurlike verhouding van zelf den weg wees."

<sup>153</sup> Sien bespreking op 131-132, 134.

<sup>154</sup> Bv huweliksluiting deur 'n minderjarige onder puberteitsouderdom of toestemming tot geslagsverkeer.

<sup>155</sup> Sien bespreking op 132-133.

<sup>156</sup> Sien bespreking op 172.

<sup>157</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 615.

<sup>158</sup> Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 614.

<sup>159</sup> Boedelwet 66 van 1965 a 80 (1) en (2).

<sup>160</sup> Huwelikswet 25 van 1961 a 25(4).



Die onderhoudsverpligting verteenwoordig 'n baie belangrike aspek van die ouer-kind verhouding. Die grondslag hiervan word soos volg deur Spiro uiteengesit:<sup>161</sup>

"The duty of parents to support their children arises *ex jure naturae et sanguinis* or out of a sense of dutifulness or *ex ratione pietatis* or *ex officio pietatis* or *ex natura necessitatis*, in short, out of a natural affection flowing from the *nexus sanguinis* ... The duty is not based on an implied contract nor on the parental power as such and may be said to exist by operation of law."

### 3 3 2 Vereistes vir die bestaan van die verpligting

Ouers is in die algemeen verplig om hul kinders te onderhou indien aan die volgende vereistes voldoen word:<sup>162</sup>

- (a) ouers oor die vermoë beskik om onderhoud te verskaf;<sup>163</sup>
- (b) kinders nie oor die vermoë beskik om hulself te onderhou nie;<sup>164</sup> en
- (c) die verhouding tussen die partye van so 'n aard is dat die reg 'n onderhoudsverpligting erken.<sup>165</sup>

Daar word in die gewone gang van sake vermoed dat 'n kind nie oor die nodige vermoë en middele beskik om homself te onderhou nie en dat ouers wel oor die nodige vermoë beskik. In die geval van 'n meerderjarige kind moet die behoefte aan onderhoud en die ouers se vermoë om daarin te voorsien eers bewys word.<sup>166</sup>

Die onderhoudsverpligting ontstaan by die geboorte van 'n kind en duur voort totdat die kind in staat is om vir homself te sorg.<sup>167</sup> Die onderhoudsverpligting bestaan onafhanklik van

<sup>161</sup> Spiro *Parent and Child* 385.

<sup>162</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 322; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 181-183; Spiro *Law of Parent and Child* 392-397; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 627; Visser & Potgieter *Familiereg* 211; *Lamb v Sack* 1974 (2) SA 670 (T); *Osman v Osman* 1992 (1) SA 751 (W).

<sup>163</sup> Spiro *Law of Parent and Child* 393; *Ncubu v National Employers General Insurance Co Ltd* 1988 (2) SA 190 (N).

<sup>164</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 7; Voet 15 1 4, 25 3 14; *In re Knoop* (1893) 10 SC 198; *Estate de Klerk v Rowan* 1922 EDL 334; *Grobler v Union Government* 1923 TPD 429; *Ford v Allen & others* 1925 TPD 5; *Waterson v Mayberry* 1934 TPD 210; *Ex parte Jacobs* 1950 (2) PH M 26 (O). Sien ook Spiro *Law of Parent and Child* 396.

<sup>165</sup> Spiro *Law of Parent and Child* 395-386 en gesag daar aangehaal.

<sup>166</sup> *Grobler v Union Government supra*; *Gildenhuis v Transvaal Hindu Educational Council* 1938 WLD 260 262-263; *Stander v Royal Exchange Assurance Co* 1962 (1) SA 454 (SWA) 455. Sien ook Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 184.

<sup>167</sup> Spiro *Law of Parent and Child* 392.

ouerlike gesag en dit kan gebeur dat daar steeds 'n onderhoudsverpligting is terwyl ouerlike gesag reeds beëindig is, byvoorbeeld deur die bereiking van meerderjarigheid deur 'n kind.<sup>168</sup>

Die onderhoudsverpligting word ook nie noodwendig deur die dood van 'n ouer beëindig nie. Solank daar aan die vereistes voldoen word, is dit moontlik dat 'n kind steeds 'n onderhoudseis teen die boedel van die oorlede ouer kan hê.<sup>169</sup> 'n Kind wat 'n erflating uit 'n ouer se boedel ontvang, moet in die eerste instansie poog om hom daaruit te onderhou. Dit is alleen indien daardie bevoordeling onvoldoende is dat daar 'n onderhoudseis teen die boedel ingestel kan word.<sup>170</sup>

### 3 3 3 *Omvang van die onderhoudsverpligting*

Die omvang van die onderhoudsverpligting is nie tot lewensnoodsaaklikhede beperk nie.<sup>171</sup> Dit behels die verskaffing van voedsel, klere, huisvesting, mediese dienste en opvoeding.<sup>172</sup> In gepaste omstandighede is 'n kind op universiteits- of ander na-skoolse opleiding geregtig.<sup>173</sup> Dié moontlikheid bestaan selfs na 'n kind meerderjarigheidsouderdom bereik het.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 2, 1 13 7; Voet 25 3 14-25 3 15; *In re Knoop supra* 199; *Davis' Tutor v Estate Davis* 1925 WLD 168 174; *Ex Parte Jordaan's Curator* 1929 OPD 168; *Richter v Richter* 1947 (3) SA 86 (W) 90-91; *Ex Parte Jacobs supra*; *Gliksman v Talekinsky* 1955 (4) SA 468 (W); *Kemp v Kemp* 1958 (3) SA 736 (D) 737-738. *Ex Parte Pienaar* 1964 (1) SA 600 (T) 607; *Kanis v Kanis* 1974 (2) SA 606 (R) 611; *Gold v Gold* 1975 (4) SA 237 (D) 240; *S v Miller* 1976 (1) SA 12 (C) 14; *Smit v Smit* 1980 *supra* 1017-1018; *In re Estate Visser* 1948 3 SA 1129 (K); *Barnard et al Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 322; *Boberg The Law of Persons and the Family* 249, 261-264; *Spiro Law of Parent and Child* 375-376, 402; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 632; *Visser & Potgieter Familiereg* 213.

<sup>169</sup> *Davis' Tutor v Estate Davis supra*; *Ex parte Zietsman : in re Estate Bastard* 1952 2 SA 16 (K); *Barnard v Miller* 1963 4 SA 426 (K); *In re Estate Visser supra*. Die onderhoudseis geniet voorrang bo die eise van legatarisse en erfgename maar nie bo die eise van moontlike skuldeisers nie. Sien ook *Spiro Law of Parent and Child* 390-391.

<sup>170</sup> *Ex parte Jacobs supra*; *Christie NO v Estate Christie* 1956 3 SA 659 (N); *Ex parte Zietsman : In re Estate Bastard supra*; *Lotz v Boedel van der Merwe* 1958 2 PH M 16 (O); *In re Estate Visser supra*.

<sup>171</sup> Voet 25 3 4. Sien ook *Chamani v Chamani* 1979 4 SA 804 (W); *Vedovato v Vedovato* 1980 1 SA 772 (T); *Smit v Smit supra*; *Mentz v Simpson* 1990 4 SA 455 (A).

<sup>172</sup> Van Leeuwen 1 13 8; Voet 25 3 4, 25 3 18; *Coetsee v Higgins* (1887) 5 ECD 352; *Gammon v McClure* 1925 CPD 137, 140-141; *Oosthuizen v Stanley* 1938 AD 322 328; *Gliksman v Talekinsky supra* 469-470; *Young v Coleman* 1956 (4) SA 213 (D) 218; *Van Vuuren v Sam* 1972 (2) SA 633 (A) 638-641; *Whittingham v Whittingham* 1974 (2) SA 636 (R) 637; *Taute v Taute* 1974 (2) SA 675 (E); *Smit v Smit supra* 1019-1020. Vir die verskaffing van onderwysopvoeding sien *Davis' Tutor v Estate Davis supra*; *Scott v Scott supra*; *Richter v Richter supra* 92; *Ex parte Insel* 1952 (1) SA 71 (T) 74; *Christie NO v Estate Christie supra* 662; *Couper v Flynn* 1975 (1) SA 778 (R) 781; *Watson v Watson* 1979 (2) SA 854 (A) 860; *Smit v Smit supra* 1019-1022.

<sup>173</sup> Voet 25 3 4; *De Groot* 1 9 9; Van Leeuwen *RHR* 1 13 7; *Scott v Scott supra* waar die volgende op 401 gesê is: "Where then the custody has been awarded to the mother at the time of a divorce the decision-whether a child should attend a university passes, in my opinion, to the mother. But of course her bare decision cannot burden the father with the obligation to provide maintenance for that purpose. Whether he should provide that maintenance is judged

Die mate waarin onderhoud verskaf word, word deur die sosiale status en die finansiële posisie van die gesin bepaal.<sup>175</sup> In die geval van 'n meerderjarige onderhoudsbehoefte kind geld dieselfde oorwegings nie en die uitgangspunt is die volgende:<sup>176</sup>

"She is entitled to get the necessaries of life taking into consideration the proper facts, such as her accustomed mode of living, her position and the means and position of her parent; but she cannot claim the luxuries that may have attended that previous scale of living. Any luxuries she may have previously enjoyed may be very much desired by her and could possibly be easily supplied by her parent; but they are not items which she is entitled in law to demand that her father shall supply."

### 3 3 4 *Persone onderhewig aan onderhoudsverpligting*

#### (a) *Binne-egtelike kinders*

Beide ouers is verplig om hul kind na vermoë te onderhou.<sup>177</sup> Die voortbestaan van die verpligting word nie geraak deur die ouers se egskeiding, of die feit dat 'n ouer nie bewaring of voogdy van 'n kind het nie of deur hertrou met 'n ander party nie.<sup>178</sup>

by considering whether such education should be regarded as part of the necessary maintenance of that child, having regard to the standard of living and income of the parents." Sien ook *Richter v Richter supra* op 92. In *re Estate Visser supra* op 1132 en 1138 het appèlregter Ogilvie Thompson geweier om vir opvoeding na matriek voorsiening te maak. In *Ex parte Insel supra* 75 was die beoogde universiteitsopleiding van 'n dertienjarige ter sprake. Ook hier het die hof geweier om die aangeleentheid te oorweeg en moes dit uitgestel word na die tyd waar toelating ter sprake sou wees. Die hof sou dan oortuig moes word dat uitgawes geregverdig is en dat die kind uit sodanige opvoeding voordeel sou trek. Sien ook *Christie NO v Estate Christie supra* 662, *Couper v Flynn supra* 781.

<sup>174</sup> *Richter v Richter supra* 92 waar beslis is dat 'n 21 jarige dogter wat reeds 'n BA graad het op onderhoud geregtig is terwyl sy as onderwyseres kwalifiseer.

<sup>175</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 7, 1 13 8; Voet 25 3 4; *Union Government v Warneke* 1911 AD 657 663; *Oosthuizen v Stanley supra* 328; *In re Estate Visser supra* 1135; *Hawthorne v Hawthorne* 1950 (3) SA 299 (C) 304; *Ex parte Insel supra* 74; *Ex parte Pienaar supra* 606-607; *Herfst v Herfst* 1964 (4) SA 127 (W); *Van Vuuren v Sam supra* 642; *Barnard et al Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 322-323; *Boberg The Law of Persons and Family Law* 258-260; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 183-194; *Spiro Law of Parent and Child* 397-402; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 631; *Visser & Potgieter Familiereg* 213.

<sup>176</sup> *Gliksman v Talekinsky supra* 470-471.

<sup>177</sup> De Groot 1 9 9; Van Leeuwen *RHR* 1 13 7-1 13 8; Voet 25 3 4-25 3 6; *Van Rooyen v Werner supra* 429; *In re Knoop supra* 199; *Union Government v Warneke supra* 663 en 668-669; *Farrell v Hankey* 1921 TPD 590 596; *Ford v Allen supra* 7; *A v M* 1930 WLA 292 293; *Fillis v Joubert Park Private Hospital Pty Ltd* 1939 TPA 234 237; *Amaneeammah v Naidoo* 1948 (3) SA 712 (D) 718-719; *In re Estate Visser supra* 1133; *Hartman v Krogscheepers* 1950 4 SA 421 (W) 423; *Woodhead v Woodhead* 1955 (3) S A 138 (SR) 140-141; *Christie NO v Estate Christie supra* 661-662; *Ferreira v Minister of Social Welfare* 1958 1 SA 93 (OD) 95; *Kemp v Kemp supra* 737-738; *S v MacDonald* 1964 (2) SA 431 (C) 433; *Herfst v Herfst supra* 130; *Buch v Buch* 1967 3 SA 83 (T) 88; *Lamb v Sack supra* 671-672; *Couper v Flynn supra* 780; *Tate v Jurado* 1976 4 SA 238 (W) 242; *Williams v Shub* 1976 4 SA 567 (K) 570; *Harwood v Harwood* 1976 4 SA 586 (K) 588; *Van der Harst v Viljoen* 1977 1 SA 795 (K) 797-798; *Jodaiken v Jodaiken* 1978 1 SA 784 (W) 788-789; *Ismail v General Accident Insurance Co SA Ltd* 1989 2 SA 468 (D) 472.

## (b) Buite-egtelike kinders

Die ouers van 'n buite-egtelike kind is verplig om die kind na vermoë te onderhou.<sup>179</sup>

Die vader se bydrae tot onderhoud word deur die moeder se lewenstandaard bepaal.<sup>180</sup>

Die natuurlike vader se onderhoudspilig word nie deur die huwelik van die moeder met 'n ander man opgehef nie.<sup>181</sup>

## (c) Aangenome kinders

'n Aangenome kind word geag om vir alle doeleindes die binne-egtelike kind van die aannemende ouers te wees.<sup>182</sup> Dit beteken dat daar 'n wederkerige

onderhoudsverpligting tussen die aannemende ouers en 'n aangenome kind is.<sup>183</sup> Die

onderhoudsverpligting wat voor aanneming tussen die natuurlike ouers en die aangenome kind bestaan het, word opgehef.<sup>184</sup>

## (d) Stiefkinders en skoonkinders

Die onderhoudsverpligting tussen ouers en kinders berus op bloedverwantskap en 'n stiefvader kan nie sonder meer verplig word om sy stiefkind te onderhou nie.<sup>185</sup>

<sup>178</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 323; Boberg *Law of Persons and the Family* 257; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 184-186. Onderhoud van kinders na egskeiding word meer volledig op 203-204 bespreek.

<sup>179</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 7, 4 37 6; Voet 25 3 5-25 3 6; *Ludekins v De Villiers* (1837) 3 M 461; *Kramer v Findlay's Executors* 1878 Buch 51; *Ex parte Leevingeld: In re Tait* (1885) 4 SC 64; *Carelse v Estate De Vries* (1906) 23 SC 532 536; *Spies' Executors v Beyers* 1908 TS 473 480-481; *Davies v Rex* 1909 AD 149 155; *L v M* 1911 PTA 946 950 en 953; *Adams v Abrahams* 1918 CPD 24 25-26; *M'Guni v M'Twali* 1923 TPD 368 370; *R v Van der Westhuizen* 1924 TPD 370 372-373; *Kalamie v Armadien* 1929 CPD 490; *A v M supra* 293-295; *R v Rantsoane* 1952 (3) SA 281 (T); *R v Mofokeng* 1954 (1) SA 487 (O); *Sursathi v Elliott* 1963 (3) SA 233 (D) 235; *S v Piisi* 1964 (4) SA 538 (T) 587; *Lamb v Sack supra* 671-673; *Tate v Jurado supra* 241; *Williams v Shub supra* 570; *Van der Harst v Viljoen supra* 798; *Secretary of Inland Revenue v Brey* 1980 (1) SA 472 (A) 480; *Sager v Bezuidenhout* 1980 (3) SA 1007 (O) 1009.

<sup>180</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 7; Voet 25 3 5; *Spiro Law of Parent and Child* 399, 454, 458; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 628; *Lamb v Sack supra* 671-672; *Tate v Jurado supra* 241.

<sup>181</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 324; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 628-629.

<sup>182</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 20(2).

<sup>183</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 77; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 602.

<sup>184</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 77; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 602.

<sup>185</sup> Van Leeuwen *RHR* 1 13 7; Voet 25 3 9-25 3 10; *Ford v Allen* 1925 TPD 5; *R v Fitzgerald* (1926) 47 NLR 445; *United Building Society v Matiwane* 1933 EDL 280 294; *Jacobs v Cape Town Municipality* 1935 CPD 474; *Campbell v Campbell* 1942 EDL 49 62; *In re Estate Visser supra* 1129; *Vaughan No v SA National Trust of Assurance Co Ltd* 1954 (3) SA 667 (C); *S v MacDonald supra* 432; *Ex parte Pienaar supra* 605; *Joffe v Lubner* 1972 (4) SA 521 (C) 524; *Wilkie-Page v Wilkie-Page* 1979 (2) SA 258 (R) 259; *Mentz v Simpson* 1990 4 SA 455 (A). Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 324; Boberg *Law of Persons and the Family* 275; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 187-188; *Spiro Law of Parent and Child* 59, 394; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 628; Visser & Potgieter

Dieselfde beginsel bring mee dat ouers ook nie 'n onderhoudsverpligting teenoor hul skoonkinders het nie.<sup>186</sup>

(e) Kinders verwek deur kunsmatige inseminasie

Indien die gamete van 'n skenker vir die kunsmatige inseminasie van 'n getroude vrou gebruik word met haar man se toestemming, word die kind wat gebore word as die wettige kind van die egpaar beskou.<sup>187</sup> Die implikasie is dat die kind as buite-egtelik beskou sal word indien die man nie toestemming verleen het nie en hy sal gevolglik nie as natuurlike vader vir onderhoud aanspreeklik wees nie.<sup>188</sup> Die skenker van gamete het in elk geval geen regte, pligte of verpligtinge teenoor 'n kind gebore as gevolg van kunsmatige bevrugting nie.<sup>189</sup>

### 3 3 5 Afdwingbaarheid van die onderhoudsverpligting

Die afdwing van 'n onderhoudsverpligting teen 'n ouer kan op een van twee maniere plaasvind.

(a) Wet op Onderhoud 23 van 1963

Die wet bied 'n eenvoudige en goedkoop manier om die onderhoudsverpligting van 'n ouer teenoor 'n kind af te dwing.<sup>190</sup> Indien 'n ouer sou versuim of weier om 'n onderhoudsbevel na te kom, is dit 'n misdryf en strafbaar met 'n boete van R4 000 of met gevangenisstraf van hoogstens een jaar (met of sonder die keuse van 'n boete).<sup>191</sup>

(b) Wet op Kindersorg 74 van 1983

---

*Familiereg* 211-212. Die praktiese effek van 'n huwelik binne gemeenskap van goedere kan meebring dat 'n stiefouer tog op die wyse 'n bedrae tot die onderhoud van 'n stiefkind lewer. Sien *Ford v Allen supra* 15-16; *R v Fitzgerald supra* 445; *R v Van Niekerk* 1940 EDL 20; *S v MacDonald supra* 433.

<sup>186</sup> Barnard *et al Persone- en Familiereg* 324; Visser & Potgieter *Familiereg* 211-212.

<sup>187</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5(1)(a).

<sup>188</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5(1)(b) skeep egter 'n vermoede dat die getroude vrou en haar man wel toestemming verleen het. Dit is as't ware 'n statutêre verordening van die gemeenregtelike stelreël "*pater est quem nuptiae demonstrant*" en die getroude man sal hom van die bewyslas moet kwyt.

<sup>189</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5(2) - behalwe waar die skenker die vrou is wat geboorte aan die kind geskenk het of die eggenoot van die getroude vrou die skenker was.

<sup>190</sup> Sien in die algemeen Barnard *et al Persone- en Familiereg* 202-204; Boberg *Law of Persons and the Family* 293-300; Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 69-72; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 189-191; Spiro *Law of Parent and Child* 419-428; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 529-531.

Slegs die ouer se onderhoudsverpligting teenoor 'n kind kan direk afgedwing word sonder om eers by die hof vir die onderhoudsbevel aansoek te doen.<sup>192</sup> Die wet bied egter die moontlikheid van kriminele vervolging van ouers wat versuim om hul kinders te onderhou. Iemand (soos 'n ouer) wat wettiglik vir die onderhoud van 'n kind verantwoordelik is en wat versuim om die kind van genoegsame voedsel, kleding, herberg en mediese behandeling te voorsien terwyl hy wel in staat is om dit te doen, is aan 'n misdryf skuldig.<sup>193</sup>

Die afdwing van die onderhoudsverpligting word meer volledig binne die konteks van inmenging met ouerlike gesag deur die staat bespreek.<sup>194</sup>

#### 4 BEËINDIGING VAN OUERLIKE GESAG

Ouerlike gesag word beëindig deur:<sup>195</sup>

- (a) die dood van 'n ouer;
- (b) die dood van 'n kind;
- (c) mondigwording van 'n kind;<sup>196</sup>
- (d) aanneming van 'n kind;
- (e) opheffing van 'n aannemingsbevel wat die effek het dat ouerlike gesag weer in die natuurlike ouer(s) vestig; en
- (f) 'n hofbevel.<sup>197</sup>

#### 5 JUDISIËLE INMENGING IN DIE OUER-KIND VERHOUDING

##### 5.1 Die hoër hof as oppervoog van minderjariges

<sup>191</sup> Wet op Onderhoud 23 van 1963 a 11.

<sup>192</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 291; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 190.

<sup>193</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 50(2) en 50(3). 'n Kind is vir doeleindes van die wet 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar.

<sup>194</sup> Sien bespreking op 209-210.

<sup>195</sup> Sien in die algemeen Barnard *et al Persone- en Familiereg* 325-326; Boberg *Law of Persons and the Family* 316-317; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 175-176; Spiro *Law of Parent and Child* 245-254; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 214.

<sup>196</sup> Dit sluit in die bereiking van meerderjarigheidsouderdom deur 'n kind, huweliksluiting van 'n minderjarige en die verlening van meerderjarigheidstatus deur die hoër hof.

Die hoër hof het gemeenregtelik as oppervoog van alle minderjariges die bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng en dit in die geheel te beëindig of slegs sekere aspekte van ouerlike gesag te beëindig.<sup>198</sup> Die gemeenregtelike bevoegdheid word tot 'n groot mate in die moderne reg in statutêre bepalings vervat. Die rol van die hof as oppervoog bly egter steeds belangrik in die geval van buite-egtelike kinders, kinders met slegs een lewende ouer of situasies waar ouers steeds saamwoon maar daar een of ander vorm van gesinskonflik bestaan.<sup>199</sup>

#### 5 1 1 Omstandighede waaronder die hof as oppervoog van minderjariges optree

Die tipe bevele wat die hof in die uitoefening van sy gemeenregtelike bevoegdheid kan verleen, is die volgende:

##### 5 1 1 1 Voogdy<sup>200</sup>

Die hoër hof het as oppervoog die bevoegdheid om 'n natuurlike voog van sy voogdy te ontnem en aan 'n ander toe te ken. In *Ex parte van Dam*<sup>201</sup> het die hof die moeder se voogdy oor haar buite-egtelike kind ontnem en aan die natuurlike vader verleen.<sup>202</sup> In *Ex parte Powrie*<sup>203</sup> was die vader in 'n koma nadat hy breinbeserings in 'n motorongeluk opgedoen het. Die kansse op herstel was skraal en die hof verleen voogdy van die kinders aan die moeder. Indien dit in die beste belang van die betrokke minderjarige is, kan die hof selfs gelas dat gesamentlike voogdy aan die natuurlike ouer en 'n derde verleen word.<sup>204</sup>

<sup>197</sup> Die bevoegdheid van die hoër hof om ouerlike gesag in die geheel of gedeeltelik op te hef word hierna op 181-214 volledig bespreek.

<sup>198</sup> Vir 'n geskiedkundige agtergrond sien Labuschagne "Die Hooggeregshof as oppervoog van minderjariges - 'n historiese perspektief" 1992 *TSAR* 353; *Boberg Law of Persons and the Family* 412 vn 2; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 620-621.

<sup>199</sup> Kruger 1994 *THRHR* 306; *Boberg Law of Persons and the Family* 420; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 176-177.

<sup>200</sup> Sien bespreking op 167-175.

<sup>201</sup> 1973 2 SA 182 (W).

<sup>202</sup> *Ex parte van Dam supra* 184. Die reëling is op grond van die versoek van die moeder getref. Sy en die natuurlike vader het 'n ooreenkoms aangegaan ingevolge waarvan hy voog van die kinders sou wees en sy die bewaring sou hê.

<sup>203</sup> 1963 1 SA 299 (W).

<sup>204</sup> *Ex parte Kedar* 1993 1 SA 242 (W). Die eerste applikant was die werkgewer van die tweede applikant, die moeder van 'n buite-egtelike kind. Die applikante wou graag die seuntjie by die plaaslike laerskool inskryf maar die skoolreëls het vereis dat die voog eiendom in die omgewing moes besit. Indien gesamentlike voogdy verleen sou word, sou die probleem oorkom kon word.

Die hof is traag om natuurlike ouers van hul voogdy te ontnem en aan 'n derde toe te ken.<sup>205</sup> Terugskouend is dit duidelik dat die howe gemeenregtelik op grond van die natuurlike vader van 'n binne-egtelike kind se gesagsposisie 'n tendens ontwikkel het om hom nie maklik van voogdy te ontnem nie - selfs al is bewaring aan die moeder toegeken en die uitoefening van ouerlike gesag sodoende verdeel.<sup>206</sup>

Dié benadering is baie duidelik in *Calitz v Calitz*<sup>207</sup> geformuleer. Weliswaar was 'n vader se reg op bewaring van sy binne-egtelike kind in gedrang maar die beginsels kan net so op voogdy toegepas word.<sup>208</sup> In dié saak het die appellant se vrou hom vir geregtelike skeiding gedagvaar en vir die bewaring van hul kind - 'n dogtertjie van twee jaar en drie maande. In die hof *a quo* kon die gronde vir geregtelike skeiding nie bewys word nie maar die hof het in elk geval beslis dat dit in die beste belang van die kind sou wees om bewaring aan die moeder toe te ken. Hierteen is geappelleer en die appèl is gehandhaaf.<sup>209</sup>

Appèlregter Tindall formuleer, in geen onduidelike terme nie, die omstandighede waarin inmenging met ouerlike gesag geregverdig sal wees:<sup>210</sup>

"In my judgment the Court has no jurisdiction where no divorce or separation authorising the separate home has been granted, to deprive the father of his custody except under the Court's powers as upper guardian of all minors to interfere with the father's custody on special grounds, such for example as danger to the child's life, health and morals ..."

Die eng reël in die *Calitz*-beslissing is later gekwalifiseer in dié opsig dat die oorwegings wat genoem is slegs voorbeelde van omstandighede is wat inmenging deur die hof sou regverdig.<sup>211</sup> Die basiese vraag is of dit in belang van die minderjarige is dat die hof moet ingryp en elke geval moet op eie meriete beoordeel

<sup>205</sup> Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 133, 170.

<sup>206</sup> Sien Hahlo *Law of Husband and Wife* 394 se opmerking: "Though the spouses are legally equals when it comes to the granting of custody or guardianship, the courts tend to prefer the mother as custodian and the father as guardian, apparently convinced that this is generally in the best interest of the child. The type of case where the courts will award guardianship to the mother is where the father refuses to perform the functions of a guardian, is irresponsible or neglectful of the interest of the child, or has left or is about to leave the country." Ook Boberg *Law of Persons and the Family* 420 verwoord 'n soortgelyke sentiment: "[T]here remains a tendency to leave *guardianship* with the father unless there is good reason to deprive him of it. The courts appear to feel that a child's interests are generally best served by allowing his father to retain guardianship irrespective of whether custody is awarded to the mother."

<sup>207</sup> 1939 AD 50.

<sup>208</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 414.

<sup>209</sup> *Calitz v Calitz supra*.

<sup>210</sup> *Calitz v Calitz supra* 63.

<sup>211</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 413; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 177; Spiro *Law of Parent and Child* 258; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 622-623; Kruger 1994 *THRHR* 309.



word.<sup>212</sup> Dieselfde oorweging sal ook geld wanneer besluit moet word of daar met die ouerlike gesag van die moeder van 'n buite-egtelike kind ingemeng moet word.<sup>213</sup>

### 5 1 1 2 Bewaring

Die hoër hof kan ook bevele verleen ten opsigte van die bewaring van minderjarige kinders. Dit is selfs moontlik dat 'n kind uit die bewaring van een of albei ouers geneem word en dat bewaring aan 'n derde toegeken word.<sup>214</sup> Die hof sal egter slegs in buitengewone omstandighede bewaring aan 'n derde party verleen.<sup>215</sup> So 'n buitengewone feitestel was aanwesig in *Ex parte Sakota*<sup>216</sup> waar die twee kinders se vader aan moord op hul moeder skuldig bevind is en twintig jaar gevangenisstraf opgelê is. Voogdy en bewaring van die twee kinders is aan 'n oom toegeken.

### 5 1 1 3 Bevele ten opsigte van die status van kinders

Die hof kan verklarende bevele uitreik wat die status van kinders raak. Daar word tans in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat enigeen van die partye, tot 'n putatiewe huwelik aansoek kan doen om 'n bevel dat die kinders binne-egtelik gebore is.<sup>217</sup> Sodanige bevel is bloot verklarend van aard en 'n erkenning van die kinders se wettige status.<sup>218</sup> *Ex parte Kommissaris van Kindersorg, Krugersdorp : In re JB*<sup>219</sup> is tekenend van die hof se bevoegdheid as oppervoog om 'n verklarende bevel uit te reik dat 'n aannemingsbevel nietig is.

<sup>212</sup> *Bam v Bhabha* 1947 4 SA 798 (A) 805-806, 809; *Van der Westhuizen v Van Wyk & another supra* 120; *Rowan v Faifer supra* 709-712; *Short v Naisby* 1955 3 SA 572 (D) 575; *September v Karriem supra* 698 waar die volgende gesê is: "It seems to me that the court as upper guardian should be given as complete a picture of the child and its needs as possible. Nothing of relevance should be excluded. For while certain aspects taken separately might appear to be of no real importance, in combination they might build up a strong case in favour of the one or other conclusion"; *Horsford v De Jager* 1959 2 SA 152 (N) 154; *Du Preez v Du Preez* 1969 3 SA 529 (D) 532-533; *Segal v Segal* 1971 4 SA 317 (K) 324; *Ex parte Van Dam supra* 193; *Petersen v Kruger supra* 174 wat tog 'n kwalifikasie byvoeg: "By 'n hof weeg die belange van die kind die swaarste, maar die regte van die ouers moet nie buite rekening gelaat word nie."

<sup>213</sup> *Rowan v Faifer supra* 711.

<sup>214</sup> *September v Karriem supra* 689; *Ex parte Kommissaris van Kindersorg, Krugersdorp : In re JB* 1973 2 SA 699 (T) 707.

<sup>215</sup> *Blume v Van Zyl and Farrell* 1945 CPD 48; *Spence-Liversedge v Byrne* 1947 (1) SA 192 (N); *Van der Westhuizen v Van Wyk supra*; *Short v Naisby supra* 575; *Horsford v De Jager supra* 154.

<sup>216</sup> 1964 (3) SA 8 (W).

<sup>217</sup> *Cronje & Heaton Vonnisbundel* 288-293; *Hahlo Law of Husband and Wife* 114; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 520.

<sup>218</sup> *M v M* 1962 2 SA 114 (GW) 117. Sien ook *Prinsloo v Prinsloo* 1958 3 SA 759 (T); *Vather v Seedat* 1974 3 SA 389 (N); *Ngubane v Ngubane* 1983 2 SA 770 (T).

<sup>219</sup> *Ex parte Kommissaris van Kindersorg, Krugersdorp : In re JB supra* 705-709.

## 5 1 1 4 Inmenging met spesifieke besluite

Die hof kan in gepaste gevalle bepaalde besluite van ouers tersyde stel en op dié wyse met die uitoefening van ouerlike gesag inmeng.<sup>220</sup> Dit is veral binne die konteks van die rol van bloedtoetse by die bewys van vaderskap waar die bevoegdheid van die hof ter sprake kom. Die vraag is naamlik of die hof as oppervoog van minderjariges met 'n besluit van 'n ouer om nie 'n kind aan bloedtoetse te onderwerp nie kan inmeng.<sup>221</sup> In *Seetal v Pravitha*<sup>222</sup> was die hof van mening dat die hof as oppervoog die bevoegdheid het om te gelas dat 'n kind bloedtoetse moet ondergaan selfs al sou dit teen die wense van 'n ouer wees. Regter Didcott beklemtoon dat die belange van die kind voorrang moet geniet en dat die hof op niks anders moet let nie.<sup>223</sup> Dié benadering ten opsigte van kinders is tot 'n groot mate in *M v R*<sup>224</sup> nagevolg alhoewel regter Kotze die beste belang van die kind nie as die enigste faktor sien nie maar as die deurslaggewende of oorheersende rigsgnoer waarteen alle ander oorwegings 'n ondergeskikte rol speel.<sup>225</sup> Volgens hom beskik die hof oor die bevoegdheid om bloedtoetse op 'n kind te gelas indien dit in die beste belang van die kind is, selfs al sou dit in konflik met 'n ouer se eie oortuigings wees.<sup>226</sup> Ook in *O v O*<sup>227</sup> huldig regter-president Friedman die standpunt dat die hof as oppervoog 'n minderjarige kan verplig om bloedtoetse te ondergaan.

In *Nell v Nell*<sup>228</sup> worstel waarnemende regter Le Roux met die vraag of die hof jurisdiksie het om bloedtoetse te gelas. Hy voeg as 'n nagedagte by dat, selfs al sou die hof wel oor die nodige jurisdiksie beskik, hy in elk geval nie die aansoek sou toestaan nie omdat dit nie in die beste belang van die kind sou wees nie.<sup>229</sup> Sy rede is die volgende:<sup>230</sup>

<sup>220</sup> Kruger 1994 *THRHR* 308; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 622.

<sup>221</sup> Sien in die algemeen Barnard *et al Persone- en Familiereg* 56-63; Davel & Jordaan *Personereg* 100-102; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 211-214; Taitz & Singh "Does the Supreme Court enjoy the inherent power to order relevant parties to submit to blood tests to establish paternity?" 1995 *THRHR* 91, 97-100; Kruger 1994 *THRHR* 803, 310-311.

<sup>222</sup> 1983 SA 827 (D) 862-863.

<sup>223</sup> *Seetal v Pravitha & another* NO 864. Op die feite was die hof van mening dat dit nie in die beste belang van die kind sou wees om bloedtoetse te gelas nie. Die moontlikheid het bestaan dat die kind buite-egtelik verklaar kon word en as gevolg daarvan bestaande onderhoud sou verbeur.

<sup>224</sup> 1989 1 SA 416 (O).

<sup>225</sup> *M v R supra* 421.

<sup>226</sup> *M v R supra* 420, 425, 427.

<sup>227</sup> 1992 4 SA 137 (C) 139.

<sup>228</sup> 1990 3 SA 889 (T).

<sup>229</sup> *Nell v Nell supra* 891.

<sup>230</sup> *Nell v Nell supra* 896.

"[A]s hy eendag meerderjarig is mag hy op die hofstukke afkom en dan sal dit 'n traumatiese ervaring vir hom wees om vas te stel dat daar onsekerheid bestaan. Indien die toetse egter gedoen word en dit blyk dat die applikant nie die vader is nie, sal die kind dalk nooit weet wie sy vader is nie."

In *S v L*<sup>231</sup> verwys regter Mullins met goedkeuring na *Coetzee v Meintjies*<sup>232</sup> waar die hof se bevoegdheede om met ouerlike gesag in te meng, uiteengesit is. Sy gevolgtrekking is dat die hof se bevoegdheede beperk is tot gevalle waar 'n ouer nie sy verantwoordelikhede nakom nie en dat die hof as oppervoog nie met 'n ouer se besluit mag inmeng bloot omdat hy van die ouer verskil nie.<sup>233</sup>

#### 5 1 1 5 Ander bevele

Die hof het uit hoofde van sy oppervoogdy die bevoegdheid om 'n *curator bonis* of 'n *curator ad litem* vir 'n minderjarige aan te stel waar die bystand van die ouer andersins nie verkry kan word nie, of selfs waar die minderjarige met sy ouers in geding wil tree.<sup>234</sup>

In *Ex parte Kropf*<sup>235</sup> het die hof toestemming tot huweliksluiting van 'n minderjarige verleen. Die vader was geestesongesteld en die moeder het die huwelik goedgekeur.<sup>236</sup> In *Ex parte Van der Linde*<sup>237</sup> was die minderjarige dogter se vader oorlede en haar moeder was oorsee. Die hof het 'n voog aangestel om bystand te verleen by die sluiting van 'n huweliksvoorwaardekontrak.

Ouers kan hul ouerlike gesag by wyse van 'n hofbevel beskerm.<sup>238</sup> Dit is ook moontlik dat die herstel van 'n kind se sorg aan sy ouers by wyse van 'n hofbevel toegestaan word.<sup>239</sup>

<sup>231</sup> 1992 3 SA 713 (OK).

<sup>232</sup> *Coetzee v Meintjies supra* 261C. Die uitgangspunt is in *H v I supra* 244, asook *L v H supra* 598 gekritiseer. Sien ook Kruger 1994 *THRHR* 310-311 se kritiek, veral omdat regter Mullins in *S v L* uit die oog verloor het dat die hof in *Coetzee v Meintjies* as geregshof opgetree het en nie as oppervoog nie.

<sup>233</sup> *S v L supra* 721. Op die feite word bevind dat bloedtoetse nie in die beste belang van die kind sal wees nie.

<sup>234</sup> Sien bespreking op 134 en gesag daar aangehaal.

<sup>235</sup> 1936 WLD 28.

<sup>236</sup> Huidiglik sal die hof vervangende toestemming ingevolge die Huwelikswet 25 van 1961 a 25 verleen.

<sup>237</sup> 1938 WLD 18.

<sup>238</sup> *Gordon v Barnard supra* 890-891; *H v I supra* 249; *L v H supra* 600.

<sup>239</sup> *Ngabe v Mahahle en 'n ander* 1984 2 SA 216 (O).

## 5 2 Statutêre bevoegdhede van die hoër hof om met ouerlike gesag in te meng

Die hoër hof het omvangryke statutêre bevoegdhede om met die uitoefening van ouerlike gesag in te meng.<sup>240</sup> In die uiteensetting van die relevante statutêre bepalings hieronder word klem gelê op die aard van inmenging en die oogmerk wat daardeur nagestreef word. Aan die hand hiervan sal vasgestel kan word of die staat 'n spesifieke model van ouerlike gesag steun, of inmenging die belange van kinders beskerm en bevorder en tot watter mate aanpassings, indien enige, nodig is om inmenging op grond van kinderregte te regverdig.

### 5 2 1 · Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953

Daar is in die gemenerereg 'n baie duidelike onderskeid getref tussen die hof se bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng waar 'n huweliksgeding ingestel of beoog is teenoor die situasie waar daar nie sprake van so 'n geding was nie.<sup>241</sup> In laasgenoemde geval was inmenging alleen geregverdig indien 'n ouer in die uitoefening van sy gesag 'n kind se lewe, gesondheid, moraal of selfs eiendomsreg oor bates bedreig het.<sup>242</sup> Die grootste gebrek van die gemenerereg in hierdie omstandighede was dat die beste belang van 'n kind nie die oorheersende oorweging was nie. Daar moes eers ondersoek ingestel word om te bepaal of inmenging met ouerlike gesag geregverdig is en dan alleen is die remedie aan die hand van die beste belang van 'n kind verleen.<sup>243</sup>

Dié gebrek is deur artikel 5 van die Wet op Huweliksaangeleenthede<sup>244</sup> reggestel. Ingevolge artikel 5(1) van die wet beskik die hof oor die bevoegdheid om op aansoek van enigeen van die geskeide ouers van 'n minderjarige kind of ouers van 'n minderjarige kind, wat geskei is of apart woon, 'n bevel ten opsigte van voogdy oor, bewaring van of toegang tot die kind te verleen wat die hof nodig ag.<sup>245</sup> Die oorwegende faktor is die beste belang van die kind en die hof kan in gepaste gevalle uitsluitlike voogdy<sup>246</sup> of uitsluitlike bewaring aan 'n ouer toeken.<sup>247</sup>

<sup>240</sup> Sien in die algemeen Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 298-307, 326-329; Boberg *Law of Persons and the Family* 421-456; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 129-137, 177-181; Spiro *Law of Parent and Child* 267-382; Visser & Potgieter *Familiereg* 165-173, 216-218; Kruger 1994 *THRHR* 304-306.

<sup>241</sup> Spiro *Law of Parent and Child* 257-259.

<sup>242</sup> *Calitz v Calitz supra* 63 en sien bespreking op 183.

<sup>243</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 413; Spiro *Law of Parent and Child* 257-259; Somarajah "Parental custody: the recent trends" 1973 *SALJ* 131 133-134.

<sup>244</sup> Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953. Sien ook Spiro *Law of Parent and Child* 332 wat die besondere artikel as die "Magna Carta" van bewaringsbevele beskryf. Sien verder Boberg *Law of Persons and the Family* 421; Somarajah 1973 *SALJ* 137.

<sup>245</sup> Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1) lui soos volg: "'n Provinsiale of plaaslike afdeling van die Hooggeregshof of 'n regter daarvan kan op aansoek van een of beide ouers van 'n minderjarige wie se ouers geskei is of apart woon, ten opsigte van die bewaring van of voogdy oor of toegang tot die minderjarige, enige bevel gee wat die hof

Die omvangryke bevoegdhede waaroor die hof nou ingevolge artikel 5 beskik, vergeleke met die eng gronde vir inmenging in die gemenerereg, bewys dat die wetgewer 'n duidelike behoefte aangespreek het. In *Hassan v Hassan*<sup>248</sup> word die oogmerk met die verordening van artikel 5 soos volg uiteengesit:<sup>249</sup>

"I consider that the legislature intended to give the court the jurisdiction which *Calitz v Calitz* [1939 AD 56] held it had not got, namely - jurisdiction to deprive the father of the custody of his minor child if it be in the interests of the minor to do so, notwithstanding the absence of any legal warrant (in the form of a decree of divorce or separation) for making a separate home. I think also that the intention of the legislature was to make the interests of the child paramount and that this is so whether the application be made by father or by mother ... whichever parent applies, the court will decide in accordance with the interest of the child."

Dit is duidelik uit die inhoud van artikel 5 dat enigeen van die gades 'n aansoek kan bring. Die moeder asook die vader van 'n buite-egtelike kind word van sodanige aansoek uitgesluit omdat die bepaling die bestaan van twee ouers veronderstel.<sup>250</sup> 'n Aansoek kan gebring word waar die gades apart woon sonder dat 'n egskeidingsgeding ingestel is of beoog word of nadat 'n egskeidingsbevel verleen is.<sup>251</sup>

## 5 2.2 Wet op Egskeiding 70 van 1979

---

goedvind, en kan in die besonder, indien dit na die hof se oordeel in belang van die minderjarige sou wees om dit te doen, die uitsluitlike voogdy oor die minderjarige (waarby inbegrepe is die bevoegdheid om tot die huwelik van die kind toe te stem) of die uitsluitlike bewaring van die minderjarige aan enigeen van die ouers toeken, en die hof kan gelas dat by die vooroorlye van die ouer aan wie uitsluitlike voogdy oor die minderjarige toegeken word, 'n ander persoon as die langsewende ouer, hetsy gesamentlik met of met uitsluiting van die langsewende ouer, die voog oor die minderjarige sal wees."

<sup>246</sup> Uitsluitlike voogdy beteken dat sodanige ouer die alleenbevoegdheid ten opsigte van voogdy het en in 'n testament 'n derde kan aanwys om na sy dood voogdy oor die kinders uit te oefen. Die hof kan ook in terme van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3) 'n bevel van uitsluitlike voogdy verleen.

<sup>247</sup> Uitsluitlike bewaring beteken dat sodanige ouer alleenbevoegdhede ten opsigte van bewaring het en in 'n testament 'n derde kan aanwys wat bewaring van die kind moet verkry. Die nie-bewarende ouer verloor nie noodwendig toegang tot die kind nie. Die hof kan ook in terme van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3) 'n bevel van uitsluitlike bewaring verleen.

<sup>248</sup> 1955 (4) SA 388 (D).

<sup>249</sup> *Hassan v Hassan supra* 393. Ook in *Fortune v Fortune* 1955 (3) SA 348 (A) 353 is die behoefte aan en die gevolg van die bepaling soos volg verduidelik: "The courts have always had power to give the custody to one or other parent; the principles on which such orders should be made have come to us from the Roman-Dutch authorities and have been developed in modern decisions. The section was apparently designed to free the court from limitations which might even at the present time be thought to exist at common law, on their freedom to treat the interests of the minor as the sole factor."

<sup>250</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 334.

<sup>251</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 336-337.

Daar word nêrens in die Wet op Egskeiding uitdruklik gestel dat die beste belang van kinders die deurslaggewende oorweging is wanneer die gevolge van egskeiding ter sprake kom nie.<sup>252</sup> Tog is dit duidelik uit die inhoud van artikel 6 van die wet dat dit die oogmerk van die wetgewer is om ten opsigte van enige bevel wat kinders raak hul beste belang as primêre oorweging voor te hou.<sup>253</sup>

Daar word eerstens as't ware twee voorwaardes gestel alvorens 'n egskeidingsbevel verleen word.<sup>254</sup>

- (a) die hof moet oortuig wees dat die voorsiening wat vir die welsyn van die kinders gemaak is bevredigend is of die beste is wat in die omstandighede bewerkstellig kan word; en
- (b) indien 'n ondersoek ingevolge die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 deur 'n gesinsadvokaat ingestel is, moet die hof die verslag en aanbevelings oorweeg.

Tweedens beskik die hof oor die bevoegdheid om, indien nodig, uit eie beweging ondersoek in te stel om te bepaal of die beste reëlings vir die kinders getref is. Die hof kan steun op verslae en getuienis van deskundiges en ander persone wat die ouers en kinders se omstandighede ken.<sup>255</sup>

Derdens het die hof wye bevoegdhede ten opsigte van die verlening van 'n geskikte bevel in verband met bewaring, voogdy, toegang en onderhoud van kinders.<sup>256</sup>

Laastens verleen die Wet op Egskeiding aan die hof die bevoegdheid om op koste van een of albei ouers 'n regsverteenvoerder aan te stel.<sup>257</sup>

<sup>252</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 302.

<sup>253</sup> Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 302. Sien ook *Shawzin v Laufer* 1968 (4) SA 657 (A) 662-663; *Zorbas v Zorbas* 1987 (3) SA 436 (W) 438.

<sup>254</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(1).

<sup>255</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(2).

<sup>256</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3). Die inhoud van a 6(3) stem wesenlik ooreen met dié van a 5(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 en lui soos volg: "'n Hof wat 'n egskeidingsbevel verleen, kan ten opsigte van die bewaring van of voogdy oor of toegang tot 'n minderjarige kind uit die huwelik, enige bevel gee wat die hof goedvind, en kan in die besonder, indien dit na die hof se oordeel in belang van so 'n minderjarige kind sou wees om dit te doen, die uitsluitlike bewaring van die minderjarige, aan enige van die ouers toeken, en die hof kan gelas dat by die vooroorlye van die ouer aan wie die uitsluitlike voogdy oor die minderjarige toegeken word, 'n ander persoon as die langsliewende ouer, hetsy gesamentlik of met uitsluiting van die langsliewende ouer, die voog oor die minderjarige sal wees."

<sup>257</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(4).

Die hof se bevoegdheede ingevolge artikel 6 van die Wet op Egskeiding moet in samehang met die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede<sup>258</sup> gesien word. Ingevolge laasgenoemde wet is dit die plig van die gesinsadvokaat om ondersoek na die belange en welsyn van kinders betrokke by 'n egskeidingsgeding in te stel. Dieselfde geld waar 'n bestaande bevel ten opsigte van bewaring, voogdy of toegang ter sprake kom.<sup>259</sup> Op grond van sodanige ondersoek word 'n verslag opgestel wat dan aan die betrokke hof voorgelê word. Die gesinsadvokaat kan ook uit eie beweging by die hof om 'n bevel aansoek doen wat hom magtig om met 'n ondersoek voort te gaan indien hy dit in belang van die minderjarige ag.<sup>260</sup>

Die inhoud van die hof se bevoegdheede ingevolge die Wet op Huweliksaangeleenthede<sup>261</sup> en die Wet op Egskeiding<sup>262</sup> stem wesenlik ooreen. In albei gevalle kom die hof se bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng slegs ter sprake waar daar geen gemeenskaplike huishouding meer bestaan nie - óf omdat die ouers apart woon, óf 'n egskeidingsbevel reeds verleen is óf omdat 'n egskeidingsgeding ingestel is. Tydens die bestaan van 'n huwelik oefen albei ouers ouerlike gesag oor hul kinders uit maar waar die gemeenskaplike huishouding beëindig word, word daar gewoonlik een of ander reëling ten opsigte van ouerlike gesag getref.<sup>263</sup>

Teen bogenoemde agtergrond word die omvang van die hof se bevoegdheede ten opsigte van elk van die betrokke fasette van ouerlike gesag bespreek.

### 5 2 2 1 Bewaring

Die ouer met bewaring het fisiese beheer en toesig oor die kind en beskik oor die bevoegdheid om besluite ten opsigte van al die inhoudelike aspekte van bewaring te neem.<sup>264</sup> 'n Ouer kan hierdie besluite neem sonder raadpleging met die ander ouer.<sup>265</sup>

<sup>258</sup>

24 van 1987.

<sup>259</sup>

Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 a 4(1).

<sup>260</sup>

Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 a 4(2).

<sup>261</sup>

37 van 1953 a 5(1).

<sup>262</sup>

70 van 1979 a 6(3).

<sup>263</sup>

Sien in die algemeen Barnard *et al* *Persone- en Familiereg* 298-307; *Boberg Law of Persons and the Family* 421-430; *Hahlo Law of Husband and Wife* 387-415; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 129-137, 177-178; *Spiro Law of Parent and Child* 272-342; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 616-620; *Van Schalkwyk Huweliksreg-Bronnebundel* 407-417; *Visser & Potgieter Familiereg* 165-173, 217.

<sup>264</sup>

Sien bespreking op 156-167 ten opsigte van die inhoud van bewaring. In *Kastan v Kastan* 1985 3 SA 235 (K) 236 word die inhoud van bewaring soos volg uiteengesit: "Custody of children involves day to day decisions and also decisions of longer and more permanent duration involving their education, training, religious upbringing, freedom of association and generally the determination of how best to ensure their good health, welfare and happiness."

'n Hof het verskillende moontlikhede<sup>266</sup> ten opsigte van die verlening van bewaring maar in die finale instansie is die deurslaggewende oorweging dat die bevel in die beste belang van die kind moet wees. In *Fletcher v Fletcher*<sup>267</sup> is die bewaring van 'n sewejarige seuntjie en 'n vyfjarige dogtertjie aan die vader verleen. Hiermee is die primêre oorweging van 'n kind se beste belang waar bewaring ter sprake is die eerste keer gesaghebbend deur die Appèlhof neergelê.<sup>268</sup> Gemeenregtelike oorwegings soos die vraag na die skuld of onskuld van 'n party by egskeiding of die voorkeur wat aan die vader as gesinshoof by bewaringsaangeleenthede verleen is, is ondergeskik aan die riglyn van 'n kind se beste belang geplaas.<sup>269</sup>

---

Sien ook *Mitchell v Mitchell* 1904 TS 128 130; *Calitz v Calitz supra* 63; *Simleit v Cunliffe* 1940 TPD 67; *Von Boetticher v Von Boetticher & Deutsches Schülerheim Alexandria* 1943 SWA 27; *Vucinovich v Vucinovich supra* 143; *Fraser v Fraser supra* 112; *Katzenellenbogen v Katzenellenbogen & Joseph* 1947 (2) SA 245 (W); *Dreyer v Lyte-Mason* 1948 (2) SA 245 (W); *Myers v Leviton* 1949 (1) SA 203 (T); *Niemeyer v De Villiers* 1951 (4) SA 100 (T); *Wolfson v Wolfson supra* 34; *Desai v Engar & Engar* 1965 (4) SA 81 (W); *Kustner v Hughes* 1970 (3) SA 622 (W); *Ben-Yishai v Ben-Yishai* 1976 (2) SA 690 (R); *Van Oudenhove v Grüber* 1981 (4) SA 857 (A). Indien die ouer wat bewaring het te sterwe kom, gaan bewaring outomaties op die ander ouer oor. Sien *Landmann v Mienie supra* 65.

<sup>265</sup> *Fraser v Fraser supra* 116; *Scott v Scott supra* 399; *Dreyer v Lyte-Mason supra* 251-252; *Niemeyer v De Villiers supra* 103-104; *Van Aswegen v Van Aswegen* 1954 1 SA 496 (O) 497; *Wolfson v Wolfson supra* 37; *Du Preez v Du Preez supra* 531; *Kustner v Hughes supra* 624-625.

<sup>266</sup> Hahlo *Law of Husband and Wife* 390. Die partye kan natuurlik self ooreenkom wie bewaring van die kinders verkry. Die hof sal dit gewoonlik goedkeur behalwe as die hof van mening is dat die ooreenkoms nie in die beste belang van die kind is nie. Die mees algemene vorm van bewaring is die enkel bevel waar bewaring slegs aan die moeder verleen word: *Milstein v Milstein* 1943 TPD 227; *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A) 134; *Dreyer v Lyte-Mason supra* 251; *Du Plessis v Van Zyl* 1951 (2) PH B24 (A); *Kritzinger v Kritzinger* 1951 (2) SA 11 (N); *Bloom v Van Christierson* 1952 (1) PH B 22 (N)); of aan die vader (*Hooper v Hooper* 1908 EDC 474; *Baskir v Baskir* 1920 EDL 19; *Van Rensburg v Van Rensburg supra*; *Katzenellenbogen v Katzenellenbogen supra* 245; *Goodrich v Botha* 1954 (2) SA 540 (A); *Mohaud v Mohaud* 1964 (4) SA 348 (T); *Mayer v Mayer* 1974 (1) PH B4 (C)); of aan 'n derde: *Blume v Van Zyl & Farrell supra* 48; *Steenkamp v Conning* 1946 (2) PH B71 (N); *Short v Naisby supra*; *Horsford v De Jager supra*; *September v Karriem supra*; *Lourens v Lourens* 1946 WLD 309; *Mauerberger v Mauerberger* 1948 (3) SA 562 (C); *Edge v Murray* 1962 (3) SA 603 (W); *Kaiser v Chambers* 1969 (4) SA 224 (C). Verdeelde bewaring beteken dat sommige kinders in die sorg van hul moeder is en ander in die sorg van hul vader is (*Painter v Painter* 1882 EDL 247; *Baart v Malan* 1990 2 SA 862 (OK) 864). Soms is dit in die beste belang van die kind om eers in die bewaring van 'n moeder te wees en na 'n sekere tydperk in die bewaring van die vader geplaas te word (*Goldsworthy v Goldsworthy* 1893 SC 139; *Lecler v Grossman* 1939 WLD 41; *Schwartz v Smollen* 1951 2 PH B26 (T)). Gesamentlike bewaring deur die ouers is ook 'n moontlikheid (*Kastan v Kastan supra* 236-237; *Venton v Venton* 1993 (1) SA 763 (D); *Corris v Corris* 1997 (2) SA 930 (W) en *V v V* 1998 (4) SA 169 (K) maar sien *Heimann v Heimann* 1948 (4) SA 926 (W); *Edwards v Edwards supra*; *Schlebusch v Schlebusch* 1988 (4) SA 548 (OK) 552 en *Pinion v Pinion* 1994 (2) SA 725 (D) waar die howe gekant was teen die verlening van so 'n bevel.

<sup>267</sup> *Fletcher v Fletcher supra* 135.

<sup>268</sup> *Fletcher v Fletcher supra* 144.

<sup>269</sup> *Spiro Law of Parent and Child* 279 verduidelik dat daar tot in 1948 nie met sekerheid na 'n regsbeginsel verwys kon word in die verlening van bewaring nie. Verskillende reëls is toegepas, soms in dieselfde saak en sonder enige aanduiding van 'n rangorde van belangrikheid. Die tendens was om bewaring aan die onskuldige gade te verleen tensy daar goeie rede was om anders in belang van die kinders te beslis. Die belange van kinders was



Die betekenis van "beste belang" is soos volg in *Van Deijl v Van Deijl*<sup>270</sup> omskryf:<sup>271</sup>

"The interests of the minor mean the welfare of the minor and the term welfare must be taken in its widest sense to include economic, social, moral and religious considerations. Emotional needs and the ties of affection must also be regarded and in the case of older children their wishes in the matter cannot be ignored."

In 'n geval van 'n egskeiding moet die beste belang van 'n kind ook binne die konteks van die Wet op Egskeiding beoordeel word. Die hof moet homself oortuig dat die reëlings oor bewaring bevredigend of die beste in die omstandighede is.<sup>272</sup> In *Willers v Serfontein*<sup>273</sup> gee waarnemende regter Steyn die volgende verduideliking:<sup>274</sup>

"Die keuse-beslissing wat deur 'n Hofuitspraak gedoen word kan nooit die betrokke jeugdige kinders uit 'n vernietigde huwelik se geluk verseker nie, maar kan slegs die maksimale sekuriteitsgevoel en beste vormingsvooruitsigte vir die kinders verseker."

'n Oorsig van relevante regspraak toon dat die howe op verskillende oorwegings steun ten einde te bepaal wat in die beste belang van 'n kind is. Gewoonlik word die bewaring van jong en van gestremde kinders aan die moeder toegeken.<sup>275</sup>

maw nie eksklusief oorweeg nie. Sornarajah 1973 *SALJ* 131-141 skets die ontwikkelingsproses vanaf die oorheersende posisie van die vader wat op bewaring geregtig was totdat die beste belang van die kind uiteindelik as oorheersende oorweging gevestig is. Sien ook *Fortune v Fortune supra* 352; *Johnson v Johnson* 1963 1 SA 162 (T) 164; *Shawzin v Laufer supra* 662; *Bailey v Bailey* 1979 3 SA 129 A 135; *Van Oudenhove v Grüber supra*; *Kastan v Kastan supra* 236; *Schlebusch v Schlebusch supra* 551; *Baart v Malan supra* 864; *Märtens v Märtens* 1991 4 SA 287 (T) 292.

270

1966 4 SA 260 (R). Volgens regter Steyn in *French v French* 1971 (4) SA 298 (W) op 298 is die volgende die primêre oorweging om te bepaal wat in 'n kind se beste belang is: "The child must feel that it is welcome, wanted and loved." Wanneer daar op grond van hierdie oorweging bepaal word watter ouer bewaring behoort te verkry, sal die geskiktheid van so 'n ouer om morele, kulturele en godsdienstige ontwikkeling aan die kind te verleen beoordeel word. Materiële oorwegings ten opsigte van die welstand van die kind is ook 'n oorweging. Laastens gee hy aan die wense van die kind op 299 erkenning: "Finally the wishes of the child will also be taken into account - with young children as a constituent element in the enquiry where they will attain a sense of security, and with more mature children a well informed judgment, albeit in a very subjective judgment of what the best interests of the child really demand."

271

*Van Deijl v Van Deijl supra* 261.

272

Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(1). Barnard *et al Persone- en Familiereg* 302 beklemtoon dat 'n hof nie 'n egskeiding kan weier indien dit onmoontlik is om bevredigende reëlings vir kinders te tref nie. Die hof moet slegs oortuig wees dat die beste moontlike reëlings in die omstandighede getref is.

273

1985 2 SA 591 (T).

274

*Willers v Serfontein supra* 595.

275

*Tabb v Tabb* 1909 TS 1033 1034; *Van Rensburg v Van Rensburg supra* 122; *Lethoo v Lethoo* 1942 OPD 148; *Scheuer v Scheuer* 1945 NPD 232 236; *Christian v Christian* 1945 TPD 434 437; *Dunsterville v Dunsterville* 1946 NPD 594; *Fortune v Fortune supra*; *Myers v Leviton supra* 204; *Tromp v Tromp* 1956 (4) SA 738 (N) 746; *Napolitano v Commissioner of Child Welfare* 1965 1 SA 742 (A) 746; *Manning v Manning* 1975 (4) SA 659 (T); *French v French supra* 299. In *Dunsterville v Dunsterville supra* 597 gee regter Broome die volgende rede vir dié besondere oorweging: "Experience goes to show that a child needs both a father and a mother, and that, if he grows up without either, he will, to some extent, be

Sornarajah<sup>276</sup> bespiegel dat die rede vir dié besondere reëling nie te vinde is in die fisiese versorging wat 'n moeder bied nie maar eerder in die emosionele behoefte van 'n jong kind aan 'n moeder. Sy sien ook in regter Broome se uitspraak in die *Dunsterville*-beslissing<sup>277</sup> erkenning van 'n psigiatriese teorie.<sup>278</sup> Die interaksie tussen die reg en die psigiatrie beteken dat daar wegbeweeg kan word van die tradisionele standpunt dat 'n skuldige ouer gestraf word deur nie bewaring van 'n kind te verkry nie.<sup>279</sup> Die Wet op Egskeiding<sup>280</sup> het wel die skuldbeginsel as vereiste vir die verlening van 'n egskeidingsbevel afgeskaf maar die mate van skuld kan wel 'n rol speel om te bepaal of 'n ouer geskik is om bewaring van 'n kind te verkry.<sup>281</sup>

Bewaring van kinders word in die algemeen eerder aan die moeder<sup>282</sup> verleen terwyl ouer seuns in hul vader se bewaring geplaas word.<sup>283</sup> Faktore soos 'n moeder se

---

psychologically handicapped. But the maternal link is forged earlier in the child's life than the paternal, and if not forged early may never be forged at all. The psychological need of a father, on the other hand, only arises later. It seems to me that if the father is awarded the custody of these young children they will in all probability, notwithstanding the loving care which they will undoubtedly receive from their paternal grandmother, grow up as motherless children, with all the attendant psychological disadvantages."

<sup>276</sup> Sornarajah 1973 *SALJ* 142.

<sup>277</sup> *Dunsterville v Dunsterville supra* 597.

<sup>278</sup> Sornarajah 1973 *SALJ* 142-143. So 'n erkenning is volgens haar verblydend omdat dit ruimte bied vir die bestudering van die interaksie tussen die reg en 'n besondere afdeling van die psigiatrie.

<sup>279</sup> Sornarajah 1973 *SALJ* 142-143; *Calitz v Calitz supra* 64: "The non-existence of the common home, brought about as it has been by the wife's unlawful desertion is not a factor which a Court of law can allow to operate in her favour on the question of the custody of the child. As the learned Judge found that she had no just ground for leaving her husband, her duty is to return to him and look after the child under his roof." Die kind waarna hier verwys is, was 'n dogtertjie wat net ouer as twee jaar was. Teen die tyd van die appèlhofuitspraak in *Fletcher v Fletcher supra* in 1948 was dit gevestigde reg dat die beste belang van die kind die deurslaggewende oorweging is en dat bewaring gevolglik ook aan die skuldige gade verleen kan word. Sien ook Hahlo *Law of Husband and Wife* 390-391.

<sup>280</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 3.

<sup>281</sup> *Fletcher v Fletcher supra* 134; *Rogers v Rogers* 1930 TPD 469; *Milstein v Milstein supra* 228-229; *Dunsterville v Dunsterville supra* 596; *Scott v Scott* 1962 (1) PH B 8 (D); *Mohaud v Mohaud* 1964 (4) SA 348 (T). Sien ook Boberg *Law of Persons and the Family* 416-417; Hahlo *Law of Husband and Wife* 390-391; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 133; Spiro *Law of Parent and Child* 280, 283; Sornarajah 1973 *SALJ* 147 wat die maatstaf soos volg stel: "But the degree of immorality must be above the ordinary transgressions of an average individual."

<sup>282</sup> *Milstein v Milstein supra*; *Fletcher v Fletcher supra* 134; *Dreyer v Lyte-Mason supra* 251; *Du Plessis v Van Zyl supra*; *Kritzinger v Kritzinger supra*; *Bloom v Van Christierson supra*; *Myers v Leviton supra* 204; Hahlo *Law of Husband and Wife* 391; Visser & Potgieter *Familiereg* 169.

<sup>283</sup> *Tromp v Tromp supra* 746; *Manning v Manning supra* 662: "[T]here comes a time ... especially in the case of boys, when, all other things being equal, they require the care and guidance of their father more than of their mother; this is especially the case when the boy is approaching the difficult age of puberty." Vergelyk egter *Shawzin v Laufer supra* waar bewaring van 'n vierjarige en 'n eenjarige seuntjie aan die moeder toegeken is. Sy het 'n tweede huwelik gesluit en die gesin wou na Kanada emigreer. Op daardie stadium was die seuns onderskeidelik tien en sewe jaar oud en sy is toegelaat om hulle saam te neem Kanada

gedrag<sup>284</sup> of haar karakter,<sup>285</sup> of die tipe huisvesting en lewensomstandighede wat 'n vader kan bied, kan die hof oortuig dat dit in die kind se beste belang is om in die vader se bewaring te wees.<sup>286</sup>

Die wense en voorkeure van kinders ten opsigte van bewaring is ook al deur die howe as 'n oorweging gebruik om te bepaal wat in hul beste belang is.<sup>287</sup> Die howe is traag om met 'n kind se bestaande omgewing in te meng tensy dit in die beste belang van 'n kind sal wees.<sup>288</sup> Die feit dat een ouer materieel beter daaraan toe is as die ander een is 'n faktor maar behoort nie die oorheersende oorweging te wees nie.<sup>289</sup>

---

toe. Die noue kontak wat hulle met hul natuurlike vader gehad, het is daarmee heeltemal beëindig.

<sup>284</sup> Sien bv *Cronje v Cronje* 1907 TS 871 waar regter Solomon die volgende op 874 sê: "But, of course, in these cases one has to consider also the moral interests of the children - whether they are likely to be contaminated morally ... If there were evidence ... to show that the defendant was a dissolute or abandoned woman, I should not hesitate to say that, notwithstanding all the other considerations, the risk of moral injury to the children would be so great that I should not be justified in taking upon myself the responsibility of saying that they should remain in the custody of the mother."

<sup>285</sup> Sien bv *Goodale v Goodale* CPD 1988-01-05 Saaknr 4847/87 soos bespreek in Hoffman & Pincus *Custody* 49-50.

<sup>286</sup> *Hooper v Hooper supra* 474; *Baskir v Baskir supra* 19; *Van Rensburg v Van Rensburg supra* 122; *Katzenellenbogen v Katzenellenbogen supra*; *Mohaud v Mohaud supra*. In die *Katzenellenbogen*-beslissing het die vader uitstekende reëlins vir die versorging en welstand van die kind getref en bewaring is aan hom toegeken. Die moeder het in 'n enkelvertrek gewoon, sy het 'n voldagwerk in 'n winkel gehad en sou die kind elke dag in die sorg van 'n bediende moes laat. In *Goodrich v Botha supra* is die bewaring van 'n enigste seun aan die vader toegeken. Een van die faktore wat 'n rol gespeel het, was die feit dat die seun op die familieplaas kon grootword waar sy vader en grootouers aan vaderskant gewoon het. Sien ook Barnard *et al Persone- en Familiereg* 303; Hahlo *Law of Husband and Wife* 393; Visser & Potgieter *Familiereg* 169.

<sup>287</sup> Sien bv *Van Deijl v Van Deijl supra* 261; *Manning v Manning supra* 661; *French v French supra* 299; *Märtens v Märtens supra*; *McCall v McCall supra* 207-208; Robinson "Die beste belang van die kind by egskeiding - enkele gedagtes na aanleiding van *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K)" 1995 *THRHR* 472 476-677. Vergelyk egter *Greenshields v Wyllie* 1989 4 SA 898 (W) waar die hof van mening was dat daar nie veel waarde geheg kan word aan die voorkeure van kinders van twaalf- en veertienjarige ouderdom nie.

<sup>288</sup> In *Dunsterville v Dunsterville supra* 597 word die belang van dié oorweging verduidelik: "A child needs, from the earliest dawn of intelligence, a stable background, if it is to have the best prospect of developing a stable character. Changes of environment, unless they are unavoidable, are therefore to be deprecated, especially where they involve an interruption of intimate personal relationships." Sien ook *Bignell v Saunders* 1936 Z(2) PH B70 (W); *Ackerman v Ackerman* 1940 CPD 16 19; *Wille v Wille* 1944 WLD 96; *Sheffield v Sheffield* 1946 (1) PH B10 (T); *Fletcher v Fletcher supra* 146; *Green v Green* 1948 (2) SA 1054 (D); *Steyn v Steyn* 1948 (3) SA 127 (T); *Shawzin v Laufer supra* 669; Boberg *Law of Persons and the Family* 425-426; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 133; Spiro *Law of Parent and Child* 250, 253; Sornarajah 1973 *SALJ* 148.

<sup>289</sup> *Shawzin v Laufer supra* 669 waar appèlregter Rumpff dit belangriker geag het vir die tienjarige en sewejarige seuns om in die bewaring van hul moeder te bly as die hoë lewenstandaard wat hul vader kon bied. Sy standpunt is soos volg: "I do not think that to be able to live in affluence is of educative value to boys of that age. [T]heir education and happiness in these formative years depend, or should depend, on other things in life." Sien ook *Van Rensburg v Van Rensburg supra*; *Katzenellenbogen v Katzenellenbogen supra*;

*McCall v McCall*<sup>290</sup> betree nuwe grond in dié opsig dat regter King van 'n lys faktore gebruik maak om te bepaal watter ouer die mees geskikte is om die fisiese, morele, emosionele en geestelike welsyn van 'n kind te verseker en te bevorder. Regter King noem dat faktore nie in volgorde van belangrikheid gelys word nie en dat sommige van die faktore kan oorvleuel.<sup>291</sup> Die relevante faktore word soos volg deur hom uiteengesit:<sup>292</sup>

- "(a) [T]he love, affection and other emotional ties which exist between parent and child and the parent's compatibility with the child;
- (b) the capabilities, character and temperament of the parent and the impact thereof on the child's needs and desires;
- (c) the ability of the parent to communicate with the child and the parent's insight into, understanding of and sensitivity to the child's feelings;
- (d) the capacity and disposition of the parent to give the child the guidance which he requires;
- (e) the ability of the parent to provide for the basic physical needs of the child, the so-called 'creature comforts', such as food, clothing, housing and the other material needs - generally speaking, the provision of economic security;
- (f) the ability of the parent to provide for the educational well-being and security of the child, both religious and secular;
- (g) the ability of the parent to provide for the child's emotional, psychological, cultural and environmental development;
- (h) the mental and physical health and moral fitness of the parent;
- (i) the stability or otherwise of the child's existing environment, having regard to the desirability of maintaining the *status quo*;
- (j) the desirability of keeping siblings together;
- (k) the child's preference, if the Court is satisfied that in the particular circumstances the child's preference should be taken into consideration;
- (l) the desirability or otherwise of applying the doctrine of same sex matching....;
- (m) any other factor which is relevant to the particular case with which the Court is concerned."

Die werkswyse wat die hof in die verlede gevolg het om te bepaal wat in die beste belang van 'n kind sal wees ten opsigte van bewaring word op een of ander wyse in die lys geïnkorporeer. Die praktiese waarde van so 'n lys lê daarin dat dit as't ware as 'n minimum standaard van oorwegings dien. Die versoeking is andersins groot dat die hof se eie persepsie van wat in 'n kind se beste belang is bloot op die een of ander

---

*Goodrich v Botha supra*; *Boberg Law of Persons and the Family* 425-426; *Spiro Law of Parent and Child* 280; *Sornarajah* 1973 *SALJ* 148.

<sup>290</sup> *McCall v McCall supra* 204-205. Sien ook *Robinson* 1995 *THRHR* 475.

<sup>291</sup> *McCall v McCall supra* 205.

<sup>292</sup> *McCall v McCall supra* 205.

wyse regverdig word.<sup>293</sup> Dit is in elk geval 'n welbekende feit dat dit moeilik is om inhoud aan die begrip "beste belang van 'n kind" te verleen en die lys van faktore skep in 'n groter mate regsekerheid.<sup>294</sup>

Vir doeleindes van die onderhawige studie is die lys van faktore in die *McCall*-beslissing om twee redes van groot belang. Eerstens word die kind se voorkeure as 'n definitiewe faktor gelys.<sup>295</sup> Tweedens word daar in die meerderheid van die faktore uitdruklik na die ouer en die kind verwys - wat daarop dui dat bewaring per slot van sake nie oor die ouer gaan nie maar oor die ouer en die kind. Die *McCall*-beslissing is daarom van belang omdat dit 'n sensitiwiteit toon vir die kind wat duidelik ook 'n rolspeler in die verlening van die bewaringsbevel is.

Sornarajah<sup>296</sup> het so lank terug as 1973 opgewonde geraak oor die hof se erkenning van psigiatriese teorieë ten einde te bepaal wat in die beste belang van 'n kind is. Twee dekades later verwoord Robinson<sup>297</sup> 'n soortgelyke sentiment en sy voorstel is dat gedragswetenskaplikes betrek word om die wense en voorkeure van kinders te evalueer. In dié verband kan met vrug kennis geneem word van 'n aantal faktore ten opsigte van bewaring wat deur Hoffman en Pincus vir oorweging deur die hof voorgelê word.<sup>298</sup>

293

Sien by Clark "Custody : the best interests of the child" 1992 *SALJ* 391 wat op 394-395 verduidelik waarom dit so ingewikkeld vir die hof is om te bepaal watter ouer bewaring van 'n kind moet verkry. Sy maak op 395 die volgende opmerking: "The best interests test is unpredictable and to some extent dependant on the subjective opinions of a judge." Dit is natuurlik nie net die regter se subjektiewe oordeel wat 'n rol kan speel nie. Die regspraktisyns wat by die egskedingsproses betrokke is, kan hul kliënte beïnvloed om 'n skikking te bereik wat nie noodwendig in die kind se beste belang is nie. Dit kan selfs 'n skikking wees wat met die regspraktisyns se persepsies van kinders se beste belange ooreenstem. Die volgende opmerking van die hof in *Van Vuuren v Van Vuuren* 1993 (1) SA 163 (T) 167 is besonder gepas: "Dit is welbekend dat, omdat so 'n skikking ook finansiële geskille tussen die partye bylê, die een party soms onbehoorlike druk op die ander party te pas mag bring om toegewings ten opsigte van of die beheer en toesig oor die kinders, of sy toegang tot die kinders, te maak. Veral tydens die huidige swak finansiële toestand, is dit ongelukkig 'n sterk versoeking, veral by 'n party wat geldelik in 'n swakker posisie staan as die ander eggenoot, om toegewings ten opsigte van die kinders te maak as teenprestasie vir 'n gunstiger skikking van finansiële aangeleenthede. Die partye se regsverteenvoerders behoort hiervoor op hulle hoede te wees en hulle nie te leen tot sulke wanpraktyke nie. Hulle plig as amptenare van die Hof is om in die eerste plek om te sien na die belange van kinders." Dit is vir regter De Villiers duidelik dat die eiseres nie met die skikkingsakte tevrede is nie en dat die belange van die kinders nie eerste gestel is nie.

294

Heaton "Some general remarks on the concept 'Best interest of the child'" 1990 *THRHR* 95; Lambiasi & Cumes "Do lawyers and psychologists have different perspectives on the criteria for the award of a child" 1987 *SALJ* 704; Clark 1992 *SALJ* 394-395.

295

*McCall v McCall supra* 205.

296

Sornarajah 1973 *SALJ* 142-143.

297

Robinson 1995 *THRHR* 477.

298

Hoffman & Pincus *Custody* 17-53. Die faktore is kortliks die volgende: die kulturele en godsdienslike omgewing van 'n kind; 'n ouer se vermoë om kinders te onderhou en

Die waarde van Hoffman en Pincus se bydrae lê daarin dat hulle elkeen van die oorwegings aan die hand van relevante regspraak bespreek.<sup>299</sup> Hulle bewys hiermee dat elkeen van die oorwegings al in 'n mindere of meerdere mate deur die hof toegepas is en dus nie net idealistiese sielkundige teorieë is nie. Hoffman en Pincus skenk ook baie spesifiek aandag aan die behoeftes van die kind. Dit is volgens hulle belangrik dat die hof as oppervoog van minderjariges elkeen van die behoeftes sal aanspreek. Die outeurs verduidelik verder:<sup>300</sup>

"The court should examine the strengths and opportunities of the parents, their personality and life-styles, the example they set their children, and their individual potential to accommodate the needs of their children. Only contingent upon this should a decision be made regarding the placement of a child."

Die hof sal natuurlik net sodanige bevinding met die hulp van deskundige getuies soos sielkundiges, psigiaters en maatskaplike werkers kan maak. Die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede<sup>301</sup> bied die raamwerk vir die betrokkenheid van kundiges anders as regsgeleerdes. Selfs die Wet op Egskeiding<sup>302</sup> bied die geleentheid aan die hof om self ondersoek in te stel na die posisie van minderjarige kinders en om deskundiges te betrek.

Die *McCall*-beslissing, die bydrae van Hoffman en Pincus tot die regsposisie ten opsigte van bewaring en statutêre bepalinge soos die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede is ligjare verwyder van die benadering in die *Calitz*-beslissing.<sup>303</sup> Die volgende opmerking van Sornarajah is nog steeds geldig in 1998:<sup>304</sup>

"[T]he law on the custody of children has been substantially affected by the changing moral attitudes of society and the increase of knowledge in the field of child psychiatry and sociology. The impact of changing

---

huisvesting te verskaf; die morele waardes van 'n ouer; die belang van 'n ondersteuningstelsel soos familie en vriende; die belang daarvan om nie 'n kind se bestaande omgewing te versteur nie; 'n liefdevolle omgewing; 'n voortgesette verhouding tussen moeder en jong kinders, veral in die geval van dogters; broers en susters moet lief nie geskei word nie; die moontlikheid dat een ouer die ander teenoor die kinders sal afspeel; slegs een ouer behoort as die finale besluitnemer oor daaglikse aktiwiteite gesien te word; 'n ouer se persoonlikheid; die wense van ouer kinders; die belang van effektiewe dissipline; en die vermoë van 'n ouer om na professionele advies te luister en nie toegang te verhinder nie. Die oorvleueling met die lys van faktore in die *McCall*-beslissing is opvallend.

<sup>299</sup> Hoffman & Pincus *Custody* 17-53.

<sup>300</sup> Hoffman & Pincus *Custody* 57-66. Die outeurs identifiseer vyf behoeftes, nl kinders se behoefte aan liefde en sekuriteit; die behoefte om gestimuleer te word; die behoefte aan goedkeuring en erkenning; die behoefte daaraan om 'n verantwoordelike sin te ontwikkel deur soms onafhanklik op te tree; en die behoefte daaraan om self ook inspraak te hê, hetsy op die sportveld, sosiaal, kultureel of waar ook al.

<sup>301</sup> 74 van 1987 a 2 en a 3.

<sup>302</sup> 70 van 1979 a 6(3).

<sup>303</sup> Sien bespreking op 183.

<sup>304</sup> Sornarajah 1973 *SALJ* 131.

social attitudes is reflected in the law, which first stressed the principle of the paramount rights of a man over his family and, later, the legal and constitutional equality of women and of the distinct interests of the children of the family."

Die hof se bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng en bewaring aan slegs een ouer of selfs aan 'n derde toe te ken, is gewis verregaand. Dit beteken dat die nie-bewarende ouer eenvoudig van al daardie inhoudelike aspekte wat met bewaring verband hou, uitgesluit word.<sup>305</sup> Die ouer wat nie bewaring het nie is steeds voog van die kind.<sup>306</sup> So 'n ouer het 'n verdere belang in dié opsig dat hy by die hof kan aansoek doen om met die ander ouer se uitoefening van ouerlike gesag in te meng. Die bewyslas rus op 'n applikant om aan te toon dat ouerlike gesag ten opsigte van bewaring nie in die beste belang van die kind uitgeoefen word nie.<sup>307</sup>

Kragtens die Wet op Egskeiding beskik die hof oor die bevoegdheid om 'n bevel by egskeiding wat onder andere met betrekking tot die bewaring van 'n kind verleen is in te trek, te wysig of selfs op te kort.<sup>308</sup> Die maatstaf is weereens die beste belang van 'n kind.<sup>309</sup> Dit blyk uit 'n oorsig van die regspraak dat die hof nie ligtelik sodanige aansoek sal toestaan nie.<sup>310</sup> Ongelukkig verskil die hof in hul benadering oor die

<sup>305</sup> *Simleit v Cunliffe supra*; *Landman v Mienie supra*; *Edelstein v Edelstein NO supra* 10; *Goodrich v Botha supra*; *Hornby v Hornby* 1954 (1) SA 498 (O); *Matthee v MacGregor, Auld & another* 1981 4 SA 637 (Z); *Boberg Law of Persons and the Family* 427; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 132; *Spiro Law of Parent and Child* 295; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 617-618.

<sup>306</sup> Sien bespreking tov voogdy op 167-175.

<sup>307</sup> *Smith v Berliner* 1944 WLA 35 57-38; *Oosthuizen v Rix* 1948 (2) PH B65 (W); *Martin v Mason* 1949 (1) PH B9 (N); *Niemeyer v De Villiers supra*; *Short v Naisby supra* 575; *Horsford v De Jager supra* 158; *French v French supra* 298-299; *Bailey v Bailey supra* 132, 135. Sien ook *Hahlo Law of Husband and Wife* 396-397; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 620.

<sup>308</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 8(1). Let ook op die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 a 4(1)(b) wat enige party of die hof in verrigtinge oor die wysiging, intrekking of opskorting van 'n bevel met betrekking tot onder andere bewaring magtig om 'n verslag van 'n gesinsadvokaat aan te vra en aan die hof voor te lê oor enige aangeleentheid wat die minderjarige kinders raak. A 4(2)(b) magtig die gesinsadvokaat om uit eie beweging so 'n ondersoek te hou. Let ook op *Hahlo Law of Husband and Wife* op 397 dat die hof selfs 'n ouer met bewaring op grond van so 'n aansoek 'n aanduiding kan gee van wat om te doen of nie te doen nie. Sien verder in die algemeen *Hahlo Law of Husband and Wife* 403-405.

<sup>309</sup> *Shawzin v Laufer supra* 662-666; *Du Preez v Du Preez supra* 531-533; *Baart v Malan supra*; *Manning v Manning supra*; *Märtens v Märtens supra*. Sien ook *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 620; *Visser & Potgieter Familiereg* 173.

<sup>310</sup> *Simleit v Cunliffe supra* 75-77; *Dreyer v Lyte-Mason supra* 252; *Myers v Leviton supra*; *Martin v Mason supra*; *Niemeyer v De Villiers supra*; *Marias v Marias* 1960 (1) SA 844 (C); *Edwards v Edwards supra*; *Kustner v Hughes supra*; *Segal v Segal supra*; *Ressell v Ressell* 1976 (1) SA 289 (W); *Nugent v Nugent* 1978 (2) SA 690 (R); *Van Oudenhove v Grüber supra* 867-868.

tipe bewysmateriaal wat voorgelê moet word om 'n wysiging in die beste belang van die kind te regverdig.<sup>311</sup>

#### 5 2 2 2 Toegang<sup>312</sup>

'n Ouer wat nie bewaring van kinders verkry het nie, het steeds 'n reg op redelike toegang<sup>313</sup> tot hulle, selfs al is sodanige reëling nie uitdruklik in 'n hofbevel vervat nie.<sup>314</sup> Die wyse waarop toegang deel van die Suid-Afrikaanse reg geword het, is insiggewend. Dit dui weer eens, soos by bewaring, op 'n geleidelike ontwikkelingsproses waar die beste belange van 'n kind duidelik eers 'n ondergeskikte rol vervul het.<sup>315</sup> Toegang het aanvanklik die oogmerk gehad om die vader as natuurlike voog van binne-egtelike kinders as't ware te troos indien hy van hul bewaring ontnem is.<sup>316</sup> Daar is gedurende die hele ontwikkelingsproses ryklik gesteun op die Engelse reg waar die regsreëls ten opsigte van toegang reeds ver ontwikkel was.<sup>317</sup>

- <sup>311</sup> Sien by *Niemeyer v De Villiers supra* op 106 waar regter Millin van mening was dat die hof van die volgende oortuig moet wees voordat daar met die bewaring van 'n ouer ingemeng word: [That there has been] an abuse by the custodian parent of his power; either that no discretion has been exercised at all, that is to say, that the actual decision has been capricious or vitiated by unreason in the sense that no reasonable person could have arrived at it or that the decision was inspired by a motive which was quite foreign to a due and proper regard for the interests of the children." *Segal v Segal supra* 323 is weer tekenend van 'n meer ruimer benadering: "In my view, even where the exercise of the right by the custodian parent to decide what is or is not in the interests of the child is not capricious or not carried out in an improper manner, or influenced by improper motives, the court must still be satisfied that such decision is not in fact, contrary to the interests of the child, and the court is entitled to enquire into that, where such decision is challenged or disputed. It is not merely a question of substituting the court's discretion for that of the custodian parent. The court must, in my view, have regard objectively to all the relevant factors and then decide whether the exercise by the custodian parent of his right of control is in fact contrary to the interests of the child. If it is then the court will, and should interfere."
- <sup>312</sup> Sien in die algemeen *Barnard et al Persone- en Familiereg* 303-304; *Hahlo Law of Husband and Wife* 397-405; *Lee & Honoré Family, Things and Succession* 134-135; *Schäfer Law of Access* 31-119; *Spiro Law of Parent and Child* 288-289, 299-301; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 617-618; *Visser & Potgieter Familiereg* 170-171.
- <sup>313</sup> *Clutton v Clutton* 1929 EDL 174; *Lecler v Crossman supra* 44; *Theron v Theron* 1939 WLD 355; *Kerr-Cross v Kerr-Cross* 1939 WLD 168, 169-170; *Vucinovich v Vucinovich supra* 143, 146; *Fraser v Fraser supra*; *Hodgkinson v Hodgkinson* 1949 1 SA 51 (E) 54; *Myers v Leviton supra*; *Fortune v Fortune supra* 354; *Marais v Marais supra* 847; *Germani v Herf supra*; *Botes v Daly* 1976 (2) SA 215 (N) 220; *Van Schoor v Van Schoor* 1976 (2) SA 600 (A) 608. Selfs waar kinders in die bewaring van 'n derde geplaas word het die ouers 'n reg op redelike toegang tensy die hof anders gelas. Sien *Lourens v Lourens supra*; *Van Schoor v Van Schoor supra*.
- <sup>314</sup> Die hof beskik ingevolge die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3) en die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1) oor die bevoegdheid om 'n bevel ten opsigte van toegang tot 'n minderjarige kind te verleen.
- <sup>315</sup> *Schäfer Law of Access* 29-30.
- <sup>316</sup> *Schäfer Law of Access* 25, 29 en gesag daar aangehaal.
- <sup>317</sup> *Schäfer Law of Access* 29.



Gewoonlik kan die ouer met bewaring bepaal hoe toegang deur die ander ouer uitgeoefen mag word.<sup>318</sup> Die inhoud van toegang sal deur die spesifieke omstandighede bepaal word.<sup>319</sup>

Waar die partye nie ooreenkoms kan bereik oor die inhoud van toegang nie, kan die hof riglyne neerlê of selfs die inhoud van toegang volledig reël.<sup>320</sup> Die deurslaggewende oorweging in 'n dispuut oor toegang is die beste belang van 'n kind. Dit is gevolglik heeltemal moontlik dat toegang sonder meer van 'n ouer weerhou kan word op grond van hierdie oorweging.<sup>321</sup> Tog is dit die vertrekpunt van die howe dat toegang slegs in hoogs uitsonderlike omstandighede van 'n ouer weerhou sal word.<sup>322</sup> Dit kan gebeur dat toegang eers op 'n later stadium verleen word, byvoorbeeld nadat die partye vir berading gegaan het.<sup>323</sup> Dit is moontlik dat verskillende vorms van toegang verleen kan word sodat 'n kind in 'n mindere of meerdere mate fisiese kontak met die nie-bewarende ouer het.<sup>324</sup>

<sup>318</sup> Sien in die algemeen Hahlo *Law of Husband and Wife* 299, Visser & Potgieter *Familiereg* 170  
<sup>319</sup> *Mitchell v Mitchell supra* 128; *Myers v Leviton supra*; *Marais v Marias supra*; *Mohaud v Mohaud supra*.

<sup>320</sup> Sien in die algemeen Schäfer *Law of Access* 44-65 wat die belangrikste faktore waarop die howe steun om die inhoud van toegang te bepaal, identifiseer. Dié faktore is kortliks die volgende: presedente; geloofsoorwegings; ras en kultuur; die wense van die kind; en die onversetlike teenstand van die ouer met bewaring. In *Schwartz v Schwartz* 1984 4 SA 467 (A) het die hof egter geweier om toegang te omskryf en dit aan die gesonde oordeel van die partye oorgelaat. In *Grobler v Grobler* 1978 (3) SA 578 (T) is die partye se ooreenkoms deur die hof gewysig. Daar is onder andere bepaal dat die nie-bewarende ouer een naweek per maand toegang tot die kind kon verkry. Die kind was nog op skool en die klousule is gekwalifiseer sodat toegang nie met skool-, godsdienstige- en sosiale aktiwiteite sou bots nie.

<sup>321</sup> Schäfer *Law of Access* 115 noem dat daar geen gerapporteerde beslissings in die Suid-Afrikaanse reg is waar toegang sonder meer geweier is nie. Hy bespreek met verwysing na Engelse regspraak op 115-118 'n aantal faktore wat kan meebring dat toegang uitgesluit word. Die faktore is die volgende: onvermoë om toegang uit te oefen sonder dat kinders daardeur benadeel sal word; verwaarlosing van kind: seksuele misbruik; ontwrigtende effek op kind; gesondheid van kind; onaanvaarbare gedrag deur die nie-bewarende ouer; vrees dat nie-bewarende ouer die kind sal verwyder en omgewingsfaktore.

<sup>322</sup> Sien bv *Duncombe v Willies* 1982 (3) SA 311 D 316-317 316-317 waar die ouer met bewaring die kinders as lidmate van die Metodiste Kerk wou grootmaak. Die vader, 'n Jehovah-getuie het geweier om 'n onderneming te gee dat hy nie die kinders met sy geloofsoortuigings sou indoktrineer in die uitoefening van toegang hangende die finale bevel nie. Op grond van sy weiering is toegang *pendente lite* geweier. Sien verder *Etherington v Etherington* 1928 CPD 320; *E v E* 1940 TPD 333; *Potgieter v Potgieter* 1943 CPD 462; *Van der Berg v Van der Berg* 1959 (4) SA 259 (W); *Van Schoor v Van Schoor supra*.

<sup>323</sup> Schäfer *Law of Access* 115.

<sup>324</sup> In *N v N* 1956 (1) PH B3 (T) is die eiseres gelas om aan die verweerder, 'n gewoontemisdadiger, onlangse foto's van 'n kind te gee by gebrek aan toegang. In *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 (2) SA 325 (W) het die hof streng voorwaardes gestel tov toegang. Die moeder, as 'n nie-bewarende ouer, was in 'n lesbiese verhouding betrokke en die oogmerk was om die kinders teen blootstelling aan die verhouding te beskerm.

'n Kind se onwilligheid om die nie-bewarende ouer te sien, is egter nie 'n grond om toegang te weier nie.<sup>325</sup> Ook hierdie standpunt is op die oog af strydig met die uitgangspunt dat toegang aan die beste belang van die kind gemeet behoort te word. 'n Verklaring kan deels daarin gevind word dat toegang in die Suid-Afrikaanse reg as die reg van die ouer gesien word en nie as die reg van die kind nie.<sup>326</sup> 'n Ander rede kan gevind word in die howe se onwilligheid om 'n kind se wense werklik met erns te bejeën.<sup>327</sup>

Dit blyk dat ouderdom 'n deurslaggewende oorweging is sonder om veel aandag aan die volwassenheid van die betrokke kind te skenk.<sup>328</sup> In *Germani v Herf*<sup>329</sup> het die hof geweier om aandag te skenk aan 'n veertienjarige seun se onwilligheid om kontak met sy vader te hê. Trouens, appèlregter Trollip se voorstel om die kind se hardnekkige weerstand te oorkom, behels die volgende:<sup>330</sup>

"I think that if first respondent (the custodian mother) adopts a firm disciplinary attitude towards the child when he refuses to submit to appellant's access, or if he persists therein, allows the appellant or the deputy sheriff to take him by the use of reasonable, moderate force, if necessary, the child's intractability will probably disappear."

<sup>325</sup> *Kotze v Kotze* 1953 (2) SA 184 (C); *Oppel v Oppel* 1973 (3) SA 675 (T); *Germani v Herf supra*.

<sup>326</sup> *Van Rooyen v Werner supra* 425; *Lecler v Grossman supra* 44; *Theron v Theron supra* 359, 360; *Landmann v Mienie supra* 62; *Hodgkinson v Hodgkinson supra* 54; *Myers v Leviton supra* 212; *Fortune v Fortune supra* 354; *Marais v Marais supra* 847; *Germani v Herf supra* 889; *Botes v Daly supra* 220. Sien ook Schäfer *Law of Access* 31-32. Vergelyk egter die volgende opmerking in *Duncombe v Willies supra* 315-316: "Courts not infrequently talk of the 'right of access' of the non-custodian parent. I prefer though this may be a difference of phraseology only, to think of the matter as being a question of the rights of children, viz their right to have access to the non-custodian parent."

<sup>327</sup> Tog het die appèlhof bv in *Germani v Herf supra* 899 verklaar dat die wense van 'n kind in ag geneem behoort te word.

<sup>328</sup> *Oppel v Oppel supra* 676 is beslis dat 'n agtjarige dogtertjie te jonk is om 'n mening oor toegang uit te spreek. In *Matthews v Matthews* 1983 4 SA 136 (SE) sê regter Van Rensburg dat die wense van 'n dertienjarige nie veel gewig dra nie maar 'n sewentienjarige se wense ernstig oorweeg behoort te word. In *Greenshields v Wyllie supra* 899 stel die hof soos volg: "At the age of 12 and 14 it is particularly difficult to know who you are and where you are going and where you belong. Everyone knows that."

<sup>329</sup> *Germani v Herf supra* 899: "[T]he child, despite appearing older than he actually is, is still young, immature in mind, impressionable and, notwithstanding his stubbornness, unable to decide for himself what is in his best interests ... Moreover, to attach such decisive importance to the child's own professed intractable attitude as the learned judge [of the court a quo] has done means that the child is thereby being allowed to frustrate access orders granted by the court as being in his best interests. That cannot be right." Selfs die getuienis van 'n psigiater dat die seun nie maklik beïnvloedbaar is nie, is deur die hof geïgnoreer. Appèlregter Trollip se subjektiewe mening het duidelik die deurslag gegee.

<sup>330</sup> *Germani v Herf supra* 900.

In *Greenshields v Wyllie*<sup>331</sup> is regter Flemming bereid om in 'n geringe mate oorweging aan die wense van kinders te skenk. Hy erken dat kinders ook mense is met hul eie persoonlikhede en hul eie emosionele voorkeure maar hul besluite kan op grond van die volgende oorwegings nie deurslaggewend wees nie.<sup>332</sup>

"At the age of 12 and 14 it is particularly difficult to know who you are and where you are going and where you belong. Everyone knows that. I may add that I have four daughters ... But the court also knows that as time goes by their own perspective changes ... It is therefore, not that the court simply ignores their desire but, as the father sometimes tells a child 'no', the court, as the children's super father, can tell both them and their father and mother 'no' when it is necessary."

In *Pommerel v Pommerel*<sup>333</sup> is die kinders se weerstand teen enige kontak met die vader nie eenvoudig geïgnoreer nie. Die terapie wat aanbeveel is, was ongelukkig onsuksesvol. Die hof was deeglik onder die indruk van moontlike psigologiese skade indien toegang afdwing sou word. Daar is gevolglik gelas dat mondelinge deskundige getuienis hieroor gelewer moes word alvorens 'n finale beslissing verleen sou word.<sup>334</sup> Die beslissing is tipies van die soort ondersoek wat behoort plaas te vind ten einde werklik die beste belange van 'n kind te laat seëvier.<sup>335</sup> Dit vereis egter dat toegang ook vanuit die kind se perspektief beoordeel moet word.

Dit is moontlik dat 'n bevel ten opsigte van toegang deur die hof ingetrek, gewysig of opgeskort kan word.<sup>336</sup>

### 5 2 2 3 Voogdy

Die effek van die Wet op Voogdy<sup>337</sup> is dat die vader en moeder van binne-egtelike kinders, selfs na egskeiding of bloot waar hulle apart woon, gelyke voogdy oor die kinders het. In die afwesigheid van 'n bevel tot die teendeel kan hulle onafhanklik van

<sup>331</sup> *Greenshields v Wyllie supra* 899. Sien ook Schäfer *Law of Access* 55.

<sup>332</sup> *Greenshields v Wyllie supra* 899.

<sup>333</sup> *Pommerel v Pommerel* SECL Saaknr 4042/86. Die twee dogters was onderskeidelik tien en twaalf jaar oud en het hulle selfs in die badkamer toegesluit in 'n poging om 'n besoek aan die vader te vermy.

<sup>334</sup> Schäfer *Law of Access* 60-61; Singh "The non-custodian parent's 'right of access': a note to the complacent" 1996 *SALJ* 170 175-176.

<sup>335</sup> Die werksaamhede van die gesinsadvokaat en gesinsraadgewers soos gereël in terme van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 kan 'n belangrike rol vervul. Kinders het tydens die ondersoek die geleentheid om hul eie voorkeure uit te spreek wat op meriete deur deskundiges geëvalueer kan word.

<sup>336</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 8(1); Hahlo *Law of Husband and Wife* 403-405.

<sup>337</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1).

mekaar enige reg, bevoegdheid of plig ten opsigte van voogdy oor die kinders uitoefen.<sup>338</sup>

Die Wet op Egskeiding<sup>339</sup> en die Wet op Huweliksaangeleenthede<sup>340</sup> verleen aan die hof die bevoegdheid om enige bevel ten opsigte van die voogdy oor kinders te verleen.<sup>341</sup> Dit is in beginsel dus moontlik dat voogdy slegs aan die moeder of slegs aan die vader verleen word.<sup>342</sup> Die statutêre bevoegdhede van die hof is wyd genoeg om voogdy van albei ouers aan 'n derde te verleen indien dit in die beste belang van 'n kind sal wees. Die traagheid wat die howe openbaar om bewaring van kinders aan 'n derde te verleen, regverdig 'n afleiding dat ouers se voogdy hulle slegs in hoogs uitsonderlike omstandighede ontnem sal word.

#### 5 2 2 4 Onderhoud<sup>343</sup>

Die egskeidingsbevel bring geen verandering aan die onderhoudsverpligting van ouers nie.<sup>344</sup> Beide moet steeds na hul vermoë hul afhanklike kinders onderhou.<sup>345</sup>

Die partye kan in hul ooreenkoms ten opsigte van voogdy, bewaring en toegang ook vir die onderhoud van hul kinders voorsiening maak. Die hof is nie aan so 'n

<sup>338</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(1), behalwe die uitsonderings in a 1(2) vermeld waar gesamentlike toestemming vereis word.

<sup>339</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3).

<sup>340</sup> Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1).

<sup>341</sup> Die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 a 4(1) maak voorsiening daarvoor dat die gesinsadvokaat ondersoek kan instel en die hof van 'n verslag en aanbevelings kan voorsien.

<sup>342</sup> Sien in die algemeen Hahlo *Law of Husband and Wife* 394; Spiro *Law of Parent and Child* 291-293. Gemeenregtelik was die vader die natuurlike voog van binne-egtelike kinders en voogdy sou slegs aan die moeder verleen word waar die vader geweier het om na sy kind se belange om te sien, onverantwoordelik of nalatig is, in die buiteland woon of op die punt is om hom daar te vestig. Sien *Hoekstra v Hoekstra* 1945 EDL 224; *Leibrandt v Leibrandt* 1946 (2) PH B78 (N); *Williams v Williams* 1946 CPD 49; *Price v Price* 1946 CPD 59; *Thompson v Thompson supra*; *Du Plooy v Du Plooy* 1949 (1) PH B15 (O); *Walters v Walters* 1949 (3) SA 906 (O); *Dempster v Dempster* 1953 (4) SA 515 (N); *Hornby v Hornby supra*; *Forbes v Forbes* 1960 (1) SA 857 (D); *Bloom v Van Christierson supra*; *Ryan v Ryan* 1961 (2) PH B49 (SR). Dieselfde beginsels sal waarskynlik na die inwerkingtreding van die Wet op Voogdy 192 van 1993 ten opsigte van albei ouers geld.

<sup>343</sup> Sien in die algemeen Barnard *et al Persone- en Familiereg* 305-308; Hahlo *Law of Husband and Wife* 407-415; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 135-137; Spiro *Law of Parent and Child* 406-417; Visser & Potgieter *Familiereg* 172-173.

<sup>344</sup> *Farrell v Hankey supra* 596; *Kemp v Kemp supra* 737; *Herfst v Herfst supra* 130; *Zimelka v Zimelka* 1990 4 SA 303 (W) 305; *Mentz v Simpson supra* 457-458; *Osman v Osman supra* 754.

<sup>345</sup> Sien bespreking op 175-181.

ooreenkoms gebonde nie en sal die inhoud daarvan aan die hand van die beste belang van 'n kind toets.<sup>346</sup>

Die Wet op Egskeiding<sup>347</sup> verleen aan die hof die bevoegdheid om 'n bevel ten opsigte van die onderhoud van 'n afhanklike kind te verleen. Die woord "afhanklike" word uitdruklik in samehang met die moontlike onderhoudsbevel vermeld, in teenstelling met 'n bevel ten opsigte van die voogdy aan, bewaring van of toegang tot 'n minderjarige kind.<sup>348</sup> Die faktore wat vir die hof relevant is om die bedrag onderhoud te bepaal, is die volgende: die ouderdom van die kind, gesondheidstoestand, opvoedkundige behoeftes, die ouers se vermoënsposisies en lewenstandaard van die gesin by egskeiding.<sup>349</sup>

Daar word gewoonlik in die onderhoudsbevel aangedui tot op watter ouderdom onderhoud verskaf moet word. In die afwesigheid van so 'n bepaling sal die onderhoudsverpligting voortduur totdat dit ingevolge 'n hofbevel ingetrek word.<sup>350</sup>

### 5 2 3 Wet op Kindersorg 74 van 1983<sup>351</sup>

Die gebruik van die woord "kind" in die Wet op Kindersorg<sup>352</sup> (hierna "die wet") moet van "kind" of "minderjarige" ingevolge die gemenerereg onderskei word. Laasgenoemde verwys na persone onder die ouderdom van een-en-twintig jaar terwyl eersgenoemde vir doeleindes van die wet 'n persoon onder die leeftyd van agtien jaar is.

<sup>346</sup> *Vincent v Vincent* 1932 WLD 205; *Carstens v De Meillon* 1940 CPD 392; Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(1).

<sup>347</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3). Die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1) maak nie vir 'n soortgelyke bevel voorsiening nie.

<sup>348</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3). Die verwysing na 'n afhanklike waar onderhoud ter sprake is, is in ooreenstemming met die beginsels van onderhoud. Die onderhoudsverpligting duur voort solank as wat 'n kind (selfs 'n meerderjarige kind) onderhoudsbehoefte is en ouers in staat is om in die behoeftes te voorsien.

<sup>349</sup> *Scott v Scott supra* 400; *Kemp v Kemp supra* 737; *Herfst v Herfst supra* 130; *Mentz v Simpson supra* 458; *Hahlo Law of Husband and Wife* 408; Van Schalkwyk *Huweliksreg-bronnebundel* 412-413. Vir die moontlikheid van universiteitsopleiding as deel van die onderhoudsbehoefte sien *Scott v Scott supra* 401 en *Mentz v Simpson supra* 459.

<sup>350</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 8(1) wat ook die moontlikheid skep dat die onderhoudsbevel opgeskort of gewysig kan word. Sien ook *Hahlo Law of Husband and Wife* 413.

<sup>351</sup> Sien in die algemeen *Barnard et al Persone- en Familiereg* 327-329; *Bosman-Swanepoel & Wessels Kindersorg*; *Robinson "Children" in LAWSA II* 275-340; *Spiro Law of Parent and Child* 343-382; *Schäfer & Schäfer in Law of Children and Young Persons* 73-94; *Van der Vyver & Joubert Persone- en Familiereg* 623-626; *Visser & Potgieter Familiereg* 216-217.

<sup>352</sup> 74 van 1983 a 1.

Elke landdroshof is 'n kinderhof vir sy regsgebied.<sup>353</sup> 'n Kinderhof is 'n eiesoortige hof in die opsig dat die prosedure in die hof volledig uiteengesit word<sup>354</sup> en die werksaamhede van die hof op die beste belange van die kind gemik is.<sup>355</sup>

Die wet het op 1 Februarie 1987 in werking getree. Die naam van die wet is vanaf die Kinderwet na die Wet op Kindersorg verander om die volgende klemverskuiwing weer te gee.<sup>356</sup>

"[T]he family is the normal social and biological structure within which the child must grow and develop. The legislation does not, therefore, focus solely on the child, or solely on the child's parent, but on both. The emphasis is, therefore, on the care of the child by the parents or by those entrusted with the custody of the child."

Die Wysigingswet op Kindersorg<sup>357</sup> verteenwoordig 'n verdere ontwikkeling in die opsig dat klem weer in 'n groter mate op die kind val.<sup>358</sup> Die Wet op Kindersorg<sup>359</sup> verleen in die eerste instansie beskerming aan kinders in die algemeen. Dit kan gevolglik gebeur dat in die verlening van beskerming daar noodwendig inbreuk op die uitoefening van ouerlike gesag gemaak word.

Waar dit byvoorbeeld in die belang van die veiligheid en welsyn van die kind is, kan die kind na 'n veiligheidsplek geneem word.<sup>360</sup> So 'n kind kan dan voor die kinderhof gebring word

<sup>353</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 5.

<sup>354</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 8.

<sup>355</sup> Bosman-Wessels & Swanepoel *Kindersorg* 20; Zaal in *Law of Persons and Young Children* 95-117; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 623: "Omdat die gemene reg nie voldoende beskerming aan minderjariges bied nie, is daar ook aanvullende statutêre bepalings in die Wet op Kindersorg 74 van 1983 aangeneem om regsbeskerming van kinders op te skerp."

<sup>356</sup> Hansard kol 6560 soos aangehaal deur Spiro *Law of Parent and Child* 350. Let ook op Robinson & Olivier "Van sorgbehoewendheid (1960) tot ouerlike geskiktheid (1983) Begin die pendulum in 1991 weer (stadig) swaai? 1991 *TRW* 125 130-131 wat na die Suid-Afrikaanse Nasionale Raad op Kinder- en Gesinsorg se besware teen die Wetsontwerp op Kindersorg verwys omdat dit die belang van die ouer bo dié van die kind stel. Versoeke dat die wetsontwerp na 'n gekose komitee verwys word, is deur die Minister van Gesondheid en Welsyn verwerp: "[E]k dink dit is nou hoog tyd dat ons nou die ouers van die kinders ook aanspreek." : Hansard 1983 kol 6778.

<sup>357</sup> 96 van 1996. Hierdie wet het op 1 April 1998 in werking getree met die uitsondering van a 2.

<sup>358</sup> Schäfer & Schäfer in *Law of Children and Young Persons* 73-75; Sloth Nielsen & Van Heerden "Proposed amendments to the Child Care Act and regulations in the context of constitutional and international law developments in South Africa" 1996 *South African Journal on Human Rights* 247; Sloth Nielsen & Van Heerden "The Child Care Amendment Act 1996 : does it improve children's rights in South Africa?" 1996 *South African Journal on Human Rights* 649.

<sup>359</sup> 74 van 1983 a 10 - a 16.

<sup>360</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 11 en a 12. A 11 maak voorsiening vir die situasie waar die hof of die kommissaris van kindersorg van omstandighede bewus word wat 'n bedreiging vir die kind se welsyn inhou. 'n Lasbrief kan dan uitgereik word om die kind na 'n veiligheidsplek te verwyder en voor die hof te bring ten einde 'n ondersoek na sy welstand te

om ondersoek na sy welstand in te stel.<sup>361</sup> Die kinderhof moet onder andere ondersoek instel of die kind 'n ouer of voog het wat nie in staat is of geskik is om bewaring van die kind te hê nie.<sup>362</sup> Die ouers kry die geleentheid in die kinderhof om hul kant van die saak te stel want dit is wesenlik hul bewaring van die kind wat in gedrang is.<sup>363</sup>

Die Wet op Kindersorg<sup>364</sup> sit die omstandighede uiteen waaronder 'n ouer of voog nie in staat of geskik is om die bewaring van 'n kind te hê nie. Die ondersoek was voor die wetswysiging ingevolge die Wysigingswet op Kindersorg 1996 ouergesentreerd en ouers moes as't ware eers "skuldig" bevind word voordat stappe geneem kon word om die kind te beskerm.<sup>365</sup> Die wysiging van die relevante bepaling ingevolge die Wysigingswet op Kindersorg<sup>366</sup> kan gevolglik verwelkom word omdat die ondersoek nou kindgesentreerd is. Dit is veral a 14(4)(aB) wat vermelding verdien en 'n kinderhof moet nou die volgende bepaal:<sup>367</sup>

- "(a B) [Of] die kind -
- (i) verlaat is of geen sigbare bestaansmiddele het nie;
  - (ii) gedrag openbaar wat nie beheer kan word deur sy of haar ouers of die persoon in wie se bewaring hy of sy is nie;
  - (iii) in omstandighede woon wat waarskynlik sy of haar verleiding, ontvoering of seksuele uitbuiting kan veroorsaak of bevorder;
  - (iv) woon in of blootgestel word aan omstandighede wat die fisiese, geestelike of maatskaplike welsyn van die kind ernstig kan skaad;
  - (v) in 'n toestand van fisiese of geestelike verwaarlosing is;
  - (vi) fisies, emosioneel of seksueel deur sy of haar ouer of voog of die persoon in wie se bewaring hy of sy is, misbruik of mishandel is; of
  - (vii) in stryd met artikel 10<sup>368</sup> onderhou word...".

---

hou. A 12 verleen die bevoegdheid aan 'n polisiebeampte, maatskaplike werker of gemagtigde beampte om sonder 'n lasbrief 'n kind na 'n veiligheidsplek te verwyder indien dit blyk dat die kind se veiligheid en welsyn bedreig word.

<sup>361</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 13.

<sup>362</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 13(3): "Die kinderhof waarvoor 'n kind ingevolge subartikel (1) of (2) gebring word, moet op die voorgeskrewe wyse ondersoek instel of die kind geen ouer of voog het nie, of 'n ouer of voog het wat nie opgespoor kan word nie, of 'n ouer of voog het of in die bewaring van 'n persoon is wat nie in staat of geskik is om die bewaring van daardie kind te hê nie."

<sup>363</sup> Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 36.

<sup>364</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 14 soos gewysig.

<sup>365</sup> Sloth Nielsen & Van Heerden 1996 *South African Journal on Human Rights* 258-260. Sien ook Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 40-43 vir 'n bespreking van die verouderde gronde.

<sup>366</sup> Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 a 5.

<sup>367</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 14(4) soos gewysig. A 14(4)(a) en 14(4)(aA) was en bly steeds kindgesentreerd. Die kinderhof moet in eg geval bepaal of die kind geen ouer of voog het nie. In lg geval moet die kinderhof bepaal of die kind 'n ouer of voog het wat nie opgespoor kan word nie.

<sup>368</sup> Sien bespreking op 158.

Dit kan ook verwelkom word dat die kinderhof nou verplig word om gebruik te maak van 'n maatskaplike werker se verslag oor die omstandighede van die kind en die ouers of voog in wie se bewaring die kind is.<sup>369</sup> Die kinderhof kan ook gelas dat 'n kind vir doeleindes van die ondersoek deur 'n sielkundige of 'n mediese beampte ondersoek word om aan die hof verslag te doen.<sup>370</sup> Die wetgewer erken hiermee dat 'n kind ook psigologies skade berokken kan word deur sy ouers.

As die kinderhof na sy ondersoek bevind dat die kind in die bewaring van 'n persoon is wat nie in staat of geskik is om die bewaring van die kind te kan hê nie, kan die hof een van 'n aantal moontlike bevale verleen.<sup>371</sup> Die hof kan byvoorbeeld gelas dat die kind in die bewaring van sy ouers moet bly maar onder toesig van 'n maatskaplike werker en onderhewig aan sekere voorwaardes.<sup>372</sup> Die hof kan ook beveel dat die kind in pleegsorg<sup>373</sup> geplaas word of na 'n kindersorg<sup>374</sup> of 'n nywerheidskool verwys word.<sup>375</sup>

Enigeen van bogenoemde bevale kan vir 'n tydperk van hoogstens twee jaar duur maar die hof kan ook 'n korter tydperk neerlê.<sup>376</sup> Volgens Bosman-Swanepoel en Wessels<sup>377</sup> sal dit geen doel dien om 'n bevel van korter as ses maande van krag te laat wees nie. 'n Tydperk van twee jaar is gewoonlik geskik om sukses met 'n rehabilitasieprogram te behaal en om die situasie te evalueer.

Indien 'n kind uit die bewaring van sy ouer of voog geneem word, gaan die bewaring en gepaardgaande bevoegdhede, met inbegrip van die tugbevoegdheid en die bevoegdheid om dissipline uit te oefen, oor op die bestuur van die inrigting waarheen die kind verwys is, of op

<sup>369</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 14(2) soos gewysig.

<sup>370</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 14(1) soos gewysig.

<sup>371</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1) soos gewysig. Sien in die algemeen *Weber v Harvey, NO and Others* 1952 3 SA 711 (T); *Ex parte Kommissaris van Kindersorg : In re Steyn Kinders* 1970 2 SA 27 (NK); *Malan v Commissioner of Child Welfare, Witbank and Others* 1973 4 SA 508 (T); *Snyder en Andere v Steenkamp and Andere* 1974 4 SA 82 (N). Die Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 a 6 vervang die inleidende woorde tot die subartikel soos volg: "'n Kinderhof wat na ondersoek ingevolge artikel 13 oortuig is dat die betrokke kind 'n sorgbehoewende kind is, kan ...". Hierdie wysiging is in ooreenstemming met die klem wat op die kind val.

<sup>372</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1)(a).

<sup>373</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1)(b). Let ook op a 40 : die geloofs- en kultuurverband van die kind en sy ouers teenoor dié van die pleegouers moet in ag geneem word.

<sup>374</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1)(c).

<sup>375</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1)(d).

<sup>376</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 16(1). Die minister kan ingevolge a 16(2) die bevel vir verdere tydperke van hoogstens twee jaar per keer verleng maar nie tot 'n datum na die kind agtienjarige ouderdom bereik het nie. In die geval waar 'n kind in 'n nywerheidskool is, beskik die Minister ingevolge a 16(3) oor die bevoegdheid om die tydperk te verleng tot aan die einde van die jaar waarin die leerling een-en-twintigjarige ouderdom bereik.

<sup>377</sup> Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg* 50-51.



die persoon in wie se bewaring die kind geplaas is.<sup>378</sup> Waar die ouer of voog bewaring van die kind behou, maar dit onder toesig van 'n maatskaplike werker geskied, moet die ouer of voog bewaring volgens die voorskrifte van die maatskaplike werker uitoefen.<sup>379</sup> Selfs al word bewaring oorgedra of andersins volgens die voorskrifte van 'n maatskaplike werker uitgeoefen, word sekere aspekte van ouerlike gesag behou. 'n Ouer of voog beskik steeds oor die bevoegdheid om oor eiendom van die kind te beskik, om toestemming tot huweliksluiting te verleen en om toestemming tot mediese behandeling of 'n operasie te verleen wat met ernstige lewensgevaar gepaard gaan.<sup>380</sup>

Die omstandighede waaronder daar van toestemming tot aanneming afgesien kan word, verteenwoordig ook inmenging met ouerlike gesag.<sup>381</sup> Tans kan daar byvoorbeeld van ouerlike toestemming afgesien word indien 'n ouer die kind verlaat het en sy verblyfplek onbekend<sup>382</sup> is of indien 'n ouer sy toestemming onredelik weerhou.<sup>383</sup> Die effek van 'n aannemingsbevel is dat alle regte en verpligtings wat tussen die kind en iemand wat voor die aanneming sy ouer was, opgehef word.<sup>384</sup> Ook in dié opsig bring die Wet op Kindersorg mee dat daar inmenging met ouerlike gesag is.

Die Wet op Kindersorg maak ook vir vervangende toestemming tot mediese behandeling van die kind voorsiening. In 'n geval waar die ouer toestemming tot mediese behandeling of 'n operasie weier of die ouer nie opgespoor kan word nie, kan die minister, indien hy oortuig is dat die behandeling of operasie noodsaaklik is, die nodige toestemming verleen.<sup>385</sup> Die mediese superintendent van 'n hospitaal kan ook vervangende toestemming verleen indien 'n operasie of mediese behandeling noodsaaklik is om 'n kind se lewe te red of om hom van 'n ernstige of blywende liggaamlike letsel of gebrek te vrywaar.<sup>386</sup> 'n Kind bo veertienjarige ouderdom kan sonder ouerlike bystand toestemming tot mediese behandeling verleen en vanaf

<sup>378</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 53(1)(a).

<sup>379</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 53(2).

<sup>380</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 53(3) en (5). Ingevolge a 53(4) kan die hoof van 'n inrigting of die persoon in wie se bewaring die kind is, in 'n noodgeval van ouerlike toestemming afstand doen.

<sup>381</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 19 soos gewysig; Kruger 1994 *THRHR* 306; Die Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998 stel ook sekere wysigings aan a 19 in die vooruitsig.

<sup>382</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 19(b)(ii). Hierdie bepaling sal gewysig word wanneer die Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998 in werking tree.

<sup>383</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 19(b)(vi).

<sup>384</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 20(1). 'n Uitsondering geld ingevolge a 17(c) van die wet wat voorsiening maak vir die aanneming van 'n kind deur 'n getroude persoon wie se gade die ouer van die kind is.

<sup>385</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(1).

<sup>386</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(2).

agtienjarige ouderdom sonder ouerlike bystand toestemming tot 'n operasie verleen.<sup>387</sup> Ook in hierdie opsig word ouerlike gesag ten opsigte van sekere besluite uitgesluit - tog is so 'n ouer steeds vir die koste verbonde aan die operasie of behandeling aanspreeklik.<sup>388</sup>

'n Ouer wat 'n kind mishandel of toelaat dat die kind mishandel word, of wat die kind verlaat of wat versuim om die kind te onderhou, kan strafregtelik vervolgd word.<sup>389</sup> In aansluiting hierby word elke tandarts, geneesheer, verpleegkundige of maatskaplike werker verplig om inligting oor mishandelde kinders of kinders wat aan 'n voedingsgebreksiekte ly aan die Direkteur-Generaal deur te gee.<sup>390</sup> Die kind kan dan na 'n veiligheidsplek of 'n hospitaal verwyder word en behandeling ontvang.<sup>391</sup>

Die Wet op Kindersorg is gerig op die beskerming van die kind binne gesinsverband. Ouerlike gesag en gesinsoutonomie moet gevolglik swig voor inmenging vanaf owerheidsweë. Die oogmerk met inmenging is optrede in die beste belang van die kind.

Die Wet op Kindersorg<sup>392</sup> soos gewysig stel dit duidelik onder watter omstandighede daar inmenging met ouerlike gesag kan plaasvind. Die gronde is nie tot fisiese mishandeling of verwaarlosing beperk nie maar sluit ook psigiese mishandeling of verwaarlosing in. Dié benadering is in ooreenstemming met ontwikkelings op die gebied van psigologiese data. Die uitbreiding<sup>393</sup> van die kategorie persone wat verplig is om inligting oor mishandelde of ondervoede kinders bekend te maak, word ook verwelkom. Dit verskerp die verantwoordelikheid van diegene wat met kinders te doen het om na hul belange om te sien. Terselfdertyd weerspieël dit ook die realiteit dat die uitoefening van ouerlike gesag nie altyd in die beste belang van 'n kind is nie en dat daar ook binne gesinsverband na die belange van kinders omgesien moet word.

<sup>387</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(4).

<sup>388</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 39(3).

<sup>389</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 50. Sien in die algemeen van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 137-149; Robinson in *LAWSA II* 278-285.

<sup>390</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 42(1) soos gewysig. Versuim om te rapporteer beteken dat so 'n persoon aan 'n misdryf skuldig is : a 42(5) soos gewysig. 'n Onderwyser, of iemand wat in diens is van of wat 'n kindersorg, versorgingsraad of skooling bestuur word nou ook betrek.

<sup>391</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 42(2) en (3) soos gewysig. Sien in die algemeen Schäfer & Schäfer in *Law of Children and Young Persons* 92; Robinson in *LAWSA II* 291. Ouers kan ook ingevolge a 42(3) behandeling ontvang en ingevolge a 42(4) bestaan die moontlikheid van ander optrede of behandeling van 'n ouer of kind.

<sup>392</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 bv a 14(4).

<sup>393</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 42(5) soos gewysig.

Een van die mees ingrypende wysigings wat deur die Wysigingswet op Kindersorg<sup>394</sup> in die vooruitsig gestel word, is die invoering van 'n kind se reg op regsverteenvoerding in enige verrigtinge voor die kinderhof. Die Wet op Kindersorg het op geen wyse vir sodanige reëlings voorsiening gemaak nie. Selfs al was die oogmerk van die wetgewer beskermend van aard, was die beskerming nie aanwesig in die kinderhof nie - veral waar daar duidelik 'n konflik van belange tussen ouer en kind was.<sup>395</sup> Die moontlikheid van regsverteenvoerding is 'n duidelike erkenning van die status van 'n kind om in eie reg sy belange te verwoord.

#### 5 2 4 *Huwelikswet 25 van 1961*

Beide ouers van 'n binne-egtelike minderjarige kind moet tot die huwelik van die kind toestemming verleen.<sup>396</sup> Die vereiste van gesamentlike toestemming geld selfs al is die ouers geskei.

Indien een of albei ouers toestemming weier, kan die minderjarige die hoër hof nader om toestemming tot huweliksluiting te verleen. Die hof kan toestemming verleen indien die ouers se weiering sonder genoegsame rede en teen die belange van die minderjarige is.<sup>397</sup> 'n Minderjarige is verskyningsbevoeg vir doeleindes van hierdie aansoek.<sup>398</sup>

Die twee maatstawwe moet aanvullend oorweeg word en die hof sal nie maklik met die ouers se besluit inmeng nie.<sup>399</sup> Die regsposisie word soos volg in *B v B* uiteengesit:<sup>400</sup>

"He [the judge] must apply his mind to the reasons for the parental refusal and must of course be 'at all times conscious of the superior advantages which the parents will have over it in the matter of so personal and intimate a decision' (Allcock's case at 420B). But the court must ultimately decide, having weighed up the reasons for the parental refusal whether by its own objective standards there is 'sufficient reason to justify the parental refusal' and in doing so it must be of paramount importance whether it will be in the best interests of the minor to allow the minor to marry."

<sup>394</sup> 98 van 1996 a 2. Hierdie artikel het nie saam met die res van die Wysigingswet in werking getree nie. Sien ook Zaal "When should children be legally represented in care proceedings? An application of section 28(1)(h) of the 1996 Constitution" 1996 *SALJ* 334; Zaal *Do Children Need Lawyers?* 13-22; Zaal in *Law of Children and Young Persons* 95-117.

<sup>395</sup> Zaal *Do Children Need Lawyers?* 13-22.

<sup>396</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2). Dié bepaling geld tensy 'n hof anders gelas of uitsluitlike voogdy aan een ouer ingevolge die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3) of die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 a 5(1) toegestaan is.

<sup>397</sup> Huwelikswet 25 van 1961 a 25(4). *C en 'n ander v T* 1965 2 SA 239 (O); *Allcock v Allcock & another* 1969 1 SA 427 (N); *Kruger v Fourie en 'n ander* 1969 4 SA 469 (O); *Lallo v Lallo* 1973 2 SA 561 (O); *De Greeff v De Greeff* 1982 1 SA 882 (O); *Ward v Ward* 1982 4 SA 262 (D); *B v B & another* 1983 1 SA 496 (N).

<sup>398</sup> *Ex parte F* 1963 1 PH B9 (N).

<sup>399</sup> *B v B supra* 501.

5 2 5 *Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997*

Hierdie wet maak op 'n redelik omvattende wyse daarvoor voorsiening dat daar met die ouerlike gesag van die moeder van 'n buite-egtelike kind ingemeng kan word. Die wet verleen onder andere aan die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind die bevoegdheid om die hof te nader met 'n aansoek om toegang tot of bewaring van of voogdy oor die kind.<sup>401</sup> Die bevoegdhede en pligte van die gesinsadvokaat is uitgebrei om sodoende ook betrek te word by 'n aansoek ingevolge hierdie wet.<sup>402</sup>

Die verlening van 'n aansoek om toegang tot, bewaring van of voogdy oor die buite-egtelike kind sal net toegestaan word indien dit in die beste belang van die kind is.<sup>403</sup> In die oorweging van die aansoek moet die hof 'n aantal oorwegings (indien toepaslik) in ag neem.<sup>404</sup> Die houding van die kind met betrekking tot die toestaan van die aansoek word as 'n spesifieke grond genoem<sup>405</sup> en die wye diskresie van die hof word bevestig met die verwysing na enige feit wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word.<sup>406</sup>

Die wet beperk ook in een verdere opsig die moeder se uitoefening van ouerlike gesag. Die natuurlike vader se toestemming was nie as 'n vereiste gestel vir die vansverandering van 'n kind wat onder sy van geregistreer was nie.<sup>407</sup> Die moeder van 'n buite-egtelike kind kon enige tyd aansoek doen om so 'n vansverandering. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-

<sup>400</sup> *B v B supra* 501.

<sup>401</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(1).

<sup>402</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 3 en a 9.

<sup>403</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(2)(a). Ingevolge a 2(2)(b) moet die hof, indien die gesinsadvokaat betrokke was, die verslag en aanbevelings oorweeg.

<sup>404</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(5).

<sup>405</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(5)(d).

<sup>406</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(5)(g). Die ander omstandighede wat in a 2(5) vermeld word sluit die volgende in: die verhouding tussen die applikant en die natuurlike moeder, en, in die besonder, of enige party 'n geskiedenis van geweld teenoor of mishandeling van mekaar of die kind het; die verhouding van die kind met die applikant en die natuurlike moeder of enigeen van hulle of met voorgename aannemende ouers (as daar is) of enige ander persoon; die uitwerking wat skeiding van die kind van die applikant of die natuurlike moeder of voorgename aannemende ouers (as daar is) of enige ander persoon waarskynlik op die kind sal hê; die graad van verbondenheid wat die applikant teenoor die kind getoon het; en of die kind gebore is uit 'n gewoonteverbintenis wat ooreenkomstig inheemse reg of gebruik aangegaan is of uit 'n huwelik wat ingevolge 'n stelsel van enige godsdienereg aangegaan is. Die bevoegdhede van die hof stem andersins grootliks ooreen met dié uiteengesit in die Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6. Die effek van die Wysigingswetsontwerp op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998 moet in gedagte gehou word.

<sup>407</sup> Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 a 10(1)(b) en a 25(1)(c).

egtelike Kinders<sup>408</sup> wysig nou die posisie en die skriftelike toestemming van die natuurlike vader word vereis tensy 'n bevoegde hof vrystelling van sodanige toestemming verleen.

Die effek van die wet is om grotendeels die howe se benadering ten opsigte van die natuurlike vader se aansoek om toegang, voogdy en bewaring te bevestig. Die groot voordeel is dat groter regsekerheid geskep word met hierdie statutêre bepaling.<sup>409</sup> Die wyse waarop 'n natuurlike vader 'n party by aanneming of 'n vansverandering van die kind kan wees, verleen maar net erkenning aan daardie vaders wat op een of ander wyse by die kind betrokke is. In dié opsig is die inbreukmaking op die moeder se ouerlike gesag realisties en regverdigbaar. Daar word ook aan die kind die geleentheid gebied om self sy gevoelens te verwoord indien toepaslik. Die beste belang van die kind geld andersins in die hof se besluite.

#### 5 2 6 *Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld*<sup>410</sup>

Hierdie wet verleen in sekere omstandighede beskerming aan 'n kind as 'n slagoffer van gesinsgeweld.<sup>411</sup> Die aard van die beskerming wat gebied word kan meebring dat daar met die ouer-kind verhouding ingemeng word.

Die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld<sup>412</sup> verleen aan 'n regter of 'n landdros die bevoegdheid om op aansoek deur 'n party tot 'n huwelik 'n interdik teen die ander party tot die huwelik toe te staan. Ingevolge so 'n interdik kan 'n respondent gelas word om nie die

<sup>408</sup> 86 van 1997 a 11.

<sup>409</sup> Bosman & Van Zyl in *Law of Children and Young Persons* 57.

<sup>410</sup> 133 van 1993.

<sup>411</sup> Die Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 a 2 verwys na aanranding of dreigemente. Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 155-156 stel voor dat "dreigement" wyd geïnterpreteer word om nie net 'n dreigement van onmiddellike fisiese geweld in te sluit nie, maar ook 'n dreigement van toekomstige fisiese mishandeling, psigiese of emosionele mishandeling. Dit behoort selfs mishandeling in te sluit wat nie op geweld gebaseer is nie bv 'n dreigement om nie voedsel of huisvesting te verskaf nie. Vgl die Wetsontwerp op Gesinsgeweld W75-98 wat "gesinsgeweld" in a 1(x) soos volg omskryf: "[E]nige beherende of mishandelende gedrag wat die gesondheid, veiligheid of welstand van die applikant of enige kind in die applikant se sorg skaad, met inbegrip van, maar nie beperk nie tot –

- (a) fisiese mishandeling of 'n dreigement van fisiese mishandeling;
- (b) seksuele mishandeling of 'n dreigement van seksuele mishandeling;
- (c) emosionele, verbale en sielkundige mishandeling;
- (d) ekonomiese mishandeling
- (e) intimidasie;
- (f) teistering;
- (g) agtervolging;
- (h) skade aan of vernietiging van eiendom; of
- (i) betreding van die applikant se woning sonder toestemming, waar die partye nie dieselfde woning deel nie."

<sup>412</sup> 133 van 1993 a 2(1).

applikant of `n kind wat by die partye of by een van hulle woon aan te rand of te dreig nie.<sup>413</sup> Die inhoud van die interdik sluit ook die moontlikheid in dat `n respondent gelas word om nie die applikant of `n kind wat gewoonlik in die huishouding woon, te verhinder om die gesinswoning te betree en daar te bly nie.<sup>414</sup>

`n Party tot `n huwelik word op die volgende wyse omskryf:<sup>415</sup>

“`n [M]an en `n vrou wat met mekaar volgens enige regstelsel of gebruik getroud is of was en ook `n man en `n vrou wat gewoonlik as man en vrou saamwoon of saamgewoon het, hoewel hulle nie met mekaar getroud is of was nie.”

Die effek van bogenoemde omskrywing is dat die ouer-kind verhouding ingevolge die inheemse reg, godsdienereg en selfs as deel van `n saamwoonverhouding binne die raamwerk van die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld val. `n Ouer-kind verhouding kan met ander woorde ruim geïnterpreteer word ten einde beskerming aan `n kind te verleen. Daar is ook geen bepaling in die wet wat daarop dui dat `n applikant noodwendig die ouer van `n kind hoef te wees nie. Dit is gevolglik heeltemal moontlik dat `n kind wat in pleegsorg by partye tot `n huwelik woon, ingevolge die wet beskerm kan word.<sup>416</sup>

Die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld verleen egter nie die bevoegdheid aan `n kind om self `n aansoek om `n interdik te bring nie.<sup>417</sup> `n Kind is dus afhanklik van die inisiatief van `n party tot `n huwelik om `n aansoek om `n interdik te bring. Dit stel `n kind besonder kwesbaar waar hy byvoorbeeld deur beide ouers mishandel word.<sup>418</sup> Dit is hoogs onwaarskynlik dat enigeen van die ouers in sulke omstandighede aansoek sal doen vir `n interdik om `n kind teen mishandeling te beskerm.

Die uitgebreide omskrywing van gesinsgeweld in die Wetsontwerp op Gesinsgeweld,<sup>419</sup> en die breë kategorie persone wat onder die verpligting staan om kindermishandeling aan te meld,<sup>420</sup>

<sup>413</sup> Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 a 2(1)(a).

<sup>414</sup> Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 a 2(1)(c).

<sup>415</sup> Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 a 1(2).

<sup>416</sup> Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 a 2(1)(a) verwys bv na `n kind “wat by die partye of by een van hulle woon”. Nêrens in die wet word `n applikant, respondent of partye gedefinieer as `n ouer nie. Sien ook van Oosten & Louw in *The Law of Children and Young Persons* 155-156.

<sup>417</sup> Vergelyk egter die Wetsontwerp op Gesinsgeweld W75-98 wat ingevolge a 1(ii) `n applikant definieer as “enige persoon, met inbegrip van `n kind”. A 4(5) verleen ook aan `n kind die bevoegdheid om sonder die bystand van `n ouer, voog of enige ander persoon by die hof om `n beskermingsbevel aansoek te doen.

<sup>418</sup> Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C19; Meintjies in *Family Law Service* 3-4, 6; Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons* 156.

<sup>419</sup> W 75-98.

<sup>420</sup> Wetsontwerp op Gesinsgeweld W 75-98 bepaal in a 14(1) die volgende:

“Ongeag die bepalings van enige ander wet, moet elke tandarts, mediese praktisyn, verpleegster, sielkundige, maatskaplike werker of onderwyser, of enige persoon in diens van of wat `n kindershuis, versorgings- of

sal egter meebring dat voorkeur verleen word aan die beskerming van 'n kind bo gesinsprivaatheid en ouerlike outonomie.<sup>421 422</sup>

## 6 GEVOLGTREKKING

### 6.1 Die ouer-kind verhouding in die algemeen

Die historiese ontwikkelingsgang onderliggend aan die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg is tekenend van 'n paternalistiese benadering teenoor kinders.<sup>423</sup> Dit blyk uit die uiteensetting van ouerlike gesag in hierdie hoofstuk dat die paternalistiese benadering steeds deel van ouerlike gesag in die moderne Suid-Afrikaanse reg is. Die uiteensetting hierbo illustreer verder dat die gemeenregtelike posisie ten opsigte van ouerlike gesag tradisioneel vanuit die ouers se perspektief bespreek word.

Dit val egter nie vreemd op dat hierdie paternalistiese benadering ten opsigte van kinders en die klem op ouerlike gesag steeds deel van die moderne reg is nie. Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg is immers ryk aan die erfenis van die Romeins-Hollandse reg.<sup>424</sup> Die feit dat daar eers vier jaar gelede gelyke voogdy<sup>425</sup> aan ouers van binne-egtelike kinders verleen is, dui op 'n trae ontwikkelingsgang op hierdie gebied van die reg. Weliswaar word daar in die bespreking van ouerlike gesag in die moderne reg in 'n groter mate daarmee rekening gehou dat ouers nie net regte uit hoofde van hul ouerskap het nie maar dat hulle ook verpligtinge en verantwoordelikhede teenoor hul kinders het. Die beste belang van die kind,

---

beskermingsplek bestuur, wat enige kind ondersoek, aan hom of haar aandag gee of hom of haar hanteer, in omstandighede wat aanleiding gee tot die vermoede dat sodanige kind onderwerp is aan handeling van gesinsgeweld of verwaarlosing as gevolg waarvan die kind aan 'n besering, hetsy enkel of veelvuldig, ly, onmiddellik 'n vredesbeampte van daardie omstandighede in kennis stel."

<sup>421</sup> Die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 verleen weliswaar beskerming aan 'n kind. Die feit dat 'n kind nie *locus standi* het om aansoek om beskerming te doen nie en die vae omskrywing van gesinsgeweld hou nie voldoende rekening met die kind as individuele slagoffer van geweld nie en die verskillende vorms van geweld waaraan 'n kind direk of indirek binne gesinsverband blootgestel kan wees nie.

<sup>422</sup> Die Wetsontwerp op Gesinsgeweld maak bv voorsiening daarvoor dat ouerlike outonomie en die beste belang van die kind teen mekaar opgeweeg sal word in die aard van die beskermingsbevel wat verleen kan word. A 6(1)(c) bepaal bv dat 'n respondent verbied kan word om 'n gedeelde huishouding binne te gaan, met dien verstande dat hierdie verbod slegs ingestel sal word indien dit in die beste belang van die kind is. Ingevolge a 6(7) sal 'n respondent verbied kan word om kontak met 'n kind te hê indien dit in die beste belang van die kind is. Dit sluit selfs die moontlikheid in dat die hof gestruktureerde kontak met 'n kind gelas.

<sup>423</sup> Sien bespreking op 31-32.

<sup>424</sup> Sien bespreking op 23-30.

<sup>425</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1.

wat as primêre oorweging geld in alle aangeleenthede wat kinders raak (dit wil sê ook die uitoefening van ouerlike gesag), verteenwoordig 'n verdere aspek van regsontwikkeling.<sup>426</sup>

Die beginsels ten opsigte van ouerlike gesag en die status van kinders wat duidelik histories gefundeer is, is tekenend van die eerste model van ouerlike gesag.<sup>427</sup> Dit verklaar onder andere die omvangryke bevoegdhede wat ouers steeds het om hul kinders se vriende te bepaal<sup>428</sup> en die tugbevoegdheid wat eenvoudig as deel van ouerlike gesag aanvaar word om gehoorsaamheid by kinders af te dwing.<sup>429</sup> Gemeenregtelik is aanvaar dat ouers en kinders se belange ooreenstem en dat ouers in die beste posisie is om besluite rakende hul kinders te neem.<sup>430</sup> In die afwesigheid van wetgewing tot die teendeel is dit ook die posisie in die moderne Suid-Afrikaanse reg.

Die staat toon 'n traagheid om in te meng met die uitoefening van ouerlike gesag in 'n "normaal" funksionerende gesin. Ouerlike outonomie en die reg op gesinsprivaatheid is steeds geldende gemeenskapswaardes. In die gevalle waar daar wel met ouerlike gesag ingemeng word,<sup>431</sup> is die oogmerk beskermend van aard. Die staat verseker byvoorbeeld ingevolge die Wet op Kindersorg<sup>432</sup> dat minimum standaarde van ouerlike sorg nagekom word. Die statutêre bepalinge ten opsigte van skoolopvoeding bevestig die staat se belang daarin dat kinders 'n minimum standaard van onderrig sal ontvang.<sup>433</sup> In ander gevalle omskryf die wetgewer presies hoe ouerlike gesag uitgeoefen moet word, byvoorbeeld dat beide ouers van 'n minderjarige kind toestemming tot huweliksluiting moet verleen.<sup>434</sup> Die gevalle waar die wetgewer uitdruklik handelingsbevoegdheid aan minderjariges verleen, beteken dat ouerlike gesag ten opsigte van spesifieke regshandeling heeltemal uitgesluit<sup>435</sup> word. Hierdeur word beskerming aan derdes verleen maar dit is onseker wat die implikasies daarvan binne gesinsverband is.<sup>436</sup> Behalwe vir hierdie standaarde en riglyne word dit aan ouers oorgelaat om in die uitoefening van hul diskresie besluite vir en namens hul kinders te neem.

<sup>426</sup> *Fletcher v Fletcher supra* 134.

<sup>427</sup> Die gesin as eenheid word beklemtoon met ouers aan die hoof daarvan wat oor omvangryke gesag beskik. Kinders word as't ware as hul ouers se eiendom gesien.

<sup>428</sup> Sien bespreking op 162-165.

<sup>429</sup> Sien bespreking op 165-167. Vergelyk byvoorbeeld die omvattende ondersoek deur die Skotse Regskommissie na die tugbevoegdheid ten opsigte van kinders in *Scottish Law Commission Report on Family Law* Projek 135 (1992) 19-33.

<sup>430</sup> *Van Rooyen v Werner supra* 428-429.

<sup>431</sup> Dit wil sê binne konteks van 'n gesin wat steeds as eenheid funksioneer.

<sup>432</sup> 74 van 1983.

<sup>433</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996.

<sup>434</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2)(a) en ook res van subartikel.

<sup>435</sup> Sien bespreking op 130-131.

<sup>436</sup> Dit kan byvoorbeeld heeltemal moontlik wees dat ouers nie wil hê dat hul kind moet werk nie maar in terme van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 a 43(1) mag hy vanaf vyftienjarige ouerdom 'n dienskontrak sluit.



Ouerlike gesag in sy bestaande vorm is omvattend en skep die indruk dat ouers die primêre besluitnemers oor hul kinders se beste belange is. Dit gebeur ongetwyfeld dat kinders in die gewone gang van sake deur hul ouers beskerm word en dat hulle ook die geleentheid gebied word om selfstandig op te tree. Hierdie situasies is egter insidenteel tot die uitoefening van ouerlike gesag en realiseer nie omdat kinders regte op beskerming of regte op outonomie het nie. Daar sal gevolglik fundamentele veranderings moet plaasvind voordat kinders as draers van fundamentele regte binne die privaatregtelike ouer-kind verhouding gesien word.

Die staat kan by wyse van wetgewing 'n belangrike impetus aan die erkenning en beskerming van kinderregte verleen. Daar is wel in hoofstuk vyf daarop gewys dat dit baie moeilik is om die uitoefening van ouerlike gesag kragtens wetgewing te reël.<sup>437</sup> Die gevaar bestaan dat gesinsverhoudings op hierdie wyse geformaliseer word - 'n miskenning van ouerlike gesag en gesinsoutonomie. Die erkenning, implementering en beskerming van kinderregte is ook 'n sensitiewe aangeleentheid. Kinderregte moet eers as deel van die geldende gemeenskapswaardes beleef word voordat hierdie proses suksesvol sal wees. Dit verklaar waarom die status van kinders ook aandag moet geniet om as vertrekpunt die ingesteldheid van die regsgemeenskap en selfs die openbare mening te verander. Kortom, kinderregte as werkbare begrip vereis inisiatiewe oor 'n veel breër front as bloot net wetgewing wat verorden word.

## 6 2 Judisiële inmenging in die ouer-kind verhouding

### 6 2 1 Hoër hof as oppervoog van minderjariges

Die rol van die hoër hof as oppervoog van minderjariges is primêr beskermend van aard.<sup>438</sup> Gegewe die historiese ontwikkeling<sup>439</sup> van die hoër hof as beskermmer van die weerloses is hierdie benadering geensins vreemd nie.

Die hof se bevoegdheid om met spesifieke besluite van ouers in te meng, is tot dusver beperk tot gevalle waar daar konflik tussen ouers of 'n ouer en 'n derde was.<sup>440</sup> Die primêre oorweging is die beste belange van die kind in hierdie tipe konfliktsituasies. Dit was tot dusver

<sup>437</sup> Sien bespreking op 115-121.

<sup>438</sup> Die beskermende rol van die hof is histories sterk gefundeer : sien Labuschagne 1992 *TSAR* 353-357.

<sup>439</sup> Boberg *Law of Persons and the Family* 412-413 en gesag daar aangehaal; Labuschagne 1992 *TSAR* 353-357; Spiro *Law of Parent and Child* 3, 4 116, 183, 257-258 en gesag daar aangehaal.

nog nie nodig vir die hof om te beslis in watter omstandighede inmenging geregverdig sal wees in 'n ouer-kind konfliksituasie nie. Dit is gevolglik onseker of die hoër hof as oppervoog die beste belange van 'n kind byvoorbeeld so sal interpreteer dat ouerlike gesag ondergeskik aan selfstandige besluitneming van die kind gestel sal word.<sup>441</sup>

Die bestaande en goed gevestigde rol van die hoër hof as oppervoog van minderjariges bied die hof die geleentheid om as kampvegter vir kinderregte te funksioneer.<sup>442</sup> Daar sal egter 'n wesenlike aanpassing moet plaasvind in die wyse waarop die maatstaf van 'n kind se beste belang toegepas word. Die begrip sal by wyse van judisiële interpretasie ontwikkel moet word in ooreenstemming met 'n kind se reg op beskerming en reg op outonomie. Wat dus van die hoër hof vereis word, is om as vertrekpunt te neem dat 'n kind die draer van fundamentele regte is en om die beste belang op grond daarvan toe te pas.

#### 6 2 2 Statutêre bevoegdhede van die hoër hof om met ouerlike gesag in te meng

Die oogmerk van die Wet op Huweliksaangeleenthede<sup>443</sup> en die Wet op Egskeiding<sup>444</sup> wat bespreek is, is om 'n reëling ten opsigte van ouerlike gesag te tref wat in die beste belang van die kind is. Dié reëling moet getref word met inagneming daarvan dat die gesinseenheid nie meer bestaan nie en daar noodwendig ander maatreëls ten opsigte van die uitoefening van ouerlike gesag moet wees. Dit is in die eerste instansie die konflik tussen ouers wat meebring dat daar nie meer 'n gesin as eenheid bestaan nie of dat die gesinseenheid in die proses van verbrokkeling is. Dit is verstaanbaar dat 'n hof sal poog om eers die konflik te bereg en dat 'n kind in daardie proses 'n ondergeskikte rol sal speel.<sup>445</sup> Waar 'n bevel ten opsigte van maatreëls oor ouerlike gesag egter ter sprake is, behoort die beste belang van die kind die oorheersende oorweging te wees.

<sup>440</sup> Sien bespreking op 181-186.

<sup>441</sup> Sien bespreking op 162-164 waar die hoër hof klem op ouerlike gesag gelê het.

<sup>442</sup> Sien bv *D v K* 1997 2 BCLR 209 (N) waar die hof se bevoegdheid om bloedtoetse te gelas grondwetlik bevraagteken is. Die hof bevind dat die neem van bloedtoetse in konflik met die reg op privaatheid (a 13) van die Interim Grondwet 200 van 1993 is. Hierdie is die tipe vraagstukke waarmee die hoër hof gekonfronteer kan word indien die erkenning, beskerming en bevordering van kinderregte ter sprake kom. Sien bespreking op 184-186 oor die hof se gemeenregtelike bevoegdheid om die hof se gemeenregtelike bevoegdheid om bloedtoetse te gelas ten einde vaderskap te bewys.

<sup>443</sup> 37 van 1953 a 5.

<sup>444</sup> 70 van 1979 a 6.

<sup>445</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 3, 4 en 5; *Levy v Levy* 1991 3 SA 614 (A) 625 wat beslis het dat die hof nie 'n egskeiding kan weier indien bewys is dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het nie. Hierdie beslissing moet saamgelees word met a 6(1) wat vereis dat reëlings ten opsigte van kinders bevredigend of die beste onder die omstandighede moet wees.

Inmenging is hoofsaaklik reëlend van aard in dié opsig dat die hof bepaal wat die inhoud van elke ouer se gesagsbevoegdheid sal wees. Die hof is traag om voogdy van 'n ouer op te skort, om bewaring aan 'n derde te verleen of om toegang sonder meer te weerhou.<sup>446</sup> Dit bewys hoe belangrik die staat dit ag dat beide ouers steeds by die kind betrokke sal wees, selfs na die gesinseenheid nie meer bestaan nie.

Die ander vorme van statutêre inmenging het elk uiteenlopende oogmerke. 'n Kind se reg op regsverteenvoordiging kom die naaste aan 'n direkte erkenning deur die staat dat kinders in die privaatreg ook draers van fundamentele menseregte is.<sup>447</sup> Die wyse waarop die relevante bepalinge van die Huwelikswet<sup>448</sup> in regspraak toegepas word, steun in 'n groot mate ouers se gemeenregtelike bevoegdheid om hul kinders se vriende te bepaal. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders<sup>449</sup> voldoen aan 'n sosiale behoefte en skep regsekerheid. Daar is weinig bewys daarvan dat dit die oogmerk van 'n wetgewer was om gevolg te gee aan 'n kind se reg op kontak met of toegang tot albei ouers.<sup>450</sup>

Die statutêre vorme van inmenging het ongetwyfeld die beste belang van die kind as oogmerk. Ongelukkig is die kind tot 'n baie groot mate onsigbaar in die besluitnemingsproses. Die skaal swaai ten gunste van ouerlike gesag en regverdig 'n gevolgtrekking dat die ouer-kind verhouding oorheersend kenmerke van die eerste model<sup>451</sup> van ouerlike gesag toon.

Die betrokkenheid van die staat om 'n oorgang vanaf die eerste model na die tweede model van ouerlike gesag teweeg te bring, word opnuut beklemtoon. Inmenging met ouerlike gesag kan steeds plaasvind maar gebaseer op die kind se reg daarop dat sy beste belange die oorwegende maatstaf is. 'n Kind se reg op regsverteenvoordiging is tipies van so 'n inisiatief en wat die simboliese boodskap uitdra dat kinders ook oor regte beskik.<sup>452</sup> Statutêre erkenning van die faktore in die *McCall*-beslissing<sup>453</sup> kan ook grootliks daartoe bydra om te bevestig dat die kind op gelyke voet by besluite oor bewaring of toegang betrokke is.

---

Die hof kan gevolglik nie 'n egskeiding weier op grond van onbevredigende reëlings ten opsigte van die kinders nie.

<sup>446</sup> Sien bespreking op 186-203.

<sup>447</sup> Wysigingswet op Kindersorg 98 van 1996 a 2 en bespreking op 209-210.

<sup>448</sup> 25 van 1961 a 25(4) en bespreking op 210.

<sup>449</sup> 86 van 1997.

<sup>450</sup> SA Regskommissie *Verlag oor regte van 'n vader ten opsigte van sy buite-egtelike kind* 66-67, 79.

<sup>451</sup> Sien bespreking op 84, 94-95.

<sup>452</sup> Wysigingswet op Kindersorg 98 van 1996 a 2.

<sup>453</sup> *McCall v McCall supra* 205.

Die mate waarin die Handves van Regte<sup>454</sup> instrumenteel daarin gaan wees om die omvorming van ouerlike gesag te bewerkstellig en kinderregte in die privaatreg te vestig, moet nie onderskat word nie. In die volgende hoofstuk word aandag geskenk aan die wyse waarop die Handves van Regte die ouer-kind verhouding en die bevoegdheid van kinders beïnvloed.

---

<sup>454</sup>

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 hoofstuk 2.

## HOOFSTUK 8

## DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE PUBLIEKREG

## 1 INLEIDING

Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg dek 'n wye veld en relevante wetgewing toon die staat se besorgdheid oor en betrokkenheid by gesinsangeleenthede.<sup>1</sup> Persone- en familiereg vorm deel van die privaatrekreg maar bevat tog ook publiekregtelike elemente.<sup>2</sup> Die Handves van Regte wat in die Grondwet<sup>3</sup> opgeneem is, verteenwoordig die vertrekpunt in die transformasie van die persone- en familiereg soos dit tradisioneel bestudeer is. Die regte en vryhede wat hierdeur aan alle Suid-Afrikanners verleen word, is van besondere belang binne gesinsverband. Gesinsverhoudings en die status van elke gesinslid word nou ook vanuit 'n menseregteperspektief beoordeel.

Suid-Afrika vorm ook deel van die internasionale gemeenskap en twee bepalings in die Grondwet<sup>4</sup> bring mee dat internasionale menseregte ook as bron in die bestudering van die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg dien. Die relevante bepalings bring eerstens mee dat by die uitleg van die Handves van Regte 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag moet neem.<sup>5</sup> Tweedens bepaal die Grondwet dat volkeregtelike gewoontereg regsrag in die Republiek het tensy dit met die Grondwet of 'n parlements wet onbestaanbaar is.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Sien bv Malan & Labuschagne *Wetbundel Persone- en Familiereg* wat relevante bepalings uit 41 verskillende wette bevat.

<sup>2</sup> Vergelyk bv die Huwelikswet 25 van 1961 wat die bepalings ten opsigte van huweliksbevestigings en huwelikeremonies uiteensit; die Wet op Onderhoud 23 van 1963 wat bepaal dat 'n persoon aan 'n misdad skuldig is indien onderhoud nie betaal word nie; sekere bepalings in die Wet op Kindersorg 74 van 1983 wat administratiefregtelik van aard is. Sien ook Bekker in 1991 *Acta Juridica* 1; Hahlo *Law of Husband and Wife* 22; Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 3-4; Visser & Potgieter *Familiereg* 1, 3.

<sup>3</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996. Sien ook Sinclair & Heaton *Law of Marriage* 3-4 wat die effek van die streng onderskeid tussen die privaatrekreg en die publiekreg soos volg stel: "The conventional, rigid division between public and private law has produced in South Africa a family-law jurisprudence almost devoid of reference to the fundamental human rights of persons *qua* family members. And it has produced family-law syllabuses and a body of academic writing largely confined to the explication of the black-letter rules that govern the relationship of family members *inter se*. The role of the state in according or denying fundamental rights to those members through its statutory regulation of the family has not been challenged."

<sup>4</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 39(1), a 232.

<sup>5</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 39(1).

<sup>6</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 232.

Die verhouding tussen ouers, kinders en die staat in die privaatreë is in die vorige twee hoofstukke aan die teorie oor kinderreëte gemeet. Die gevolgtrekking was dat die struktuur van die verhouding sekere tekortkominge en gebreke het maar dat 'n Handves van Reëte die potensiaal het om verandering te bewerkstellig.

In aansluiting hierby word in hierdie hoofstuk bepaal wat kinderreëte in die Suid-Afrikaanse reë behels as 'n "publieke" deel van 'n kind se lewe.<sup>7</sup> Die idee van kinderreëte in die volkereëte speel uiteraard 'n belangrike rol in hierdie ondersoek en natuurlik ook die wyse waarop kinderreëte in die Handves van Reëte verwoord word. Onderliggend aan die ondersoek moet die volgende twee kernvrae in gedagte gehou word:

- (a) Beteken die erkenning van kinderreëte dat die verhouding tussen ouers, kinders en die staat in die publiekereëte op 'n sekere wyse gestruktureer word?
- (b) Indien wel, is dit 'n struktuur wat wesenlik met dié in die privaatreëte ooreenstem of moet versoening bewerkstellig word?

## 2 VOLKEREG

Daar is bykans 63 dokumente in die volkereëte wat kinders op een of ander wyse raak.<sup>8</sup> Die aard van hierdie studie bring mee dat die bespreking beperk word tot daardie dokumente wat op kinderreëte en die ouer-kind verhouding van toepassing kan wees.

### 2.1 Kinderreëte in die volkereëte

Die begin van die twintigste eeu word deur die internasionalisering en institusionalisering van humanitêre ideale deur groepe soos die Internasionale Komitee van die Rooikruis, die Volkebond en die Internasionale Arbeidsorganisasie gekenmerk.<sup>9</sup>

Kinders was een van die groepe wat uit daardie prosesse voordeel getrek het. Een van die eerste konvensies wat direk op kinders van toepassing was, was die Internasionale Ooreenkoms vir die Onderdrukking van "Wit Slawehandel" wat op 18 Mei 1904 in Parys onderteken is.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Kinderreëte bring mee dat die staat die privaatsfeer van die gesinslewe betree en die kind, soos enige ander persoon, as draer van reëte bemagtig.

<sup>8</sup> Van Bueren *International Documents on Children* vii-x.

<sup>9</sup> Cohen "Freedom from corporal punishment: one of the human rights of children" 1984 *Human Rights Annual* 95 112.

Dit het die inisiatief van Eglantyne Jebb geveerg om die internasionale gemeenskap se aandag op die posisie van kinders te vestig.<sup>11</sup> Haar inisiatiewe om hulp aan kinders in die oorloggeteisterde Europa gedurende die eerste wêreldoorlog te verleen, het tot die stigting van *Save the Children International Union* aanleiding gegee. Die oogmerk was hulpverlening aan kinders deur die internasionale gemeenskap op 'n meer permanente grondslag.<sup>12</sup>

Die totstandkoming van die Volkebond en die Internasionale Arbeidsorganisasie in 1919 het verdere impetus aan die beskerming van kinders verleen. Die Volkebond het vroeg in sy bestaan 'n komitee daargestel wat aangeleenthede ten opsigte van die beskerming van kinders moes hanteer. Een van die eerste resultate was die *International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children* wat in 1921 aanvaar is.<sup>13</sup> Ook die Internasionale Arbeidsorganisasie het vanaf 1919 verskeie konvensies en aanbevelings aanvaar wat daarop gemik was om kinders teen uitbuiting in die arbeidsmark te beskerm.<sup>14</sup>

Die voorafgaande opmerkings illustreer dat die aanvanklike internasionale maatreëls uitsluitlik op die beskerming van kinders gemik was. Dit het kinders op lukrake wyse teen ekonomiese en seksuele uitbuiting beskerm.<sup>15</sup>

Terugskouend oor die historiese ontwikkeling van internasionale kinderregte is dit duidelik dat kinders die eerste groep was wat by wyse van 'n internasionale wekroep beskerm is.<sup>16</sup> Hierdie beskermingsmotief het nie verder ontwikkel nie en 'n vreemde stilte het ingetree met kinders wat bloot as objekte van die volkereg beskou is. Daar was nie sprake van ontwikkelings wat ten doel gehad het om aan kinders, soos volwassenes, die status van regsobjekte ingevolge die volkereg te verleen nie.<sup>17</sup>

Volgens Van Bueren het ontwikkelings in die volkereg ten opsigte van kinderregte sedert die begin van hierdie eeu slegs deels parallel aan ontwikkelings ten opsigte van internasionale

<sup>10</sup> Hodgson "The historical development and 'internasionalisation' of the children's rights movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 252 259-260.

<sup>11</sup> Veerman *The Rights of the Child* 87-92.

<sup>12</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 260; Veerman *The Rights of the Child* 91.

<sup>13</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 260; Van Bueren *International Documents on Children* iv; Veerman *The Rights of the Child* 309-319.

<sup>14</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 260; Van Bueren *International Documents on Children* iv; Veerman *The Rights of the Child* 309-319.

<sup>15</sup> Van Bueren *International Documents on Children* xv; Veerman *The Rights of the Child* 396.

<sup>16</sup> Van Bueren *International Documents on Children* xv; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 25.

<sup>17</sup> Van Bueren *International Documents on Children* xv; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 1, 25.

menseregte verloop. Sy onderskei drie fases in die algemene ontwikkelingsproses.<sup>18</sup> Die eerste fase behels die erkenning deur die internasionale gemeenskap dat alle individue, ook kinders, objekte van die volkereg is wat internasionaal beskerm moet word. Die tweede fase, wat steeds aan die gang is, behels die verlening van substantiewe regte aan alle individue, ook kinders. Die derde fase wat ook nog nie afgehandel is nie, behels die volgende proses:<sup>19</sup>

"[T]he acknowledgement that in order to ensure that individuals are able to enjoy the exercise of their fundamental rights they must be acknowledged to possess the necessary procedural capacity to exercise and claim these rights and freedoms."

Dit is in die oorgang vanaf die tweede na die derde fase dat internasionale kinderregte van internasionale menseregte verskil. Die internasionale gemeenskap is ietwat onwillig om in die praktyk te erken dat kinders ook oor die bevoegdheids beskik om regte uit te oefen.<sup>20</sup> Tot in die sewentigerjare is aanvaar dat 'n kind se belange met dié van ouers ooreenstem. Eers in 1979, toe die Verenigde Nasies daardie jaar as die Internasionale Jaar van die Kind verklaar het, het die internasionale gemeenskap begin om die volkereg ook vanuit 'n kinderregteperspektief te begin beoordeel.<sup>21</sup> Die proses het aanvanklik traag verloop maar het mettertyd momentum gekry om uiteindelik in die Internasionale Konvensie oor die Regte van die Kind te kulmineer.<sup>22</sup> Daar word vervolgens aandag geskenk aan daardie internasionale menseregte dokumente wat hierdie historiese ontwikkeling weerspieël en direk of indirek vir kinderregte voorsiening maak.

## 2 2 Menseregte dokumente spesifiek op kinderregte gemik

### 2 2 1 Die Verklaring van die Regte van die Kind 1924 (hierna die 1924 Verklaring)

Hierdie Verklaring is in 1924 deur die Volkebond aanvaar en was die eerste stap in die ontwikkeling van internasionale standaarde rakende die beskerming van kinders.<sup>23</sup> In die Aanhef tot die Verklaring word die volgende aanspraak gemaak:<sup>24</sup>

"[M]ankind owes to the child the best it has to give."

<sup>18</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 1.

<sup>19</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 1.

<sup>20</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 1.

<sup>21</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 275-276; Van Bueren *International Documents on Children* xv; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 25.

<sup>22</sup> 1989.

<sup>23</sup> Bainham & Cretney *Children* 603; De Villiers "The rights of children in international law : guidelines for South Africa" 1993 *Stel LR* 209 293; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 260-261; Van Bueren *International Documents on Children* XV; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 6-7; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 58-59.

<sup>24</sup> Aanhef tot die Verklaring van die Regte van die Kind 1924.



Die Aanhef plaas verder 'n morele verpligting op mans en vrouens van alle nasies om die beste aan kinders te bied.<sup>25</sup> Daar is eenvoudig aanvaar dat kinders op volwassenes kan steun om hul regte soos in die 1924 Verklaring uiteengesit, te beskerm.<sup>26</sup> Daar was geen sprake daarvan dat kinders self die draers van regte was nie en die 1924 Verklaring was daarop gemik om eintlik in 'n kind se ekonomiese, psigologiese en sosiale behoeftes te voorsien.<sup>27</sup> Geen lidland was verplig of verbind tot nakoming van die inhoud van die 1924 Verklaring nie en dit is aan die individuele state oorgelaat om self te bepaal op watter wyse hulle gevolg aan die inhoud wou verleen.<sup>28</sup>

Volgens Van Bueren lê die belang van die 1924 Verklaring onder andere daarin dat dit internasionaal die idee van kinderregte gevestig het.<sup>29</sup> Die titel van die 1924 Verklaring is ook belangrik. Dit behels die eerste erkenning op internasionale gebied van die verband tussen die regte en die welsyn van die kind. Lidlande se aandag is daarop gevestig dat optrede om kinders se welsyn te verbeter terselfdertyd meebring dat kinders se regte bevorder en beskerm word.<sup>30</sup>

## 2.2.2 Die Verklaring<sup>31</sup> van die Regte van die Kind 1959 (hierna die 1959 Verklaring)

'n Aantal faktore het meegewerk tot die aanvaarding van hierdie Verklaring. Daar was byvoorbeeld toenemende belangstelling in aangeleenthede wat kinders raak en die oortuiging het posgevat dat die besondere behoeftes van kinders in 'n afsonderlike dokument aandag

<sup>25</sup> Aanhef tot die Verklaring van die Regte van die Kind 1924; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 261.

<sup>26</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 7-8.

<sup>27</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 261; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 7.

<sup>28</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 261; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 8.

<sup>29</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 8; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 59.

<sup>30</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 8.

<sup>31</sup> Malan "Menseregte - die internasionale dimensie" 1995 *De Rebus* 299 : 'n Verdrag kan as die ekwivalent van 'n kontrak op die gebied van die volkereg beskou word. Dit dui op 'n ooreenkoms wat tussen twee of meer state gesluit is waardeur hulle hulself tot sekere verpligtinge teenoor mekaar verbind. Wedersydse volkeregtelike aanspreeklikheid bestaan in die geval van nie-nakoming van die verpligtinge. 'n "Konvensie" of "protokol" is voorbeelde van internasionale verdrae. Juridies is daar geen onderskeid tussen die twee begrippe en 'n "verdrag" of "ooreenkoms" nie. Eg twee begrippe word wel gebruik vir 'n verdrag wat 'n eiesoortige feitelike karakter het. "Konvensie" word gewoonlik gebruik vir multilaterale verdrae, veral multilaterale menseregte-verdrae. 'n "Protokol" bestaan aanvullend tot 'n moeder-konvensie en verfyn sekere bepalinge of skep nuwe prosedures. "Deklarasies" of "verklarings" is in die algemeen nie juridies afdwingbaar nie en kan as bewys van internasionale gewoontereg dien.

behoort te geniet.<sup>32</sup> Die 1959 Verklaring is uiteindelik op 20 November 1959 eenparig deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar.

Die 1959 Verklaring het die beginsels van die 1924 Verklaring van die Regte van die Kind bevestig en daarop uitgebrei.<sup>33</sup> Dit het die behoeftes en belange van kinders binne 'n baie breër konteks aangespreek en aspekte soos behuising, opvoeding, rekreasie, voeding, mediese dienste en welsynsvoordele betrek.<sup>34</sup> Die 1959 Verklaring het ook die bepalinge van die Universele Verklaring van Menseregte 1948<sup>35</sup> baie meer spesifiek op kinders van toepassing gemaak. Vergeleke met laasgenoemde dokument was daar egter geen verwysing na burgerregte vir kinders in die 1959 Verklaring nie.<sup>36</sup>

Die 1959 Verklaring was ook nie bindend op lidlande nie. Die feit dat dit eenparig aanvaar is, het meer gewig daaraan verleen as enige ander besluit van die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies tot op daardie stadium.<sup>37</sup> Die eenparige besluit het as bewys gedien van 'n wêreldwye inisiatief om die status van kinders opnuut in oënskou te neem.

Die belang van die 1959 Verklaring vir doeleindes van die onderhawige studie lê daarin dat dit 'n groot sprong in konsepsuele denke oor kinderregte in vergelyking met die 1924 Verklaring oor die Regte van die Kind verteenwoordig.<sup>38</sup> Twintig jaar na die aanvaarding van die 1959 Verklaring het die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies tot die volgende gevolgtrekking gekom oor die impak daarvan:<sup>39</sup>

"[T]he principles of the Declaration have played a significant part in the promotion of the rights of children in the entire world as well as in shaping various forms of international cooperation in this sphere."

<sup>32</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 2651; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 9-10; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 59-60.

<sup>33</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 266; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 10-11. Sien Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 60 vir 'n opsomming van die bepaling.

<sup>34</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 294; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 266-268; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 10-11.

<sup>35</sup> Sien bespreking op 251-252.

<sup>36</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 294; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 294.

<sup>37</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 266; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 60, 62-63.

<sup>38</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12.

<sup>39</sup> VN Dokument A/33/45 soos aangehaal deur Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12.

Terwyl die 1924 Verklaring oor die Regte van die Kind die idee verwoord het dat kinders objekte van die volkereg is wat beskerm moet word, was die 1959 Verklaring bewys daarvan dat kinders nou as subjekte in die volkereg gesien is.<sup>40</sup>

Die 1959 Verklaring is steeds vir kritiek vatbaar. Die belangrikste punt van kritiek behels die feit dat kinders nie in regte-terminologie bemagtig word nie maar slegs morele aansprake verkry. Alhoewel die 1959 Verklaring die kind as regsobjek erken het, is die bevoegdheid om die regte onafhanklik uit te oefen nog nie erken nie. Dit het hier bloot gegaan oor regte op beskerming, gebaseer op die beste belang van die kind.<sup>41</sup> Gegewe die denkrigting van die tydperk is dit egter nie vreemd dat kinders se aansprake bloot as behoeftes verwoord is nie. Daar is steeds aanvaar dat kinders op volwassenes, veral hul ouers, kon steun om na hul belange om te sien. Ander punte van kritiek hou verband met die gebrek aan bindende werking van die 1959 Verklaring, vae formulering en die afwesigheid van enige bepalinge om die 1959 Verklaring te implementeer.<sup>42</sup>

Ouers het in 'n sekere mate bedreig gevoel deur die klem wat op 'n kind se aansprake geval het. Volgens De Villiers<sup>43</sup> het dit meegebring dat die doelstellings en beginsels van die 1959 Verklaring geprys is maar dat daar 'n mate van skeptisisme oor die implementering van die inhoud was.

Uiteindelik sou die 1959 Verklaring as die belangrikste hoeksteen van die Verenigde Nasies Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 dien.

### 2.2.3 *Verenigde Nasies Konvensie oor die Regte van die Kind 1989* (hierna die 1989 Konvensie)

Tydens die opstel van die 1959 Verklaring het 'n aantal state hul voorkeur uitgespreek vir 'n konvensie eerder as 'n verklaring. Die meerderheid lidlande het egter hul teenkanting

<sup>40</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 298; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 61.

<sup>41</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 298; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 61.

<sup>42</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 294; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269.

<sup>43</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 295; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 64 wys daarop dat die 1959 Verklaring, anders as wat gewoonlik die geval met internasionale verdrae is, horisontale werking gehad het. Daar is in die Aanhef 'n beroep op regeringsinstellings, ouers, ander individue en vrywillige organisasies gedoen om kinderrechte te erken. Individue, eerder as regerings, was verantwoordelik vir die implementering van die bepalinge. Die feit dat ouers betrek was by die implementering verklaar hoekom hulle bedreig gevoel het.

daarteen uitgespreek.<sup>44</sup> Nederland was byvoorbeeld van mening dat die tyd nog nie ryp vir 'n konvensie was nie en het die volgende rede aangevoer:<sup>45</sup>

"[T]he great economic, social and cultural differences and the greatly divergent views on morality and religion prevailing in the various Member States [would] give rise to many problems which must, at least for the time being, be considered to be insoluble."

Bykans twintig jaar na die aanvaarding van die 1959 Verklaring het dieselfde state hul besware teruggetrek toe daar opnuut oor die wenslikheid van 'n konvensie gedebatteer is. Daar was nou steun vir 'n standpunt dat die behoeftes van kinders alleen effektief op internasionale gebied aangespreek kon word in 'n handves wat regtens bindend is.<sup>46</sup> 'n Hele aantal redes kan aangevoer word vir hierdie verandering in ingesteldheid:<sup>47</sup>

- (a) 'n Groot aantal state het self fundamentele veranderings ingevolge nasionale reg ten opsigte van hul benadering teenoor kinders ondergaan.
- (b) Daar was 'n toenemende besef dat daar óók pro-aktief opgetree moes word om kinders teen diskriminasie te beskerm. Dit het beteken dat spesifieke regte aan kinders as 'n besondere groep persone verleen moes word.<sup>48</sup>
- (c) Kinders vereis 'n groter mate van beskerming as gevolg van hul kwesbaarheid. Op daardie tydstip was daar nie voldoende daarvoor voorsiening gemaak ingevolge die volkereg nie.
- (d) Die beste belange van die kind as maatstaf van beskerming was nie meer voldoende om alle kinderregte effektief te implementeer nie. Die rede hiervoor word op die volgende wyse deur Van Bueren<sup>49</sup> verduidelik:

"This is partly because the right approach of human rights treaties is at odds with the traditional welfare approach of best interests which undermines the child's autonomy."

<sup>44</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 11, 13; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 63.

<sup>45</sup> VN Dokument E/CN. 4 780 soos aangehaal deur Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12.

<sup>46</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 295; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 13. Dit is belangrik om die redes vir hierdie verandering in gesindheid in gedagte te hou by die bespreking van die effek van die volkereg en kinderregte soos vervat in die Handves van Regte op die privaatregtelike ouer-kind verhouding.

<sup>47</sup> Hammarberg "The UN Convention on the Rights of the Child - and how to make it work" 1991 *Human Rights Quarterly* 97 98-99; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 275-276; Sloth-Nielsen "Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: some implications for South African law" 1995 *South African Journal on Human Rights* 401 407-408; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 13-14; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 67.

<sup>48</sup> Diskriminasie teen kinders kan ook verbied word deur in dokumente te bepaal dat kinders nie van regte uitgesluit mag word nie. Sien Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 13.

<sup>49</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 14.

- (e) Gedurende die bykans twintig jaar sedert die 1959 Verklaring was daar 'n magdom internasionale streeks- en bilaterale ooreenkomste ten opsigte van kinders. Daar was gevolglik 'n behoefte aan eenvormigheid in internasionale standaarde.
- (f) Lidlande was van mening dat die bestaande internasionale dokumente wat kinders geraak het, nie omvattend genoeg in die verlening van kinderregte was nie.
- (g) Die Verenigde Nasies het 1979 as die Internasionale Jaar van die Kind verklaar. Dit het 'n sekere emosionele impak gehad en die begin aangedui van 'n beweging om kinders se aansprake ingevolge die volkereg as afdwingbare regte te verwoord.<sup>50</sup>

Pole het in 1979 'n konsep vir 'n konvensie aan die Verenigde Nasies se Kommissie vir Menseregte voorgelê.<sup>51</sup> Die Kommissie het 'n taakgroep aangestel om verder aandag aan hierdie konsep te skenk. Hierna het die hele proses 'n momentum van sy eie ontwikkel.<sup>52</sup> Na 'n dekade is die 1989 Konvensie op 20 November 1989 eenparig deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar. Dit het op 2 September 1990 in werking getree nadat die twintigste lidland dit geratifiseer het.<sup>53</sup>

Die inhoud<sup>54</sup> van die Konvensie kan in twee kategorieë verdeel word. Daar is 'n kategorie burgerlike- en politieke regte<sup>55</sup> en 'n kategorie ekonomiese, sosiale en kulturele regte.<sup>56</sup> Hammarberg stel ook 'n eiesoortige kategorisering van die substantiewe bepalings van die 1989 Konvensie voor - 'n kategorisering wat hy die *three P's* noem en wat soos volg verduidelik kan word:<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 24-26.

<sup>51</sup> VN Dokument E/CN.4/1349 (1979) soos na verwys deur De Villiers 1993 *Stell LR* 295. Sien ook Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 276-278; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 14-15; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 66.

<sup>52</sup> Sien in die algemeen Alston in *The Best Interests of the Child* 5-7; Alston & Parker in *Children, Rights and the Law* vii; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 275-278; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 402; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 67-70; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 14-15.

<sup>53</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 99.

<sup>54</sup> Sien in die algemeen vir 'n bespreking van die inhoud van die 1989 Konvensie De Villiers 1993 *Stell LR* 296-303; Hammarberg 1990 *Human Rights Quarterly* 98-102; McGoldrick "The United Nations Convention on the Rights of the Child" *International Journal of Law and the Family* 132-158; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 408-416.

<sup>55</sup> Sien by die reg op lewe (a 6), vryheid van spraak (a 13), vryheid van denke en geloof (a 14), vryheid van assosiasie (a 15), beskerming van privaatheid (a 16).

<sup>56</sup> Sien by die reg op gesondheidsdienste (a 24), die reg op opvoeding (a 28 en 29). Die Konvensie volg 'n geïntegreerde benadering en dit is nie met die eerste oogopslag duidelik watter regte burgerlike en politieke regte is nie en watter sosiale ekonomiese en kulturele regte is nie. Die reg op lewe (a 6) word by uitgebrei om die reg op oorlewing en ontwikkeling in te sluit. Sien Hammarberg 1990 *Human Rights Quarterly* 99; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 404; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 78.

<sup>57</sup> Hammarberg 1990 *Human Rights Quarterly* 100. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 15 wat verkies om die substantiewe bepalings van die Konvensie in

Provision - the right to get one's basic needs fulfilled - for example, the rights to food, health care, education, recreation and play.

Protection - the right to be shielded from harmful acts or practices - for example, to be protected from commercial or sexual exploitation, physical or mental abuse, or engagement in warfare.

Participation - the right to be heard on decisions affecting one's own life."

Die kategorie wat die mees betekenisvolle vir die implementering van kinderrechte is, is die reg op deelname (*participation rights*). Dit is een van die hoekstene van die 1989 Konvensie omdat dit erkenning verleen aan die kind wat nie meer slegs 'n objek nie maar volwaardig 'n subjek ingevolge die volkereg is.<sup>58</sup> Hierdie aspek is duideliker as in enige van die vorige twee Deklarasies oor die Regte van die Kind gestel. Die reg op deelname is waarskynlik ook die mees kontroversiële van die indelings omdat dit meebring dat kinders betrek word waar besluite geneem word wat hulle raak. Die kern van kinders se reg op deelname word in artikel 12<sup>59</sup> van die Konvensie verwoord maar die implementering daarvan is problematies. Daar is byvoorbeeld geen aanduiding in UNICEF<sup>60</sup> se *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children* en gepaardgaande Aksieplan dat daar ernstige oorweging aan die kind se reg op deelname geskenk word nie.<sup>61</sup> Ook op nasionale vlak is die implementering van die reg problematies, gegewe die status van 'n kind.<sup>62</sup>

Daar is vier artikels in die 1989 Konvensie wat die waardesisteem waarop die Konvensie berus, verwoord.<sup>63</sup> Hierdie bepalings is die volgende:

(a) Artikel 3

- "1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law,

---

"participation, protection, prevention, provision" te verdeel. Volgens haar staan die vier kategorieë aanvullend tot mekaar en oorvleuel selfs in sekere opsigte - veral beskerming en voorkoming. Daar word tot 'n baie groot mate op beskerming gekonsentreer in die implementering van kinderrechte wat letterlik ook voorkoming insluit. Voorkoming in die rol van tegniese advies en hulp word in 'n groot mate aan die beskermende funksie ondergeskik gestel. Sien Verhellen *Convention on the Rights of the Child '74* wat 'n soortgelyke verdeling as Hammarberg volg.

<sup>58</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 298; Hammarberg 1990 *Human Rights Quarterly* 100; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 403.

<sup>59</sup> Sien volledige inhoud op 230 uiteengesit.

<sup>60</sup> *United Nations International Children's Emergency Fund*.

<sup>61</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 15. Daar is in UNICEF se beleidsvergaderings te kenne gegee dat beklemtoning van die kind se reg op deelname die moontlikheid van konflik met regerings kon skep, ten koste van effektiewe implementering van die ander kategorieë.

<sup>62</sup> De Villiers 1993 *Stell LR* 298-299; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 15.

<sup>63</sup> Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 408-411. Die Komitee oor die Regte van die Kind (hierna die Komitee) verteenwoordig die internasionale toesighoudende liggaam wat moet toesien dat die bepalings van die 1989 Konvensie geïmplimenteer word. Die vier artikels onder bespreking is deur die Komitee uitgelig en beklemtoon as die bepalings wat die wese van die 1989 Konvensie verteenwoordig.

administrative authoritative or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.
3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care and protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision."

(b) Artikel 2

- "1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.
2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members."

(c) Artikel 6

- "1. States Parties recognise that every child has the inherent right to life.
2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child."

(d) Artikel 12

- "1. State Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the view of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law."

Artikel 3 wat vir die beste belang van die kind as primêre oorweging voorsiening maak, geld ook as beginsel van interpretasie. Dit beteken dat die beste belang van die kind die maatstaf

moet wees vir die wyse waarop die regte in die 1989 Konvensie gerealiseer word.<sup>64</sup> Artikel 2 verteenwoordig die tweede wesenskenmerk van die 1989 Konvensie.<sup>65</sup> Die beste belang van 'n kind vereis dat daar geen onderskeid getref sal word op grond van 'n gegewe lys karaktereienskappe en oorwegings nie. Die 1989 Konvensie wyk ook betekenisvol af van alle vorige verdrae en bepaal verder dat daar nie teen 'n kind gediskrimineer mag word op grond van sekere karaktereienskappe van 'n ouer of voog nie.<sup>66</sup> Die oogmerk hiermee is om 'n kind te beskerm teen die gevolge van diskriminasie teen ouers, 'n voog of selfs die gesin.<sup>67</sup> Die frase *to respect and ensure* beteken dat daar ook 'n positiewe verpligting op lidlande rus om toe te sien dat 'n kind se regte ingevolge die 1989 Konvensie verseker word sonder dat daar teen so 'n kind gediskrimineer word. Dit beteken ook dat lidlande pro-aktief sal moet optree ten einde hierdie beskerming te verleen.<sup>68</sup>

Artikel 6<sup>69</sup> verteenwoordig die derde sleutelbegrip. Hierdie bepaling strek verder as die reg op fisiese bestaan en verbind lidlande daartoe om die oorlewing en ontwikkeling van 'n kind te verseker.<sup>70</sup> Die reg ingevolge artikel 12 verleen geld nie absoluut nie en word gekwalifiseer deur die ouderdom en volwassenheid van die kind. Hierdie besondere bepaling as vierde sleutelbegrip verteenwoordig die belangrikste enkele erkenning van 'n kind se outonomie en ontwikkelende vermoëns. Artikel 12 is wyd geformuleer om ook in die algemeen te geld en beperk nie 'n kind se deelname net tot daardie aangeleenthede waarin spesifiek regte verleen word nie.<sup>71</sup>

Die 1989 Konvensie verteenwoordig die mees omvattende en gesaghebbende verklaring rakende fundamentele regte vir kinders.<sup>72</sup> Die 1989 Konvensie skep regtens bindende norme en beginsels en stel internasionale standaarde waaraan lidlande ingevolge nasionale

<sup>64</sup> Die effek van hierdie bepaling word volledig op 243-247 bespreek. Sien ook 247 vir die beste belang van die kind as beginsel van interpretasie.

<sup>65</sup> Sien Lopatka in *The Ideologies of Children's Rights* 49; McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 134-135. Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 409-410.

<sup>66</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 2(2).

<sup>67</sup> McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 135.

<sup>68</sup> McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 135.

<sup>69</sup> Sien Lopatka in *The Ideologies of Children's Rights* 50; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 410.

<sup>70</sup> Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 410. Hierdie reg sal byvoorbeeld meebring dat die staat programme van stapel moet stuur om kinders in te ent, voedingsinligting te verskaf, inligting oor geboortebepanking te verskaf ens.

<sup>71</sup> McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 141; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 410-411.

<sup>72</sup> Bainham & Cretney *Children* 607; De Villiers 1993 *Stell LR* 296-287; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16.



wetgewing en beleid gevolg moet gee.<sup>73</sup> Die nuwe filosofie ten opsigte van kinderrechte onderliggend aan die Konvensie verteenwoordig 'n betekenisvolle breuk met vorige tradisionele benaderings tot kinderrechte.<sup>74</sup> Hammarberg verduidelik die kern van hierdie nuwe filosofie:<sup>75</sup>

"More than any earlier international agreement, the Convention recognizes children as human beings of equal value. It marks the end of the age-old idea that children, at least in legal terms, are no more than possessions of their guardians. At the same time it recognizes children as children."

Die 1989 Konvensie verleen ook nuwe regte aan kinders, byvoorbeeld die reg op behoud van identiteit<sup>76</sup> en die reg daarop dat die beste belang van die kind die oorheersende oorweging by aanneming sal wees.<sup>77</sup> In die geheel gesien verleen die 1989 Konvensie op omvangryke wyse aandag aan die behoeftes en belange van kinders.<sup>78</sup>

Die 1989 Konvensie het ook meegebring dat kinderrechte wat op daardie stadium net in regspraak ten opsigte van streeksverdrae erken of verfyn is, nou in 'n globale verdrag vervat is.<sup>79</sup> Van Bueren noem ook twee verdere oogmerke wat met die ratifikasie van die Konvensie bereik is:<sup>80</sup>

- (a) Die Konvensie lê standaarde neer wat bindend op lidlande is en voorheen bloot aanbevelings behels het. Dit sluit byvoorbeeld die beskermingsmaatreëls by aanneming en die regte van kinders wat psigies en fisies gestrem is in.<sup>81</sup>

<sup>73</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 1; De Villiers 1993 *Stell LR* 296-297; Hammarberg 1990 *Human Rights Quarterly* 99; McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 132; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 402; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16.

<sup>74</sup> Eekelaar in *Children, Rights and the Law* 231-234; Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 99; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 402.

<sup>75</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 99. Sien ook sy opmerking op 103: "The very ideal of rights for children is in itself revolutionary. Ten years ago in Sweden a law was adopted that no one had the right to strike a child, not even a parent or a teacher. This had an enormous effect on that generation of children. Every child knew that the law protected them, and threatening adults were told so in no uncertain manner. The Convention on the Rights of the Child is less clear-cut, but that level of awareness should be aimed for, especially among children themselves."

<sup>76</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 8; Cerda "The Draft Convention on the Rights of the Child : new rights" 1990 *Human Rights Quarterly* 115 115-117.

<sup>77</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 21; Cerda 1990 *Human Rights Quarterly* 117-119.

<sup>78</sup> McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 133; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 402.

<sup>79</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 98; McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 133; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16.

<sup>80</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16.

<sup>81</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 21 en 23.

- (b) Daar word nuwe verpligtings aan lidlande opgelê ten einde aan kinders se regte op beskerming en versorging gevolg te gee. State word byvoorbeeld verplig om rehabiliterende maatreëls daar te stel vir kinders wat die slagoffers van verwaarlosing, misbruik en uitbuiting is.<sup>82</sup>

Die verdere bespreking van die 1989 Konvensie word beperk tot daardie aspekte wat binne die omvang van hierdie studie val.

### 2 2 3 1 Erkenning en beskerming van die gesinseenheid

Die gesin is 'n universele verskynsel en een van die mees basiese en belangrikste sosiale instellings in die gemeenskap.<sup>83</sup> 'n Oorsig van internasionale- en streeksverdrae en ander deklarasies bewys hoe belangrik die internasionale gemeenskap die gesin ag.<sup>84</sup>

Die 1989 Konvensie is geen uitsondering nie en bevestig reeds in die Aanhef die volgende.<sup>85</sup>

"[T]he family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community."

Volgens die Aanhef tot die 1989 Konvensie behoort 'n kind binne die gesin en in 'n atmosfeer van geluk, liefde en begrip groot te word ten einde sy persoonlikheid tot volle potensiaal te ontwikkel.<sup>86</sup>

Die 1989 Konvensie gee geen definisie van 'n gesin nie en op dié wyse is dit moontlik dat die verskeidenheid van gesinsvorme wat deur state erken word,

<sup>82</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 39.

<sup>83</sup> Hodgson "The international legal recognition and protection of the family" 1994 *Australian Journal of Family Law* 219; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 67.

<sup>84</sup> Sien bv die Universele Verklaring van Menseregte a 12, 16(1), 16(3), 23(3) en 25; die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte a 17(1), 23(1), 23(2) en 24(1); die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte a 10(1) en 11(1); die Europese Konvensie oor Menseregte a 8; die Europese Sosiale Handves a 16; die Amerikaanse Konvensie oor Menseregte a 11(2) en (1); die Afrika Handves vir Mense- en Volkeregte a 18; die Addisionele Protokol tot die Amerikaanse Konvensie op Menseregte op die Gebied van Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte a 15; die Deklarasie op Sosiale Vooruitgang en Ontwikkeling a 4; die Deklarasie oor die Regte van die Kind Beginsel 6.

<sup>85</sup> Aanhef tot die VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989.

<sup>86</sup> Aanhef tot die VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989.

geakkommodeer kan word.<sup>87</sup> Die wyse waarop artikel 5 bewoord is, vestig wel state se aandag op die potensiaal van die uitgebreide gesin, en selfs ook die gemeenskap, om 'n rol in die lewe van die kind te speel.<sup>88</sup> Die effek is dat state plaaslike gebruike en die rol van die uitgebreide gesin, waar relevant, in ag moet neem.<sup>89</sup> Die 1989 Konvensie verleen met ander woorde nie voorkeur aan een gesinsvorm bo 'n ander nie maar die boodskap is duidelik dat die kind binne een of ander gesinsvorm tuishoort.<sup>90</sup>

In die lig van die natuurlike en wesenlike band tussen kinderrechte en die rol wat die gesin speel om baie van daardie regte te verwesenlik, is dit vreemd dat daar nie 'n grondliggende bepaling is wat vir die gesin as instelling voorsiening maak nie.<sup>91</sup> Die beginsel dat lidlande daartoe verbind is om beskerming te verleen en hulp te verskaf aan die gesin geniet wel erkenning in die Konvensie.

Onderliggend aan die staat se verbondenheid daartoe om ouers by te staan in die nakoming van hul verantwoordelikhede, is weereens die respek vir die gesin as eenheid.<sup>92</sup> Hierdie beginsel, saam met die primêre rol wat aan ouers

---

<sup>87</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 224; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 68-69; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 406.  
<sup>88</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 5 lui soos volg:

"States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognised in the present Convention."

<sup>89</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 70-71; Walsh "The United Nations Convention on the Rights of the Child : a British view" 1991 *International Journal of Law and the Family* 170 173.

<sup>90</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 70-71; Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 173. Sien ook die inhoud van a 3(2), a 18(1), a 18(2) en a 24.

<sup>91</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 224-225. Hy verwys op 224 met goedkeuring na die Europese Sosiale Handves a 16 wat op die volgende wyse vir die beskerming van die gesin voorsiening maak:

"With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unit of society, the Contracting Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married, and other appropriate means."

<sup>92</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 18(2):

"For the purpose of guaranteeing and promoting the rights set forth in the present Convention, States Parties shall render appropriate assistance to parents and legal

verleen word in die grootmaak en versorging van hul kinders, beklemtoon die belang van steun aan die gesin en ouers se rol binne gesinsverband.<sup>93</sup>

Die staat se betrokkenheid ingevolge die 1989 Konvensie om die gesin as instelling te beskerm, weerspieël twee beleidsoorwegings. Eerstens beteken die beklemtoning van kinderregte nie dat die belang van die gesin nou afneem nie. Die aanspraak van 'n kind op gesinsorg word as die mees algemeen aanvaarde reg beskou. Die respek vir die gesin word op dié wyse eerder verhoog.<sup>94</sup> Tweedens word aanvaar dat die moderne gesin nie meer selfregulerend is nie en dit bring een of ander vorm van staatsbetrokkenheid mee. Saam hiermee het die benadering begin posvat dat gesinsprivaatheid nie meer onaantasbaar is nie en dat nie-inmenging van owerheidsweë nie noodwendig die kwaliteit van gesinsverhoudings verhoog nie.<sup>95</sup>

Die kritieke probleem is natuurlik om 'n balans te vind tussen gesinsprivaatheid en die staat se verantwoordelikheid om gesinslede te beskerm. Histories was die benadering in die volkereg dat die gesin as 'n tipe staat in die klein beskou is met die ouers wat absolute heerskappy voer.<sup>96</sup> Volgens die meer moderne benadering word die gesin as 'n gemeenskap van individue gesien wat oor spesifieke regte beskik.<sup>97</sup> Dit beteken egter ook dat daar ingevolge die volkereg nou indringend na die magsbalans binne die gesin gekyk moet word om te bepaal in watter mate daar wel gelykheid tussen gesinslede onderling is. Volgens Van Bueren is een van die mees omstrede vraagstukke die mate waarin die volkereg, indien enigsins, aktief moet

---

guardians in the performance of their child-rearing responsibilities and shall ensure the development of institutions, facilities and services for the care of children."

<sup>93</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 18(1) met die volgende inhoud:

"States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern."

Een van die wyses waarop die Staat hulp kan verleen sodat 'n gesin so normaal as moontlik kan funksioneer word in a 18(3) aangetref. Die staat is naamlik verplig daartoe om dagsorgfasiliteite vir kinders van werkende moeders te skep.

<sup>94</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 77-80.

<sup>95</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 232; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 72-73, 77.

<sup>96</sup> Maw tipies van die eerste model van ouerlike gesag. Sien 84, 96-98 hierbo. Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 72.

meewerk om vir demokratiese besluitneming binne gesinsverband voorsiening te maak.<sup>98</sup>

Die boodskap van die 1989 Konvensie is dat die volkereg geen fundamentele onderskeid tussen kinderregte en die outonomie van die gesin verskans en die een nie belangriker as die ander ag nie. Die oogmerk is duidelik om die gesinslewe te beskerm waar dit in ooreenstemming met die regte van die kind is.<sup>99</sup>

2 2 3 2

### Rol van ouers

Artikels 5 en 18 van die 1989 Konvensie reël die regte, verantwoordelikhede en verpligtinge van ouers op 'n baie spesifieke wyse.<sup>100</sup>

Artikel 5<sup>101</sup> moet binne die groter geheel van die volkereg gesien word waar daar in 'n groter mate erkenning aan die verhoogde status van kinders verleen word. In ooreenstemming hiermee poog die volkereg om grense te stel waarbinne state moet verseker dat ouerlike gesag op so 'n wyse uitgeoefen word dat met kinders se regte rekening gehou word.<sup>102</sup>

Die *travaux préparatoires* bevestig dat die oogmerk was om artikel 5 as sambreelbepaling in die 1989 Konvensie te laat geld.<sup>103</sup> Die inhoud van die 1989 Konvensie moet as't ware geïnterpreteer word teen die agtergrond van die erkenning van die bevoegdhede wat aan ouers verleen word om hul kinders groot te maak en te versorg. Hierdie bevoegdhede van ouers word ingevolge artikel 5 gekwalifiseer deur die volgende voorbehoud:

<sup>97</sup> Maw tipies van die tweede model van ouerlike gesag. Sien 94-95 hierbo. Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 72.

<sup>98</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 73. Vir deelnemende besluitneming wat in *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112 HL gepropageer is, sien bespreking op 84-90.

<sup>99</sup> Alston in *The UN Children's Convention and Australia* 3-4; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 404-406; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 106.

<sup>100</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal on Human Rights* 405; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 73.

<sup>101</sup> Vir volledige teks sien vn 88.

<sup>102</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 73.

<sup>103</sup> VN Kommissie oor Menseregte "Question of a Convention on the Rights of the Child/Report of the Working Group on a draft Convention on the Rights of the Child (1987) E/CN.4/1987/25 25 para 104" soos aangehaal deur Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 227.

"States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents ... to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance ..."

Ouers se bevoegdhede is met ander woorde nie staties nie maar fluktueer in ooreenstemming met kinders se wisselende bevoegdhede en behoeftes.<sup>104</sup> Dit verklaar ook waarom daar na die uitoefening van ouerlike gesag as *direction and guidance* verwys word. Die raamwerk wat die volkereg by wyse van die Konvensie vir die uitoefening van ouerlike gesag neerlê, stem ongetwyfeld met die tweede model van ouerlike gesag ooreen. Teoreties word die geleentheid vir deelnemende besluitneming binne gesinsverband geskep. Lidlande staan onder 'n verpligting om toe te sien dat ouers die teorie in praktyk omskep.<sup>105</sup>

(a) Regte van ouers

Dit blyk uit artikel 5 en artikel 14 van die 1989 Konvensie dat die regte of belange van ouers veel wyer as die fisiese versorging van hul kinders strek. In beide bepalings<sup>106</sup> word verwys na die verantwoordelikhede, regte en verpligtinge van ouers om op 'n toepaslike wyse leiding aan hul kind te verleen in ooreenstemming met die ontwikkelende vermoëns van sodanige kind. Dit is 'n bevestiging van die realiteit dat ouers op verskillende wyses betrokke is by die vorming van hul kind en die bepaling van die tipe persoon waarin hy gaan ontwikkel.<sup>107</sup>

Ook in ander gevalle word die regte van ouers uitdruklik erken. Lidlande onderneem byvoorbeeld om te verseker dat die nodige beskerming en versorging aan die kind verleen word maar met

<sup>104</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 100; Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 229; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 73.

<sup>105</sup> McGoldrick *International Journal of Law and the Family* 138-139 vir 'n standpunt dat dit in die praktyk nie so maklik uitvoerbaar is nie.

<sup>106</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 5 bepaal oa die volgende: "State Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents ..., to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognised in the present Convention." A 14(2) bepaal oa die volgende: "State Parties shall respect the rights and duties of the parents ... to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child."

<sup>107</sup> Barton & Douglas *Law and Parenthood* 40.

inagneming van ouers se regte.<sup>108</sup> Ouers se regte kan gevolglik ondergeskik gestel word aan staatsoptrede indien die welsyn van die kind dit vereis. 'n Kind kan ook nie uit ouerlike sorg teen die wense van die ouers verwyder word nie behalwe waar dit in ooreenstemming met die plaaslike reg plaasvind en in die beste belang van die kind is.<sup>109</sup> Ook hier is 'n lidland verbind daartoe om die wense van 'n ouer te respekteer maar dit is wense wat aan die belange van 'n kind ondergeskik gestel kan word.

Ouers is onteenseglik ingevolge die 1989 Konvensie dié primêre versorgers van hul kind. Hul regte word ten opsigte van elke faset van 'n kind se lewe erken en die feit dat die staat hierdie regte moet respekteer, bewys hoe belangrik hierdie faset van ouerlike gesag is.

(b) Verpligtinge van ouers

Artikel 18 van die Konvensie verleen aan ouers gemeenskaplik die primêre verantwoordelikheid om hul kind te versorg en groot te maak. Die beste belang van die kind moet in die nakoming van hul verantwoordelikheid hul basiese oorweging wees.<sup>110</sup> Laasgenoemde maatstaf is 'n herbevestiging van die algemene standaard van die beste belang van die kind wat in artikel 3 van die 1989 Konvensie gestel word.<sup>111</sup>

Ouers dra ook die verantwoordelikheid om binne hul vermoë die lewensomstandighede te skep wat nodig is vir hul kind se ontwikkeling.<sup>112</sup> Natuurlik het ouers ook verantwoordelikhede en verpligtinge in die wyse waarop leiding aan hul kind verleen word.<sup>113</sup>

<sup>108</sup>

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 3(1).

<sup>109</sup>

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 9(1).

<sup>110</sup>

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 18(1).

<sup>111</sup>

McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 143.

<sup>112</sup>

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 27(2).

<sup>113</sup>

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 5, a 14(2).

## (c) Steun aan ouers

Selfs al word ouers as die primêre versorgers van 'n kind erken, is dit nie te sê dat hulle materieël oor die vermoë beskik om hul verantwoordelikhede en verpligtinge na te kom nie. Die staat is gevolglik verbind daartoe om hulp aan ouers te verleen en om toe te sien dat instellings, geriewe en dienste vir die versorging van kinders ontwikkel word.<sup>114</sup> Hulpverlening kan selfs dagsorggeriewe vir werkende ouers insluit.<sup>115</sup> Staatsbystand is uiteraard ook afhanklik van nasionale bronne.<sup>116</sup>

Die moniteringsmeganismes ingevolge die 1989 Konvensie sal hier 'n belangrike rol vervul ten einde te bepaal in watter mate 'n lidland wel oor hulpbronne beskik en tot watter mate dit beskikbaar gestel word.

## (d) Beskerming teen ouers

Beskerming teen ouers kan veral in twee gevalle ter sprake kom. Dit kan eerstens gebeur dat kinders verwaarloos of mishandel word terwyl hulle in ouerlike sorg is en dit mag nodig wees om hulle te beskerm deur hulle uit ouerlike sorg te verwyder. Die tweede geval gaan oor die situasie waar ouers hul kind se vermoë om self besluite te neem en 'n eie mening te vorm miskén en hul eie mening op die kind afdwing.

Die 1989 Konvensie maak vir albei situasies voorsiening. Ingevolge artikels 9 en 19 kan 'n lidland toepaslike stappe neem om 'n kind uit ouerlike sorg te verwyder ten einde beskerming teen misbruik of verwaarlosing te verleen.

In die tweede geval word 'n kind se reg om 'n eie mening te vorm en uitdrukking daaraan te gee, verskans.<sup>117</sup> Die bepaling moet uiteraard binne die breër konteks van die beste belang van die kind en ouerlike versorging gesien word maar dit doen nie afbreuk aan die feit dat die

<sup>114</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 18(2).

<sup>115</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 18(3).

<sup>116</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 27(3) verwys bv na hulpverlening deur die staat "in accordance with national conditions and within their means".

<sup>117</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 12(1).



reg uitdruklik verleen word nie. Ook in hierdie opsig word 'n kind teen sy ouers beskerm.

Elke kind het ook die reg op vryheid van denke, gewete en geloof. Hierdie reg is onderhewig aan ouers se reg om leiding te gee.<sup>118</sup> Dit is egter onseker in watter mate ouers se reg om hul kind se intellektuele vryheid te beheer ondergeskik gestel sal word aan die kind se reg op vryheid van uitdrukking.<sup>119</sup>

Onderliggend aan die wyse waarop die rol van ouers formuleer word, die verwysing na die ontwikkelende vermoëns van kinders en hul beste belange wat as maatstaf moet dien, is die spanning tussen ouers en kinders se regte.<sup>120</sup> In die meeste gevalle sal hul belange ooreenstem maar die realiteit is dat konflik dikwels ontstaan. Die gees en strekking van die 1989 Konvensie hou rekening hiermee in die aard van staatsbeskerming wat verleen word.

2 2 3 3

#### Rol van die staat

Menseregte behels veel meer as die verhouding tussen individue en die staat. Dit behels ook die rol van die staat om verhoudings tussen individue te reël.<sup>121</sup> Die rol van menseregteverdrae om gesinsverhoudings te reël, was in die verlede beperk omdat daar in die algemeen op die verhouding tussen die gesin en die staat gekonsentreer is en meer spesifiek op die verhouding tussen volwasse gesinslede en die staat.<sup>122</sup> Daar is eenvoudig nie daarmee rekening gehou dat ouers en kinders se belange uiteenlopend kan wees nie.

Die rol van die 1989 Konvensie weerspieël daarenteen uitdruklik of stilswyend spesifieke perspektiewe op die verhouding tussen ouers, kinders en die staat.<sup>123</sup> Die fokus wat op kinderegte val, bring mee dat die besondere rol

<sup>118</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 14(1) en a 14(2).

<sup>119</sup> Barton & Douglas *Law and Parenthood* 42.

<sup>120</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 100; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 404-406.

<sup>121</sup> Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 170-171.

<sup>122</sup> McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 133; Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 170-171.

<sup>123</sup> Hammarberg 1991 *Human Rights Quarterly* 100-101; McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 138-139, 143; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 404-406; Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 171. Sien

van die staat om ook die verhouding tussen ouers en kinders te reël, uitgelig word.

Die staat verrig verskeie funksies ingevolge die 1989 Konvensie.<sup>124</sup> In die eerste plek word lidlande daartoe verbind om die gesin as instelling te beskerm.<sup>125</sup> 'n Tweede funksie hou verband met die primêre verantwoordelikheid van ouers om hul kind te versorg. Ingevolge artikel 19<sup>126</sup> is lidlande verplig om toe te sien dat ouers 'n minimum standaard van sorg aan die dag lê. Dit is die taak van die staat om by wyse van wetgewende, administratiewe, sosiale en opvoedkundige maatreëls toe te sien dat kinders nie beseer, misbruik of verwaarloos word terwyl hulle in ouerlike sorg is nie.<sup>127</sup> Die toesighoudende funksie van die staat kan uiteindelik meebring dat kinders uit hul ouers se sorg verwyder word.<sup>128</sup>

---

Cass in *The UN Children's Convention and Australia* op 23 wat die verhouding soos volg uiteensit:

"The Preamble to the Convention entreats states who are party to it to recognise the inherent dignity, and the equal and inalienable rights of children because they are human and goes on to extend them the cluster of legal, civil, social, economic and cultural rights extended to adults in previous Conventions, Declarations and Covenants. It also recognises that children because of their vulnerability need special care and protection and emphasises that those responsibilities lie firstly with the family as the 'natural environment for the growth and well-being of ... children'. But it does not succumb to a romantic, conservative fallacy about the goodwill of all families, declaring that the 'best interests of the child' must prevail, and that, in the event that parents and guardians fail to provide adequate care as is necessary for the child's well-being, it is the responsibility of states to provide that care (Article 3)."

124

Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 174-176.

125

Sien bespreking op 233-236.

126

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989. Artikel 19 behels die volgende:

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.
2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances or child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement."

127

Sien in die algemeen Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 86-90.

128

VN Konvensie oor die Regte van die Kind a 9(1). Die inhoud lui soos volg:

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving

Derdens dra 'n lidland die primêre verantwoordelikheid om sekere funksies self te verrig. Dit sluit byvoorbeeld die verskaffing van gesondheidsorg,<sup>129</sup> welsynsvoordele<sup>130</sup> en opvoeding<sup>131</sup> in. Die staat is ook verplig om byvoorbeeld die nodige maatreëls te tref ten einde kinders teen ekonomiese uitbuiting<sup>132</sup> en die gebruik van verdowingsmiddels<sup>133</sup> te beskerm.

Die staat het vierdens spesifieke verpligtinge ten opsigte van kinders met besondere behoeftes. 'n Kind wat uit ouerlike sorg verwyder word, is daarop geregtig dat die staat spesiale beskerming en bystand sal verleen.<sup>134</sup> Die staat is verplig om in ooreenstemming met nasionale reg alternatiewe sorg te verleen en voorkeur word aan pleegsorg, *Kafalah* of aanneming verleen.<sup>135</sup> Lidlande is ook daartoe verbind om alle toepaslike stappe te neem ten einde die fisiese en psigologiese herstel en sosiale herintegrasië van kinderslagoffers te bevorder.<sup>136</sup>

Die wye reeks moontlikhede vir staatsbetrokkenheid doen geensins afbreuk aan die fundamentele uitgangspunt dat ouers die primêre versorgers van hul kind is nie. Ingevolge die 1989 Konvensie word kinders se regte teenoor hul ouers vir fisiese en emosionele versorging gedefinieer maar ook teenoor die staat. Die staat word gelas om kinders te beskerm en te versorg waar ouers nie hul verantwoordelikhede nakom nie. Die staat behoort ook die nodige infrastruktuur te skep waarbinne ouers hul verantwoordelikhede teenoor kinders kan nakom.<sup>137</sup> Terselfdertyd word deeglik rekening daarmee gehou dat die kind ook 'n individu is wat oor fundamentele regte beskik.<sup>138</sup>

---

abuse or neglect of the child by the parents, or where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence."

Sien ook Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 182-184.

129

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 24.

130

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 26.

131

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 28.

132

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 32.

133

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 33.

134

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 20(1).

135

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 20(2) en (3). Walsh 1991 *International Journal of Law and the Family* 175 wys daarop dat die voorkeur vir nie-geïnstansionaliseerde sorg in ooreenstemming met die tema van die Konvensie is. Hiervolgens behoort kinders in een of ander gesinsvorm versorg te word.

136

VN Konvensie oor die Regte van die Kind a 39.

137

Cass in *The UN Children's Convention and Australia* 22.

138

VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 3, a 5 en a 12 is maar enkele bepalings wat hierdie beginsel bevestig.

Die onderliggende verband tussen die staat, gesin en kinders soos hierbo uiteengesit, het 'n belangrike gevolg. Die wese van die Konvensie vereis as gevolg hiervan dat die tweeledigheid van die publiekreg en die privaatreg heroorweeg moet word.<sup>139</sup> Die onderskeid tussen private verantwoordelikhede en die staat se kollektiewe verantwoordelikhede kan moeilik gehandhaaf word in die lig van die wye spektrum van kinderregte wat in die 1989 Konvensie uiteengesit word. Die hele idee van kinderregte kan nie deur die gesin alleen verwesenlik word nie en die krag en belofte van die 1989 Konvensie lê daarin dat dit die rol en verantwoordelikheid van die staat erken om die nodige hulp te verskaf.<sup>140</sup>

2 2 3 4

#### Beste belang van die kind

Artikel 3 van die 1989 Konvensie verwoord 'n sleutelbeginsel wat van fundamentele belang vir die hele Konvensie is. Hierdie artikel bepaal die volgende:<sup>141</sup>

“[I]n all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”

Die beste belang van die kind is met ander woorde die algemene standaard wat in die toepassing van die 1989 Konvensie geld.

Die begrip word in 'n hele aantal ander bepalings<sup>142</sup> van die 1989 Konvensie vervat en dit kom ook in 'n aantal ander internasionale dokumente<sup>143</sup> voor. Die belangrikste formulering kom egter in artikel 3(1) van die 1989 Konvensie voor en wel om die volgende redes:<sup>144</sup>

- (a) Die ander menseregte dokumente waarin die begrip voorkom, fokus gewoonlik op 'n ander groep soos byvoorbeeld vrouens. Die verwysing na die beste belang van die kind is bloot insidenteel tot die

<sup>139</sup> Cass in *The UN Children's Convention and Australia* 23; Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 405; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 67-68, 106.

<sup>140</sup> Cass in *The UN Children's Convention and Australia* 23-24.

<sup>141</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 3(1).

<sup>142</sup> VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989. Sien bv a 9, a 18, a 20, a 21, a 37, a 40.

<sup>143</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 3-4.

hoofdoel van die besondere dokument. Die 1989 Konvensie is daarenteen 'n dokument wat spesifiek op kinderrechte fokus en wat die agtergrond bied om die beginsel van die beste belang van die kind toe te pas en te ontleed.

- (b) Die 1959 Deklarasie het die klem op die kind as objek van regte eerder as die subjek van regte gelê. Dit is binne daardie konteks dat die begrip in die 1959 Deklarasie ter sprake gekom het.
- (c) Die wyse waarop artikel 3(1) van die 1989 Konvensie geformuleer is, verleen 'n aard daaraan wat ongekend in vorige internasionale menseregtdokumente is. Dit is duidelik dat die beginsel van die beste belang van die kind ten opsigte van alle besluitnemers geld, asook ten opsigte van die 1989 Konvensie in die geheel. Dit is 'n betekenisvolle uitbreiding van 'n beginsel wat tradisioneel binne die konteks van egskeiding en bewaring gebruik word en as't ware as 'n beginsel van ontferming beskou word.<sup>145</sup>

Die inhoud van die begrip "beste belang" word nêrens in die 1989 Konvensie uiteengesit nie. Dit is 'n standaard wat algemeen in nasionale reg gebruik word. Tog is die presiese inhoud daarvan die onderwerp van heelwat debatvoering.<sup>146</sup> Wat wel duidelik is, is dat die soepelheid van die begrip 'n wye diskresie aan die besluitnemer verleen. Tog is daar gedurende die opstel van die 1989 Konvensie geen besondere poging aangewend om op internasionale vlak inhoud en betekenis aan die begrip te verleen nie.<sup>147</sup> Dit bring mee dat die vaagheid en gebrek aan eenvormigheid op nasionale vlak ook op internasionale vlak gevind word. Binne die konteks van menseregtenorme verteenwoordig die beginsel van die beste belange van die kind sekerlik die mees ekstreme voorbeeld van vaagheid.<sup>148</sup> Die insluiting

<sup>144</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 4; Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 126-127.

<sup>145</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 4; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 45-46; Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 126-127.

<sup>146</sup> Sien bv Parker in *The Best Interests of the Child* 26-40.

<sup>147</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 11 verduidelik dat die opstellers van die Konvensie skynbaar so vertrouwd met die beste belange van die kind was as gevolg van die algemene gebruik daarvan in nasionale wetgewing dat hulle gevoel het geen nadere ontleding van die begrip is nodig nie. Aan die anderkant was hulle op die oog af onbewus oor die kontroversie ten opsigte van die begrip in baie van die jurisdiksies. Sien ook Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 127.

<sup>148</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 17-18 verduidelik vaagheid as kenmerkende eienskap van menseregtenorme op die volgende wyse: "[I]t is one of the paradoxes of international human rights law that, on the one hand, the norms must be sufficiently clear, comprehensive and inflexible to provide the international community with some basis on which it might seek

van hierdie beginsel in die 1989 Konvensie is gevolglik hewig gekritiseer. Die vrees was dat dit gebruik kon word om enige besluit rakende kinders te regverdig, selfs al sou die besluit in konflik met menseregtenorme wees.<sup>149</sup>

Die reaksie op hierdie kritiek is van belang binne 'n heterogene gemeenskap soos dié in Suid-Afrika wat deur uitleenlopende tendense en strukture ten opsigte van die gesinslewe en kinders gekenmerk word.<sup>150</sup> Verskille in kultuur, geloof en tradisies speel 'n betekenisvolle rol in die interpretasie van die beste belang van die kind. Gevolglik is dit belangrik om in die eerste plek daarop te let dat die vaagheid van die begrip in die 1989 Konvensie juis die geleentheid bied om die uiteenlopende kulturele, godsdienstige en ander oorwegings van lidlande te akkommodeer. 'n Verwysing na "gelokaliseerde" waardes kan die vaagheid van die begrip betekenisvol verminder.<sup>151</sup> Tweedens bied die 1989 Konvensie in 'n baie groot mate die breë etiese en morele raamwerk waarbinne groter sekerheid aan die begrip verleen kan word. Die 1989 Konvensie verteenwoordig 'n versigtig geformuleerde en gebalanseerde verklaring van waardes waartoe lidlande hulle verbind deur ratifikasie. Hierdeur bied die Konvensie tog maatstawwe aan daardie lidlande wat poog om te bepaal wat in die beste belang van 'n kind is.<sup>152</sup>

Die beginsel van die beste belang van die kind soos geformuleer in artikel 3(1) van die 1989 Konvensie kan in die toekoms op verskillende maniere 'n belangrike rol vervul.<sup>153</sup> Eerstens kan dit in samehang met ander bepalings van die Konvensie van hulp wees om enige kwessie wat uit die Konvensie voortvloei te ondersteun, te regverdig of te verduidelik. Dit is dus 'n hulpmiddel in die interpretasie van die 1989 Konvensie maar ook 'n standaard wat geld by die implementering van alle ander regte ingevolge die

---

to constrain a government which undermines or circumvents minimum standards of decent behaviour. On the other hand, any enterprise which is avowedly universalist in its aspirations and aims to address a very wide range of issues involving, *inter alia*, the relationship between the state, the family and the child, must be characterized by a significant degree of flexibility and adaptability."

<sup>149</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 18.

<sup>150</sup> Van Wyk "Safeguards for the family : a South African perspective" 1990 *Stell LR* 186 193-194.

<sup>151</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 5-9, 19-23; An-Na'im in *The Best Interests of the Child* 62-80; McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 137; Parker in *The Best Interests of the Child* 26-40; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 47-49.

<sup>152</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 19; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 48.

<sup>153</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 15-16.

Konvensie.<sup>154</sup> Tweedens kan die beginsel 'n bemiddelingsfunksie verrig waar konflik ontstaan tussen die verskillende regte ingevolge die 1989 Konvensie.<sup>155</sup> Dertens kan die beginsel 'n rol speel in alle aangeleenthede wat nie deur die positiewe reg ingevolge die 1989 Konvensie gereguleer word nie. Dit kan dan as grondslag dien vir die evaluering van nasionale menseregte.<sup>156</sup>

Die vraag ontstaan of die insluiting van die beste belang van die kind as beginsel enigsins 'n doel dien - gegewe dat dit as beginsel ontwikkel het in 'n tydvak toe 'n kind eerder as objek van die reg gesien is.<sup>157</sup> Wolf verwoord hierdie vraagstuk soos volg:

"Taking a Convention on the Rights of the Child seriously, the crucial question is, whether the 'best interest' standard is presently regarded in view of the old concept of special protection, which is laid down in the Convention as well, or the new concept of individual rights. The answer to be given to this question is of decisive importance for the legal standing of the 'best interest' concept. Should the first option prevail, the concept would be confined to an interpretation of a mere attribute of special protection. Should the second option prevail, the Convention would be open to new conceptual interpretation."

Die antwoord op hierdie vraagstuk is veral van belang vir daardie lidlande wat ingevolge nasionale reg die beginsel as 'n standaard gebruik om beskermend teenoor kinders op te tree.<sup>158</sup>

Ten einde te bepaal of die insluiting van die beste belang van die kind 'n doel dien, moet daar na die raamwerk van die 1989 Konvensie gekyk word. Die eerste vyf artikels dien naamlik as sambreelbepalings en die res van die 1989 Konvensie moet in die lig daarvan geïnterpreteer word.<sup>159</sup> Artikel 2, wat van deurslaggewende belang is, lui soos volg:

<sup>154</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 15-16; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 46; Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 127.  
<sup>155</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 16; Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 230-231.  
<sup>156</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 16.  
<sup>157</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 18; Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 128.  
<sup>158</sup> Sien bespreking in die algemeen in hfst agt waar verwys word na die aanwending van die beginsel om die besluit van ouers of die staat te regverdig. Daar is weinig sprake daarvan dat 'n kind self in die besluitnemingsproses betrokke is.  
<sup>159</sup> Alston in *The Best Interests of the Child* 11, 15; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 45-46, 49; Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 128-129.

"States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind ..."

Die regte van die kind gaan dus die standaard van die beste belang van die kind vooraf. Daar is reeds daarop gewys dat die standaard van die beste belang op al die bepalings van die 1989 Konvensie van toepassing is.<sup>160</sup> Hierdie toepassing kan egter nie plaasvind sonder 'n verwysing na die regte van 'n kind wat in die 1989 Konvensie erkenning geniet nie.<sup>161</sup> Die gevolgtrekking is die volgende:<sup>162</sup>

"The basic structure of the Convention is that of a combination of the two elements, i.e. the rights of the child and the 'best interest' standard. The one cannot be separated from the other. The interpretation of the Convention leads to the conclusion that the 'best interest' standard exceeds traditional concepts of provision. It is open to new development and legal explanation."

Van Bueren steun op die nuwe benadering ten opsigte van die beste belang van die kind. Sy gebruik die begrip saam met die begrip van die ontwikkelende vermoëns van 'n kind as twee beginsels van interpretasie van die 1989 Konvensie.<sup>163</sup> Sy betrek die ontwikkelende vermoëns van 'n kind en ooreenstemmende wisselende behoeftes omdat dit 'n wesenskenmerk in die effektiewe implementering van kinderregte verteenwoordig.<sup>164</sup>

Die gevolgtrekking is dat die beste belang van die kind 'n belangrike rol het om te vervul ingevolge die 1989 Konvensie. Indien aanvaar word dat die 1989 Konvensie die fundamentele regte van kinders waarborg, moet daardie regte in ooreenstemming met 'n kind se beste belang geïmplementeer word. Op hierdie wyse kan die beste belang van die kind, wat tradisioneel as maatstaf van beskerming aanwending gevind het, as sleutelkonsep in die ontwikkeling en effektiewe implementering van kinderregte dien.

160

Sien 231.

161

Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 129.

162

Wolf in *The Ideologies of Children's Rights* 129. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 45-46, 49.

163

Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 45-51.

164

Sien bespreking op 81-83.



Die 1989 Konvensie verteenwoordig die mees omvattende en gesaghebbende verklaring van fundamentele regte vir kinders. Die inhoud is tekenend van die breë konsensus wat deur die internasionale gemeenskap bereik is ten opsigte van kinderregte en ook van die verpligtinge van die gesin, die gemeenskap en die internasionale gemeenskap teenoor kinders.<sup>165</sup>

Ratifikasie van die 1989 Konvensie bring mee dat 'n lidland regtens daartoe verbind is om die inhoud van die 1989 Konvensie te implementeer. As 'n minimum vereiste beteken dit dat nasionale wetgewing aan die 1989 Konvensie gemeet sal word. Waar nasionale wetgewing in konflik met die bepalings daarvan is of nie aan die standaard daarvan voldoen nie, behoort die nodige wysigings aangebring te word. Die afdwingingsmeganisme<sup>166</sup> van die 1989 Konvensie is egter van so 'n aard dat dit maklik kan gebeur dat ratifikasie 'n bloot simboliese gebaar is en die gaping tussen die Konvensie en nasionale reg behoue bly.

Die opvoedkundige en simboliese aard van die 1989 Konvensie vereis egter veel meer as wetgewende aanpassings deur lidlande. Lidlande het ook die verantwoordelikheid om die gees van die 1989 Konvensie en die begrip van kinderregte in nasionale reg te integreer en om 'n nasionale bewussyn van die Konvensie en die implikasies daarvan te ontwikkel. Vir die Suid-Afrikaanse regering is dit geen geringe uitdaging nie.<sup>167</sup>

165

McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 158.

166

Balton "The Convention on the Rights of the Child : prospects for international enforcement" 1990 *Human Rights Quarterly* 120-129; De Villiers "The rights of children in international law : guidelines for South Africa" 1993 *Stell LR* 289 302-303; Miljeteig-Olssen "Advocacy of children's rights - the Convention as more than a legal document" 1990 *Human Rights Quarterly* 148-155; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 378-380, 388-399, 413. Die VN beskik oor geen meganisme of infrastruktuur om die bepalings van die Konvensie direk af te dwing nie. Daar word egter op die volgende meganismes gesteun : opvoeding oor die Konvensie, gebruikmaking van klagteprosedures wat aan lidlande beskikbaar is en internasionale kritiek deur die Algemene Vergadering wat as 'n vorm van morele dwang gesien kan word. Die Komitee oor die Regte van die Kind wat in 1991 gestig is, is 'n vorm van internasionale monitering. Die belangrikste funksie is om periodiek verslag te lewer oor die maatreëls wat deur state geïmplementeer is ten einde gevolg aan die bepalings van die Konvensie te verleen en op die vordering wat gemaak word. Sien in die algemeen VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 a 42-45; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 81-93.

167

Die Konvensie is op 16 Junie 1995 deur die Suid-Afrikaanse regering geratifiseer.

Die rede hiervoor is dat die dekade wat verloop het tydens die opstel van die 1989 Konvensie in baie opsigte as 'n groeiproses in denke oor kinderregte beskou kan word. Hierdie proses kan soos volg omskryf word.<sup>168</sup>

"[T]he drafting process turned out to be a global consciousness-raising process that would not have taken place without sufficient time to disseminate ideas and elaborate the understanding of children's needs and proper interests. The development that took place during those years in many ways changed the world's thinking about children. The issue of children's rights has been placed on the agenda by governments and organizations all over the world. The long drafting process was necessary to create world wide support for the Convention and the ideas behind it."

Suid-Afrika was van hierdie groeiproses geïsoleer. Die gevolgtrekkings in die vorige twee hoofstukke dui daarop dat die gaping in konsepsuele denke onderliggend aan nasionale reg en die volkereg groot is. Dit beklemtoon opnuut die belang daarvan om krities aandag te skenk aan en regsbeginsels te formuleer gebaseer op die filosofie onderliggend aan kinderregte, die morele regverdiging vir kinderregte, die praktiese implikasies daarvan om die "beste belang" soos verwoord in die 1989 Konvensie te implementeer en om 'n balans te vind tussen die regte en verantwoordelikhede van kinders, ouers en die staat.

## 2 3 Globale menseregte dokumente

### 2 3 1 *Handves van die Verenigde Nasies* (hierna die VN Handves)

Die katastrofes van die Tweede Wêreldoorlog het meegebring dat daar hernude dryfkrag was om internasionale standaarde neer te lê uit die wyse waarop mense behandel word. Daar was ook 'n toenemende mate van besorgheid om 'n meer gesistematiseerde benadering tot die beskerming van menseregte te volg.<sup>169</sup> Die VN Handves bied 'n basis vir die ontwikkeling van die reg ten opsigte van internasionale menseregte en vir die verlening van 'n spesifieke inhoud

<sup>168</sup> Miljeteig-Olssen 1990 *Human Rights Quarterly* 151. 'n Voorstel deur 'n afgevaardigde dat die Konvensie die *Convention on the Protection of the Child* genoem moet word, is in 'n storm van protes afgekeur. Daar was eenstemmigheid daarvoor dat dit as 'n terugwaartse stap beskou sou word. Die gebeure bewys in watter mate daar reeds besef is dat beskerming slegs 'n element in die Konvensie is en dat kinderregte 'n veel meer omvattende beginsel behels.

<sup>169</sup> Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B6; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 172-173; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 261.

aan menseregtestandaarde.<sup>170</sup> Die VN Handves is in wese die "grondwetlike" dokument wat die Verenigde Nasies daarstel en is gevolglik nie 'n suiwer menseregtedokument nie. Dit bevat ook geen uitdruklike verwysings na kinders nie.<sup>171</sup> Tog kan geargumenteer word dat die bepalinge daarvan ten opsigte van alle persone, ook kinders, geld.<sup>172</sup>

Een van die oogmerke van die Verenigde Nasies soos in die VN Handves uiteengesit, is die volgende:<sup>173</sup>

"[T]he observance of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion."

Besondere vorms van diskriminasie wat kinders dikwels raak, word nie uiteindelik in die lys genoem nie. Dit sou byvoorbeeld diskriminasie op grond van geboorte, ouderdom of minderjarigheidstatus kon insluit.<sup>174</sup>

Lidlande van die Verenigde Nasies verbind hulle ingevolge artikels 55 en 56 daartoe om op te tree ten einde te verseker dat menseregte en fundamentele vryhede vir almal gehandhaaf word. Een van die belangrikste metodes om hierdie oogmerk te implementeer, is deur lidlande se samewerking met gespesialiseerde agentskappe van die Verenigde Nasies.<sup>175</sup> Die verantwoordelikheid vir kinders is aan die *United Nations International Children's Emergency Fund* (UNICEF) opgedra.<sup>176</sup> Hierdie liggaam is in 1946 aanvanklik as 'n tydelike instelling op die been gebring met die oogmerk om daardie kinders te help wat die slagoffers van die Tweede Wêreldoorlog was.<sup>177</sup>

UNICEF het sedertdien permanente status verkry en die omvang van hulpprogramme het aansienlik uitgebrei. Hulp word nou verleen met gesondheids- en voedingskemas, opvoeding,

<sup>170</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 261-262; Kubata "The protection of children's rights and the United Nations" 1989 *Nordic Journal of International Law* 7, 8; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16-17. Die Handves van die Verenigde Nasies het van krag geword op 24 Oktober 1945.

<sup>171</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 16-17.

<sup>172</sup> Sien by Handves van die Verenigde Nasies a 1(3): "[R]espect for human rights and for fundamental freedoms for all", a 55(c) "[U]niversal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all".

<sup>173</sup> Handves van die Verenigde Nasies a 55(c); Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B6.

<sup>174</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 17.

<sup>175</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 262; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 17.

<sup>176</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 262-263; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child*.

<sup>177</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 262-263; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child*.

beroepsopleiding, gesins- en kinderswelsyn en gesinsbeplanning.<sup>178</sup> UNICEF is ongetwyfeld die toonaangewende agentskap binne die struktuur van die Verenigde Nasies om dienste en hulp aan kinders te beplan, te inisieer en te koördineer.<sup>179</sup>

### 2 3 2 *Universele Verklaring van Menseregte 1948* (hierna die Universele Verklaring)

Die Universele Verklaring van Menseregte is eenparig op 10 Desember 1948 deur die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies aanvaar.<sup>180</sup> Die Universele Verklaring bevat 'n reeks menseregte wat op alle mense, dus ook kinders, van toepassing is. Die Universele Verklaring is die eerste omvattende menseregtedokument wat deur 'n internasionale organisasie uitgevaardig is en het groot morele waarde. Dit het met verloop van tyd ook belangrike politieke en juridiese status verkry.<sup>181</sup>

Daar is twee bepalings wat uitdruklik op kinders van toepassing is. Artikel 25(2) bepaal die volgende:

"Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection."

Hierdie aanspraak op spesiale sorg en bystand stem ooreen met die beginsel wat in die 1924 Verklaring oor die Regte van die Kind vervat is.<sup>182</sup>

Artikel 26 verteenwoordig die tweede bepaling wat met kinders verband hou en verleen 'n reg op opvoeding. Daar word aan elkeen<sup>183</sup> die reg op opvoeding verleen en ouers<sup>184</sup> kan kies watter soort opvoeding aan hul kinders beskikbaar gestel sal word. Daar kan andersins 'n

<sup>178</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 262-263; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child*.

<sup>179</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 263.

<sup>180</sup> VN Dok A/810 op 71 soos aangehaal deur Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 263.

<sup>181</sup> Universele Verklaring van Menseregte 1948 a 1; Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B6; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 172-173. Sien ook Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 272.

<sup>182</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 18.

<sup>183</sup> Universele Verklaring van Menseregte 1948 a 26(1) waarvan die inhoud soos volg lui: "Everyone has the right to education. Education shall be free, at least in the elementary and fundamental stages. Elementary education shall be compulsory. Technical and professional education shall be made generally available and higher education shall be equally accessible to all on the basis of merit."

<sup>184</sup> Universele Verklaring van Menseregte 1948 a 26(3) waarvan die inhoud soos volg lui: "Parents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children."

sterk argument daarvoor uitgemaak word dat die bepalings van die Universele Verklaring in dieselfde mate vir volwassenes en vir kinders geld.<sup>185</sup>

Dit was nie die oogmerk dat die Universele Verklaring 'n regtens bindende dokument sou wees nie. Die wyse waarop die bepalings in internasionale konvensies aangehaal word, die verordening daarvan in nasionale wetgewing en die wyse waarop daar op die bepalings gesteun word deur nasionale en internasionale tribunale het meegebring dat die dokument indirek regswerking verkry het. Die belang van die Universele Verklaring vir Suid-Afrika word soos volg deur Dugard uiteengesit:<sup>186</sup>

"[T]he Declaration is destined to play a more constructive role as a guide to municipal courts in their interpretation of laws affecting human rights. As an authoritative statement of the international community, several of whose provisions have acquired force of customary law, it is eminently suited for such a role."

### 2 3 3 Die "Tweeling"<sup>187</sup> Konvensies

Die aanvaarding van die Universele Verklaring in 1948 het die voltooiing van die eerste fase gekenmerk in die Verenigde Nasies se menseregte-agenda om 'n Internasionale Menseregte Handves daar te stel.<sup>188</sup> Daar is beoog om met die tweede fase 'n internasionale konvensie te aanvaar wat die beginsels vervat in die Universele Verklaring in bindende regsverpligtinge sou omskep.<sup>189</sup>

Die Algemene Vergadering het op 16 Desember 1966 die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte en die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte aanvaar.<sup>190</sup> Beide die Konvensies is bindend op lidlande wat dit geratifiseer het en verteenwoordig 'n gedetailleerde weergawe van die menseregte wat in die Universele Verklaring uiteengesit is.<sup>191</sup>

<sup>185</sup> Sien in die algemeen Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B6; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 173-174 Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 262-264.

<sup>186</sup> Dugard *International Law* 205.

<sup>187</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269.

<sup>188</sup> De Villiers *et al Human Rights* 2; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269.

<sup>189</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269.

<sup>190</sup> Barry in *Bill of Rights Compendium* par aB6; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 269; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 19.

<sup>191</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 19 noem dat die twee Konvensies eers in 1976 in werking getree het, tien jaar nadat dit deur die Algemene Vergadering aanvaar is. Die opstel van die twee Konvensies het twaalf jaar geduur. Dit verleen perspektief aan die Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 wat in tien jaar opgestel is, aanvaar is en in werking getree het. Sien ook Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B9.

Die Aanhef verleen erkenning aan die ondeelbaarheid van menseregte en bevestig daarmee dat alle menseregte verweef met mekaar is en ewe belangrik is.<sup>192</sup> Daar word spesifiek in drie artikels na kinders verwys.

Artikel 10(1) verleen erkenning aan die gesin as die natuurlikste en mees fundamentele eenheid in die samelewing. Die wydste moontlike beskerming en hulp behoort gevolglik aan die gesin verleen te word, veral waar dit vir die versorging en opvoeding van afhanklike kinders verantwoordelik is.<sup>193</sup>

Artikel 10(3) verleen op omvangryke wyse beskerming aan kinders:

"Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. Children and young persons should be protected from economic and social exploitation. Their employment in work harmful to their morals or health or dangerous to life or likely to hamper their normal development should be punishable by law. States should also set age limits below which the paid employment of child labour should be prohibited and punishable by law."

Ingevolge artikel 12(1)<sup>194</sup> erken lidlande die reg van elkeen op die hoogs bereikbare standaard van fisiese- en geestesgesondheidsorg. Lidlande word ingevolge artikel 12(2)(a) verplig om die nodige stappe te neem ten einde die aantal babas wat doodgebore word te verminder, die getal kindersterftes te verlaag en die gesonde ontwikkeling van kinders te verseker.

Die reg van elke persoon,<sup>195</sup> waarby sekerlik ook kinders ingesluit word, op opvoeding word erken.<sup>196</sup> Lidlande word verplig om die vryheid van ouers om hul kind se skool te kies, te respekteer.<sup>197</sup> Op hierdie wyse word

<sup>192</sup> Aanhef tot die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 19.

<sup>193</sup> Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 a 10(1) lui soos volg: "The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependant children."

<sup>194</sup> Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 a 12(1) lui soos volg:

"The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health."

<sup>195</sup> Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 a 13(1).

<sup>196</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 270.

<sup>197</sup> Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 a 13(3) lui soos volg:

erkenning verleen aan ouers se reg om te verseker dat hul kind 'n godsdienstige en morele opvoeding in ooreenstemming met hul eie oortuigings ontvang.

Lidlande is in die algemeen daartoe verbind om die maksimum beskikbare hulpbronne aan te wend ten einde geleidelik die regte verskans in die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 te implementeer.<sup>198</sup> Die effek van hierdie Konvensie is dat die status van kinders verhoog word deur hulle op besondere beskerming en hulp geregtig te maak. Die gevolg hiervan is dat state verplig is om 'n groter gedeelte van hul skaars hulpbronne beskikbaar te stel ten einde kinders se ekonomiese, sosiale en kulturele regte te implementeer.<sup>199</sup>

2 3 3 2

#### Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966

Hierdie Internasionale Konvensie staan aanvullend tot die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966. Ook hier kan kinders aanspraak maak op al die regte wat ingevolge die Konvensie verleen word.<sup>200</sup>

Veral in regspleging word daar spesifiek vir kinders voorsiening gemaak. Die doodstraf<sup>201</sup> mag byvoorbeeld nie vir persone onder die ouderom van agtien jaar opgelê word nie. In strafregtelike verrigtinge moet daar rekening gehou word met byvoorbeeld die jeugdige se ouderdom en die wenslikheid van rehabilitasie.<sup>202 203</sup>

---

"The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions."

198

a 2(1).

199

Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 20, 386-388.

200

Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 270-271; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 20.

201

Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 6(5).

202

Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 14(3)(f).

203

Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 10(2)(b), a 10(3), a 14(1) en 14(4).

Hier word ook erkenning verleen aan die gesin as die natuurlike en fundamentele eenheid in die gemeenskap wat op beskerming deur die staat geregtig is.<sup>204</sup> In aansluiting hierby moet lidlande die nodige stappe doen ten einde beskerming aan kinders te verleen waar hul ouers se huwelik beëindig word.<sup>205</sup> Die vryheid van ouers om hul kind se morele en godsdienstige opvoeding te bepaal, word eerbiedig.<sup>206</sup>

Artikel 24 is die enigste bepaling wat spesifiek net op kinders van toepassing is. Artikel 24(1) bepaal die volgende:

"Every child shall have without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State."

Dit beteken dat 'n kind op besondere beskermingsmaatreëls geregtig is. Dit sou maatreëls wees bo en behalwe daardie stappe wat lidlande ingevolge artikel 2 moet neem ten einde te verseker dat die regte verskans in die Konvensie uitgeoefen kan word.<sup>207</sup> Onderliggend aan artikel 24 was die oorweging dat al die regte en vryhede ingevolge die Konvensie nie ten volle deur kinders uitgeoefen kan word nie en gevolglik is hulle op spesiale beskerming geregtig.<sup>208</sup> Artikel 24 is egter tipies van die wyse waarop kinders op daardie tydstip ingevolge die volkereg gesien is. Die fokus het uitsluitlik op die beskerming van kinders geval sonder dat daar enigsins aandag geskenk is aan moontlikhede om op een- of ander wyse onafhanklikheid aan hulle te verleen.

#### 2 3 4 Die toepaslikheid van globale menseregteverdrae op kinders

Dit is vir doeleindes van hierdie studie belangrik om te bepaal tot watter mate die globale menseregteverdrae wel op kinders van toepassing is. Die relevante bron is die Weense Konvensie oor Verdragsreg 1969, waarvan artikels 31, 32 en 33 relevant is vir die interpretasie van verdrae.

<sup>204</sup> Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 23(1).

<sup>205</sup> Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 23(3).

<sup>206</sup> Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 18(4). Hierdie bepaling stem ooreen met die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte a 13(3) en die Konvensie oor die Regte van die Kind a 14.

<sup>207</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 21.

<sup>208</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 21.



Artikel 31(1) bepaal die volgende:<sup>209</sup>

"[A] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose."

Dit beteken dat in die interpretasie van die woorde van 'n verdrag die grammatikale konteks belangrik is, asook die konteks waarbinne dit in die verdrag gebruik word. Dit is egter ewe belangrik dat die onderliggende gees van of oogmerke met die verdrag ook in aanmerking geneem moet word.<sup>210</sup> Die gees en oogmerke van 'n verdrag kan in baie gevalle afgelei word uit die aanhef - wat ingevolge artikel 31(2)<sup>211</sup> uitdruklik as bron van interpretasie erken word.

'n Verdrag behoort ook op so 'n wyse geïnterpreteer te word dat die oogmerke daarvan bevorder word en die regte wat daarin verleen word nie onnodig beperk word nie.<sup>212</sup> Die verwysing na "the inherent dignity and ... equal and inalienable rights of all members of the human family" in die eerste relaas van die Aanhef tot die Universele Verklaring van Menseregte 1948 en wat net so in die twee Internasionale Konvensies<sup>213</sup> herhaal word, het duidelik die beskerming en bevordering van menseregte oor die algemeen ten doel. Enige interpretasie wat die uitoefening van fundamentele regte onnodig sal beperk, sal gevolglik in konflik met die gees en oogmerke van die betrokke verdrae wees en ook in konflik met artikel 31 van die Weense Konvensie oor Verdragsreg 1969.<sup>214</sup>

Daar kan dus met veiligheid aanvaar word dat verwysings na "the right of everyone", "to ensure to all individuals", "every human being", "everyone" en "all persons" in die verdrae<sup>215</sup> wat bespreek is, ook kinders insluit. Verdere steun<sup>216</sup> vir hierdie gevolgtrekking word ook in die derde paragraaf van die Aanhef tot die Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 gevind:

"Recognising that the United Nations has, in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenants on Human Rights, proclaimed and

<sup>209</sup> Weense Konvensie oor Verdragsreg 1969.

<sup>210</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 272-273.

<sup>211</sup> Weense Konvensie oor Verdragsreg 1969. Sien ook Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 273. Hy verwys daarna dat die eerste relaas in die Aanhef van beide die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 en die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966 na die volgende verwys: "[T]he inherent dignity and ... the equal and inalienable rights of all members of the human family." Dit is 'n presiese herverordening van die eerste relaas in die Aanhef tot die Universele Verklaring van Menseregte 1948.

<sup>212</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 273.

<sup>213</sup> Dws die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966 en die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966.

<sup>214</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 273.

<sup>215</sup> Sien in die algemeen die inhoud van die Universele Verklaring van Menseregte 1948, die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966, die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966.

<sup>216</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 274-275.

agreed that everyone is entitled to all rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status ..."

## 2 4 Streeksbeskerming van kinderregte

### 2 4 1 Europa

#### 2 4 1 1 Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede (hierna die Europese Konvensie)

Die Europese Konvensie is opgestel in die nasleep tot die Tweede Wêreldoorlog toe Wes-Europa besonder vatbaar vir die nuwe beklemtoning en herbevestiging van menseregte was.<sup>217</sup> Die Europese Konvensie is op 4 November 1950 deur die Europese Raad<sup>218</sup> aanvaar en het op 3 September 1953 in werking getree.

Dit is die eerste belangrike internasionale konvensie wat die onderskeidende kenmerk het dat dit toesighoudende- en afdwingingsmeganismes daargestel het.<sup>219</sup> Daar word byvoorbeeld ingevolge die bepalings van die Europese Konvensie die geleentheid aan 'n individu gebied om 'n klag by 'n internasionale forum te lê, gebaseer op 'n verbreking van die bepalings deur 'n lidland.<sup>220</sup>

<sup>217</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B27; Barrie "Die 'Strasbourg sisteem' Europa en die bevordering van menseregte" 1992 *TSAR* 653; Douglas "The family and the state under the European Convention on Human Rights" 1988 *International Journal of Law and the Family* 70 76; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 184-185.

<sup>218</sup> Sien in die algemeen De Villiers *et al Human Rights* 45-46; Verhellen "Children's Rights in Europe" 1993 *International Journal of Children's Rights* 357 361-362. Die Europese Raad het op 5 Mei 1949 tot stand gekom en is 'n inter-regerings politieke organisasie wat as oogmerk groter onderlinge samewerking tussen die lidlande het. Die Europese Kommissie van Menseregte (hierna die Europese Kommissie) en die Europese Hof van Menseregte (hierna die Europese Hof) verteenwoordig die belangrikste twee instellings waardeur die Europese Raad kan toesien dat die bepalings van die Europese Konvensie nagekom word. Die Europese Raad funksioneer andersins deur die Komitee van Ministers en die Parlementêre Vergadering. Die bevoegdheids van die Europese Raad is ietwat beperk en sy gesag is afhanklik van die mate van steun wat individuele lidlande aan besluite verleen. Die Europese Raad beskik wel oor 'n baie groot mate van morele gesag, veral tov menseregte.

<sup>219</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B29; Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 76-77; Van Bueren *The International Law on the Rights of the Child* 22.

<sup>220</sup> Vir die prosedure in die algemeen sien Barrie 1992 *TSAR* 654-655; De Villiers *et al* 45-46; Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 76-77; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 185-187; Smith in *Parenthood in Modern Society* 448-449; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 360, 362. Die prosedure behels in wese dat 'n individu 'n klag by die Sekretaris-Generaal van die Europese Raad sal lê. Die klag word deur die Europese Kommissie oorweeg wat sal poog om 'n vreedsame skikking te bereik. Indien

Soos in die geval van die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte van 1966 is die Universele Verklaring van Menseregte van 1948 ook die bron van inspirasie vir die Europese Konvensie.<sup>221</sup> Dit staan duidelik in die Aanhef tot die Europese Konvensie dat dit die oogmerk van die Europese Raad is om die regte wat in die Universele Verklaring van Menseregte van 1948 vervat is te erken, te vestig en toe te pas.<sup>222</sup> Die inhoud is tot politieke en burgerlike regte beperk. Ekonomiese, kulturele en sosiale regte word in 'n afsonderlike Konvensie, naamlik die Europese Sosiale Handves van 1961, vervat.<sup>223</sup> 'n Aantal ander regte is intussen by wyse van protokolle tot die Europese Konvensie toegevoeg.<sup>224</sup>

Die aanvanklike oogmerk van die Europese Konvensie was om growwe skendings van menseregte te verhoed. Die grootste sukses word egter met die regstel van gebreke in lidlande se nasionale reg behaal.<sup>225</sup> Die rede hiervoor kan tot 'n groot mate gevind word in die absolute en onmiddellike verpligting wat op lidlande geplaas word om toe te sien dat die regte en vryhede van hierdie konvensie vir elke persoon binne sy jurisdiksie verseker word.<sup>226</sup> Die Europese Kommissie en die Europese Hof speel in hierdie opsig 'n belangrike rol in die interpretasie, toepassing en afdwinging van die Europese Konvensie.<sup>227</sup>

Die Europese Hof het tot dusver 'n aktivistiese benadering gevolg. Dit blyk uit die feit dat hedendaagse sienings en benaderings deur die hof beklemtoon word en dat die Europese Konvensie as 'n lewende instrument gesien word.

---

die poging onsuksesvol is, word 'n verslag deur die Europese Kommissie opgestel waarin 'n bevinding gemaak word oor die beweerde skending van menseregte. Hierdie verslag en bevinding word aan die Komitee van Ministers van die Europese Raad voorgelê. Die Komitee van Ministers sal bepaal of die inhoud van die Europese Konvensie wel geskend is. Indien dit die geval is, sal 'n toepaslike remedie neergelê word. Die betrokke lidland of die Europese Kommissie mag die saak na die Europese Hof verwys. Dit is 'n judisiële liggaam waarvan die uitsprake bindend is.

221

Barrie 1992 *TSAR* 654; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 184.

222

Aanhef tot die Europese Konvensie.

223

Sien bespreking op 272-273.

224

Barrie 1992 *TSAR* 654-655; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 184; Van Bueren *The International Law on the Rights of the Child* 22.

225

Barrie 1992 *TSAR* 655; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 184; Smith in *Parenthood in Modern Society* 449; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 22.

226

Europese Konvensie a l lui soos volg: "The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention." Sien ook Dugard in *Rights and Constitutionalism* 194; Smith in *Parenthood in Modern Society* 448.

227

Barrie 1992 *TSAR* 654-655; Smith in *Parenthood in Modern Society* 448.

Die gevolg is dat die beskerming van menseregte deurlopend verbreed word.<sup>228</sup> Daar het op hierdie wyse weselike en omvattende regspraak ten opsigte van menseregte ontwikkel.<sup>229</sup>

(a) Erkenning en beskerming van die gesinseenheid

In ooreenstemming met ander internasionale verdrae word daar ook in die Europese Konvensie erkenning aan die belang van die gesin as sosiale instelling verleen.<sup>230</sup> Die relevante bepaling<sup>231</sup> in die Europese Konvensie lui soos volg:

"Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."

Daar is tydens die opstel van die Europese Konvensie weinig aandag geskenk aan 'n definisie van die gesin of gesinslewe.<sup>232</sup> Daar is wel in die *travaux préparatoires* gesinspeel op die idee dat 'n gesin eerder uit 'n kern van ouers en kinders bestaan as uit 'n uitgebreide gesinsnetwerk.<sup>233</sup> Tot dusver het die Europese Kommissie en die Europese Hof nog geen duidelike aanduiding van die betekenis van "gesin" gegee nie.<sup>234</sup>

Dit is in elk geval moeilik om 'n vaste inhoud aan die begrip "gesin" te verleen as die wisselende rolle, verskyningsvorme en funksies van

<sup>228</sup> Barrie 1992 *TSAR* 655; Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 78-79; Smith in *Parenthood in Modern Society* 449.

<sup>229</sup> Dugard in *Rights and Constitutionalism* wys op 186 daarop dat die meerderheid klagtes wat voor die Europese Hof en die Europese Kommissie dien deur individue gelê is. Dit kan daaraan toegeskryf word dat die inhoud van die Europese Konvensie goed bekend is en deur individuele en regspraktisyns as 'n basiese remedie gesien word. Sien ook Barrie 1992 *TSAR* 655 vir 'n soortgelyke standpunt.

<sup>230</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 220.

<sup>231</sup> A 8(1).

<sup>232</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 77-78.

<sup>233</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 78. Sy verwys na 'n opmerking wat ivm die *travaux préparatoires* gemaak is: "[T]he father of a family cannot be an independent citizen, cannot feel free within his own country, if he is menaced in his own home and if, every day, the state steals from his soul, or the conscience of his children." Hiermee word te kenne gegee dat die gesin selfs as 'n verlengstuk van die vader se privaatlewe vertolk kan word.

<sup>234</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 101; Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 222; Smith in *Parenthood in Modern Society* 451. Sien Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B30 en gesag daar aangehaal vir die volgende bevindings oor gesinslewe: gesinslewe is nie tot *de iure* gesinslewe beperk nie maar sluit ook *de facto* gesinslewe in; die biologiese band tussen 'n moeder en 'n buite-egtelike kind is voldoende om

die gesin in tyd en plek in ag geneem word. Daar is ook 'n verskeidenheid van sosiale, ekonomiese, kulturele, geografiese, ideologiese, godsdienstige en filosofiese faktore wat die gesin raak. Respek vir die gesinslewe behoort rekening met hierdie diversiteit te hou.<sup>235</sup>

Die oogmerk met artikel 8 is om die individu teen arbitrêre optrede deur regeringsinstansies te beskerm.<sup>236</sup> Die reg op eerbied vir die gesinslewe dui daarop dat inmenging alleen in ooreenstemming met die gronde uiteengesit in artikel 8(2) kan plaasvind.<sup>237</sup> Dit beteken dat ouers ten minste 'n reg daarop het dat hul kinders by hulle woon of andersins 'n reg op toegang tot hul kinders het waar daar om een of ander rede skeiding plaasgevind het.<sup>238</sup> Ouers behoort ook te besef dat hierdie regte nie absoluut geld nie en dat inmenging in gepaste gevalle kan plaasvind.<sup>239</sup>

Opsahl<sup>240</sup> is van mening dat artikel 8 ook geïnterpreteer kan word op 'n wyse dat 'n gesin se reg om self besluite te neem, beskerm word. Die klem val op gesinsoutonomie en die staat behoort ouerlike gesag en gesinsoutonomie te respekteer. Sy opmerking is in ooreenstemming met die benadering van die Europese Hof wat ingevolge artikel 8 'n beleid van nie-inmenging in die gesinslewe voorstaan (die negatiewe benadering).<sup>241</sup> Die Europese Hof het in

---

gesinslewe daar te stel; selfs 'n poligame gesin is op beskerming geregtig en die gesinsvorme wat eie aan die lidlande is, is nie die deurslaggewende oorweging nie.

<sup>235</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 101-102; Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 222; Smith in *Parenthood in Modern Society* 451.

<sup>236</sup> *Belgian Linguistics*, Beslissing Reeks A, Vol 6 soos aangehaal deur Smith in *Parenthood in Modern Society* 451.

<sup>237</sup> Europese Konvensie a 8(2) lui soos volg:

"There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety, or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

<sup>238</sup> Smith in *Parenthood in Modern Society* 452.

<sup>239</sup> Smith in *Parenthood in Modern Society* 452 lig twee vereistes vir inmenging ingevolge a 8(2) uit. Inmenging moet eerstens in ooreenstemming met die reg wees. Tweedens moet die inmenging noodsaaklik in 'n demokratiese gemeenskap wees. Sien in die algemeen Van Bueren *International law on the Rights of the Child* 72-86.

<sup>240</sup> Opsahl in *Privacy and Human Rights* 225 soos aangehaal deur Smith in *Parenthood in Modern Society* 457; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 77-86.

<sup>241</sup> Smith in *Parenthood in Modern Society* 451; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 78-76.

gepaste gevalle ook 'n positiewe benadering ten opsigte van respek vir gesinslewe gevolg en byvoorbeeld al soos volg verklaar:<sup>242</sup>

"[Article 8] does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life ... These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves."

'n Kind kan gevolglik ingevolge artikel 8 van die Europese Konvensie van die staat verwag om positiewe maatreëls te implementeer ten einde sy reg op gesinslewe te respekteer. Hierdie positiewe benadering is baie waardevol omdat dit bykomende beskerming en hulp aan 'n kind verleen, terwyl die negatiewe benadering gewoonlik net daarop gemik is om 'n kind teen die staat te beskerm.<sup>243</sup>

(b) Rol van ouers

In die beskerming van ouers se regte binne 'n funksionele gesin val die klem op twee funksies van ouers. In die eerste plek het ouers die reg om self hul kinders binne gesinsverband te versorg en groot te maak.<sup>244</sup> Die Europese Konvensie verleen ingevolge artikel 8 beskerming aan hierdie reg van ouers by wyse van die erkenning van elkeen se reg op respek vir privaatheid en gesinslewe.

Tweedens is die opvoeding van kinders een van die belangrikste funksies van ouers en het hulle die reg om besluite daarvoor te neem.<sup>245</sup>

Daar word ook aan hierdie reg beskerming verleen in artikel 2 van die

<sup>242</sup> *X and Y v Netherlands* Beslissing Reeks A, Vol 91 soos aangehaal deur Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 79.

<sup>243</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 79.

<sup>244</sup> Europese Kommissie Aansoek Nr 8811/79 29 D & R 104, 113: "[T]he upbringing of children remains essentially a parental duty encapsulated within the concept of family life"; Smith in *Parenthood in Modern Society* 451; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 78-86.

<sup>245</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 78, 90-93; Smith in *Parenthood in Modern Society* 450-451, 457-458; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 232-256.

Eerste Protokol<sup>246</sup> tot die Europese Konvensie (hierna die Eerste Protokol).

Die wyse waarop die twee bepalings geformuleer is, bied beperkte ruimte vir 'n interpretasie waardeur die regte van kinders verbeter kan word.<sup>247</sup> Die gronde vir inmenging ingevolge artikel 8(2) verleen byvoorbeeld geen uitdruklike bevoegdheid vir inmenging in die gesinslewe, gebaseer op die beste belang van 'n kind, nie. Trouens, daar is in die hele Europese Konvensie geen verwysing na die beste belang van 'n kind nie. Daar is tydens die opstel van die Europese Konvensie duidelik nie rekening gehou met kinders se regte binne gesinsverband en die moontlikheid dat ouers en kinders se belange uiteenlopend kan wees nie.

Dit is gevolglik nie verbasend dat die Europese Konvensie tot dusver nie eintlik as bron van inspirasie gedien het vir kinders om hul regte binne gesinsverband af te dwing en te beskerm nie. Tog het dit al gebeur dat ouers klagtes ingedien het, na aanleiding van staatsoptrede wat na bewering hul gesag as ouers ondermyn.<sup>248</sup>

Die Europese Kommissie het al telkemale beslis dat gesinslewe nie noodwendig deur egskeiding beëindig word nie.<sup>249</sup> 'n Reg op bewaring is nie in die Europese Konvensie verskans nie en die benadering van die Europese Kommissie ten opsigte van hierdie tipe dispute word soos volg verwoord.<sup>250</sup>

<sup>246</sup> A 2 van die Eerste Protokol tot die Europese Konvensie lui soos volg: "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions." Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* verduidelik op 78 dat daar nie betyds oor die inhoud van ouers se reg om finale seggenskap oor hul kinders opvoeding uit te oefen, eenstemmigheid bereik kon word nie. Die gevolg was dat dié bepaling in die Eerste Protokol tot die Europese Konvensie vervat is, wat dieselfde regswerking as die res van die Konvensie het.

<sup>247</sup> Hiermee word geensins afbreuk gedoen aan die wyse waarop die regte van kinders indirek bevorder is deur regspraak ten opsigte van die gesinslewe nie. Sien in die algemeen Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 100-103; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 32-106.

<sup>248</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 93-94.

<sup>249</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 95-97; Smith in *Parenthood in Modern Society* 453.

<sup>250</sup> *X v Sweden Application No 172/56* soos aangehaal deur Smith in *Parenthood in Modern Society* 453. Sien ook Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 95-96.

"It is plain that the right of one particular parent to the custody of an infant as against the other parent is not as such included among the rights and freedoms set forth in the Convention and that the appreciation of the question which parent should be given the custody of an infant is, in principle governed by the law of the domestic courts."

Dit volg dat die Europese Kommissie uiteindelik net moet toesien dat 'n bevel ten opsigte van bewaring ingevolge nasionale wetgewing 'n geregverdigde inbreukmaking ingevolge artikel 8(2) van die Europese Konvensie is.

Die reg op toegang tot kinders word vermoedelik ingevolge artikel 8 van die Europese Konvensie beskerm as deel van die reg op gesinslewe.<sup>251</sup> 'n Arbitrêre weiering om toegang aan die nie-bewarende ouer te verleen, kan as 'n inbreukmaking op die reg op gesinslewe gesien word. Soos in die geval van bewaring word 'n redelike wye diskresie aan state verleen om ingevolge nasionale reg bevele van hierdie aard te verleen. Die inbreukmaking kan wel ingevolge artikel 8(2) van die Europese Konvensie geregverdig word indien dit in die beste belang van 'n kind is.<sup>252</sup> Die Europese Kommissie beskou toegang as 'n reg van die ouer waardeur die natuurlike bande met die kind behou word. Daar moet dus goeie redes wees vir die beëindiging van hierdie band deur toegang te weier.<sup>253</sup>

(c) Rol van die staat

Artikel 8 van die Europese Konvensie is negatief geformuleer. Dit beteken dat die staat nie mag inbreuk maak op 'n individu se reg op respek vir gesinslewe nie tensy dit in ooreenstemming met artikel 8(2) is.<sup>254</sup> Daar is wel 'n positiewe verpligting op die staat om toe te sien en daartoe mee te werk dat elkeen se reg op respek vir die gesinslewe

<sup>251</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 96-97; Smith in *Parenthood in Modern Society* 453.

<sup>252</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 96-97; Smith in *Parenthood in Modern Society* 453.

<sup>253</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 96-97; Smith in *Parenthood in Modern Society* 453.

<sup>254</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 93-100; Smith in *Parenthood in Modern Society* 450-457; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 67-106.



uitgeoefen kan word.<sup>255</sup> Hierdie positiewe verpligting blyk baie duidelik uit die volgende opmerking uit *Marckx v Belgium*.<sup>256</sup>

"This means, amongst other things, that when the state determines in its domestic legal system that regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life."

Die duidelikste manifestasie van staatsinmenging in die gesinslewe vind plaas waar kinders uit hul ouers se sorg verwyder word om byvoorbeeld in pleegsorg geplaas te word. Gegewe die drastiese gevolge wat sodanige ingryping kan meebring, is 'n betekenisvolle aantal klagtes deur verontregte ouers al voor die Europese Kommissie en die Europese Hof gelê.<sup>257</sup> Elke staat dra gevolglik 'n groot verantwoordelikheid om byvoorbeeld by wyse van wetgewing riglyne neer te lê waarvolgens inmenging kan plaasvind en om 'n hersieningsbevoegdheid ten opsigte van owerheidsinstansies se besluite te verleen. Dit is hierdie maatreëls wat deur die Europese Kommissie of die Europese Hof aan die inhoud van artikel 8(2) van die Europese Konvensie getoets sal word om te bepaal of inmenging geregverdig is.

Ouers plaas 'n hoë premie op hul reg om die finale seggenskap oor hul kinders se opvoeding uit te oefen. Die reg op opvoeding is doelbewus negatief geformuleer.<sup>258</sup> Die primêre oogmerk met die verlening van 'n reg op opvoeding en die respek wat aan ouers se keuse vir hul kinders in hierdie verband betoon moet word, was om politieke indoktrinasie van kinders deur die staat te voorkom.<sup>259</sup> Die algemene oortuiging was dat ouers in die beste posisie is om hierdie

<sup>255</sup> Smith in *Parenthood in Modern Society* 450-457; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 78-79.

<sup>256</sup> (1979-80) 2 EHRR 330 349 soos aangehaal deur Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 223-224.

<sup>257</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 97-100; Smith in *Parenthood in Modern Society* 454-457; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 86-90.

<sup>258</sup> Eerste Protokol tot die Europese Konvensie a 2. Sien ook Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 90-93; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 233-234. Al die lidlande van die Europese Raad het op daardie tyd 'n goed gevestigde opvoedkundige struktuur gehad en dit was onnodig om enige lidland daartoe te verbind om so 'n struktuur te vestig. Baie lidlande was ook van mening dat 'n positiewe formulering 'n bykomende verpligting op hulle sou plaas om toegang te waarborg selfs tot op tersiêre vlak.

<sup>259</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 78.

reg af te dwing. Die staat is gevolglik ingevolge artikel 2 verplig om ouers se godsdienstige en filosofiese voorkeure in die opvoeding van hul kinders te respekteer.<sup>260</sup>

Die vraag of 'n kind die reg het om betrokke te wees by besluite oor opvoeding of om selfs van hul ouers oor 'n keuse te verskil, het nog nie in die Europese Hof of voor die Europese Kommissie ter sprake gekom nie.<sup>261</sup>

(d) Beste belang van die kind

Die Europese Konvensie verwys slegs in twee bepalings uitdruklik na kinders.<sup>262</sup> Hierdie bepalings hou nie een verband met die ouer-kind verhouding nie en is irrelevant vir doeleindes van die onderhawige bespreking. Dit is in indirekte verwysings en by wyse van interpretasie dat kinders binne gesinsverband ter sprake kom. Die twee belangrikste bepalings is artikel 8 (die reg op respek vir gesinslewe) en artikel 2 van die Eerste Protokol wat 'n reg op opvoeding verleen.<sup>263</sup>

In die afwesigheid van enige ander bepalings wat direk regte aan kinders verleen, is die vraag of die Europese Konvensie wel 'n bydrae tot die beskerming en bevordering van kinderregte lewer.<sup>264</sup> Daar word byvoorbeeld geensins na 'n kind se reg op toegang of bewaring

<sup>260</sup> In *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark* 1 EHRR 711 par 53 soos aangehaal deur Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 241 is die aard van die staat se verpligting soos volg uiteengesit: "[T]he state in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The state is forbidden to pursue an aim of indoctrination which might be considered as not respecting parent's religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded."

<sup>261</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 92; Smith in *Parenthood in Modern Society* 457-458; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 240-245.

<sup>262</sup> Europese Konvensie a 5(1)(d) wat oor die onwettige aanhouding van 'n minderjarige gaan en a 6(1) wat spesiale beskerming in die publisiteit van 'n verhoor verleen.

<sup>263</sup> Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 77-78 verwys na hierdie twee bepalings en a 12 (die reg op huweliksluiking) as "gesinsregte".

<sup>264</sup> Die agtergrond van die Europese Konvensie moet nie uit die oog verloor word nie en verklaar tog in 'n groot mate waarom die klem op ouers en die gesinseenheid val. Die oogmerk van hierdie Konvensie was om 'n herhaling van die gruwels van die Tweede Wêreldoorlog te voorkom. Die individu moes ten alle koste teen die staat beskerm word. Kinders se regte teenoor hulle ouers was op daardie stadium irrelevant. Sien in die algemeen Douglas 1988

verwys nie, opvoeding word as 'n ouerlike reg geformuleer en die klem val grootliks op ouers se regte in daardie gevalle waar kinders uit ouerlike sorg verwyder word.<sup>265</sup>

Tog bepaal artikel 1 van die Europese Konvensie uitdruklik dat al die regte en vryhede op elkeen van toepassing is. Daar is andersins regtens geen grondslag ingevolge die Europese Konvensie om kinders van die werking daarvan uit te sluit nie.<sup>266</sup> Aanbevelings van die Europese Kommissie en bevindings van die Europese Hof dien as voldoende gesag daarvoor dat kinders wel regte ingevolge die Europese Konvensie kan uitoefen.<sup>267</sup>

Die belangrikste ontwikkeling vir doeleindes van hierdie studie is egter die wyse waarop daar geleidelik erkenning verleen word aan die beginsel dat 'n kind oor sy eie fundamentele regte beskik.<sup>268</sup> Dit

---

*International Journal of Law and the Family* 76-78; Smith in *Parenthood in Modern Society* 459; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 170-171.

<sup>265</sup> Sien bespreking op 261-263. Sien ook Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 93-94 waar gesag daar aangehaal as voorbeelde van gevalle waar ouers, eerder as kinders, daarop aanspraak gemaak het dat hul regte as ouers geskend is.

<sup>266</sup> Europese Konvensie a 14 bepaal die volgende: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status." Selfs al word ouderdom nie as 'n spesifieke grond van nie-diskriminasie genoem nie, sou dit waarskynlik onder "other status" tuisgebring kan word. Sien ook Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 274-275; Verhellen 1993 *International Journal on Children's Rights* 368.

<sup>267</sup> Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 274-275; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 22, 44, 53; *Marckx v Belgium* (1979 - 1980) 2 EHRR 330; *Tyrer v United Kingdom* 1979 - 1980) 2 EHRR 1; *Belgian Linguistics Cases* (Nr 1 en 2) (1979 - 1980) 1 EHRR 241 en 252.

<sup>268</sup> *Application No 6753/74* en *Application No 6854/74* soos aangehaal deur Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 94. In 'n EU aansoek voor die Europese Kommissie het 'n veertienjarige Nederlandse dogter saam met haar kêrel van haar ouerhuis af weggehoop. Die polisie het haar teruggeneem huis toe. Haar klagte was dat die owerhede haar reg op respek vir 'n privaat lewe (ingevolge a 8(1)) ondergeskik aan haar ouers se reg op respek vir gesinslewe gestel het. Die Europese Kommissie was van mening dat 'n kind onder die verpligting staan om by sy ouers te woon maar die staat is nie verbind daartoe om toe te sien dat die verpligting nagekom word nie. Die verpligting is noodsaaklik om 'n kind se gesondheid en moraal te beskerm. Selfs al behels die verpligting 'n inbreukmaking op 'n kind se reg ingevolge a 8(1), is dit 'n geregverdigde inbreukmaking ingevolge a 8(2). In lg aansoek het 'n veertienjarige dogter ook van haar ouerhuis af weggehoop. Die welsynsowerhede het haar probeer oorreed om na haar ouerhuis terug te gaan. Sy het geweier omdat sy onafhanklik van haar ouers wou leef. Die Europese Kommissie het haar ouers se klagte ingevolge a 8(1) verwerp en bepaal dat die owerheidsinstelling redelik opgetree het. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 240-245 (die reg op opvoeding); Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 36-39.

beteken by implikasie dat kinders ook oor die reg beskik om self besluite te neem selfs al is dit teenstrydig met die wense van ouers.

'n Kind se status ingevolge nasionale reg is ongelukkig 'n struikelblok in die uitoefening van fundamentele regte. Selfs al word aanvaar dat kinders in beginsel die draers van fundamentele regte is, word daardie regte vir en namens hulle deur hul ouers uitgeoefen.<sup>269</sup> Die benadering van die Europese Kommissie en die Europese Hof ten opsigte van kinders se beperkte handelingsbevoegdheid dui op proaktiewe optrede wat mettertyd kan meebring dat lidlande die status van 'n kind ingevolge nasionale reg in heroerwering sal neem. Die Europese Kommissie het byvoorbeeld die bevoegdheid van 'n veertienjarige om 'n klag ingevolge artikel 25 van die Europese Konvensie te lê, erken.<sup>270</sup> Kinders wat ingevolge nasionale reg nie toegang tot houe het nie kan op grond van artikel 13 hieroor 'n klag lê.<sup>271</sup> Die verhoging van die status van kinders in Europa op hierdie wyse, die geleidelike erkenning van kinders se handelingsbevoegdheid en die aandag wat 'n kind as die draer van fundamentele regte geniet, beteken tog dat die Europese Konvensie langs hierdie omweg 'n positiewe bydrae tot die ontwikkeling en vestiging van kinderregte lewer.

2 4 1 2

#### Europese Konvensie op die Regte van 'n Kind

Gedurende 1979, die Internasionale Jaar van die Kind, het die Komitee oor Maatskaplike-, Gesondheids- en Gesinsangeleenthede van die Europese

<sup>269</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 38-41; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights*.

<sup>270</sup> Application No 6753/74 soos aangehaal deur Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 39. Europese Konvensie a 25(1) lui soos volg: "The Commission may receive petitions addressed to the Secretary-General of the Council of Europe from any person ... claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in this Convention." Sien ook Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 101-102.

<sup>271</sup> Europese Konvensie a 13 lui soos volg: "Everyone whose rights and freedoms set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity." Die inhoud van die klag sal wees dat daar 'n skending van a 13 is omdat die bevoegdheid om 'n klag voor die nasionale hof te lê nie erken word nie. Sien ook Douglas 1988 *International Journal of Law and the Family* 102-103 en Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 39-40.

Parlementêre Vergadering 'n omvattende verslag oor kinders saamgestel.<sup>272</sup> Hierdie verslag is deur die Parlementêre Vergadering aanvaar en het tot 'n *Recommendation* aanleiding gegee waarin na 'n Europese Handves oor die Regte van die Kind verwys is.<sup>273</sup> In dié verslag is hoofsaaklik 'n sterk argument ten gunste van die tradisionele beskerming van kinders uitgemaak.<sup>274</sup>

Die belangrikste aspek binne die konteks van hierdie studie is die voorstelle om die regsposisie van kinders te verbeter. Daar is onder andere 'n voorstel dat "ouerlike gesag" met "ouerlike verantwoordelikheid" vervang word. Dit is veral die eerste algemene beginsel van die *Recommendation* wat belangrik is en die kind as 'n onafhanklike regsobjek erken.<sup>275</sup> Die res van die beginsel lui soos volg:<sup>276</sup>

"Children must no longer be considered as parent's property, but recognised as individuals with their own rights and needs."

Betekenisvolle vordering met die oog op 'n Europese verdrag vir kinders is gemaak met die bekendstelling van die Ekman Verslag<sup>277</sup> in 1989.<sup>278</sup> Hierdie verslag is op so 'n noukeurige en omvattende wyse saamgestel dat dit as een van die belangrikste bronne oor kinderregte in Europa beskou word.<sup>279</sup>

Die verslag weerspieël die spanning tussen twee tendense, naamlik die tradisionele benadering van beskerming van kinders teenoor die ontwikkeling

<sup>272</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Social and Health Questions, Report on the International Year of the Child Doc 4376, 2 October 1979 (Rapporteurs: Mrs Havray and Mr Tabone) soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 368-369.

<sup>273</sup> Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 369.

<sup>274</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 121. Die verslag bevat hoofstukke oor die mishandeling van kinders, prostitusie, pornografie, kinderarbeid, maatskaplike en mediese beskerming en 'n aantal bepalinge oor sport.

<sup>275</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 121.

<sup>276</sup> Soos aangehaal deur Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 121. Die *Recommendation* is egter nie deur die Komitee van Ministers aanvaar nie.

<sup>277</sup> Council of Europe, Parliamentary Assembly Legal Affairs Committee. Report on the rights of children Doc 6142, 6 November 1989 (Rapporteur: Mrs Ekman) soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 369.

<sup>278</sup> Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 369; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 121; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 403.

<sup>279</sup> Sien Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 369 in die algemeen vir die werkswyse wat gevolg is.

van kinderregte as deel van menseregte.<sup>280</sup> Hierdie verslag het tot 'n verdere *Recommendation* deur die Parlementêre Vergadering aanleiding gegee.<sup>281</sup> In die *Recommendation* word onder andere die volgende ten opsigte van die veranderende beleid ten opsigte van die kind gesê.<sup>282</sup>

"Considering that, in addition to the right to be protected, children have rights they may independently exercise themselves - even against opposing adults."

In die *Recommendation* word ook oorweging geskenk aan die moontlikheid van 'n protokol tot die Europese Konvensie wat oor die regte van kinders handel.<sup>283</sup> Die voordeel van so 'n bykomende protokol is dat dit as duidelike bewys sal dien van die wyse waarop kinderregte in bestaande menseregtedokumente geïntegreer word. Die protokol sal ook onmiddellik onder die bestaande jurisdiksie van die Europese Hof en die Europese Kommissie val.<sup>284</sup> Die *Recommendation* is tot dusver nog nie deur die Komitee van Ministers aanvaar nie.

2 4 1 3

#### Europese Konvensie op die Uitoefening van Kinderregte

Die *Committee of Experts on Family Law* het gedurende 1990 begin met die opstel van 'n konsep Europese Konvensie wat vir die uitoefening van kinderregte voorsiening maak.<sup>285</sup> Hierdie konsep is deur die Komitee van Ministers aanvaar en vir ondertekening voorgelê op 25 Januarie 1996.<sup>286</sup>

<sup>280</sup> Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 357-361, 370; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 35-56, 121-122.

<sup>281</sup> Council of Europe, *Parliamentary Assembly, Recommendation 1121 (1990) on the rights of children* soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 370.

<sup>282</sup> *Recommendation 1121 (1990) on the right of children 1* soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 370.

<sup>283</sup> *Recommendation 1121 (1990) on the rights of children 3* soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 370. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 403-404.

<sup>284</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 403-404; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 122. Die protokol sal bv voorsiening maak vir ekonomiese en sosiale regte en metodes om kinders oor hul regte in te lig.

<sup>285</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 22-23, 404; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 122. Die oogmerk is dat hierdie konvensie aanvullend tot die VN Konvensie oor die Regte van die Kind 1989 sal wees - spesifiek a 4 wat bepaal dat alle lidlande die nodige wetgewende, administratiewe en ander maatreëls sal neem om die regte ingevolge die konvensie te implementeer.

<sup>286</sup> Verduidelikende Verslag van die Europese Konvensie op die Uitoefening van Kinderregte 17.

In die kommentaar op die bepalings van hierdie Europese Konvensie word die volgende algemene opmerkings gemaak:<sup>287</sup>

- (a) Die Konvensie maak dit vir kinders moontlik om hul substantiewe regte uit te oefen. Dit word gedoen deur prosedurele regte vir kinders te skep en te versterk. Hierdie regte kan deur kinders self en deur ander persone of instellings uitgeoefen word. Daar word klem geplaas op die bevordering van kinders se regte, eerder as die beskerming daarvan.
- (b) Alhoewel die Konvensie hoofsaaklik gemik is op gesinsangeleenthede in die geregtelike konteks word die primêre belang van ouers se rol erken. Konflikbeslegting binne gesinsverband word gevolglik aangemoedig. Aan die ander kant moet die staat nie net intree waar ouers versuim om hul verantwoordelikhede na te kom nie. Die staat het ook 'n belangrike rol om te vervul deur kinders in staat te stel om die regte waaroor hulle beskik, uit te oefen.

2 4 1 4

Die Europese Unie<sup>288</sup> (hierna die EU)

Die basiese dokumente<sup>289</sup> wat regtens beslag aan die EU verleen, sit nie samehangende beleidsoorwegings ten opsigte van kinders uiteen nie.<sup>290</sup> Die regte van kinders word maar afgelei van die regte wat hul ouers as werkers het. Daar is ook geen ondergeskikte wetgewing wat direk na kinders verwys en wat regtens bindend is nie. Ook hier is dit afgeleide beleidsoorwegings wat ter sprake is en dit word tot 'n baie groot mate aan lidlande oorgelaat om

<sup>287</sup> Verduidelikende Verslag oor die Europese Konvensie op die Uitoefening van Kinderregte 18-19.

<sup>288</sup> Die EU is 'n supra-nasionale instelling wat beslag gekry het ingevolge die Verdrag van Rome 1957. Die oogmerk was om Europese samewerking te bevorder ten einde die welsyn van mense te verbeter, vrede te handhaaf en om groter politieke eenheid te bewerkstellig. Die belangrikste wyse om dit te bewerkstellig, is deur ekonomiese maatreëls - dws 'n gemeenskaplike mark vir goedere, dienste, kapitaal en arbeid. Die Verdrag van Rome 1957 is verder uitgebou ingevolge die *Single European Act* 1986. Die EU bestaan uit vier belangrike instellings nl die Raad van Ministers, die Europese Kommissie, die Europese Parlement en die Europese Geregshof. Daar is vanuit die staanspoor aanvaar dat elke individu oor sekere onvervreembare regte beskik en dat die beskerming van hierdie regte 'n wesenlike element van die demokrasie is. Die Europese Geregshof het gevolglik al op die gebied van menseregte 'n betekenisvolle bydrae gelewer. Die regulasies wat deur die EU uitgevaardig word, is regtens bindend op lidlande. Sien in die algemeen Barrie 1992 *TSAR* 656; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 362-365.

<sup>289</sup> Die Verdrag van Rome 1957, die *Single European Act* 1986 en die Maastricht Verdrag 1992.

<sup>290</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 124.

na die belange van kinders om te sien.<sup>291</sup> Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat elf van die twaalf lidlande van die EU die 1989 Konvensie geratifiseer het. Die EU het ook as 'n gemeenskap die Europese Konvensie aangeneem. Dit beteken dat die bespreking ten opsigte van die Europese Konvensie ook op die lidlande van die EU toegepas kan word.<sup>292</sup>

Die Europese Parlement het ook 'n beroep op die Europese Kommissie gedoen om die Konvensie by die besondere omstandighede van die EU aan te pas.<sup>293</sup> 'n Europese Handves op die Regte van die Kind is in die vooruitsig gestel om hierdie aanpassing te implementeer. Die Bades-Malet-verslag<sup>294</sup> het uiteindelik aanleiding gegee tot 'n resoluëie vir 'n Europese Handves van die Regte van die Kind.<sup>295</sup> Hierdie Handves het hoofsaaklik simboliese waarde en dra weinig by tot die regte van kinders.<sup>296</sup> Die rede vir die teleurstellende toedrag van sake kan gevind word in die ekonomiese oogmerke wat nagestreef word en wat voorrang bo enige politieke of sosiale oogmerke geniet. Dit is duidelik uit die Maastricht Verdrag van 1992 dat politieke eenheid ook voorkeur bo sosiale eenheid geniet en dit word aan die lidlande oorgelaat om hul eie sosiale beleid te reguleer.<sup>297</sup>

Dit beteken dat burgers van die EU in die eerste instansie as werkgewers, werknemers, verbruikers, ensovoorts gesien word. Kinders word op hul beurt as die kinders van werkgewers, werknemers, verbruikers, ensovoorts gesien.<sup>298</sup>

Die EU kan wel deur *ERASMUS* en 'n *European Observatory on Childhood* betekenisvolle inisiatiewe loods om kinderregte te bevorder.<sup>299</sup> Eersgenoemde verwys na opvoedkundige programme om die inhoud van die 1989 Konvensie

<sup>291</sup> Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 372-373.

<sup>292</sup> Sien bespreking op 257-267. Sien ook Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 372.

<sup>293</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 125.

<sup>294</sup> *European Parliament Committee on Legal Affairs and Citizen Rights. Draft report on a European Charter of Rights of the Child (Rapporteur : Mr J Bades Malet), 4 February 1992* soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 375.

<sup>295</sup> *Resolution A3-0172/92 on a European Charter of Rights of the Child, 8 July 1992* soos aangehaal deur Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 374.

<sup>296</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 126-128; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 374-376.

<sup>297</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 119.

<sup>298</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 119.

<sup>299</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 126-127; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 374-375.



aan volwassenes bekend te stel. Opvoeding behoort ook daarop gemik te wees om respek vir menseregte en fundamentele vryhede aan te kweek. Die inhoud van lidlande se verslae oor die implementering van die 1989 Konvensie moet ook bekend gemaak word.<sup>300</sup>

Die *European Observatory on Childhood* verwys na die navorsing wat vereis word om wetenskaplike kennis op te bou oor kinders. Hierdie wetenskaplike kennis is noodsaaklik vir doeltreffende opvoeding en die vestiging en implementering van 'n Europese beleid oor kinderrechte.<sup>301</sup>

2 4 1 5

Europese Sosiale Handves 1961 (hierna die Sosiale Handves)

Die Sosiale Handves is in 1961 deur die lede van die Europese Raad aanvaar en het op 26 Februarie 1965 in werking getree.<sup>302</sup> Die oogmerk met die Sosiale Handves is om op ekonomiese en sosiale gebied aanvullend tot die Europese Konvensie te wees. Elke lidland is ingevolge die bepalings verbind daartoe om individue by te staan om die regte wat verleen word te verwesenlik.<sup>303</sup>

Die Sosiale Handves verleen nie die bevoegdheid aan 'n individu om 'n klag te lê nie. Die beheer oor implementering van die bepalings vind by wyse van 'n stelsel van verslaggewing aan 'n komitee van onafhanklike deskundiges plaas.<sup>304</sup>

Daar is 'n aantal direkte verwysings na kinders. Die volgende beginsel word byvoorbeeld verskans:<sup>305</sup>

<sup>300</sup> Hierdie aktiwiteite is in ooreenstemming met die VN Konvensie oor die Regte van die Kind a 29(1)(b), a 42 en a 44(6) ingevolge waarvan lidlande hierdie opvoedkundige verantwoordelikhede erken. Elf van die twaalf lidlande van die EU het die Konvensie geratifiseer en moet aan hierdie bepalings voldoen.

<sup>301</sup> Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 127.

<sup>302</sup> Sien in die algemeen Barrie in *Bill of Rights Compendium* 1B33; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 22-23; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 360, 371.

<sup>303</sup> De Villiers *et al Human Rights* 83; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 22.

<sup>304</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* 1B33; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 371.

<sup>305</sup> Sosiale Handves Deel I (7).

"Children and young persons have a right to a special protection against the physical and moral hazards to which they are exposed."

Die minimum ouderdoms- en indiensnemingsvoorwaardes wat vir kinders geld, word breedvoerig uiteengesit.<sup>306</sup> Die Sosiale Handves is ook gemoeid met sosiale en ekonomiese maatreëls wat noodsaaklik is om kinders te beskerm. Werkende moeders wat steeds hul kleuters versorg, is geregtig op tyd om hierdie verantwoordelikheid na te kom.<sup>307</sup> Die reg van moeders en kinders op sosiale en ekonomiese beskerming word op die volgende wyse verskans:<sup>308</sup>

"With a view to ensuring the effective exercise of the right of mothers and children to social and economic protection, the Contracting Parties will take all appropriate and necessary measures to that end, including the establishment or maintenance of appropriate institutions or services."

Die Sosiale Handves verleen in ooreenstemming met ander internasionale- en streeksgebonde menseregtedokumente uitdruklike erkenning aan en beskerming van die gesin.<sup>309</sup> Die verbondenheid van 'n staat om ekonomiese, juridiese en sosiale beskerming aan die gesin te verleen, is die mees effektiewe wyse om die gesinseenheid en indirek ook die kind binne gesinsverband te beskerm. Indirek word daar op hierdie wyse ook gevolg gegee aan 'n kind se reg op ouerlike versorging - een van die kinderregte wat algemeen aanvaar word.

Die Sosiale Handves fokus weliswaar op die beskerming van ekonomiese en sosiale regte. In samehang met die Europese Konvensie lewer dit 'n betekenisvolle bydrae om die beskerming van die gesin (dus ook kinders) as deel van die sosiale en ekonomiese verantwoordelikheid van 'n staat te formuleer.

<sup>306</sup> Sosiale Handves Deel II a 7. Hierdie spesifieke bepaling is getiteld *The Rights of Children and Young Persons to Protection*.

<sup>307</sup> Sosiale Handves a 8(3).

<sup>308</sup> Sosiale Handves a 17.

<sup>309</sup> Sosiale Handves a 16. Die inhoud lui soos volg: "With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unit of society, the Contracting Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married, and other appropriate means." Ingevolge a 19(6) onderneem 'n lidland om sover as moontlik 'n buitelandse werknemer wat toegelaat word om hom in die gebied te vestig, met sy gesin te herenig.

2 4 2 *Amerika*

Die Organisasie van Amerikaanse State (hierna die OAS) is in 1890 gestig en vorm 'n streeksorganisasie binne die Verenigde Nasies. Die Handves van die OAS bevat verskeie bepalings wat met fundamentele menseregte verband hou.<sup>310</sup> Die Raad van die OAS het in 1960 goedkeuring verleen vir die totstandkoming van die Inter-Amerikaanse Kommissie op Menseregte (hierna die Amerikaanse Kommissie). Dit is die taak van hierdie Kommissie om respek vir menseregte te bevorder.<sup>311</sup> Die Kommissie se jurisdiksie is in 1970 by die bepalings van die Handves van die OAS ingelyf en het daarmee grondwetlike legitimiteit verkry.<sup>312</sup> Die twee menseregte-dokumente van die OAS wat relevant vir die bespreking is, is die Amerikaanse Deklarasie van die Regte en Verpligtinge van die Mens en die Amerikaanse Konvensie op Menseregte. Die Kommissie het jurisdiksie om sy funksies te verrig ingevolge beide menseregte-dokumente.<sup>313</sup>

## 2 4 2 1 Amerikaanse Deklarasie van die Regte en Verpligtinge van die Mens (hierna die Amerikaanse Deklarasie)

Die Amerikaanse Deklarasie is in 1948<sup>314</sup> deur die OAS aangeneem en maak vir sekere regte van individue voorsiening en koppel dit aan bepaalde verpligtinge.<sup>315</sup> Die belang van die Amerikaanse Deklarasie lê daarin dat dit op al die lidlande van die OAS van toepassing is, selfs op daardie lidlande wat nie die Amerikaanse Konvensie op Menseregte geratifiseer het nie.<sup>316</sup> Die impak van die Amerikaanse Deklarasie word hierdeur verbreed en gepaard hiermee ook die reikwydte van die Amerikaanse Kommissie.

<sup>310</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B34; De Villiers *et al Human Rights* 108.  
<sup>311</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B34; De Villiers *et al Human Rights* 108; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 188.

<sup>312</sup> Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B34; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 187.

<sup>313</sup> OAS Handves a 51(e) en a 122; Amerikaanse Konvensie op Menseregte a 41, a 44-a 51.

<sup>314</sup> *Resolution XXX, Pan American Union, Final Act of the Ninth Conference of American States, 38-45, 1948* soos aangehaal deur de Villiers *et al Human Rights* 108. Sien in die algemeen De Villiers *et al Human Rights* 108-116 vir die inhoud van die Amerikaanse Deklarasie.

<sup>315</sup> Die Aanhef tot die Amerikaanse Deklarasie bepaal bv die volgende: "The fulfilment of duty by each individual is a prerequisite to the rights of all. Rights and duties are interrelated in every social and political activity of man. While rights exalt, individual liberty duties express the dignity of that liberty." Hfst 1 sit verder elke persoon se regte uiteen en Hfst 2 elke persoon se verpligtinge.

<sup>316</sup> Dugard in *Rights and Constitutionalism* 188; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 23.

Die inhoud van die Amerikaanse Deklarasie geld ten opsigte van alle persone<sup>317</sup> en die gesin word erken as basiese instelling in die gemeenskap wat op beskerming geregtig is.<sup>318</sup> Kinders en swanger vrouens word as 'n spesifieke groep uitgelig wat 'n reg op spesiale beskerming, sorg en hulp het.<sup>319</sup>

Die Amerikaanse Deklarasie erken die wederkerigheid van verpligtinge tussen ouers en kinders - 'n besondere benadering wat tot op hede in geen ander menseregtedokument van die Verenigde Nasies voorkom nie.<sup>320</sup> Die relevante bepaling lui soos volg:<sup>321</sup>

"It is the duty of every person to aid, support, educate and protect his minor children, and it is the duty of children to honor their parents always and to aid, support and protect them when they need it."

2 4 2 2

Amerikaanse Konvensie op Menseregte (hierna die Amerikaanse Konvensie)

Die Amerikaanse Konvensie is in 1969 deur die OAS aangeneem<sup>322</sup> en het op 18 Julie 1978 in werking getree.<sup>323</sup> Hierdie Konvensie is baie soortgelyk aan die Europese Konvensie en verskans burgerlike en politieke regte. Die Amerikaanse Konvensie verskil egter duidelik in die opsig dat dit baie meer kindergesentreerd as die Europese Konvensie is.<sup>324</sup> Daar is byvoorbeeld 'n spesifieke artikel,<sup>325</sup> getiteld *Rights of Children* wat soos volg lui:

"Every child, whatever his parentage, has the right to the protection that his status as a minor requires from his family, society and the State. Every child has the right to grow under the protection and responsibility of his parents; save in exceptional, judicially recognized circumstances, a child of young age ought not to be separated from his mother. Every child has the right to free and compulsory education, at least in the elementary phase, and to continue his training at higher levels of the educational system."

<sup>317</sup> Amerikaanse Deklarasie a 2.

<sup>318</sup> Amerikaanse Deklarasie a 6.

<sup>319</sup> Amerikaanse Deklarasie a 7.

<sup>320</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 23.

<sup>321</sup> Amerikaanse Deklarasie a 30.

<sup>322</sup> "1144 UNTS 123; (1970) a ILM 673" soos aangehaal deur Dugard in *Rights and Constitutionalism* 187.

<sup>323</sup> Sien in die algemeen De Villiers *et al Human Rights* 116-143 vir die inhoud van die Amerikaanse Deklarasie.

<sup>324</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 23.

<sup>325</sup> Amerikaanse Deklarasie a 16.

Ook artikel 19 is getiteld *Rights of the Child* en verleen aan 'n kind die reg op beskerming deur sy gesin, die gemeenskap en die staat.<sup>326</sup> Die gesin word as die natuurlike en fundamentele eenheid in die gemeenskap gesien en dit behoort gevolglik deur die staat beskerm te word.<sup>327</sup> Die betrokkenheid van die staat by die gesin is omvangryk en strek veel verder as die tradisionele benadering ten opsigte van die versorging en opvoeding van kinders. Die Konvensie bevat byvoorbeeld spesiale maatreëls ter beskerming van adolessente wat die volle ontwikkeling van hul fisiese, intellektuele en morele vermoëns ten doel het.<sup>328</sup>

Die OAS het in 1927 'n Inter-Amerikaanse sentrum vir kinders op die been gebring. Die oogmerk hiermee is om soveel as moontlik inligting oor kinders in te samel. Die moontlikheid van 'n Amerikaanse Verdrag oor kinders wat hieruit kan voortvloei, is nie vergesog nie.<sup>329</sup>

Naas die werksaamhede van die Amerikaanse Kommissie maak die Amerikaanse Konvensie ook vir 'n Inter-Amerikaanse Hof van Menseregte<sup>330</sup> (hierna die Inter-Amerikaanse Hof) voorsiening. Die Inter-Amerikaanse Hof kan geskille aanhoor maar kan ook bloot in 'n adviserende hoedanigheid optree. Die werksaamhede van die twee organe het meegebring dat die bekendstelling en uitbouing van menseregte reeds op 'n omvangryke wyse teweeggebring is.<sup>331</sup>

## 2 4 3 Afrika

Afrika as kontinent kon nie immuun bly teen internasionale ontwikkelings op die gebied van menseregte nie. Die Organisasie vir Afrika-Eenheid (hierna die OAE) het nie die beskerming

<sup>326</sup> Sien by *Velasquez Rodriguez - Compensatory Damages* 11 HRLJ 127 (1990) soos aangehaal deur Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 23. In hierdie geval is beslis dat die regering van Honduras aan kinders skadevergoeding moes betaal. Die kinders het emosionele en morele skade gely agv die verdwyning van hul vader, waarvoor die betrokke regering aanspreeklik gehou is.

<sup>327</sup> Amerikaanse Konvensie a 15(1).

<sup>328</sup> Amerikaanse Konvensie a 15(3)(c). Ook a 15(3)(d) strek veel verder as die gewone betrokkenheid van die staat by 'n gesin en lui soos volg: "The State Parties hereby undertake to accord adequate protection to the family unit and in particular to undertake special programs of family training so as to help create a stable and positive environment in which children will receive and develop the values of understanding, solidarity, respect and responsibility."

<sup>329</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 404.

<sup>330</sup> Amerikaanse Konvensie a 61, a 62, a 63.

<sup>331</sup> Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B34, par 1B35.

en bevordering van menseregte in Afrika as een van sy hoofmerke gehad nie maar kon nie die skendings van menseregte op die kontinent ignoreer nie. Dit is grootliks te danke aan die inisiatief van die OAE dat die twee Afrika-streeksverdrae wat hieronder bespreek gaan word, tot stand gekom het.<sup>332</sup>

#### 2 4 3 1 Afrika Handves van Mense- en Volkeregte (hierna die Afrika Handves)

Die Afrika Handves (ook bekend as die Banjul Handves) is op 26 Junie 1981 deur die OAE aanvaar en het in Oktober 1986 in werking getree.<sup>333</sup> Die Afrika Handves is 'n dokument met sy oorsprong in Afrika en met 'n onderliggende filosofie wat ideologies en kultureel eie aan Afrika is. Daar word met die Afrika Handves gepoog om sensitief vir die verskillende dimensies van menseregte in Afrika te wees en 'n geïntegreerde benadering tot die idee van menseregte word gevolg.<sup>334</sup>

##### (a) Onderskeidende kenmerke

Dit is reeds uit die Aanhef tot die Afrika Handves duidelik dat dit betekenisvol van vergelykbare dokumente soos die Europese Konvensie en die Amerikaanse Konvensie afwyk. Die ideologie van die Afrika Handves blyk uit 'n aantal paragrawe in die Aanhef. Daar word onder andere verwys na die strewe om alle vorms van kolonialisme in Afrika uit te wis, asook na die verpligting van lidlande om totale bevryding van Afrika na te streef. Die reg op ontwikkeling word beklemtoon asook die feit dat burgerlike en politieke regte nie van ekonomiese, sosiale en kulturele regte geskei kan word nie. Hierdie paar paragrawe weerspieël die historiese realiteit van Afrika en bewys onteenseglik dat die Afrika Handves uit Afrika se bodem ontspring het.<sup>335</sup>

<sup>332</sup> Dlamini "Towards a regional protection of human rights in Africa : The African Charter on Human and People's Rights" 1991 *CILSA* 189-193.

<sup>333</sup> El-Sheikh in *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa* 103-106; Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B36; Dlamini 1991 *CILSA* 189-193; Nhlapo "International protection of human rights and the family : African variations on a common theme" 1989 *International Journal of Law and the Family* 1 6-7. Sien De Villiers *et al Human Rights* 147-164 vir die teks van die Afrika Handves.

<sup>334</sup> El Sheikh in *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa* 103.

<sup>335</sup> Boshoff "Menseregte - 'n Afrika perspektief" 1990 *TSAR* 697 709; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 7.

Die Afrika Handves spreek ook die kulturele aspekte van die gemeenskap in Afrika aan. Die benadering tot die gemeenskap blyk uit die Aanhef en dit is 'n benadering wat betekenisvol van Westerse denke verskil.<sup>336</sup> Paragraaf 4<sup>337</sup> bepaal byvoorbeeld die volgende:

"TAKING INTO CONSIDERATION the virtues of their historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples' rights ..."

Paragraaf 6<sup>338</sup> bevestig die idee dat die vervulling van regte en vryhede ook die nakoming van verpligtinge impliseer - 'n oorweging wat binne die Afrikakonteks geïnterpreteer moet word.

Die kulturele benadering wat in die Afrika Handves weerspieël word, is van wesenlike belang vir doeleindes van die onderhawige studie. Die rol en funksie van die gesin en gesinslede is juis op hierdie kulturele beskouing gebaseer.<sup>339</sup>

(b) Regte ingevolge die Afrika Handves

Die Afrika Handves bevat drie generasies menseregte, naamlik burgerlike en politieke regte, ekonomiese, sosiale en kulturele regte en regte op ontwikkeling. Die interafhanklikheid van hierdie regte word in die Aanhef erken. Die burgerlike en politieke regte<sup>340</sup> word omvattend uiteengesit en stem in 'n groot mate met die inhoud van die Konvensie op Burgerlike en Politieke Regte en die Europese Konvensie ooreen.

Die ekonomiese, sosiale en kulturele regte<sup>341</sup> is eie aan die Afrika Handves. Hierdie regte word nie so volledig uiteengesit nie maar dit moet onthou word dat die meeste Afrikastate reeds 'n party tot die Konvensie op Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte was. Dit was

<sup>336</sup> Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 7.

<sup>337</sup> Aanhef tot die Afrika Handves.

<sup>338</sup> Aanhef tot die Afrika Handves.

<sup>339</sup> Bennett in 1991 *Acta Juridica* 22; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 7-8.

<sup>340</sup> Afrika Handves a 3 - a 16.

<sup>341</sup> Afrika Handves a 17, a 18 - behalwe vir die reg op opvoeding wat algemeen in menseregte dokumente voorkom. Sien Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B36.

gevolglik onnodig om die inhoud van die regte weer volledig op streeksvlak te herhaal.<sup>342</sup>

Die verlening van regte is nie tot individue beperk nie. Daar word ook uitdruklik vir volkeregte<sup>343</sup> (*peoples' rights*) voorsiening gemaak. Die insluiting van hierdie regte in die Afrika Handves bewys die belang daarvan as deel van menseregte in Afrika.<sup>344</sup> Die belang van die volkeregte word soos volg omskryf:<sup>345</sup>

"[T]he African Charter is the first regional human rights instrument which elaborates on the rights of peoples. As such, the Charter reflects an African context in terms of the past (and the suffering of the African peoples under colonialism) and the present grim realities which cannot be changed except through development, peace and international solidarity."

(c) Verpligtinge ingevolge die Afrika Handves

Die Afrika Handves betree nuwe grond in dié opsig dat daar ook 'n uiteensetting van individue se verpligtinge is.<sup>346</sup> Regte en verpligtinge verteenwoordig in Afrika twee fasette van dieselfde realiteit – hulle is as't ware ondeelbaar.<sup>347</sup> Daar is doelbewus hiermee rekening gehou tydens die opstel van die Afrika Handves en dit word soos volg verduidelik:<sup>348</sup>

"[U]ntil now, international instruments referring to the duties of individuals do so in a few words and this often betrays the authors' lack of conviction. It is necessary to point out here that if individuals have rights to claim, they also have duties to perform. In traditional African societies, there is no opposition between rights and duties or between the individual and the community - they blend harmoniously."

<sup>342</sup> Barry in *Bill of Rights Compendium* par 1B36.

<sup>343</sup> Afrika Handves a 19 - a 24.

<sup>344</sup> Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1B36; Boshoff 1990 *TSAR* 710; Dlamini 1991 *CILSA* 198.

<sup>345</sup> El-Sheikh in *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa* 104.

<sup>346</sup> Afrika Handves a 27 - a 29; Boshoff 1990 *TSAR* 710. Afrika Handves a 27(1) bepaal bv die volgende: "Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community."; a 28 lui soos volg: "Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance."

<sup>347</sup> Mbaye "Introduction to the African Charter on Human and Peoples' Rights" 1985 *International Commission of Jurists Human and Peoples' Rights in Africa and the African Charter* 19 soos aangehaal deur Barry in *Bill of Rights Compendium* 69.

<sup>348</sup> Eze *Human Rights in Africa: Some Selected Problems* 214 soos aangehaal deur Dlamini 1991 *CILSA* 197.



Hierdie idee van wederkerigheid is ook van groot belang binne die konteks van die gesin, 'n aspek waarop later teruggekeer word.<sup>349</sup>

(d) Kinders, ouers en die staat

Die klem val op die regte en verpligtinge van die gesin<sup>350</sup> en daar is geen uitdruklike verwysing na die regte en verpligtinge van individuele gesinslede nie. Die benadering is in ooreenstemming met die tradisionele beskouing van die gesin in Afrika waar die klem op die gesinseenheid val.<sup>351</sup>

Daar word 'n besondere waarde aan artikel 18 verleen. Die feit dat dit vervat is in 'n dokument wat die grondslag lê vir 'n toekomstige menseregtestelsel in Afrika bevestig die belangrike rol van die gesin in die samelewing. Dit dien ook as bevestiging dat die gesin 'n sentrale rol het om in die toekoms van Afrika te vervul.<sup>352</sup>

Die staat is verbind tot beskerming van en hulpverlening aan die gesin as eenheid. Daar is geen verwysing na inmenging deur die staat om byvoorbeeld die belange van kinders te beskerm nie. Enige verwysings na die individu en die gesin word as verpligtinge van die individu teenoor die gesin geformuleer.<sup>353</sup> Die klem val steeds op die behoud en die beskerming van die gesin en die betrokkenheid van 'n individu wat hiertoe moet meewerk.

(e) Implementering

Die Afrika Handves maak vir 'n Afrika Kommissie van Mense- en Volkeregte (hierna Afrika Kommissie) voorsiening.<sup>354</sup> Dit is die oogmerk van die Afrika Kommissie om menseregte te bevorder en respek daarvoor aan te kweek. Verder moet dit beskerming verleen,

349

Sien bespreking op 340-341.

350

Afrika Handves a 18. Die relevante bepalings van a 18 lui soos volg: "(1) The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical and moral health. (2) The State shall have the duty to assist the family which is the custodian of morals and traditional values recognized by the community."

351

Sien bespreking op 337-343.

352

Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 10-13.

353

Afrika Handves a 27, a 29.

354

Afrika Handves a 30 - a 45. Sien in die algemeen El-Sheikh in *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa* 106-113; Barrie in *Bill of Rights Compendium* 69-71; Dlamini 1991 *CILSA* 199-202; Dugard in *Rights and Constitutionalism* 189.

bepalings van die Afrika Handves interpreteer, oorweging skenk aan lidlande se verslae en enige taak wat deur die bestuursliggaam van die OAE opgedra word, verrig.<sup>355</sup>

2 4 3 2 Die Afrika Handves oor die Regte en Welsyn van die Kind (hierna die Afrika Handves op die Regte van die Kind)

Die Afrika Handves oor die Regte van die Kind wat in 1990 deur die OAE aangeneem is, verteenwoordig 'n streeksinisiatief gebaseer op die 1989 Konvensie. Laasgenoemde Konvensie asook die Handves van die OAE, die Afrika Handves en die Deklarasie op die Regte en Welsyn van die Kind in Afrika 1979 word as bron van inspirasie erken.<sup>356</sup>

Die onderliggende oorwegings vir die Afrika Handves oor die Regte van die Kind word in die Aanhef uiteengesit.<sup>357</sup> Daar word eerstens met besorgdheid kennis geneem van die kritieke toestand waarin kinders in Afrika hulle bevind. Die faktore wat hiertoe meewerk, word vermeld en daar word erkenning verleen aan die feit dat 'n kind se fisiese en geestelike onvolwassenheid beskermingsmaatreëls en versorging noodsaak. Tweedens word erken dat die kind 'n unieke en bevoorregte posisie in die Afrikagemeenskap bekleed. Ten einde 'n volle en gebalanseerde ontwikkeling van die kind se persoonlikheid te verseker, behoort so 'n kind binne die gesin en in 'n atmosfeer van geluk, liefde en begrip groot te word. Derdens word erken dat daar twee vereistes is vir die kind se fisiese en geestelike ontwikkeling. Die eerste vereiste behels 'n besondere mate van sorg ten opsigte van die gesondheid en die fisiese, geestelike, morele en sosiale ontwikkeling van die kind. Die tweede vereiste behels beskerming deur die reg in 'n omgewing en omstandighede van vryheid, waardigheid en sekuriteit.

<sup>355</sup> Afrika Handves a 45.

<sup>356</sup> Aanhef tot die Afrika Handves op die Regte van die Kind.

<sup>357</sup> Aanhef tot die Afrika Handves op die Regte van die Kind; Thompson "Africa's Charter on Children's Rights : a normative break with cultural traditionalism" 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 432-434.

## (a) Erkenning en beskerming van die gesinseenheid

Die belang van die gesin in die tradisionele Afrika opset kan nie genoeg beklemtoon word nie.<sup>358</sup> Die Afrika Handves op die Regte van die Kind verleen gevolglik erkenning aan die gesin as die natuurlike en basiese eenheid in die gemeenskap.<sup>359</sup> Dit is die plig van die staat om die vestiging en ontwikkeling van hierdie eenheid te beskerm en te onderhou.<sup>360</sup>

'n Definisie van die gesin ontbreek maar die benadering is in ooreenstemming met die posisie in ander internasionale en streeksgebonde menseregte dokumente. Die omskrywing van 'n gesin in 'n tradisionele Afrikagemeenskap verskil in elk geval van die omskrywing van 'n gesin in 'n tipiese Westerse gemeenskap. In eersgenoemde geval is dit gewoonlik 'n uitgebreide gesinsgroep wat ter sprake is. Dit het noodwendig 'n invloed op die wyse waarop 'n kind versorg word en ook deur wie die kind versorg word.<sup>361</sup> 'n Tipiese ouer-kind verhouding kan gevolglik tussen meerdere persone en 'n kind bestaan.

Die implikasies van so 'n uitgebreide gesin op die regte van die kind ingevolge die volkereg is tweeledig van aard.<sup>362</sup> Dit beteken eerstens dat kennis geneem moet word daarvan dat lede van die uitgebreide gesin 'n legitieme aanspraak op die versorging van 'n kind het. Tweedens moet kennis geneem word van die noue verweefdheid van regte en verpligtinge wat eie aan die Afrikakultuur is en as't ware 'n netwerk vorm in die funksionering van die uitgebreide gesin. Die idee dat 'n kind as onafhanklike gesinslid oor eie regte beskik, is dus vreemd aan die kultuur en sosiale praktyke van Afrika.

Die groot mate van steun en erkenning wat aan die gesin verleen word, beteken dat daar optimaal aan 'n kind se reg op beskerming en

<sup>358</sup> Sien in die algemeen Armstrong *et al* "Towards a cultural understanding of the interplay between children's and women's rights : an Eastern and Southern African perspective" 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333-368; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 1-20; Rwezaura in *The Best Interests of the Child* 82-116.

<sup>359</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 18(2).

<sup>360</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 18(1).

<sup>361</sup> Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 12.

<sup>362</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 69.

versorging voldoen word.<sup>363</sup> Dit is egter 'n tipiese verskyningsvorm van die eerste model van ouerlike gesag waarin daar nie sprake is van 'n kind se reg op selfbeskikking nie.<sup>364</sup>

(b) Die rol van ouers

Net soos 'n verwysing na "gesin" in die Afrikakonteks problematies is, is die verwysing na "ouers" ook nie sonder probleme nie. Die begrip "ouers" kan op 'n biologiese, juridiese of 'n sosiale konstruksie berus. In die uiteensetting van ouers se verantwoordelikhede word daar gevolglik na "parents or other persons responsible for the child" verwys.<sup>365</sup> Dit is een van die verpligtinge van die staat om die nodige stappe te doen ten einde te verseker dat gades gelyke regte en verantwoordelikhede het.<sup>366</sup>

Ouers word in die uitoefening van hul verantwoordelikhede spesifiek betrek by die wyse waarop hul kind die reg<sup>367</sup> op vryheid van denke, gewete en geloof uitoefen. Dit is ouers se plig om leiding te gee in ooreenstemming met die ontwikkelende vermoëns van die kind en in die beste belang van die kind.<sup>368</sup> Ouers het ook 'n reg op redelike toesighouding oor die gedrag van hul kind.<sup>369</sup>

<sup>363</sup> Vergelyk bv die Aanhef tot die Afrika Handves op die Regte van die Kind waar die volgende gesê word: "Recognising that the child occupies a unique and privileged position in the African society and that for the full and harmonious development of his personality, the child should grow up in a family environment in an atmosphere of happiness, love and understanding ..."

<sup>364</sup> Sien bespreking op 84, 98.

<sup>365</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 20(1) lui soos volg:

"Parents or other persons responsible for the child shall have the primary responsibility for the upbringing and development of the child and shall have the duty:

- (a) to ensure that the best interests of the child are their basic concern at all times;
- (b) to secure, within their abilities and financial capacities, conditions of living necessary to the child's development; and
- (c) to ensure that domestic discipline is administered with humanity and in a manner consistent with the inherent dignity of the child."

<sup>366</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 18(2).

<sup>367</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 9(1).

<sup>368</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 9(2). Die staat moet hierdie verpligting van ouers respekteer ingevolge a 9(3).

<sup>369</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 10.

Ouers se reg om hul kind na 'n privaatskool te stuur, word erken.<sup>370</sup> Die uitoefening van ouerlike dissipline word nie omskryf nie. Die staat moet wel toesien dat die kind op 'n menslike wyse met respek vir die inherente waardigheid van die kind en in ooreenstemming met die bepalings van die Afrika Handves op die Regte van die Kind behandel word.<sup>371</sup>

Die rol van ouers kan nie losgemaak word van die kind se plig om hom vir die samehang en eenheid van die gesin te beywer en respek teenoor sy ouers te toon nie. Dit sluit ook die verpligting van 'n kind in om waar nodig hulp aan sy ouers te verleen. Ouers se rol en die posisie van kinders moet dus beoordeel word binne die konteks van regte en verpligtinge wat eintlik deel van dieselfde realiteit is.

(c) Die rol van die staat

As vertrekpunt het elke lidland die verpligting om die regte, vryhede en verpligtinge ingevolge die handves te erken, te respekteer en te implementeer ten spyte van kulturele of tradisionele beperkinge.<sup>372</sup> Die staat se rol ten opsigte van die gesin en ouers is primêr toesighoudend en ondersteunend van aard.<sup>373</sup> Enige inmenging van owerheidsweë mag nie arbitrêr plaasvind nie maar in ooreenstemming met die reg en gebaseer op die beste belang van die kind.<sup>374</sup>

Die rol van die staat teenoor kinders is fasiliterend van aard. Dit beteken dat die staat dit moontlik moet maak vir kinders om die regte en vryhede ingevolge die Afrika Handves op die Regte van Kinders uit te oefen. Die kulturele konteks waarbinne die staat sy verpligtinge moet nakom, blyk veral uit die beskerming wat aan kinders teen skadelike sosiale en kulturele praktyke verleen moet word.<sup>375</sup> Indirek word die taak eintlik aan die staat opgedra om 'n balans tussen die regte van die kind en die kulturele waardes van Afrika te vind. In

<sup>370</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 11(4).

<sup>371</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 11(5). Dissipline in die huis moet op 'n menslike wyse uitgeoefen word en in ooreenstemming met die inherente waardigheid van die kind : a 20(c).

<sup>372</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 1.

<sup>373</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 18 - a 20.

<sup>374</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 19.

<sup>375</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 21.

hierdie opsig is die rol van die staat uniek vergeleke met ander internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente.

Die rol van die staat is instrumenteel in die kind se reg<sup>376</sup> op opvoeding. Die filosofie onderliggend aan hierdie reg getuig van insig in die politieke, sosiale en ekonomiese probleme wat Afrika teister en die tipe opvoeding wat vereis word om hierdie probleme te bowe te kom.<sup>377</sup>

(d) Die beste belang van die kind

Die Afrika Handves op die Regte van die Kind geld ten opsigte van alle kinders onder die ouderdom van agtien jaar.<sup>378</sup> In alle handeling wat die kind raak en wat deur enige persoon of enige owerheidsinstansie verrig word, sal die beste belang van die kind die primêre oorweging wees.<sup>379</sup> Die verpligting van die staat om tradisionele praktyke te ontmoedig wat strydig met hierdie Handves is<sup>380</sup> en om die kind te beskerm teen skadelike sosiale en kulturele gebruike<sup>381</sup> sal gevolglik teen die maatstaf van die beste belang van die kind geïmplementeer moet word.

Soos die Amerikaanse Deklarasie maak hierdie Handves ook vir die verpligtinge van kinders voorsiening.<sup>382</sup> Kinders het ingevolge die Afrika Handves op die Regte van die Kind verpligtinge teenoor die gesin, die gemeenskap, die staat, ander regtens erkende gemeenskappe en ook die internasionale gemeenskap. Die opskrif

<sup>376</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 11.

<sup>377</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 435. Thompson verwys na drie sleuteloogmerke ingevolge a 11(2) nl: "(a) the preservation and strengthening of positive African morals, traditional values and cultures; (d) the preparation of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, tolerance, dialogue, mutual respect and friendship among all peoples, ethnic, tribal and religious groups; (h) the promotion of the child's understanding of primary health care."

<sup>378</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 2.

<sup>379</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 4(1). Hier is geen onduidelikheid oor die aard van die standaard nie vergeleke met die 1989 Konvensie a 3. In lg geval is die beste belang van die kind 'n primêre oorweging.

<sup>380</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 1(3).

<sup>381</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 21. Die gevaar bestaan dat 'n lidland bv 'n sekere kulturele praktyk sal regverdig omdat dit in die beste belang van die kind is. A 21(1) verwys egter na skadelike sosiale en kulturele praktyke wat die welsyn, waardigheid, normale groei en ontwikkeling van die kind raak. Hierdie uiteensetting tesame met die beste belang van die kind as die primêre oorweging behoort voldoende beskerming aan kinders te verleen.

<sup>382</sup> Amerikaanse Deklarasie a 30; Afrika Handves op die Regte van die Kind a 31.

van die relevante bepaling<sup>383</sup> verwys na die verantwoordelikhede van die kind. Die onderliggende oogmerk is waarskynlik dat kinders in die nakoming van hul verpligtinge verantwoordelikheid aanleer en in 'n toenemende mate 'n bydrae tot die samelewing lewer.

Die inhoud van hierdie dokument kan nie losgemaak word van die status van die kind in die gemeenskap nie. Kinders word tot 'n baie groot mate in die tradisionele Afrikagemeenskappe as hule ouers se eiendom beskou en die vraag is gevolglik of die filosofie van die Afrika Handves op die Regte van die Kind werklik realisties is.<sup>384</sup>

(e) Implementering

Die stelsel van implementering wat in die vooruitsig gestel word, is die mees gevorderde van enige vergelykbare streeksgebonde menseregteverdrag.<sup>385</sup> 'n Onafhanklike Komitee van Deskundiges op die Regte en Welsyn van die Kind (hierna die Komitee van Deskundiges) sal die taak hê om die implementering van die Afrika Handves op die Regte van die Kind te monitor.<sup>386</sup>

Die Komitee van Deskundiges sal onder andere 'n kommunikasie<sup>387</sup> van enige persoon rakende die bepalings van die Afrika Handves op die Regte van die Kind kan ontvang. Dit beteken in beginsel dat selfs 'n kind 'n klag sal kan lê oor enige skending van sy regte. Die wyse waarop die Komitee van Deskundiges so 'n klag sal hanteer, kan van groot belang in die ontwikkeling van kinderregte wees.<sup>388</sup>

Die Afrika Handves oor die Regte van die Kind verleen aan die beoogde Komitee van Deskundiges ook die bevoegdheid om op eie inisiatief ondersoek in te stel na enige aangeleentheid rakende die Handves.<sup>389</sup> Die Komitee van Deskundiges sal ook oor die jurisdiksie

<sup>383</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 31: *Responsibilities of the Child*.

<sup>384</sup> Sien in die algemeen Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333-368; Bennett *Human Rights* 96-98; Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 439.

<sup>385</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 442; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 402; Afrika Handves op die Regte van die Kind a 32 - a 46.

<sup>386</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 32, a 33.

<sup>387</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 44(1).

<sup>388</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 402-403.

<sup>389</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 45(1).

beskik om beginsels en reëls te formuleer wat op die bevordering en beskerming van kinderregte gemik is.<sup>390</sup>

Die grootste uitdaging wat aan die Komitee van Deskundiges gestel sal word, is om te bepaal watter elemente van die Afrikakultuur en -tradisie behou moet word en met watter weggedoen moet word. Dié proses vorm deel van die groter taak om 'n nuwe en verhoogde status aan die kinders van Afrika te verleen.<sup>391</sup>

## 2.5 Gevolgtrekking

Die uiteindelijke vraag is tot watter mate kinderregte ingevolge die volkereg in ooreenstemming is met teorieë oor kinderregte soos uiteengesit in hoofstuk drie. Volkereglik is daar geen twyfel nie dat die kind 'n selfstandige persoon is wat, ook as gesinslid, oor regte beskik.

Hierdie status van die kind in die volkereg is die resultaat van twee parallelle ontwikkelings wat uiteindelik in die 1989 Konvensie gekulmineer het. Dié twee ontwikkelings was die geleidelike verfyning van die teorieë oor kinderregte en die internasionale momentum wat opgebou het vir die erkenning en beskerming van menseregte, waarby kinders ingesluit is.

Teorieë oor kinderregte kan na die laaste helfte van die negentiende eeu teruggevoer word toe 'n versorgings- of beskermingbenadering teenoor kinders posgevat het.<sup>392</sup> Parallel hieraan en vroeg in die twintigste eeu vestig Eglantyne Jebb die aandag van die internasionale gemeenskap op die nood van kinders as slagoffers tydens die Eerste Wêreldoorlog. Die positiewe reaksie van die internasionale gemeenskap resulteer daarin dat die kind as objek van beskerming sy verskyning op die gebied van die volkereg maak.<sup>393</sup>

Gedurende die twintigste eeu, spesifiek vanaf die sestigerjare, het stemme begin opgaan dat die versorgingsbenadering teenoor kinders nie aan hul aansprake op onafhanklikheid

<sup>390</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 42(a).

<sup>391</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 443.

<sup>392</sup> Vir 'n volledige bespreking sien 52-53.

<sup>393</sup> Hodgson "The historical development and 'internationalisation' of the Children's Rights Movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 252 261: In reaksie op Jebb se pleidooie is die *Save the Children International Union* gestig met die oogmerk om geld in te samel en noodlenigingshulp aan kinders te verleen. Hierdie organisasie, tesame met die Internasionale Komitee van die Rooikruis, die Volkebond en die Internasionale Arbeidsorganisasie verteenwoordig die eerste erkenning wat aan die kind as rolspeler in die volkereg verleen is.



gelykgestel kan word nie. Laasgenoemde benadering, ook bekend as die bevrydingsbeweging, verleen steun aan die kind as individu wat ook oor selfstandige besluitnemingsbevoegdheede beskik.<sup>394</sup> Hierdie beskouing, saam met die versorgingsbenadering, verteenwoordig uiteindelik die twee hoofstrome in 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte.<sup>395</sup>

Skaars 'n dekade later het daar op die gebied van die volkereg 'n wekroep opgegaan vir 'n konvensie op die regte van die kind waarin regte op beskerming en regte op outonomie neerslag sou vind.<sup>396</sup> Hierdie fase is voorafgegaan deur 'n tydperk waarin die VN Handves die grondslag gelê het vir die ontwikkeling van menseregte op die gebied van die volkereg.<sup>397</sup> Die VN Handves het nie alleen menseregte uitdruklik geformuleer nie maar ook spesifieke klem op die belang daarvan gelê.<sup>398</sup> Die inhoud van die Universele Verklaring sou uiteindelik regtens bindende werking<sup>399</sup> by wyse van die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte en die Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte verkry.

Voorafgaande dokumente het op een of ander wyse slegs vir die beskerming van die kind voorsiening gemaak. Die aanvaarde standpunt was steeds dat volwassenes na die beskerming van 'n kind sou omsien<sup>400</sup> en daar is geen erkenning verleen aan die moontlikheid dat internasionale menseregte ook uit 'n kinderregteperspektief geformuleer kon word nie.<sup>401</sup>

Hierdie uitgangspunt is met verloop van tyd vervang deur een waarin die kind as volwaardige draer van regte op beskerming en regte op outonomie deur verskeie nasionale jurisdiksies erken is.<sup>402</sup> Die oorgang vanaf die kind as objek van beskerming na 'n volwaardige subjek in die volkereg is voltooi met die aanvaarding van die 1989 Konvensie. Hierdie Konvensie word tereg aanvaar as die internasionale menseregte-dokument wat in algemene terme kinderregte verwoord.

<sup>394</sup> Bainham & Cretney *Children* 77-78; Hodgson 1992 *Australian Journal of Family Law* 258-259. Sien die bespreking op 71-81 vir die waardevolle bydraes wat deur Amerikaanse regspraak tot die ontwikkeling van teorieë oor kinderregte gelewer is.

<sup>395</sup> Sien bespreking op 52-54.

<sup>396</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 13-16; Van Bueren *International Documents on Children* xv-xvi.

<sup>397</sup> Sien bespreking op 249-251.

<sup>398</sup> Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 357 359-360.

<sup>399</sup> Sien bespreking op 252-255.

<sup>400</sup> Die Franse afvaardiging na die Kommissie vir Menseregte in 1959 het by die volgende mening gehuldig: [T]he child was not in a position to exercise his own rights. Adults exercised for the child and in doing so were subject to certain obligations. Thus it could be said that a child had special legal status resulting from his inability to exercise his own rights." soos aangehaal deur Freeman in *Children's Rights* 2.

<sup>401</sup> Van Bueren *International Documents on Children* xv-xvi; Verhellen 1993 *International Journal of Children's Rights* 361.

Die wyse waarop die twee parallelle ontwikkelings uiteindelik in die 1989 Konvensie neerslag gevind het, kan na die filosofie onderliggend aan die kinderrechte teruggevoer word.<sup>403</sup> Dit beteken dat die 1989 Konvensie uiteindelik baie meer is as 'n blote agenda vir kinderrechte.<sup>404</sup> Dit verwoord die filosofie van kinderrechte in die volkereg en is simbolies van die kind se volkeregtelike statuur.

Waar die voorafgaande internasionale menseregtedokumente hoofsaaklik gemoeid was met die ontwikkeling van internasionale menseregtenorme, was die aandag wat aan kinders verleen is insidenteel tot hierdie proses. Die waarde van die teorieë oor kinderrechte wat tot 'n verhoogde status van die kind op nasionale vlak, soos byvoorbeeld in Amerika,<sup>405</sup> bygedra het, moet nie gering geskat word in die omwentelings wat later op die gebied van die volkereg plaasgevind het en in die 1989 Konvensie gekulmineer het nie.

Die uiteensetting van kinderrechte in die 1989 Konvensie, die wyse waarop ander menseregtedokumente kinderrechte aanspreek en 'n streekinisiatief soos die Afrika Handves op die Regte van die Kind dui die aard van die debat vir die toekoms aan. Kinderrechte in die algemeen is nog in sy adolensensie<sup>406</sup> en verdere groei word vertraag deur herhaalde debatte oor die vraag of kinders regte het of nie. Die verdere groeiproses lê in die implementering van kinderrechte, gebaseer op 'n voortgesette juridiese verfyning van teorieë van kinderrechte.

---

<sup>402</sup> Sien bespreking op 227-228.

<sup>403</sup> Hiervolgens word kinders en volwassenes as vertrekpunt op gelyke voet geplaas as draers van fundamentele regte en wat respek vir menswaardigheid aanbetref. Die filosofie erken dat 'n kind kwesbaar, onvolwasse en afhanklik is en dat 'n ouer soms besluite namens hom sal neem. 'n Kind ontwikkel egter en het soms die reg om self besluite te neem. Die filosofie betrek die staat as bemiddelaar om toe te tree wanneer daar 'n botsing van belange tussen ouer en kind is, die staat het egter ook 'n toesighoudende funksie en kan in gepaste gevalle inmeng ter beskerming van 'n kind se regte.

<sup>404</sup> Asquith & Hill in *Justice for Children* 15 lewer die volgende uiteensetting: "Broadly speaking what the convention does is not [to] simply set up a list of rights for children and to impose a correlate set of duties on others such as parent and the state. It goes further than that in presenting a framework whereby the very social and political status of children, their relationship to their parents and adults in general may be viewed very differently. It alters the balance of power between children and adults in such a way that children generally can play a more active part in democratic social life. It also imposes duties on states to provide the necessary resources with which children can grow to realise their potential and can themselves contribute to social and political change throughout the world."

<sup>405</sup> Sien bespreking op 71-81, 98-107.

<sup>406</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 413.

### 3 SUID-AFRIKA : 'N HANDVES VAN REGTE EN KINDERREGTE

#### 3 1 Inleiding

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 (hierna die Grondwet) het op 4 Februarie 1997 in werking getree.<sup>407</sup> Hoofstuk 2 van die Grondwet is getiteld "Handves van Regte".<sup>408</sup> Artikel 7 bepaal dat hierdie Handves van Regte 'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika is. Dit verskans die regte van alle mense in die land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Die staat moet ingevolge artikel 7(2) die regte in die Handves van Regte eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik. Die regte is onderworpe aan die beperkings in artikel 36 of elders in die Handves van Regte vervat of genoem.<sup>409</sup>

Die Handves van Regte is van toepassing op die geheel van die reg en bind die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag asook alle staatsorgane.<sup>410</sup> Die verwysing na die geheel van die reg sluit alle wetgewing, die gemenerereg en die inheemse reg in.<sup>411</sup> By die uitleg van die Handves van Regte moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder.<sup>412</sup>

Die beginsel dat die Handves van Regte op die geheel van die reg van toepassing is, beteken dat dit ook geld ten opsigte van wetgewing, die gemenerereg en die inheemse reg wat deel van die privaatreg vorm.<sup>413</sup> In beginsel is die Handves van Regte op alle persone van toepassing,<sup>414</sup> onderhewig aan sekere uitsonderings.<sup>415</sup> Sekere regte word slegs aan spesifieke

407

Prokl R 6 in SK 17737 van 1997-01-24.

408

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7 - a 39.

409

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7(3); Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A30 - par 1A33.

410

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8(1); Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A30 - par 1A32.

411

Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A7; Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A9, par 1A36 - par 1A37.

412

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 39(1).

413

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8(1). Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A37. Die inhoud van die familiereg en personereg sal gevolglik aan grondwetlike beginsels getoets kan word.

414

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7(1) bepaal dat die Handves van Regte die regte van alle mense in die land verskans.

415

Slegs burgers is ingevolge die Handves van Regte daarop geregtig om politieke regte uit te oefen (a 19), vryheid van beweging en verblyf word gewaarborg (a 21(3)), vryheid van bedryf, beroep en professie word gewaarborg (a 22).

groepe soos kinders<sup>416</sup> of werkgewers en werknemers<sup>417</sup> verleen maar dit sluit hulle nie uit van enige ander regte ingevolge die Handves van Regte nie.<sup>418</sup>

### 3 2 Die Handves van Regte en horisontale werking

Een van die ingewikkelde kwessies rakende 'n Handves van Regte is die toepassing daarvan op die verhouding tussen privaat individue. Daar is 'n algemene persepsie dat 'n Handves van Regte primêr die verhouding tussen die owerheid en die individu (onderdaan) reël (die vertikale werking).<sup>419</sup> Vir sover 'n Handves van Regte ook die onderlinge verhouding tussen individue reël, word verwys na die horisontale werking van die Handves. Daar word selfs 'n verdere onderskeid tussen die direkte en indirekte horisontale werking van 'n Handves getref.<sup>420</sup>

Artikel 8(2) van die Handves van Regte<sup>421</sup> bepaal die volgende:

“'n Bepaling van die Handves van Regte bind 'n natuurlike of 'n regs persoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.”

Dit blyk egter uit 'n interpretasie van hierdie bepaling dat daar nie ruimte is vir totale direkte horisontale werking van die fundamentele regte nie.<sup>422</sup> Dit beteken dat 'n natuurlike persoon wel deur die bepalings van die Handves van Regte gebind kan word maar dit is slegs sekere grondwetlike regte wat horisontale werking sal hê. Die moontlike horisontale werking sal bepaal moet word aan die hand van die aard van die reg en die aard van die plig wat deur die

<sup>416</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28.

<sup>417</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 23.

<sup>418</sup> Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A20; Woolman in *Constitutional Law of South Africa* par 10.2(c).

<sup>419</sup> Sien in die algemeen Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A1 – par 3A10 en gesag daar aangehaal; Strydom “The private domain and the bill of rights” 1995 *SA Publikereg* 52-72; SA Regskommissie *Groeps- en Menseregte* (1989) 420-433, (1991) 264-265; Visser “Enkele beginsels en gedagtes oor die horisontale werking van die nuwe grondwet” 1997 *THRHR* 296-303.

<sup>420</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A4. Cockrell formuleer die onderskeid tussen direkte en indirekte horisontale werking soos volg: “By ‘direct’ operation is meant that a bill of rights could be used to ground a substantive right held by one private person against another private person in the absence of any statute. By ‘indirect operation’ is meant that a bill of rights might only influence a court’s interpretation and development of the common law in the equivalent situation.” Sien ook Visser 1997 *THRHR* 298-299.

<sup>421</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

<sup>422</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A8 – par 3A10; Visser 1997 *THRHR* 299-301.

reg opgelê word.<sup>423</sup> Selfs waar bevind word dat 'n grondwetlike reg toepassing vind, is dit die gemenereg wat toegepas of ontwikkel moet word om gevolg aan daardie reg te gee.<sup>424</sup>

Dit is wel moontlik dat die bepalings van die Handves van Regte indirekte horisontale werking ingevolge artikel 39(2) kan hê.<sup>425</sup> Dit beteken dat selfs waar 'n grondwetlike reg nie van toepassing op die onderlinge verhouding tussen individue is nie, die onderliggende waardes van die Handves steeds 'n rol in die uitleg van die reg moet speel.

Bogenoemde uiteensetting beteken nie dat daardie bepalings van die privaatreë wat byvoorbeeld die ouer-kind verhouding reël in die lig van die Handves van Regte herskryf moet word nie. Dit beteken wel dat die privaatreë in die lig van die verbondenheid aan substantiewe grondwetlike waardes geregverdig sal moet word.<sup>426</sup>

### 3 3 Kinderregte

#### 3 3 1 Relevante bepalings in die Handves van Regte

Die uitgangspunt is dat elke bepaling in die Handves van Regte op kinders en volwassenes van toepassing is. Die Handves van Regte maak egter spesifiek vir kinderregte voorsiening en die relevante bepaling lui soos volg:<sup>427</sup>

- (1) Elke kind het die reg -
- (a) op 'n naam en nasionaliteit vanaf geboorte;
  - (b) op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word;
  - (c) op basiese voeding, skooling, basiese gesondheidsorgdienste en maatskaplike dienste;
  - (d) om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word;
  - (e) om teen uitbuitende arbeidspraktyke beskerm te word;
  - (f) om nie verplig of toegelaat te word om werk te verrig of dienste te lewer nie wat -

<sup>423</sup>

<sup>424</sup>

Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A8; Visser 1997 *THRHR* 300-301. Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika a 8(3)(a); Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A9. Volgens Cockrell kan artikel 8(3)(a) as 'n kompromie tussen direkte en indirekte horisontale werking beskou word. Die feit dat dit die gemenereg is wat toegepas of ontwikkel moet word om gevolg aan die grondwetlike reg te gee, beteken dat die direkte werking van 'n grondwetlike reg teenoor 'n privaat persoon daardeur getemper word. Sien ook Visser 1997 *THRHR* 301.

<sup>425</sup>

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996. A 39(2) lui soos volg: "By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder." Sien ook Visser 1997 *THRHR* 299.

<sup>426</sup>

Cockrell in *Bill of Rights Compendium* 3A10; Visser 1997 *THRHR* 303.

<sup>427</sup>

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28.

- (i) onvanpas is vir 'n persoon van daardie kind se ouderdom; of
- (ii) 'n risiko vir die kind se welsyn, opvoeding, liggaamlike of geestelike gesondheid of geestelike, morele of sosiale ontwikkeling inhou;
- (g) om nie aangehou te word nie, behalwe as laaste uitweg, in watter geval, benewens die regte wat 'n kind kragtens artikels 12 en 35 geniet, die kind slegs vir die kortste gepaste tydperk aangehou mag word, en die reg het om -
  - (i) afsonderlik van aangehoudenenes bo die ouderdom van 18 jaar aangehou te word; en
  - (ii) op 'n wyse behandel te word, en in omstandighede aangehou te word, wat met die kind se ouderdom rekening hou;
- (h) om, in siviele verrigtinge wat die kind raak, deur die staat op staatskoste van 'n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei; en
  - (i) om nie regstreeks in gewapende stryd gebruik te word nie, en om in tye van gewapende stryd beskerm te word.
- (2) 'n Kind se beste belang is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.
- (3) In hierdie artikel beteken "kind" iemand onder die ouderdom van 18 jaar."

Die moontlikheid van horisontale werking beteken dat die regsverhouding tussen ouers en kinders en die uitoefening van ouerlike gesag aan die grondwetlike beginsels getoets kan word. Daar is 'n aantal bepalings in die Handves van Regte wat op een of ander wyse 'n faset van die privaatregtelike ouer-kind verhouding raak en vir doeleindes van die onderhawige studie relevant is. Hierdie bepalings behels die volgende:<sup>428</sup>

- (a) die reg op gelykheid ingevolge artikel 9;
- (b) die reg op menswaardigheid ingevolge artikel 10;
- (c) die reg op vryheid en sekerheid van persoon ingevolge artikel 12;<sup>429</sup>

<sup>428</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996. Sien ook Visser & Potgieter *Familiereg* 9-12.

<sup>429</sup> A 12 behoort slegs in die volgende mate relevant vir doeleindes van die onderhawige studie te wees:

- (1) Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van die persoon waarby inbegrepe is die reg om -
  - (a) -
  - (b) -
  - (c) vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong.
  - (d) -
  - (e) om nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie.
- (2) Elkeen het die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg -
  - (a) om besluite oor voortplanting te neem;
  - (b) op sekerheid van en beheer oor die eieliggaam ..."

- (d) die reg op privaatheid ingevolge artikel 14;
- (e) die reg op vryheid van godsdiens, oortuiging en mening ingevolge artikel 15;
- (f) die reg op vryheid van assosiasie ingevolge artikel 18;
- (g) die reg op vryheid van beweging en verblyf ingevolge artikel 21;
- (h) die regte van kinders ingevolge artikel 28;<sup>430</sup>
- (i) die reg op onderwys ingevolge artikel 29;
- (j) die reg op eie kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe ingevolge artikel 31;
- (k) die reg op toegang tot inligting ingevolge artikel 32;
- (l) die reg op regverdige administratiewe optrede ingevolge artikel 33(1) en 33(2); en
- (m) die reg op toegang tot howe ingevolge artikel 34.

Dit is egter artikel 28 van die Handves van Regte wat 'n sleutelaspek in die erkenning van kinderregte verteenwoordig en hierdie bepaling geniet vervolgens aandag.

### 3 3 2 *Kinderregte ingevolge die Handves van Regte*

Die regte van kinders was gedurende die grondwetskrywende proses ongetwyfeld baie laag op die prioriteitslys.<sup>431</sup> Die feit dat die bepaling oor kinderregte in sy huidige verskyningsvorm in die Handves van Regte vervat word, kan tot 'n groot mate aan die waarde van kinders as politieke speelbal toegeskryf word.<sup>432</sup> Die Handves van Regte maak oor die algemeen grootliks vir eerste generasie-regte<sup>433</sup> voorsiening terwyl artikel 28 oorwegend op tweedegenerasie-regte fokus.<sup>434</sup> Ten einde die impak van kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind verhouding te evalueer, word die res van die bespreking beperk tot daardie bepalings wat relevant kan wees.

<sup>430</sup> Die moontlike impak van a 28 op die ouer-kind verhouding word tot a 28(1)(a), (b), (c), (d), (h), a 28(2) en a 28(3) beperk.

<sup>431</sup> Sien in die algemeen Du Plessis & Corder in *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 185-186; Sloth-Nielsen in *Children's Rights* 7-10.

<sup>432</sup> Sloth-Nielsen in *Children's Rights* 7-10 verwys na eenstemmigheid onder politieke partye dat kinderregte wel grondwetlik verskans behoort te word. Sy noem 'n aantal redes vir hierdie eenstemmigheid wat grotendeels polities van aard is en dat weinig aandag aan die inhoud en gevolge van die erkenning van kinderregte verleen is. Vergelyk daarenteen die onlangse inisiatief van die SA Regskommissie *The review of the Child Care Act* wat beoog om op 'n omvattende wyse die reg ten opsigte van kinders op 'n omvattende en holistiese wyse te herformuleer. Die grondwetlike bepalings sal uiteraard 'n rol in die ondersoek speel. Dit is 'n ondersoek van hierdie omvangryke aard wat getuig van insig in die vraagstukke en wat reg laat geskied aan kinderregte en die status van die kind.

<sup>433</sup> Dws politieke en burgerlike regte. Hierdie regte is daarop gemik om die individu teen arbitrêre staatsoptrede te beskerm. Daar word gevolglik nie 'n positiewe verpligting op die staat geplaas nie maar ingevolge die regte word daar van die regering vereis om nie met sekere regte en vryhede van die individu in te meng nie.

(a) Die reg op 'n naam en nasionaliteit<sup>435</sup>

Die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes<sup>436</sup> skep die nodige meganisme om gevolg te gee aan 'n kind se reg op 'n naam vanaf geboorte. Die reg op nasionaliteit vanaf geboorte erken die reg van kinders wat in Suid-Afrika gebore word om Suid-Afrikaanse nasionaliteit te verkry. Die oogmerk met hierdie reg is om staatloosheid onder kinders te voorkom.

(b) Die reg op sorg<sup>437</sup>

Die eerste been van hierdie bepaling, naamlik die reg op gesinsorg of ouerlike sorg, bevestig die gemeenregtelike posisie. Hiervolgens is 'n kind onderhewig aan die uitoefening van ouerlike gesag en die ouerlike versorgingsplig vorm deel daarvan.<sup>438</sup>

Dit is ook baie duidelik dat dit die kind se reg op ouerlike sorg is wat ter sprake is. Daar is geen ruimte vir 'n interpretasie dat dit eintlik die ouers se reg op die versorging van hul kind is wat verskans word nie.<sup>439</sup> Die reg op ouerlike gesag of gesinsorg beteken dat daar nie op arbitrêre wyse met ouerlike- of gesinsversorging van kinders ingemeng kan word of dat kinders op arbitrêre wyse van hul ouers of gesin verwyder kan word nie.<sup>440</sup>

Die kind se reg op gepaste alternatiewe sorg wanneer hy uit die gesinsomgewing verwyder word, verbind die staat daartoe om 'n ander persoon of selfs 'n plek in 'n instelling te vind waar alternatiewe sorg verleen kan word.<sup>441</sup>

<sup>434</sup> Dws sosiale, ekonomiese- en kulturele regte. Hierdie regte bring mee dat daar 'n positiewe verpligting op die staat geplaas word om hierdie regte te verwesenlik. Die implementering van die regte is afhanklik van nasionale hulpbronne.

<sup>435</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(a). Sien in die algemeen Cachalia *et al Fundamental Rights in the New Constitution* 100-101; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E10; Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 332.

<sup>436</sup> 51 van 1992.

<sup>437</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b). Sien in die algemeen Cachalia *et al Fundamental Rights in the New Constitution* 101; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E12; Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.3.

<sup>438</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E12.

<sup>439</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E12.

<sup>440</sup> Cachalia *et al Fundamental Rights in the New Constitution* 101. Sien in die algemeen Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.3

<sup>441</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E12.



(c) Sosio-ekonomiese regte<sup>442</sup>

Die kind se reg op basiese voeding, skooling, basiese gesondheidsorgdienste en maatskaplike dienste is 'n duidelike voorbeeld van tweede-generasieregte. Hierdie tipe regte is gewoonlik kontroversieel.<sup>443</sup> Daar word van die regbank vereis om met politieke besluite oor die toewysing van hulpbronne in te meng en om byvoorbeeld te gelas dat daar 'n hertoewysing moet wees ter afdwinging van hierdie regte.

Die verpligting van die staat word deur die begrip "basies" gekwalifiseer. Dit dui daarop dat dit hier oor 'n tipe veiligheidsnet van minimum hulpverskaffing gaan waar daar andersins geen of beperkte hulpbronne bestaan nie.<sup>444</sup> Hierdie verpligting om in basiese behoeftes te voorsien, bestaan ook net teenoor kinders. Die ander sosio-ekonomiese regte ingevolge die Handves van Regte word geformuleer as 'n reg op "toegang tot" geskikte behuising<sup>445</sup> of 'n reg op "toegang tot" gesondheidsdienste.<sup>446</sup>

(d) Die reg om nie mishandel te word nie<sup>447</sup>

Hierdie reg is daarop gemik om uitvoerende of administratiewe optrede of wetgewing wat kan meebring dat kinders verwaarloos of misbruik word, te voorkom. Die reg kan ook afgedwing word teenoor staatsinstellings wat vir die versorging van kinders verantwoordelik is.<sup>448</sup> Teen die agtergrond van die Wet op Kindersorg<sup>449</sup> is dit ook moontlik dat hierdie reg teen ouers afgedwing kan word.<sup>450</sup>

<sup>442</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(c). Sien in die algemeen Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* 101-102; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E13; Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.4.

<sup>443</sup> De Vos "The economic and social rights of children and South Africa's transitional Constitution" 1995 *SA Publiekreg* 233-259; De Vos "Pious wishes or directly enforceable human rights? Social and economic rights in South Africa's 1996 Constitution" 1997 *South African Journal on Human Rights* 67 87-88; De Wet "A German perspective on the constitutional enforceability of children's and labour rights in the interim bill of rights with special reference to *Drittwirkung*" 1996 *THRHR* 577-596.

<sup>444</sup> Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* 102; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E13.

<sup>445</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 26.

<sup>446</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 27.

<sup>447</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(d). Sien in die algemeen Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* 102; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E14, Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.5.

<sup>448</sup> Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* 102.

<sup>449</sup> 74 van 1983 a 50(1) wat bepaal dat 'n ouer of voog in wie se bewaring 'n kind is en toelaat dat die kind mishandel of verlaat word aan 'n misdryf skuldig is.

<sup>450</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8(2) en 8(3); Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E14.

(e) Die reg op regsverteenvoordiging<sup>451</sup>

Die kind se reg op regsverteenvoordiging in siviele verrigtinge wat hom raak, erken die individuele behoeftes van 'n kind in litigasie. Die kind beskik oor hierdie reg tensy dit andersins tot wesenlike onreg sou lei. Laasgenoemde kwalifikasie beteken dat riglyne ontwikkel sal moet word om te bepaal onder watter omstandighede 'n kind wel op regsverteenvoordiging aanspraak kan maak.<sup>452</sup> Die reg op regsverteenvoordiging is intussen in die Wysigingswet op Kindersorg vervat.<sup>453</sup> Die bevoegdheid word nou aan die kinderhof verleen om 'n regsverteenvoordiger op staatskoste vir 'n kind aan te stel indien dit in die beste belang van die kind sal wees.<sup>454</sup>

(f) Beste belang van die kind<sup>455</sup>

Die beste belang van die kind as deurslaggewende oorweging in alle aangeleenthede wat hom raak, bevestig die gemeenregtelike posisie. Die verskil is nou dat die kind 'n grondwetlike reg daarop het dat die beste belang as maatstaf moet dien.

3 3 3 *Die Handves van Regte en teorieë oor kinderregte*

Die verhouding tussen ouers, kinders en die staat wat ingevolge die teorieë oor kinderregte voorsien word, behels die volgende elemente:

- (a) die belangrike rol van ouers om kinders binne gesinsverband te versorg, op te voed en na volwassenheid te begelei;
- (b) kinders se regte op beskerming en hul reg om ook hul eie besluite te neem. Hierdie regte geld binne gesinsverband en ook teenoor die buitewêreld; en
- (c) die staat wat die verantwoordelikheid het om geleenthede en strukture te skep waardeur die beste belang van die kind beskerm en bevorder kan word.

<sup>451</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(h). Sien in die algemeen Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E17; Zaal "When should children be legally represented in care proceedings? An application of section 28(1)(h) of the 1996 constitution" 1997 *SALJ* 334-345; Zaal *Do Children need Lawyers in the Children's Courts?* 8-9, 69-73.

<sup>452</sup> Zaal 1997 *SALJ* 334-335.

<sup>453</sup> 96 van 1996 a 2. Hierdie artikel het nie saam met die res van die Wysigingswet in werking getree nie.

<sup>454</sup> 96 van 1996 a 2. Sien in die algemeen Sloth-Nielsen & Van Heerden "Proposed amendments to the Child Care Act and regulations in the context of constitutional and international law developments in South Africa" 1996 *South African Journal on Human Rights* 247 249-252; Sloth-Nielsen & Van Heerden "The Child Care Amendment Act 1996 : does it improve children's rights in South Africa?" 1996 *South African Journal on Human Rights* 649 649-651; Zaal 1997 *SALJ* 334-345.

<sup>455</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

Hierdie verhouding word nie direk in die Handves van Regte verwoord nie. Ook is die inhoud van artikel 28 primêr beskermend van aard en geen erkenning word aan 'n kind verleen om sy eie wense uit te spreek met inagneming van sy volwassenheid en ouderdom nie. Dit skep op die oog af die indruk dat net die beste belang van die kind steeds as maatstaf van beskerming geïmplementeer sal word. Die Handves van Regte en die bepaling oor kinderregte voldoen nie aan 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte nie. Hierdie tekortkominge kan in die lig van die grondwetskrywende proses verklaar word. Die moontlikheid bestaan egter steeds dat kinderregte tot hulle volle konsekwensies deurgevoer kan word indien die volkereg in die uitleg van die Handves van Regte in ag geneem sal word. Hieraan word vervolgens aandag geskenk.

### 3 4 Volkereg

#### 3 4 1 *Die rol van die volkereg en die Handves van Regte*

Die Handves van Regte is duidelik deur internasionale menseregtekonvensies geïnspireer en daar word in 'n groot mate op die taal en struktuur van hierdie konvensies gesteun.<sup>456</sup> Artikel 39(1)<sup>457</sup> vereis dat 'n hof, tribunaal of forum by die uitleg van die Handves van Regte die volkereg in ag moet neem. Gegewe dat bykans elke bepaling van die Handves van Regte na 'n internasionale konvensie teruggevoer kan word, is dit duidelik hoe groot die impak van die volkereg kan wees.<sup>458</sup>

Ook artikel 28<sup>459</sup> is op 'n aantal internasionale menseregte-dokumente gebaseer.<sup>460</sup> Die belangrike dokumente is die volgende: die Universele Verklaring van Menseregte (1948), die Europese Konvensie, die 1959 Verklaring op die Regte van die Kind, die Europese Sosiale Handves, die Internasionale Konvensie op Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte,<sup>461</sup> die Internasionale Konvensie op Burgerlike en Politieke Regte,<sup>462</sup> die Amerikaanse Konvensie,

<sup>456</sup> Dugard in *Rights and Constitutionalism* 193.

<sup>457</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

<sup>458</sup> Dugard in *Rights and Constitutionalism* 193.

<sup>459</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

<sup>460</sup> Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.1. Die bespreking deur Pantazis vind plaas binne die konteks van a 30 van die tussentydse Grondwet 200 van 1993. Die opmerkings geld in dieselfde mate tov artikel 28 tensy daar 'n verskil in inhoud tussen die twee bepalings is.

<sup>461</sup> Onderteken deur SA en moet nog geratifiseer word.

<sup>462</sup> Onderteken deur SA en moet nog geratifiseer word.

die Afrika Handves,<sup>463</sup> die Afrika Handves op die Regte van die Kind en die 1989 Konvensie op die Regte van die Kind.<sup>464</sup>

Uit bogenoemde volg dat die internasionale menseregtedokumente wat spesifiek op kinders gemik is, asook die globale en streeksgebonde menseregteverdrae wat in hierdie hoofstuk bespreek is, deur 'n hof in ag geneem sal moet word by die uitleg van die Handves van Regte.<sup>465</sup>

### 3 4 2 Die 1989 Konvensie en artikel 28 van die Handves van Regte<sup>466</sup>

Die een dokument wat sekerlik die grootste invloed op kinderregte gaan hê, is die 1989 Konvensie op die Regte van die Kind. Ratifikasie van hierdie Konvensie bring mee dat 'n lidland geen handeling mag verrig wat die doel en oogmerk van die konvensie sal ondermyn nie.<sup>467</sup> 'n Lidland het ook die verpligting om alle toepaslike maatreëls te neem, waarby administratiewe en wetgewende maatreëls ingesluit is, om die regte ingevolge die Konvensie te implementeer. Dit beteken byvoorbeeld dat 'n lidland nasionale wetgewing moet hersien ten einde te bepaal of dit in ooreenstemming met die inhoud van die 1989 Konvensie op die Regte van die Kind is.<sup>468</sup>

Indien artikel 28 van die Handves van Regte met die inhoud van die 1989 Konvensie vergelyk word, blyk dit dat eersgenoemde in belangrike opsigte te kort skiet. Die 1989 Konvensie het 'n duidelike tweeledige benadering ten opsigte van die posisie van die kind in die algemeen en die posisie van die kind binne die gesin.<sup>469</sup> Hierdie tweeledigheid ontbreek in artikel 28 van die Handves van Regte omdat daar op geen wyse erkenning verleen word aan die rol van ouers, die belang van die gesin of die posisie van die kind binne gesinsverband nie. Ook is die betrokkenheid van die staat tot beskermende optrede teenoor die kind beperk.

<sup>463</sup> Onderteken deur SA en moet nog geratifiseer word.

<sup>464</sup> Geratifiseer deur Suid-Afrika op 16 Junie 1995.

<sup>465</sup> In ooreenstemming met die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 39(1). Die moontlike toepassing van internasionale menseregte as internasionale gewoontereg moet nie uitgesluit word nie. A 232 bepaal dat volkeregterlike gewoontereg regsrag in die Republiek het tensy dit met die Grondwet of 'n parlamentswet onbestaanbaar is.

<sup>466</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika.

<sup>467</sup> Weense Konvensie oor Verdragsreg 1969 a 31 - 1 33.

<sup>468</sup> Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 401 417; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 390.

<sup>469</sup> Die kind word as draer van fundamentele regte erken en het ingevolge a 12 van die 1989 Konvensie die reg om sy eie mening uit te spreek oor sake wat hom raak. Aan die ander kant is daar meerdere bepalings in die 1989 Konvensie wat dui op die belang van die gesin wat primêr vir die versorging van die kind verantwoordelik is. Dit is ook binne gesinsverband dat 'n balans tussen 'n kind se reg op beskerming en reg op outonomie gevind behoort te word.

Dit is in teenstelling met die 1989 Konvensie waar die staat daartoe verbind word om ook rekening te hou met die kind as draer van regte. Die reg van die kind om sy eie wense uit te spreek,<sup>470</sup> as sterkste verskyningsvorm van die reg op outonomie, kom nie in artikel 28 van die Handves van Regte voor nie. In hierdie opsig ontbreek dit artikel 28 van die Handves van Regte aan een van die kernbepalings van die 1989 Konvensie.<sup>471</sup>

Die reg op lewe<sup>472</sup> kom wel voor in die Handves van Regte maar nie in die uitgebreide vorm wat deur die 1989 Konvensie<sup>473</sup> in die vooruitsig gestel word nie. Die verbod op diskriminasie<sup>474</sup> ingevolge die Handves van Regte sluit ook nie die verbod op diskriminasie op grond van ouers of voogde se karaktereienskappe in nie.<sup>475</sup> Die meeste ander regte vervat in die 1989 Konvensie kom wel in die Handves van Regte voor. Dit beklemtoon die belangrike rol van die 1989 Konvensie in die uitleg van sowel artikel 28 as die geheel van die Handves van Regte.<sup>476</sup>

#### 4 GEVOLGTREKKING

Die 1989 Konvensie en ander internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente het die idee van kinderregte stewig op Suid-Afrika se politieke agenda en die agenda van nasionale regshervorming geplaas. Die ontwikkelings wat op die gebied van die volkereg plaasgevind het, spesifiek op die gebied van internasionale menseregte, skep 'n raamwerk waarbinne 'n lidland die nodige stappe kan doen om die idee van kinderregte nasionaal te erken en te implementeer. Hierdie raamwerk bestaan uit die volgende elemente:

- (a) Kinders is draers van fundamentele regte. Hierdie regte is nie net meer morele aansprake nie maar is afdwingbaar en beregbaar.
- (b) Die vraag of kinders regte het of nie is reeds op die gebied van die volkereg beantwoord. Die 1989 Konvensie weerspieël in 'n groot mate die teoretiese onderhou van 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte en die teorie oor die rol van ouers en die

<sup>470</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 12; Lücher-Babel "The Right of the child to express views and to be heard : an attempt to interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child" 1995 *The International Journal of Children's Rights* 391 - 404.

<sup>471</sup> Sien bespreking op 229-230. Die ander drie kernbeginsels van die Konvensie op die Regte van die Kind 1989 is die beste belang van die kind as 'n deurslaggewende oorweging (a 3); die verbod op diskriminasie (a 2); en die reg op lewe (a 6).

<sup>472</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 11.

<sup>473</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 6 wat ook insluit die kind se reg op oorlewing en ontwikkeling; Hodgson "The right to life, survival and development" 1994 *The International Journal of Children's Rights* 369-394.

<sup>474</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9(3).

<sup>475</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 2.

<sup>476</sup> Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 417-418.

staat. In hierdie opsig is die internasionale gemeenskap die nasionale reg van baie state ver vooruit.

- (c) Twee nuwe beginsels van interpretasie geld ten einde reg te laat geskied aan kinderregte. Eerstens word die beste belang van die kind nou as maatstaf gebruik aan die hand waarvan kinderregte geïmplementeer word. Tweedens moet daar in die interpretasie van kinderregte met die ontwikkelende vermoëns van kinders rekening gehou word.
- (d) Dit is direk of indirek die uitgangspunt dat kinderregte nie geïsoleerd van ouerlike gesag en die belang van die gesin bespreek word nie. Net so kan kinderregte ook nie losgemaak word van 'n besondere kulturele en historiese konteks nie.

Die boodskap van die volkereg is dus dat kinderregte 'n vennootskap van gelykes tussen die staat, ouers en kinders behels. Die Handves van Regte, die bepaling oor kinderregte en die ratifikasie van die 1989 Konvensie dui op Suid-Afrika se verbondenheid daartoe om ook binne hierdie raamwerk te funksioneer.

Die impak hiervan op die privaatregtelike ouer-kind verhouding kan omvangryk wees. Dit is onrealisties om te dink dat die ouer-kind verhouding immuun sal kan bly teen internasionale menseregtenorme en die aard, strekking en gees van die Handves van Regte. Die moontlike reikwydte van die publiekregtelike aard van kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind verhouding geniet in die volgende hoofstuk aandag.

## HOOFSTUK 9

### DIE EFFEK VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE OUER -KIND VERHOUDING IN DIE PRIVAATREG

#### 1 INLEIDING

Dit blyk duidelik uit hoofstuk sewe dat die ouer-kind verhouding in die privaatreë deur 'n proses van vertikale interaksie tussen ouers en kinders gekenmerk word. Ouers beklee 'n gesagsposisie en oefen gesagsbevoegdheid oor hul kind uit en terminologie soos 'n ouer se "reg op toegang" of 'n "reg op bewaring" versterk hierdie persepsie. Staatsinmenging in die ouer-kind verhouding is op die beskerming van die kind gemik.

Hierdie verhouding is die resultaat van 'n ewolusieproses in ouerlike gesag oor baie eeue heen. Onderliggend hieraan is 'n ideologie wat uit drie kernelemente bestaan. Die eerste element behels die respek vir 'n privaatsfeer van gesinsverhoudings. Die tweede element sentreer om ouers van wie daar verwag word om uit hoofde van hul ouerskap ouerlike gesag in die beste belang van 'n kind uit te oefen. 'n Derde element is gebaseer op die status van 'n kind as afhanklike en onvolwasse persoon wat beskerm moet word. Die beginsel dat 'n ouer se besluite "in die beste belang" van die kind moet wees, is op laasgenoemde element gebaseer.

Die ideologie onderliggend aan die begrip kinderregte berus op die status van die kind as onafhanklike gesinslid wat ook oor regte beskik. Hierdie ideologie bevestig steeds die gesin as regtens erkende instelling en belangrike gemeenskapsfondament maar voorsien 'n groter mate van horisontale interaksie tussen ouers en kinders as bykomende element in die ouer-kind verhouding. Die ideologie verleen 'n tweeledige rol aan die staat. Daar word eerstens van die staat verwag om gesinsverhoudings te respekteer. Tweedens word die staat in die gesinslewe betrek omdat elke gesinslid ook die draer van regte is.

Die ratifikasie van die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind (hierna die 1989 Konvensie) en die verlening van fundamentele regte ingevolge die Grondwet<sup>1</sup> bring mee dat hierdie ideologie van kinderregte nou deel van die Suid-Afrikaanse reg is. Daar is in

<sup>1</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7 - a 39.

hoofstuk agt aangedui dat die wyse waarop internasionale momentum vir die erkenning en beskerming van kinderregte opgebou het ook tekenend van die ontwikkeling en verfyning van denke oor kinderregte was. Ten einde die ideologie van die begrip kinderregte na behore te beoordeel, mag die groter geheel van hierdie ontwikkelings nie uit die oog verloor word nie. Dit is ontwikkelings wat terselfdertyd dien as toeligting vir die implementering van kinderregte; wat opvoedkundig van groot waarde is om kinderregte in die korrekte perspektief te plaas; en wat kinderregte uit die diplomatieke en politieke arena verwyder en oorplaas na 'n konteks waar verdere juridiese en morele verfyning van die begrip moontlik is.

In aansluiting by die onmiddellik voorafgaande verklaar die taakgroep van die Suid-Afrikaanse Regskommissie<sup>2</sup> wat met die hersiening van die Wet op Kindersorg<sup>3</sup> gemoeid is die raamwerk vir hul visie soos volg:

“Accessible, appropriate, consistent and empowering legislation for the children of South Africa is urgently required and will need to be in harmony with the intersecting framework of international law and the South African Constitution. In particular, the vision the committee proposes for the new children’s statute is inspired by [the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989], the OAU Charter on the Rights and Welfare of the Child,<sup>4</sup> and relevant clauses in the Bill of Rights in our Constitution. At the heart of our envisaged model is [the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989], which permeates relations between child and family, child and state, child and child, and inter-state obligations towards children.”

Bogenoemde impliseer dat die erkenning van kinderregte onteenseglik 'n invloed op die ouer-kind verhouding in die privaatreg gaan uitoefen. Die aard en omvang hiervan sal bepaal word deur 'n proses waarin die onderskeie ideologieë teenoor mekaar opgeweeg word. Daar word gevolglik in hierdie hoofstuk gepoog om 'n oorsig te gee van die mate waarin die twee ideologieë versoen kan word of die mate waarin aanpassings nodig gaan wees ten einde versoening te bewerkstellig.

Die aard van hierdie ondersoek behels noodwendig dat aspekte van die teorie oor kinderregte, sekere substantiewe regsbeginsels van die ouer-kind verhouding in die privaatreg en relevante

<sup>2</sup> SA Regskommissie *Review of the Child Care Act Issue Paper 13 Project 110 1998* 6. Daar word ook deeglik rekening daarmee gehou dat die resultaat van die projek veel wyer as die hersiening van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 sal strek. Die volgende word in die vooruitsig gestel: “The need for a comprehensive rewrite of the principal Child Care Act, the need to Africanise child care and protection mechanisms and, as is mandated by the ratification of (the United Nations Convention on the Right of the Child 1989), to review and harmonise all relevant child related law, ...”

<sup>3</sup> 74 van 1983.

<sup>4</sup> Onderteken deur Suid-Afrika in September 1997. Hierdie Handves sal in werking tree indien dit deur vyftien lidlande geratificeer is en tot dusver het slegs sewe lidlande dit geratificeer. Sien die bespreking op 281-287.



bepalings van die publiekreg weer bespreek sal word. Enige herhaling word so ver as moontlik beperk tot daardie dele van die substantiewe reg wat as aanknopingspunt vir doeleindes van hierdie bespreking dien. Die aanknopingspunt word in die belang van die gesin, die rol van ouers en die aard van staatsbetrokkenheid gevind en geniet vervolgens aandag. Die ondersoek word voorafgegaan deur 'n bespreking van die status van die kind wat 'n belangrike komponent in die ouer-kind verhouding verteenwoordig.

## 2 STATUS VAN DIE KIND

In hoofstuk ses is daar drie statusbepalende faktore geïdentifiseer wat kinders in die besonder raak, naamlik ouderdom, buite-egtelikheid en domisilie. Van hierdie drie faktore is ouderdom geïdentifiseer as die statusbepalende faktor wat moontlik problematies in die erkenning en implimentering van die begrip kinderregte in die privaatregtelike ouer-kind verhouding kan wees. Die eerste vraag wat hier beantwoord moet word, is of differensiasie op grond van statusbepalende faktore in die lig van die Handves van Regte geregtig is. Tweedens moet bepaal word of ouderdom nie op ontoelaatbare diskriminasie in die lig van die bepalinge van die Handves van Regte neerkom nie.

### 2.1 Gelykheid ingevolge die Handves van Regte en differensiasie

Artikel 9(1) van die Handves van Regte<sup>5</sup> bepaal dat elkeen gelyk voor die reg is en die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg het. Op die oog af is dit moeilik om hierdie beginsel van gelykheid te versoen met die beginsel van differensiasie wat die wese van die personereg vorm.<sup>6</sup> Gelyke beskerming ingevolge die Handves van Regte sluit egter nie die moontlikheid van verskillende groepe mense of differensiasie vir doeleindes van die reg tussen groepe mense uit nie.<sup>7</sup> Die uitspraak in *Harksen v Lane and Others*<sup>8</sup> is belangrik ten opsigte van die konstitusionele hof se benadering tot gelykheid ingevolge die Handves van Menseregte. Daar moes in hierdie saak beoordeel word of sekere bepalinge van die Insolvensiewet<sup>9</sup> teenstrydig met die bepalinge van die Interim Grondwet<sup>10</sup> is. Daar is onder

<sup>5</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

<sup>6</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E6; Davel & Jordaan *Personereg* 8-9; Van der Vyver "Constitutionality of the Age of Majority Act" 1997 *SALJ* 750.

<sup>7</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E6; Davel & Jordaan *Personereg* 9; Van der Vyver in *Law of Children and Young Persons* 285-296; *S v Ntuli* 1996 1 SA 1207 (CC) 1214; *Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council* 1996 3 SA 467 (W) 482; *Van Zyl v Commissioner for Inland Revenue* 1997 1 SA 883 (C) 895; *Prinsloo v Van der Linde* 1997 6 BCLR 759 (CC) 769, 771.

<sup>8</sup> 1998 1 SA 300 (KH).

<sup>9</sup> Insolvensiewet 24 van 1936 a 21, 64 en 65.

andere namens die applikant geargumenteer<sup>11</sup> dat artikel 21 van die Insolvensiewet<sup>12</sup> ongrondwetlik is omdat dit in konflik met die gelykheidsbepaling<sup>13</sup> is. Die konstitusionele hof verwys met goedkeuring na *Prinsloo v Van der Linde and Another*<sup>14</sup> en *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*<sup>15</sup> en doen as't ware 'n bestekopname van die hof se regspraak oor die gelykheidsbeginsel.<sup>16</sup> In die proses identifiseer die konstitusionele hof duidelike stappe wat gevolg word in die ondersoek na 'n moontlike skending van die gelykheidsbeginsel.<sup>17</sup>

Daar is tereg in die *Harksen* beslissing aangedui dat die interpretasie van die gelykheidsbeginsel ingewikkelde grondwetlike vraagstukke behels en 'n deeglike ontleding van die besondere feite verg.<sup>18</sup> Van der Vyver stel die volgende werkswyse voor:<sup>19</sup>

"Classifications and differentiation for purposes of the law would therefore fall within the definition of equal protection by, and equal benefits of, the law, if the classification is founded on a reasonable basis and the classification is truly relevant to the purpose it is designed to serve."

Dit beteken dat differensiasie nie sonder meer ongrondwetlik is nie. Dit beteken wel dat die verskillende beginsels van differensiasie wat tradisioneel deel van die persoonereg vorm aan die hand van die grondwetlike beginsels getoets sal kan word.<sup>20</sup>

## 2 2 Handves van Regte en ouderdom as statusbepalende faktor

### 2 2 1 Ouderdom

Ouderdom as statusbepalende faktor in die privaatreë bring mee dat kinders (persone onder een-en-twintigjarige ouderdom) as beperk handelingsbevoeg of as handelingsonbevoeg beskou word en ook aan ouerlike gesag onderhewig is. Die relevante regsbeginsels is op

<sup>10</sup> Interim Grondwet 200 van 1983 a 8, 11, 13 en 28.

<sup>11</sup> *Harksen v Lane and Others supra* 318-319.

<sup>12</sup> Insolvensiewet 24 van 1936.

<sup>13</sup> Interim Grondwet 200 van 1983 a 8.

<sup>14</sup> *Prinsloo v Van der Linde supra*.

<sup>15</sup> *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 6 BCLR 708.

<sup>16</sup> *Harksen v Lane and Others supra* 319-325.

<sup>17</sup> *Harksen v Lane and Others supra* 324-325. Die benadering van die konstitusionele hof kan opgesom word in die volgende woorde van regter O'Reagan op 334: "In order to determine whether a provision falls foul of s 8, two enquiries are necessary. The first requires us to consider whether there is a rational connection between the legislative or executive purpose and the differentiation which is challenged. If there is no such rational connection, then the provision or conduct will be in breach of s 8. If there is, a second enquiry is necessary to decide whether the differentiation is in breach of s 8(2)."

<sup>18</sup> *Harksen v Lane and Others supra* 319.

<sup>19</sup> Van der Vyver 1997 SALJ 751.

<sup>20</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E6.

paternalistiese oorwegings gebaseer en daarop gemik om kinders teen hul gebrek aan oordeelsvermoë en volwassenheid te beskerm.

## 2 2 1 1 Die kind as draer van fundamentele regte

In beginsel beskik elke persoon oor die fundamentele regte in die Handves van Regte.<sup>21</sup> Kinders<sup>22</sup> word hierby ingesluit tensy hulle uitdruklik van sekere regte uitgesluit word.<sup>23</sup> Indien die fundamentele regte van kinders beperk word, moet daardie beperking aan die vereistes van artikel 36 voldoen.<sup>24</sup>

Selfs vir doeleindes van die afdwing van fundamentele regte word daar as uitgangspunt geen beperkings aan kinders opgelê nie. Elke kind het die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word in 'n billike openbare verhoor beslis word voor 'n hof of, indien relevant, voor 'n tribunaal of 'n forum.<sup>25</sup> Elke kind het ook die reg om in eie belang 'n bevoegde hof te nader en aan te voer dat daar op 'n reg in die Handves van Regte inbreuk gemaak word of dat daar 'n dreigende inbreukmaking is.<sup>26</sup> Indien die kind nie self die hof kan nader nie, kan iemand anders namens hom optree.<sup>27</sup>

Die effek van ouderdom as statusbepalende faktor is dat die uitgangspunt ten opsigte van kinders radikaal van bogenoemde uiteensetting verskil. Kinders

<sup>21</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7 - a 39; Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A20.

<sup>22</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(3) omskryf 'n kind as iemand onder die ouderdom van agtien jaar.

<sup>23</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 19(3) bepaal dat slegs 'n volwasse burger die reg het om te stem in verkiesings vir enige wetgewende liggaam wat ingevolge die Grondwet ingestel is, om kandidaat vir 'n openbare amp te wees en indien verkies, die amp te beklee. A 28 word beperk tot kinders, dws diegene onder die ouderdom van agtien jaar. Dit is slegs in hierdie gevalle dat ouderdom 'n rol speel in die verlening van fundamentele regte ingevolge die Handves van Regte. Sien ook Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A20.

<sup>24</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika a 36. Woolman in *Constitutional Law of South Africa* par 10.2(c) bespreek verkeerdelik die beperking van kinders se regte aan die hand van judisiële inmenging. Hy is van mening dat die hof se benadering waarskynlik van geval tot geval sal verskil, afhangend van watter fundamentele regte in gedrang is. Dit is volgens hom onwaarskynlik dat die hof 'n kind se reg op privaatheid, waardigheid of vryheid en sekerheid van persoon sal beperk. Aan die ander kant kan 'n hof redeneer dat 'n kind nie volwasse genoeg is om die reg op vryheid van beweging en verblyf of die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie uit te oefen nie en gevolglik die regte beperk. Sien egter Rautenbach in *Bill of Rights Compendium* par 1A20 wat daarop wys dat kinders, soos volwassenes, se regte ingevolge a 36 beperk word en dat daar nie 'n judisiële beperking ter sprake is nie. Rautenbach se benadering is duidelik korrek.

<sup>25</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 34.

<sup>26</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 38(a).

<sup>27</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 38(b). Daar word geen verdere vereistes vir *locus standi* gestel nie.

beskik vanaf geboorte oor regsbevoegdheid maar beskik oor geen of beperkte handelings- en verskyningsbevoegdheid tensy ouers dit in die uitoefening van hul ouerlike gesag aanvul.<sup>28</sup> Ouderdom word gebruik om persone in die kategorieë van *infans*, minderjarige en meerderjarige te klassifiseer en tussen hierdie groepe te differensieer op grond van handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid. Dieselfde sewentienjarige wat die draer van fundamentele regte is en *locus standi* het om daardie regte af te dwing, het byvoorbeeld ouerlike bystand of toestemming nodig om 'n geldige kontrak te sluit.

Die vraag is of die erkenning van die kind as draer van fundamentele regte nie in konflik is met die privaatregtelike status van die kind wat hoofsaaklik op grond van ouderdom bepaal word nie. Dit gaan immers oor dieselfde kind wat in sowel 'n ouer-kind verhouding as 'n regsverhouding teenoor derdes staan. Dit is hierdie kind wat 'n tydperk van ontwikkeling na volwassenheid beleef. In die proses word fundamentele regte uitgeoefen, kan 'n ouer uit hoofde van ouerlike gesag die kind tug en kan dit gebeur dat die kind 'n kontrak met 'n derde sluit. Tog word die uitoefening van fundamentele regte nie deur ouderdom gekwalifiseer nie. Ouderdom, gekoppel aan 'n gebrek aan oordeelsvermoë, word wel as regverdiging gebruik vir die uitoefening van 'n ouerlike tugbevoegdheid of om ouerlike bystand as geldigheidsvereiste by die sluit van 'n kontrak te stel.

Die antwoord kan in 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte gevind word waarin aanvaar word dat kinders weens hul afhanklikheid en ontwikkelende vermoëns nie 'n gelyke status met volwassenes beklee nie. 'n Klassifikasie tussen kinders en volwassenes op grond van ouderdom is dus heeltemal geregverdig. Kinderregte vereis egter as 'n minimum dat die gebruik van ouderdom vir doeleindes van differensiasie op 'n redelike grondslag gebaseer moet wees en ook relevant moet wees tot die oogmerk wat met differensiasie nagestreef word.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Sien hfst 6 in die algemeen. Let daarop dat kinders se regsbevoegdheid ook in sekere gevalle beperk word en dat die staat kragtens wetgewing in sommige gevalle volle handelings- en verskyningsbevoegdheid aan kinders verleen.

<sup>29</sup> Sien hfst 6 in die algemeen. Vgl van der Vyver in *Law of Children and Young Persons* 285-296. Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E22 is van mening dat dit onwaarskynlik is dat die beperkings op kinders se bevoegdhede ongrondwetlik verklaar sal word. Die feit dat die maatreëls beskermend van aard is en die moontlikheid om op 'n vroeër ouderdom as een-en-twintig jaar meerderjarigheidstatus te verkry is volgens hom belangrike oorwegings. Hy

Die tydperk van kindwees word ongetwyfeld as 'n afsonderlike sosiale en juridiese statuskategorie in die volkereg erken. Dit kom op twee vlakke ter sprake.<sup>30</sup> Eerstens verleen state ingevolge nasionale reg 'n sekere status aan kinders en die volkereg neem hiervan kennis. Tweedens verleen die volkereg erkenning daaraan dat die beperkinge op regte wat voortvloei uit die status van kinders anders as dié van volwassenes is. Van Bueren verduidelik verder.<sup>31</sup>

"Hence rights to determine their own residence and to vote in free elections are regarded as generally not applicable. Even those participatory rights which are applicable still require the application of the evolving capacities of the child to determine if the child is of a sufficient age and maturity. These lesser degrees of autonomy are not limited to one specific action but extend to the child's relationships with others generally. In lieu of such autonomy states have accorded children special protection. It is the *Grundnorm* of the international law on the rights of the child."

Binne 'n lidland se beskouing van 'n kind se status verleen die 1989 Konvensie<sup>32</sup> op die volgende wyse erkenning aan bogenoemde temas van outonomie en beskerming:

"State Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents ... to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention."

Dit is verder duidelik dat die 1989 Konvensie byvoorbeeld nie gelykheid voor die reg vir kinders verskans nie.<sup>33</sup> Die omvang van artikel 2 wat 'n verbod op diskriminasie plaas, is wel wyd genoeg om die Komitee op die Regte van die Kind in staat te stel om te bepaal hoe sosiale en ekonomiese diskriminasie uitgeskakel kan word.<sup>34</sup> Onderliggend hieraan is die verpligting wat op lidlande geplaas word om die nodige stappe te neem ten einde te verseker dat kinders die regte ingevolge die Konvensie kan uitoefen.

---

maak 'n tipiese denkfout deur kinderregte net tot regte op beskerming te beperk. Kinderregte beteken ook dat differensiasie op grond van ouderdom nie 'n kind se bevoegdheid om soms onafhanklik op te tree moet beperk nie.

<sup>30</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 51.

<sup>31</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 53.

<sup>32</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5.

<sup>33</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 2(1). Lidlande is wel verbind daartoe om diskriminasie teen kinders te voorkom en die gronde van diskriminasie word in a 2(1) uiteengesit.

<sup>34</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 40-41.

'n Internasionale dokument soos hierdie Konvensie kon uiteraard nie voorskriftelik wees in die opsig dat sekere ouderdomsgrense aan die status van 'n kind gekoppel word nie. Nogtans is die boodskap van die 1989 Konvensie duidelik en bied dit die raamwerk waarbinne ouderdomsgrense as statusbepalende faktore 'n rol kan speel. Dit dien as bewys dat die idee van kinderregte en ouderdomsgrense nie in konflik met mekaar is nie.

2 2 1 2

### Meerderjarigheidsouderdom

Die Handves van Regte<sup>35</sup> verwys na 'n kind as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar. Ook die 1989 Konvensie<sup>36</sup> omskryf 'n kind as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar tensy meerderjarigheid ooreenkomstig nasionale reg op 'n vroeër ouderdom bereik word. Meerderjarigheidsouderdom word in die Suid-Afrikaanse reg op een-en-twintig jaar neergelê.<sup>37</sup>

Oortuigende redes kan aangevoer word waarom die ouderdomsgrens van een-en-twintig jaar vir meerderjarigheid ongrondwetlik is. Van der Vyver<sup>38</sup> noem 'n aantal sosiale oorwegings:

"Improvement of educational standards and access to secondary education, increased exposure of young people through the mass media and otherwise to information and influences that contribute to their early maturity, and cultivation of all kinds of responsibilities in young persons through the strains and stresses of modern living conditions must surely count to demonstrate that the Age of Majority Act has fallen behind our times."

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie<sup>39</sup> het in sy ondersoek na domisilie verklaar dat agtien jaar 'n betekenisvolle ouderdom in die lewens van baie kinders verteenwoordig. Dit is die ouderdom waarop baie hul skoolloopbaan voltooi en die ouerhuis verlaat om te gaan studeer, te werk of in die huwelik te tree. Die aanbeveling dat persone reeds vanaf agtienjarige ouderdom bevoeg is om 'n domisilie van keuse te verkry, is uiteindelik in wetgewing vervat.<sup>40</sup>

Hierdie inisiatief, asook die beperking van kinderregte tot diegene onder die

<sup>35</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(3).

<sup>36</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 1.

<sup>37</sup> Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 a 1.

<sup>38</sup> Van der Vyver 1997 *SALJ* 754.

<sup>39</sup> SA Regskommissie *Domisilie* Werkstuk 20 Projek 60 1987 54.

ouderdom van agtien jaar in die Handves van Regte, kan nie geïgnoreer word nie. Verder kan ook kennis geneem word van die wye spektrum van bevoegdhede wat reeds aan persone vanaf agtienjarige ouderdom in die Suid-Afrikaanse reg verleen word.<sup>41</sup>

In die lig van bogenoemde oorwegings is dit hoogs twyfelagtig of die huidige meerderjarigheidsgrens gehandhaaf sal kan word.<sup>42</sup> 'n Meerderjarigheidsoouderdom van een-en-twintig jaar berus nie meer op 'n redelike grondslag nie en is ook nie relevant tot die oogmerk van beskerming wat daardeur nagestreef word nie.<sup>43</sup> Die skeidslyn is verouderd en in die lig van die 1989 Konvensie en die Handves van Regte se definisie van 'n kind is dit moontlik dat 'n hof mag bevind dat die statutêre meerderjarigheidsgrens ongrondwetlik is.<sup>44</sup>

### 3 DIE OUER-KIND VERHOUDING

#### 3.1 Erkenning en beskerming van die gesinseenheid

Die teorie onderliggend aan kinderregte beklemtoon die belang daarvan om kinderregte in die eerste instansie te bespreek met verwysing na die kind as lid van 'n gesin. Die internasionale menseregtedokumente en streeksverdrae wat in hoofstuk agt bespreek, is het oorwegend die gemeenskaplike kenmerk dat dit in ooreenstemming met hierdie teoretiese uitgangspunt is. Die erkenning en respek wat aan die gesin verleen word,<sup>45</sup> besweer eerstens vrese dat die idee van kinderregte die gesinseenheid ondermyn. Tweedens bring dit mee dat gesinslede se reg op gesinslewe beskerm word en dat arbitrêre inmenging vanaf owerheidsweë uitgesluit word.

<sup>40</sup> Wet op Domisilie 3 van 1992 a 1(1).

<sup>41</sup> Van der Vyver 1997 *SALJ* 757-758; Sien ook bespreking op 130-131.

<sup>42</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 36(1).

<sup>43</sup> Van der Vyver 1997 *SALJ* 753, 756, 758-759. Die argument is geensins dat daar met 'n meerderjarigheidsoouderdom weggedoen moet word nie. Regsekerheid en praktiese oorwegings vereis dat die reg soms binne vaste ouderdomsgrense moet funksioneer. Die argument is slegs dat meerderjarigheidsoouderdom verlaag behoort te word.

<sup>44</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E23 is van mening dat die huidige meerderjarigheidsoouderdom nie ongrondwetlik is nie.

<sup>45</sup> Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 77-86; Visser "Die moontlike uitdruklike erkenning van fundamentele regte ten aansien van die huwelik en gesin (familie) in die finale Grondwet van Suid-Afrika" 1996 *De Jure* 351 352-353.

Tog is daar geen bepaling in die Handves van Regte<sup>46</sup> wat vir die beskerming van die gesin voorsiening maak nie. Die Konstitusionele Hof<sup>47</sup> het die argument verwerp dat die Grondwet nie gesertifiseer behoort te word nie omdat dit nie 'n reg op die beskerming van die gesinslewe bevat nie.<sup>48</sup> Hierdie versuim is vreemd in die lig van die beklemtoning van die vernietigende effek van apartheid op die gesinslewe en die belang daarvan om die gesin in die toekoms teen soortgelyke ingrypings te beskerm.<sup>49</sup> Die verwagting is hiermee geskep dat die beskerming van die gesin in die Handves van Regte as vertrekpunt sou dien vir die opbou van 'n nuwe sosiale orde.<sup>50</sup>

Die versuim om in die Handves van Regte vir die beskerming van die gesin voorsiening te maak, beteken dat die erkenning van kinderregte in die Handves teoreties van die verkeerde vertrekpunt uitgaan. Indien kinders binne gesinsverband met grondwetlike regte beklee word, word erkenning verleen aan die eiesoortige aard van die gesin binne publiekregtelike verband. Terselfdertyd word daarmee rekening gehou dat kinders selfs in die uitoefening van fundamentele regte van ouerlike sorg afhanklik is.<sup>51</sup> In hierdie verband kan die posisie in die Duitse reg met vrug as voorbeeld voorgehou word.<sup>52</sup>

In Duitsland word sowel ouers se opvoedingsreg as die gesin grondwetlik beskerm.<sup>53</sup> Daar word verder 'n onderskeid getref tussen *Grundrechtsfähigkeit* en *Grundrechtsmündigkeit*. Eersgenoemde verwys na die bevoegdheid om die draer van fundamentele regte te wees. Daar

<sup>46</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1995 a 7 – a 39.

<sup>47</sup> *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996* 1996 10 BCLR 1253 (CC).

<sup>48</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par E12; Sloth-Nielsen "Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child : some implications for South African law" 1995 *South African Journal on Human Rights* 401 418; Viljoen "Signs of the times : changing attitudes under the new Constitution?" 1995 *Stell LR* 232 244; Visser 1996 *De Jure* 354.

<sup>49</sup> Sien bv Robinson "An overview of the provisions of the South African bill of rights with specific reference to its impact on families and children affected by the policy of apartheid" 1995 *Obiter* 99 101-107; Sachs *Protecting Human Rights* 64-69; Sachs "...and not forgetting the right to happiness" in *The Right of a Child to a Secure Family Life* Proceedings of the International Seminar of the Community Law Centre (University of Western Cape) 1994 3-4; Thipanyane "Violence and its effects on children" in *International Conference on the Rights of the Child* Papers and Reports of a Conference Convened by the Community Law Centre (University of Western Cape) 1992 43-44.

<sup>50</sup> Sien bv Sachs *Protecting Human Rights* op 201 waar hy die ANC se grondwetlike riglyne vir 'n demokratiese Suid-Afrika uiteensit spesifiek tov die gesin: "The family, parenthood, and equal rights within the family shall be protected."; SA Regskommissie *Finale Verslag oor groeps- en menseregte* Projek 58 (1995) 207-209.

<sup>51</sup> Robinson *Die beskerming van kinders in 'n menseregteakte in Suid-Afrika : quo oportet nos vadere?* 1993 Wetenskaplike Bydraes van die PU vir CHO Reeks H : Intreerede nr 132 5; Robinson 1995 *Obiter* 107-111.

<sup>52</sup> Robinson "Die ouer-kind verhouding in die lig van 'n menseregteakte - 'n beknopte oorsig oor die posisie in Duitsland" 1992 *SA Publikereg* 228 245-247 in die algemeen. Sien ook bespreking op 120-121.



word in die algemeen aanvaar dat elke persoon vanaf geboorte *Grundrechtsfähig* is. *Grundrechtsmündigkeit* verwys na die bevoegdheid om die fundamentele regte onafhanklik uit te oefen. 'n Persoon is slegs *Grundrechtsmündig* vir doeleindes van 'n spesifieke reg indien hy die aard, strekking en gevolge van die uitoefening van so 'n reg besef. *Grundrechtsmündigkeit* moet gevolglik individueel bepaal word en is nie aan ouderdom gekoppel nie. Hierdie bepalings maak slegs sin binne die konteks van 'n grondwet wat die gesins- en ouerlike bevoegdhede verskans en waardeur 'n kind tot *Grundrechtsmündigkeit* begelei word. Die wetgewer kan enige tyd in ooreenstemming met die ontwikkelende vermoëns van 'n kind algemene voorskrifte neerlê waaraan voldoen moet word vir die uitoefening van fundamentele regte. Ouers se opvoedingsfunksie word byvoorbeeld deur die grondwet beskerm en word in die belang van die kind uitgeoefen. Grondwetlik mag ouers slegs besluite vir 'n kind neem solank as wat hy dit self nie kan doen nie. Ouerlike gesag kan met ander woorde deur die *Grundrechtsmündigkeit* van die kind beperk word. In geval van 'n botsing van belange sal bepaal moet word of die kind in staat is om self besluite te neem en of sy ouers dit nog vir en namens hom moet neem.

Vergeleke met die posisie in die Duitse reg beteken die feit dat 'n reg op gesinslewe nie in die Handves van Regte verskans word nie dat 'n kind in die Suid-Afrikaanse reg buite gesinsverband as draer van fundamentele regte gesien word. In effek beteken dit dat die gesinstruktuur nie binne publiekregtelike verband eintlik 'n rol het om te vervul nie en dat die uitoefening van ouerlike gesag nie so ver strek as bystand en leiding aan 'n kind in die uitoefening van fundamentele regte nie.<sup>54</sup>

Die sterk individualistiese aard van die Handves van Regte laat in elk geval weinig ruimte vir erkenning van die gesin as sodanig.<sup>55</sup> Daar is 'n aantal bepalings wat eerder die eenheid en die gesag van die gesin kan ondermyn. Die individualistiese aard van die regte<sup>56</sup> op godsdiensvryheid en onderwys is byvoorbeeld strydig met die gemeenregtelike bevoegdheid van ouers om in die uitoefening van ouerlike gesag aan hul kinders leiding in hierdie verband te verleen.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Die Duitse Grondwet a 6(1) en 6(2).

<sup>54</sup> Robinson *Die Beskerming van kinders in 'n menseregteakte in Suid-Afrika* 7-8; Robinson 1995 *Obiter* 108-111.

<sup>55</sup> Visser 1996 *De Jure* 355.

<sup>56</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 31 en a 29.

<sup>57</sup> Visser 1996 *De Jure* 355-356. Vergelyk bv die VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5 wat bepaal dat ouers se bevoegdhede om leiding aan die kind te gee in die uitoefening van sy regte ingevolge die Konvensie gerespekteer moet word.

'n Positiewe aspek van die Handves van Regte is die verwysing na 'n kind se reg op gesinsorg of ouerlike sorg.<sup>58</sup> Hiermee word ten minste te kenne gegee dat dit belangrik vir 'n kind is om binne een of ander gesinsvorm grootgemaak en versorg te word. Tans word die begrip "gesin" in die privaatreë in 'n wye en in 'n eng sin gebruik.<sup>59</sup> In eersgenoemde geval word alle persone wat deur bloedverwantskap of deur huweliksluiting aan mekaar verwant is, ingesluit. In die eng sin van die woord word 'n gesin tot 'n man en vrou wat wettiglik getroud is en hul kinders beperk.

Huweliksluiting vir doeleindes van 'n definisie van die gesin in die privaatreë vereis dat 'n handelingsbevoegde man en vrou wat ook bevoeg is om met mekaar te trou, ooreenkom tot huweliksluiting en dan aan die voorgeskrewe huweliksformaliteite voldoen.<sup>60</sup> Hierdie tradisionele benadering tot die huwelik bring mee dat die gebruikelike huwelik tussen swart persone, asook huwelike gesluit ooreenkomstig Moslem- en Hindoegebruike,<sup>61</sup> nie as 'n geldige huwelik vir doeleindes van die familiereg erken word nie. Ook buite-egtelike saamwoonverhoudings word nie vir familiereg telike doeleindes erken nie. Die tradisionele beskouing van die huwelik as wesenselement in die totstandkoming van 'n gesin het 'n beperkende invloed op die interpretasie van 'n kind se reg op gesinsorg<sup>62</sup> soos vervat in die Handves van Regte. Die uitsluiting van 'n ouer-kind verhouding<sup>63</sup> in 'n buite-egtelike saamwoonverhouding, 'n gebruikelike verbinding tussen swart persone, huwelike ingevolge Moslem- en Hindoe-gebruike, asook homoseksuele verhoudings kan meebring dat die privaatreëtelike beskouing van 'n gesin aan grondwetlike beginsels getoets sal word. Gegewe die heterogene bevolkingsamestelling, die reg op gelykheid<sup>64</sup> en die reg op vryheid van assosiasie<sup>65</sup> kan dit beteken dat die beskouing van 'n gesin ingevolge die privaatreë 'n betekenisvolle uitbreiding sal ondergaan as gevolg van 'n kind se reg op ouerlike sorg of gesinsorg. 'n "Gesin" sou dan ook die uitgebreide gesin eie aan die inheemse reg,<sup>66</sup> persone

<sup>58</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>59</sup> Lee & Honoré *Family, Things and Succession* 5; Van der Vyver & Joubert *Persone- en Familiereg* 443.

<sup>60</sup> Visser & Potgieter *Familiereg* 40.

<sup>61</sup> Die inheemse gewoonteregteëls kan steeds tov die gebruikelike verbinding geld en stem in 'n groot mate met die gevolge van 'n burgerlike huwelik ooreen. Vgl ook die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996 en die Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 wat die omskrywing van "huwelik" gewysig het om 'n huwelik wat ingevolge inheemse reg erken word of wat voltrek is ooreenkomstig 'n stelsel van godsdienstige reg onderworpe aan bepaalde prosedures in te sluit. Sien verder Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C7.

<sup>62</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>63</sup> En gevolglik 'n kind se reg op gesinsorg.

<sup>64</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9.

<sup>65</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 18.

<sup>66</sup> Sinclair & Heaton *Law of Marriage* 158-180; Van Wyk "Safeguards for the family : a South African perspective" 1990 *Stell LR* 193-196; Visser & Potgieter *Familiereg* 15-20. Sien ook Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 15(3)(a) wat bepaal dat die reg

van die teenoorgestelde geslag met kinders wat bloot saamwoon, persone van dieselfde geslag wat in 'n verhouding saamwoon<sup>67</sup> of selfs 'n enkelouer met 'n kind<sup>68</sup> insluit.

Internasionale menseregtedokumente kan wel 'n rol speel in die uitleg van die Handves van Regte.<sup>69</sup> Die Europese Konvensie op Menseregte 1950 is die een dokument wat as gevolg van die werksaamhede van die Europese Kommissie vir Menseregte en die Europese Hof vir Menseregte 'n betekenisvolle invloed op die familiereg van Europese lidlande uitgeoefen het.<sup>70</sup> Die Europese Kommissie en die Europese Hof het al "gesin"<sup>71</sup> geïnterpreteer as die verhouding tussen 'n ongetroude moeder en haar kind, die verhouding tussen ouers wat bloot saamwoon en kinders gebore uit so 'n verbintenis, 'n uitgebreide gesin bestaande uit kinders, ouers en grootouers asook die verhouding tussen aannemende ouers en 'n aangenome kind. In die geval van egskeiding is "gesin" beperk tot die verhouding tussen die ouer met bewaring en die kind, maar die nie-bewarende ouer se reg op toegang word ingevolge die reg op gesinslewe beskerm.<sup>72</sup> 'n Voorbehoud geld in dié opsig dat die Europese Konvensie op Menseregte 1950 aan elkeen die reg op respek vir gesinslewe<sup>73</sup> verleen terwyl die Handves van Regte<sup>74</sup> die reg op gesinsorg as 'n reg van die kind neerlê. Die 1989 Konvensie<sup>75</sup> gee nie 'n definisie van 'n "gesin" nie en beklemtoon slegs die belang van gesinsverband. Hierdeur

---

op vryheid van godsdienis nie wetgewing verhinder wat die geldigheid erken van huwelike gesluit ingevolge 'n bepaalde stelsel van godsdienstige tradisionele familiereg nie.

<sup>67</sup> Daar kan verskillende redes wees wat die teenwoordigheid van 'n kind in so 'n verhouding verklaar. Enigeen van die partye kon bv 'n kind aangeneem het; dit kan 'n kind wees wat uit 'n heteroseksuele verhouding of huwelik verwek is en wat verkies om na die beëindiging van die verhouding of na egskeiding steeds by die betrokke ouer te bly.

<sup>68</sup> De Vos "Seksuele geïnterpreteerdheid en die familiereg : reaksie op PJ Visser" 1996 *THRHR* 304-308.

<sup>69</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 39(1)(b).

<sup>70</sup> Die bepaling in die Europese Konvensie relevant in die interpretasie van die begrip "gesin" is, lui soos volg:

"A 8(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."

Sien ook Hodgson "The international legal recognition and protection of the family" 1994 *Australian Journal of Family Law* 219 223-225; Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.3; Smith in *Parenthood in Modern Society* 451-452; Van Wyk 1990 *Stell LR* 190-191.

<sup>71</sup> Douglas "The family and the state under the European Convention on Human Rights" 1988 *International Journal of Law and the Family* 76; Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 222; Smith in *Parenthood in Modern Society* 451; Barrie in *Bill of Rights Compendium* par 1 B 25 en gesag daar aangehaal.

<sup>72</sup> Hodgson 1994 *Australian Journal of Family Law* 223-225; Pantazis in *Constitutional Law of South Africa* par 33.3; Smith in *Parenthood in Modern Society* 452-456 en gesag in die algemeen aangehaal.

<sup>73</sup> Europese Konvensie op Menseregte 1950 a 8(1).

<sup>74</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>75</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 wat onderskeidelik in a 3(2) en a 5 na "rights and duties of parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for [the child]" en "responsibilities, rights, and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by the local custom ..." verwys.

word dit moontlik gemaak vir 'n lidland soos Suid-Afrika om ooreenkomstig nasionale reg inhoud aan die begrip "gesinsorg" te verleen.

Onlangse wetswysigings dui daarop dat daar in elk geval beweeg word in die rigting van gelykstelling tussen verskillende huweliksvorme in die Suid-Afrikaanse reg. Die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes<sup>76</sup> erken byvoorbeeld reeds huwelike wat ingevolge die inheemse reg of godsdienstige reg voltrek word vir doeleindes van registrasie van geboortes.<sup>77</sup> Onderliggend aan hierdie wetswysiging is tog 'n mate van erkenning wat aan die verskillende huweliksvorms verleen word. Ook die Wysigingswet op Kindersorg<sup>78</sup> verteenwoordig 'n stap in hierdie rigting. Die volgende woordskrywing van 'n huwelik word ingevolge hierdie wet in die Wet op Kindersorg verleen:<sup>79</sup>

"'n Huwelik wat ingevolge Suid-Afrikaanse reg of inheemse reg erken word of wat voltrek is ooreenkomstig 'n stelsel van godsdienstige reg onderworpe aan bepaalde prosedures, en enige verwysing na 'n man, vrou, wewenaar, weduwee, geskeide persoon, getroude persoon of gade word dienooreenkomstig uitgelê."

Die Wysigingswet op Egskeiding<sup>80</sup> verleen byvoorbeeld die bevoegdheid aan 'n hof om 'n egskeidingsbevel te weier indien dit blyk dat die gades ooreenkomstig godsdienstige oortuigings 'n huwelik gesluit het en eers ingevolge daardie oortuigings 'n egskeiding moet verkry.

Ook die werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Regskommissie is betekenisvol. Voortspruitend uit hul ondersoek<sup>81</sup> na die harmonisering van die gemenereg en die inheemse reg is 'n aantal belangrike aanbevelings gemaak. Die belangrikste aanbeveling wat relevant tot hierdie bespreking is, behels dat regsgeldigheid onderhewig aan die nakoming van sekere vereistes aan gebruikelike verbindings verleen behoort te word.<sup>82</sup>

Die Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld<sup>83</sup> verleen tans beskerming aan 'n man en vrou wat getroud is of was ooreenkomstig enige reg of gebruik asook 'n man en vrou wat saamwoon of saamgewoon het asof hulle getroud is. Daar word in die vooruitsig gestel dat hierdie kategorie

<sup>76</sup> 40 van 1996.

<sup>77</sup> Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996 a 1.

<sup>78</sup> 96 van 1996.

<sup>79</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 1.

<sup>80</sup> 95 van 1996 a 5A.

<sup>81</sup> Suid-Afrikaanse Regskommissie *Discussion Paper on Customary Marriages* Werkstuk 94 Projek 90 1997.

<sup>82</sup> Suid-Afrikaanse Regskommissie *Discussion Paper on Customary Marriages* en daaropvolgende Wetsontwerp op Erkenning van Gebruikelike Huwelike 110 van 1998.

<sup>83</sup> 133 van 1993 a 1(2).

uitgebrey sal word om ook diegene van dieselfde geslag wat saamwoon as getroudes in te sluit.<sup>84</sup>

Uit die voorgaande uiteensetting is dit baie duidelik dat die beskouing van 'n gesin ingevolge die privaatreë besig is om wesenlike wysigings te ondergaan. Die effek van die Handves van Regte, die verlening van 'n kind se reg op gesinsorg en ontwikkelings op die gebied van die volkereë vir doeleindes van interpretasie sal binnekort beteken dat 'n kind se reg op gesinsorg binne 'n verskeidenheid van regtens erkende gesinsvorme kan realiseer.

## 3 2 Rol van ouers

### 3 2 1 *Wie is 'n ouer?*

Daar word nie in internasionale menseregtedokumente 'n spesifieke omskrywing van 'n ouer gegee nie. 'n Tipiese omskrywing sal 'n verwysing na sowel ouers as voogde of ander persone wat regtens vir die versorging en opvoeding van die kind verantwoordelik is, behels.<sup>85</sup> Hierdie neutraliteit openbaar sensitiwiteit vir lidlande se nasionale reg wat elk 'n eie omskrywing van 'n ouer kan hê.

Die Handves van Regte<sup>86</sup> verwys naas gesinsorg bloot na 'n kind se reg op ouerlike sorg. Laasgenoemde begrip is nie so eenvoudig nie indien die verskillende verskyningsvorme van die ouer-kind verhouding in ag geneem word. Die ouer-kind verhouding is 'n juridiese konstruksie wat inhoudelik kan wissel van een jurisdiksie na 'n ander<sup>87</sup> en wat ook bepaal word afhangend van die oogmerk wat nagestreef word.<sup>88</sup>

In die Suid-Afrikaanse privaatreë is die vertrekpunt vir 'n juridiese konstruksie van die ouer-kind verhouding die geboorte van 'n kind uit 'n wettige huwelik. Die juridiese en sosiale ouer-kind verhouding stem tydens die bestaan van die huwelik ooreen. 'n Uitsondering bestaan in die geval van 'n buite-egtelike kind wat juridies in 'n ouer-kind verhouding met die moeder staan maar nie met die natuurlike vader nie. Biologiese verwantskap is hier irrelevant. Ook die moontlikheid dat die twee natuurlike ouers saamwoon en daar 'n sosiale ouer-kind

<sup>84</sup> Wetsontwerp op Gesinsgeweld [W 75-98] a 1(xi).

<sup>85</sup> Bv die VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 3(2), a 5; Afrika Handves op die Regte van die Kind a 20.

<sup>86</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>87</sup> Dit is ingevolge die inheemse reg moontlik dat 'n kind deur 'n familielid versorg word en in 'n ouer-kind verhouding tot so 'n persoon staan. Sien bv Bennett *Human Rights and African Customary law* 96-98.

<sup>88</sup> Bv om onderhoud of 'n welsynstoelaag vir die versorging van 'n kind te eis.

verhouding tussen die kind en sy natuurlike vader bestaan, word geïgnoreer. Die natuurlike vader moet wel een van die verantwoordelikhede van ouerlike gesag nakom, naamlik die verpligting om sy kind te onderhou. Hy word egter steeds nie as 'n "ouer" vir doeleindes van die privaatreg beskou nie.

'n Ouer-kind verhouding kom ook regtens deur aanneming tot stand.<sup>89</sup> Kinders verwek deur kunsmatige bevrugting staan in 'n regtens erkende ouer-kind verhouding met die geboortegewende moeder en haar man indien die relevante statutêre bepalings nagekom is.<sup>90</sup>

Dit is ook moontlik dat daar net 'n sosiale ouer-kind verhouding bestaan.<sup>91</sup> In sodanige geval bevind 'n kind hom in 'n gesin en word hy deur 'n stiefouer, 'n pleegouer, 'n voog, 'n gesinslid of selfs 'n ander familielid versorg. Ook die persoon wat met die natuurlike ouer in 'n saamwoonverhouding betrokke is, kan as die sosiale ouer van die kind gesien word.

Bogenoemde is enkele voorbeelde om aan te dui dat 'n ouer-kind verhouding verskillende verskyningsvorme kan hê. 'n Kind se reg op ouerlike sorg, gesien teen die agtergrond van die 1989 Konvensie, ander relevante bepalings in die Handves van Regte<sup>92</sup> en sosiale veranderings, bring mee dat daar groter regsekerheid verkry moet word oor wie 'n ouer is.

<sup>89</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 17 - a 27. Sien ook Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C31.1.

<sup>90</sup> Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 a 5; Prokl R 1182 in *SK* 10283 1986-06-20 uitgevaardig kragtens a 37(1)(e)(iii) van die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983. Dit is in hierdie geval moontlik dat daar 'n ouer-kind verhouding tot stand kom ten spyte daarvan dat een of albei ouers nie geneties verwant aan die kind is nie.

<sup>91</sup> Die Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 10 maak vir so 'n sosiale ouer-kind verhouding voorsiening. Daar word o.a. na 'n oupa, ouma, broer, halfbroer, suster, halfsuster, oom of tante van 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar verwys wat so 'n kind weg van sy ouers af kan versorg.

<sup>92</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9 (die reg op gelykheid) en a 18 (die reg op vryheid van assosiasie) om enkele voorbeelde te noem waarop persone van dieselfde geslag steun om hul verhouding regtens te laat erken.

Onlangse inisiatiewe getuig van hierdie besef en is relevant in die uitleg van die begrip "ouerlike sorg". Dit is verandering wat daarop gemik is om die juridiese konstruksie van die ouer-kind verhouding in die privaatrek uit te brei. Hierdie verandering word vervolgens bespreek.

### 3 2 1 1 Natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind

Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders<sup>93</sup> verander nie wesenlik die gemenereg nie. Die reg op gelykheid<sup>94</sup> in die Handves van Regte en die verbod op diskriminasie<sup>95</sup> teen kinders op grond van geboorte of die status van hul ouers ingevolge die 1989 Konvensie het wel die verwagting geskep dat grootskaalse wysigings sou plaasvind.<sup>96</sup> Die wet<sup>97</sup> vereis dat 'n natuurlike vader sekere stappe moet doen alvorens hy in die geheel of gedeeltelik ouerlike gesag oor sy kind kan uitoefen. In die oorweging van die aansoek word daar deeglik met die wense van die kind rekening gehou.<sup>98</sup> Enige ander faktor<sup>99</sup> behalwe dié in artikel 2(5) gelys, kan deur die hof in die oorweging van die aansoek in aanmerking geneem word. Die gees en strekking van die Handves van Regte, 'n kind se reg op ouerlike sorg<sup>100</sup> asook die beste belang van 'n kind (wat die deurslaggewende oorweging is in elke aangeleentheid wat hom raak)<sup>101</sup> kan byvoorbeeld meebring dat voogdy en bewaring aan die natuurlike vader verleen word. Op hierdie wyse sal 'n natuurlike vader ook as ouer gesien kan word vir doeleindes van 'n kind se reg op ouerlike sorg. Ook die toenemende mate van klem wat op ouerlike versorging in teenstelling met institusionalisering<sup>102</sup> gelê word, werk mee tot 'n meer toegeeflike benadering van regsweë om die natuurlike vader in gepaste gevalle ook juridies as 'n ouer te erken.

<sup>93</sup> 86 van 1997.

<sup>94</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9.

<sup>95</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 2.

<sup>96</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E24, 3E25; Sloth-Nielsen & Van Heerden "Putting Humpty Dumpty back together again : towards restructuring families' and children's lives in South Africa" 1997 *SALJ* 156 162-164.

<sup>97</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2.

<sup>98</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(2) wat bepaal dat 'n bevel alleen verleen sal word indien die hof oortuig is dat dit in die beste belang van die kind is. A 2(5)(d) bepaal dat die houding van die kind 'n faktor is wat deur die hof in aanmerking geneem moet word in die oorweging van die aansoek.

<sup>99</sup> Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997 a 2(5)(g).

<sup>100</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>101</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>102</sup> Sloth-Nielsen & Van Heerden "New child care and protection legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 261 272-273; *Report of the Lund Committee on Child and Family Support* (Augustus 1996) 83-84.

Die wyse waarop artikel 8 van die Europese Konvensie geïnterpreteer word in die geval van buite-egtelike kinders is ook insiggewend. In *Marckx v Belgium*<sup>103</sup> is beslis dat die reg op gesinslewe in artikel 8 van die Konvensie vervat, nie 'n onderskeid tussen binne-egtelike en buite-egtelike kinders tref nie. Hierdie reg op gesinslewe sluit gevolglik ook die verhouding tussen 'n natuurlike vader en sy kind in.<sup>104</sup>

### 3 2 1 2 Kunsmatige bevrugting

Die prosedures vir kunsmatige bevrugting is aanvanklik net op getroude vrouens toegepas.<sup>105</sup> Hierdie statutêre bepaling is egter bevraagteken ingevolge die reg op gelykheid<sup>106</sup> in die Handves van Regte. Die gevolg was 'n wysiging<sup>107</sup> van die relevante regulasies en ook ongetroude vrouens kwalifiseer nou vir kunsmatige bevrugting. Hiermee word nog 'n kategorie moeders en buite-egtelike kinders geskep en ouerlike sorg sal dienooreenkomstig uitgelê kan word. Die implikasie van die Wet op Status van Kinders<sup>108</sup> is dat die begrip "ouerlike sorg" beperk sal word tot die moeder.

### 3 2 1 3 Surrogaatmoederskap

Kunsmatige bevrugting word op so 'n wyse omskryf dat surrogaatmoederskap ook daarby ingesluit word.<sup>109</sup> Indien ouerskap met verwysing na die huidige regsposisie geïnterpreteer moet word, sal dit die geboortegewende vrou en haar man of die enkellopende geboortegewende vrou wees wat as ouers beskou word.<sup>110</sup> Dit is egter heeltemal strydig met die oogmerk van die opdraggewende ouers en die rede waarom hulle van surrogaatmoederskap gebruik maak.

<sup>103</sup> 2 EHRR (1979 – 1980) 330 par 31.

<sup>104</sup> *Johnson v Ireland* (1987) 9 EHRR 203 225.

<sup>105</sup> Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983 saamgelees met regulasie 8(1) van die Regulasies betreffende die Kunsmatige Bevrugting van Persone, en Aanverwante Aangeleenthede : R 1182 SK 10283 1986-06-20.

<sup>106</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9(3) wat oa 'n verbod op diskriminasie plaas op grond van huwelikstaat, a 12(2)(a) wat aan elkeen die reg verleen om besluite oor voortplanting te neem.

<sup>107</sup> GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>108</sup> Wet op Status van Kinders 82 van 1987 a 5(2) wat bepaal dat geen reg, plig, of verpligting ontstaan tussen 'n kind verwek deur kunsmatige bevrugting en die skenker van die gameet of gamete wat vir die verwekking van daardie kind gebruik is.

<sup>109</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap Projek 65* (1993) 94-96.

<sup>110</sup> Sien bespreking op 315-316.



Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het die aangeleentheid ondersoek en 'n Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap gepubliseer.<sup>111</sup> Die oogmerk met hierdie wetsontwerp is om die ouer-kind verhouding op so 'n wyse te konstrueer dat regsekerheid geskep word deur die opdraggewende ouers as die juridiese ouers te erken. Die wetsontwerp beperk die status van die opdraggewende ouers tot 'n getroude egpaar<sup>112</sup> en bepaal verder dat die surrogaatmoeder nie geneties verwant aan die baba mag wees nie.<sup>113</sup> Ten minste een van die opdraggewende ouers moet 'n genetiese band met die kind hê.<sup>114</sup>

Dit blyk egter uit onlangse verwickelinge ten opsigte van die wetsontwerp dat praktyksbehoefte omvattend gedefinieer word en dat die tradisionele benadering ten opsigte van ouerskap nie meer aanvaarbaar is nie.<sup>115</sup> Daar word byvoorbeeld deeglik rekening gehou met die reg van 'n homoseksuele paartjie om ook opdraggewende ouers te wees.<sup>116</sup> Indien hierdie voorstelle deurgevoer word, sal dit 'n betekenisvolle uitbreiding van ouerskap meebring. Dit sal beteken dat 'n ouer-kind verhouding regtens erken word selfs al is daar geneties geen verwantskap nie en selfs al is beide ouers van dieselfde geslag.<sup>117</sup>

### 3 2 1 4 Primêre versorger

Begrippe soos “voogdy”, “bewaring” en “toegang” word tradisioneel gebruik om ouerlike gesag en die ouer-kind verhouding te beskryf. In die Wysigingswet op Welsynswette<sup>118</sup> word die toewysing van kindertoelae egter aan 'n “primêre versorger” gekoppel.<sup>119</sup> Die definisie van 'n primêre versorger lui soos volg:

<sup>111</sup> GK in SK 16479 van 1995-06-14.

<sup>112</sup> Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap klousule 4.

<sup>113</sup> Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap klousule 5.

<sup>114</sup> Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap klousule 5.

<sup>115</sup> Debatte van die Nasionale Vergadering (Hansard) Woensdag 1997-06-18 kol 4045-4072; Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *SALJ* 164.

<sup>116</sup> Dit is veral die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9 en a 12(2)(a) wat as regverdiging voorgehou word.

<sup>117</sup> Die effek van aanneming is reeds dat 'n ouer-kind verhouding regtens erken word onafhanklik van genetiese verwantskap. Tans bepaal die Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 17(a) dat 'n kind aangeneem kan word deur 'n man en sy vrou gesamentlik. Indien huwelike tussen persone van dieselfde geslag regtens erken word, sal dit meebring dat hierdie bepaling gewysig moet word. Aannemende ouers sal dienooreenkomstig ook persone van dieselfde geslag kan wees. Indien persone van dieselfde geslag erken word as opdraggewende ouers vir doeleindes van surrogaatmoederskap, sal dit maw glad nie sulke radikale regshervorming meebring as wat op die oog af mag lyk nie.

<sup>118</sup> 106 van 1997.

<sup>119</sup> Sien in die algemeen Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *SALJ* 166-169.

“‘[P]rimêre versorger’, met betrekking tot `n kind, `n persoon, hetsy verwant aan die kind of nie, wat primêre verantwoordelikheid neem om aan die daaglikse versorgingsbehoefes van die kind te voldoen, maar met die uitsondering van –

- (a) `n persoon wat vergoeding, of `n instelling wat `n toekenning, vir die versorging van die kind ontvang; of
- (b) `n persoon wat nie `n stilswyende of uitdruklike toestemming van `n ouer, voog of bewaarder van die kind het nie.”

Dit beteken dat `n primêre versorger nie noodwendig `n natuurlike ouer is nie. Dit is iemand wat deur die staat in `n verhouding van versorging teenoor die kind vir doeleindes van die toelaag erken word. Die aanvanklike omskrywing is aan biologiese verwantskap gekoppel.<sup>120</sup> Dit was `n indirekte erkenning van die betrokkenheid van `n ander gesinslid buiten ouers by die versorging van `n kind. Na kritiek dat so `n omskrywing nie die realiteit van versorgingspatrone weerspieël nie en die kwalifikasie vir die toelaag sou beperk,<sup>121</sup> is vir die gewysigde omskrywing voorsiening gemaak.

Die struktuur van die uitgebreide gesin leen hom daartoe dat `n gesinslid as primêre versorger die ouerlike versorging van `n kind kan behartig. Indien ouerlike sorg dienooreenkomstig uitgebrei word sal dit beteken dat die erkenning van hierdie kinderreg `n verdere betekenisvolle uitbreiding van die ouer-kind verhouding in die privaatreg inhou.

### 3 2 1 5 Ouerlike gesag ná egskeiding

`n Kind se grondwetlike reg op ouerlike sorg ná egskeiding moet ook aandag kry.

#### (a) Voogdy

`n Hof wat `n egskeidingsbevel verleen, kan ten opsigte van die voogdy oor `n kind `n bevel na goëddunke verleen.<sup>122</sup> Dit kan selfs gebeur dat die hof uitsluitlike voogdy oor die kind aan een ouer verleen. Dit is onwaarskynlik<sup>123</sup>

<sup>120</sup> Die aanvanklike omskrywing het `n ouer, grootouers, broer, suster, oom of tante wat `n kind versorg ingevolge die bepalinge van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 as `n moontlike primêre versorger aangedui.

<sup>121</sup> Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *SALJ* 168-169.

<sup>122</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3).

<sup>123</sup> Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C27.

dat 'n kind se reg op ouerlike sorg die bestaande regsposisie sal wysig omdat beide ouers vanuit die staanspoor gelyke voogdy oor die kind het.<sup>124</sup>

Sou die hof besluit om uitsluitlike voogdy aan 'n ouer te verleen, moet dit volgens die Wet op Egskeiding<sup>125</sup> in die belang van die kind wees om dit te doen. 'n Besluit oor 'n kind se reg op grondwetlike sorg moet op sy beste belang<sup>126</sup> as deurslaggewende oorweging gebaseer wees. Hierdie is 'n hoër maatstaf en 'n hof sal gevolglik baie noukeurig aandag moet skenk aan die beste belang van die kind in die besondere omstandighede.<sup>127</sup>

(b) Bewaring

'n Hof wat 'n egskeidingsbevel verleen, kan ook enige bevel ten opsigte van die bewaring<sup>128</sup> van 'n kind verleen. Dit sluit ook die moontlikheid in dat uitsluitlike bewaring aan een ouer verleen word. Die Wet op Egskeiding<sup>129</sup> vereis dat enige bevel rakende bewaring in die belang van 'n kind moet wees.

'n Bewaringsbevel impliseer dat een van die ouers grootliks van die versorging van hul kind uitgesluit gaan word. Vanuit 'n grondwetlike perspektief is die teenkant dat daar op 'n kind se reg op ouerlike sorg inbreuk gemaak word. Die beste belang van die kind as deurslaggewende oorweging<sup>130</sup> sal uiteraard 'n rol speel en die hof sal daarteen moet waak om voorkeure<sup>131</sup> in die verlening van bewaring te volg. Dit mag wees dat sekere tendense en gebruike nie die grondwetlike toets<sup>132</sup> van 'n kind se beste belang

<sup>124</sup> Wet op Voogdy 192 van 1993 a 1(2).

<sup>125</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3).

<sup>126</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>127</sup> Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C27: die inherente vaagheid van die "beste belang" kom weer ter sprake. In die gees van fundamentele vryhede sal 'n hof met groot omsigtigheid moet bepaal watter faktore relevant is om inhoud aan 'n kind se beste belang as grondwetlike reg te verleen.

<sup>128</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3).

<sup>129</sup> Wet op Egskeiding 70 van 1979 a 6(3).

<sup>130</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>131</sup> Sien bespreking op 190-199. Let ook op *Van der Linde v Van der Linde* 1996 3 SA 509 (O) 515 waar regter Hattingh van mening was dat die stereotipe rolverdeling van mans en vrouens in die versorging van 'n kind nie meer geldig is nie. In *Van Pletzen v Van Pletzen* 1998 (4) SA 96 (O) 101 is met goedkeuring na die benadering in die *Van der Linde*-beslissing verwys en toegepas op die feite. Palmer in *Children's Rights* 98-113 gee 'n nuttige oorsig van die wyse waarop die hof die beste belang van die kind as maatstaf in die verlening van bewaring gebruik het gedurende die tydperk 1985 tot 1995.

<sup>132</sup> Sien in die algemeen Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C28.

sal deurstaan nie. Die ouers se grondwetlike regte speel natuurlik ook 'n rol in die besluit om te bepaal wat in die beste belang van die kind is.<sup>133</sup>

Die grondwetlike reg op ouerlike sorg leen hom tot 'n bevel vir gesamentlike bewaring.<sup>134</sup> Ook die 1989 Konvensie<sup>135</sup> verbind lidlande daartoe om te verseker dat erkenning verleen word aan die beginsel dat beide ouers die gesamentlike verantwoordelikheid vir die versorging en grootmaak van hul kind dra. Die kwessie van gesamentlike bewaring word tans in die Suid-Afrikaanse reg deur botsende regspraak<sup>136</sup> en akademiese literatuur wat verdeeld oor die voor- of nadele van gesamentlike bewaring is, gekenmerk.<sup>137</sup> Argumente oor die voor- of nadele van gesamentlike bewaring kan ongelukkig meebring dat die aandag gefokus word op ouers se fundamentele regte wat teenoor mekaar opgeweeg word om billikheid tussen hulle te laat seëvier.<sup>138</sup> Die werklike vertrekpunt behoort egter die kind te wees wat as draer van fundamentele regte 'n reg op ouerlike sorg het.<sup>139</sup> Dit is dus die belang van die kind wat as deurslaggewende oorweging<sup>140</sup> moet geld in die wyse waarop aan daardie reg gevolg gegee word. 'n Bevel ten opsigte van bewaring behoort dus op die kind se reg op ouerlike sorg gebaseer te word en nie op wat billik teenoor die ouers is nie.

(b) Toegang

'n Ouer wat nie bewaring het nie, het 'n reg op redelike toegang tot die kind tensy die hof 'n bevel tot die teendeel verleen, gebaseer op die beste belang

<sup>133</sup> 'n Voorkeur om 'n jong kind in die bewaring van 'n moeder te plaas kan bv in konflik met die vader se reg op gelykheid ingevolge die Handves van Regte wees: Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika a 9(1) en 9(3). Sien ook Bonthuys "Of biological bonds, new fathers and the best interests of children" 1997 SAJHR 622.

<sup>134</sup> Sien bespreking op 191.

<sup>135</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 18.

<sup>136</sup> *Heimann v Heimann* 1948 4 SA 926 (W); *Edwards v Edwards* 1960 92 SA 523 (D); *Marais v Marias* 1960 (1) SA 844 (C); *Schlebusch v Schlebusch* 1988 (4) SA 548 (E); *Pinion v Pinion* 1994 (2) 725 (D) is voorbeelde van regspraak waar 'n bevel tot gesamentlike bewaring geweier is. In *Kastan v Kastan* 1985 (3) SA 235 (C); *Venton v Venton* 1993 (1) SA 763 (D) is die bevel toegestaan. Ook in *V v V* 1998 (4) SA 169 (K) 178-181 is gesamentlike bewaring verleen na deeglike oorweging van argumente teen die verlening van so 'n bevel en relevante regspraak.

<sup>137</sup> Sien Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C28 en gesag daar aangehaal.

<sup>138</sup> Die reg op gelykheid ingevolge die Handves van Regte a 9 kan tog nie die skaal laat swaai tgv een of albei ouers waar bewaring ter sprake is nie. Dit moet tog gaan oor die kwaliteit van ouerskap relevant tot ouerlike sorg.

<sup>139</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>140</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

van die kind.<sup>141</sup> Net soos bewaring behoort toegang ook as komponent van die reg op ouerlike sorg geïnterpreteer te word.<sup>142</sup> Teoreties het 'n kind dan 'n reg op toegang tot beide ouers, tensy dit nie in sy beste belang is nie. Afhangend van die kind se volwassenheid en oordeelsvermoë behoort sy reg op deelname aan die besluitnemingsproses ook erken te word.<sup>143</sup>

Solank as wat terminologie soos “'n reg op toegang” van die ouer gebruik word, gaan dit baie moeilik wees om die ondersoek om te swaai na die kind se reg op ouerlike sorg. Die erkenning van kinderregte moet egter tot sy volle konsekwensies deurgevoer word selfs al sou dit 'n verandering in terminologie vereis.

### 3 2 2 *Verantwoordelikhede, verpligtinge en regte van 'n ouer*<sup>144</sup>

Die 1989 Konvensie bied in artikels 5 en 18 die riglyne waarbinne ouers hul rol behoort te vervul. Hieruit is dit duidelik dat die idee van kinderregte nie ten doel het om ouerlike gesag te ondermyn nie maar dat dit wel die wyse raak waarop ouerlike gesag uitgeoefen word. Dit is ook duidelik uit hierdie bepalings, gelees met die res van die 1989 Konvensie, dat ouers se rol teenoor hul kind veel verder as fisiese versorging strek. Dit behels ook geestelike ontwikkeling en die uitbouing van intellektuele en kognitiewe vermoëns. Ouers beklee 'n primêre rol in die versorging en grootmaak van hul kind – hul bevoegdheid is nie onbeperk nie en word deur die beste belang van die kind<sup>145</sup> en die kind se reg op deelname<sup>146</sup> getemper.

<sup>141</sup> Sien bespreking op 199-202. Let egter op *Duncombe v Willies* 1982 3 SA 311 (D) 315-316 waar adjunk-regterpresident Milne verkies het om toegang as die reg van 'n kind te formuleer.  
<sup>142</sup> Vgl bv die volgende opmerking van appèlregter Howie in *B v S* 1995 3 SA 571 (A): “Only if access is in the child's best interests can access be granted ... It is thus the child's right to have access or to be spared access, that determines whether contact with the non-custodian parent will be granted. Essentially therefore, if one is to speak of an inherent entitlement at all, it is that of the child, not the parent.” In *V v V supra* 189 formuleer regter Foxcroft toegang op die volgende wyse: “To my mind, the right which a child has to have access to its parents is complemented by the right of the parents to have access to the child ... Access is therefore not a unilateral exercise of a right by a child, but part of a continuing relationship between parent and child.”

<sup>143</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 12.

<sup>144</sup> Die ouer-kind verhouding in die privaatreg word tipies in terme van die uitoefening van ouerlike gesag omskryf. Die bepaling van die VN Konvensie op die Regte van die Kind omskryf die ouer-kind verhouding in terminologie wat tipies van die tweede model van ouerlike gesag is.

<sup>145</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 3.

<sup>146</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 12.

Die Handves van Regte dui nie die reg op ouerlike gesag as 'n fundamentele reg aan nie.<sup>147</sup> Die reg op ouerlike sorg word as 'n fundamentele reg van die kind geformuleer.<sup>148</sup> Ouerlike sorg vorm egter wel deel van ouerlike gesagsbevoegdheede soos uiteengesit in die reëls van die privaatreë. Daar word dus nie voorsien dat die inhoud van ouers se optrede betekenisvol in die versorging van hul kind gaan verander nie.

Dit is egter onduidelik wat presies met die reg op ouerlike sorg bedoel word. Die vraag is meer spesifiek of dit 'n tweede generasie reg soos die reg op toegang tot behuising<sup>149</sup> of die reg op toegang tot gesondheidsorg<sup>150</sup> is. In laasgenoemde twee gevalle het die staat 'n verpligting om met inagneming van beskikbare hulpbronne die regte met verloop van tyd te realiseer. Dit kon kwalik die bedoeling gewees het dat die staat 'n soortgelyke verpligting het om ouerlike sorg te verskaf. Dit is heeltemal in stryd met die eiesoortige aard van die ouer-kind verhouding om dit as 'n grondwetlike aanspraak van 'n kind teenoor die staat te verwoord.<sup>151</sup>

Ook hier kan internasionale menseregtedokumente van hulp wees in die interpretasie van ouerlike sorg. Die Aanhef tot die 1989 Konvensie, saam met die beklemtoning van ouers se rol<sup>152</sup> en die aanduiding van omstandighede waaronder 'n kind uit ouerlike sorg verwyder kan word, is in hierdie opsig relevant.<sup>153</sup> 'n Lidland word hierdeur verbind om die ouer-kind verhouding te beskerm en inmenging kan slegs in uitsonderlike omstandighede plaasvind. Die kind se reg op ouerlike sorg in die Handves van Regte kan dienooreenkomstig geïnterpreteer word as die verpligting van die staat om nie op arbitrêre wyse met ouerlike versorging in te meng nie. Dit sluit ook positiewe maatreëls van owerheidsweë in om te verseker dat die kind se reg op ouerlike sorg beskerm word.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> Europese Konvensie a 8 verskans 'n reg op respek vir gesinslewe. Die Europese Hof vir Menseregte het in *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHHR 175 191-192 beslis dat 'n konsep analoog aan ouerlike gesag deel vorm van die respek op gesinslewe en dat ouerlike gesag op daardie wyse beskerm word. Daar is egter ook geen verwysing na gesinslewe in die Handves van Regte nie en dit is gevolglik ook nie moontlik om op so 'n manier respek vir ouerlike gesag in die Handves van Regte in te lees nie.

<sup>148</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>149</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 26.

<sup>150</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 27.

<sup>151</sup> Sien by Spiro *Law of Parent and Child* 41-43.

<sup>152</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5 en a 12.

<sup>153</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 9.

<sup>154</sup> Cachalia *et al Fundamental Rights* 101; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E12; vgl ook die Internasionale Konvensie op Burgerlike en Politieke Regte 1966 a 17(1) wat die volgende bepaal: "No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour or reputation"; en verdere bespreking op 254-255.

Andersins vorm die verskaffing van basiese voeding, skuling, gesondheidsdienste en maatskaplike dienste asook die verpligting tot beskerming teen verwaarlosing, misbruik of vernedering deel van die ouer se gemeenregtelike sorgplig teenoor sy kind. Die kind se reg op hierdie vorms van sorg<sup>155</sup> asook die reg op beskerming<sup>156</sup> in die Handves van Regte verteenwoordig die teenkant van ouers se gemeenregtelike sorgplig.<sup>157</sup> Die mees voor die hand liggende toepassing van 'n kind se reg om nie mishandel, verwaarloos, misbruik of verneder te word nie sal plaasvind waar die staat self vir hierdie tipe optrede verantwoordelik is.<sup>158</sup> Dit is egter onseker in watter mate artikel 28(1)(d)<sup>159</sup> 'n verpligting op die staat plaas om inbreuk op ouerlike gesag te maak ten einde die kind te beskerm. Die moontlike horisontale werking van die Handves van Regte kan meebring dat daar wel in gepaste gevalle so 'n verpligting op die staat rus.<sup>160</sup> Sodanige interpretasie beteken dat inmenging byvoorbeeld ingevolge bestaande gemeenregtelike oorwegings<sup>161</sup> asook die Wet op Kindersorg<sup>162</sup> kan plaasvind.

Die afwesigheid van 'n grondwetlike bepaling oor ouerlike gesag kan waarskynlik verklaar word in die lig van ouers se sterk gesagsposisie in die gemenerereg, soos aangevul deur wetgewing.<sup>163</sup> Tog sal die ouer-kind verhouding in die privaatrek aan die hand van grondwetlike beginsels getoets kan word.<sup>164</sup> In hierdie opsig word voorsien dat die aard van die ouer-kind verhouding in die privaatrek aanpassings sal ondergaan. Dit is so eerstens aangesien die waardes, gees en strekking van die Handves van Regte nie tot die publiekrek

<sup>155</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(c).

<sup>156</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(d).

<sup>157</sup> Gemeenregtelik het ouers die verpligting om in die basiese behoeftes van hul kind te voorsien. Die sosio-ekonomiese regte van die kind het ten doel om as veiligheidsmaatreël te geld waar daar bv verwaarlosing of mishandeling is. Die verpligting op die staat sal oa slegs afgedwing kan word waar die dienste of middele ontbreek of onvoldoende is, bv ouers wat selfs sorgbehoewend is en nie hul verpligtinge kan nakom nie. Cachalia *et al Fundamental Rights* 102.

<sup>158</sup> Cachalia *et al Fundamental Rights* 102; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E14.

<sup>159</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

<sup>160</sup> Cachalia *et al Fundamental Rights* 102; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E14; De Wet "A German perspective on the constitutional enforceability of children's and labour rights in the interim bill of rights with special reference to *Drittwirkung*" 1996 *THRHR* 577 588.

<sup>161</sup> Sien bespreking op 181-186, 204-210.

<sup>162</sup> 74 van 1983 a 30(2).

<sup>163</sup> Sien in die algemeen hfst 7. Robinson 1992 *SA Publiekrek* 235-236 verduidelik bv binne die konteks van die Duitse reg die historiese aanloop tot ouerlike sorg wat uiteindelik grondwetlik verskans is. Dit blyk dat daar 'n ewigdurende stryd was oor die vraag wie die primêre opvoeder van die kind is, naamlik die ouer of die staat.

<sup>164</sup> Duncan in *Parenthood in Modern Society* 431 verduidelik dat die grondwetlike beskerming van ouerlike regte en verpligtinge 'n regstelsel op verskillende maniere kan beïnvloed. Dit kan die interpretasie van wetgewing raak, die status van gemeenregtelike beginsels tov die ouer-kind verhouding en judisiële beslissings waardeur wetgewing ongrondwetlik verklaar word en gevolglik ongeldig is.

beperk is nie.<sup>165</sup> Verder is die kind nou die draer van fundamentele regte en dit verleen noodwendig aan hom 'n verhoogde status binne gesinsverband.

Dit is nie alleen die aard van die ouer-kind verhouding wat vir grondwetlike toetsing vatbaar is nie maar ook die inhoud van ouers se gesagsbevoegdhede in die algemeen. Ouers se reg om hul kind te tug en die reg om hul kind se vriendekring te bepaal is eie aan ouerlike sorg. Dit is egter op die oog af in konflik met sekere regte<sup>166</sup> in die Handves van Regte.

Die Grondwetlike Hof het in *S v Williams*<sup>167</sup> beslis dat 'n vonnis van lyfstraf vir jeugdiges ingevolge die Strafproseswet<sup>168</sup> 'n skending van sekere fundamentele regte<sup>169</sup> behels. Die versoeking bestaan om op grond van hierdie uitspraak te argumenteer dat die ouerlike tugbevoegdheid ongrondwetlik is. Onderwysers se gemeenregtelike en statutêre bevoegdheid om lyfstraf toe te pas, is wel uitdruklik ingevolge die Suid-Afrikaanse Skolewet<sup>170</sup> afgeskaf. Dit beteken dat ouers se gemeenregtelike tugbevoegdheid (wat ook die toediening van lyfstraf insluit) en onderwysers se gemeenregtelike tugbevoegdheid (uitgesluit lyfstraf) onaangeraak gebly het.

Die toetsing van die tugbevoegdheid aan grondwetlike beginsels<sup>171</sup> word egter deur Benatar<sup>172</sup> in perspektief geplaas. Volgens hom moet in gedagte gehou word dat ouers en onderwysers verplig is om na die kind se belange om te sien en sy welsyn te bevorder. Binne hierdie konteks kan tug geregverdig word. Die aard van die ouer-kind verhouding en die uniekheid van kindwees beteken in elk geval dat lyfstraf nie bloot aan 'n kind as individu se fundamentele regte getoets behoort te word nie. Daarenteen kan lyfstraf as 'n vorm van vonnisoplegging ingevolge die Strafproseswet nie in alle opsigte gelykgestel word aan die verhouding waarin 'n kind met sy ouers staan en wat soms meebring dat lyfstraf toegedien word nie.<sup>173</sup>

<sup>165</sup> Veral agv die horisontale werking van die Handves van Regte. Sien bespreking op 291-292.

<sup>166</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 10 (die reg op menswaardigheid); a 12 (die reg op vryheid en sekerheid van die persoon). Sien ook Heaton in *Bill of Rights Compendium* par 3C34.

<sup>167</sup> 1995 3 SA 632 (CC).

<sup>168</sup> Strafproseswet 51 van 1977 a 294.

<sup>169</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1983 a 10 en a 11(2).

<sup>170</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 10(1).

<sup>171</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 10 en a 12(1)(e).

<sup>172</sup> Benatar in *Children's Rights* 209-211.

<sup>173</sup> Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E21 kom tot die simplistiese gevolgtrekking dat die grondwetlike erkenning van kinderregte meebring dat die ouerlike bevoegdheid om lyfstraf toe te dien ongrondwetlik is. Hy trap daarmee in die slagat om bloot die kind as individu se fundamentele regte aan grondwetlike beginsels te toets, sonder inagneming van ouerlike gesag en die unieke aard van die ouer-kind verhouding.



Selfs die 1989 Konvensie<sup>174</sup> bepaal dat skoordisipline toegepas moet word op 'n wyse wat in ooreenstemming met die kind se waardigheid is. Die Skotse Regskommissie het byvoorbeeld na 'n omvattende ondersoek aanbeveel dat 'n ouer se tugbevoegdheid by wyse van lyfstraf behou word.<sup>175</sup> In die proses is kennis geneem van die regsposisie in ander Europese lande, die Europese Konvensie op Menseregte die interpretasie van 'n reg op respek vir gesinslewe in hierdie Konvensie en die 1989 Konvensie.<sup>176</sup>

Ook die gemeenregtelike bevoegdheid van ouers om hul kind se vriende te bepaal, moet binne 'n sekere raamwerk beoordeel word. Hierdie bevoegdheid is in die verlede bevraagteken waar die kind nie met die ouer se besluit saamgestem het nie en kontak met 'n derde behou het.<sup>177</sup> Die regsvraag was telkens of daar 'n *iniuria* teen 'n ouer gepleeg is omdat ouerlike gesag geminag is. In die beantwoording van hierdie vraag het die ondersoek deurgaans gefokus op die omvang van ouerlike gesag en die wyse waarop dit uitgeoefen is en is daar nie voldoende kennis geneem van die kind se vermoë om self 'n besluit te neem nie.

Ouers se tugbevoegdheid en hul reg om 'n kind se vriendekring te bepaal, is maar twee van die gemeenregtelike gesagsbevoegdhede wat grondwetlik getoets sal kan word as gevolg van die erkenning van kinderregte. Die uitoefening van ouerlike gesag op byvoorbeeld die terreine van 'n kind se reg op privaatheid,<sup>178</sup> reg op vryheid van godsdien, oortuiging en mening<sup>179</sup> en reg op vryheid van uitdrukking<sup>180</sup> kan egter eweneens geraak word.

Die 1989 Konvensie verleen soortgelyke regte<sup>181</sup> aan 'n kind. Dit is tipiese voorbeelde van regte op outonomie maar word deur die beste belang van die kind asook die rol van ouers<sup>182</sup> in

<sup>174</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 28(2). Die Afrika Handves op die Regte van die Kind a 20(1)(c) verwys bv na ouers se tugbevoegdheid wat op 'n menslike wyse en in ooreenstemming met die waardigheid van die kind uitgeoefen moet word.

<sup>175</sup> Skotse Regskommissie *Report on Family Law* Nr 135 (1992) 19-33. Daar word na die Skotse Regskommissie se verslag verwys omdat die aard van die ondersoek wat geloods is insiggewend is asook die wyse waarop na internasionale menseregte dokumente verwys is. 'n Dokument soos die Europese Konvensie is bv ook relevant vir doeleindes van interpretasie van die Handves van Regte.

<sup>176</sup> Skotse Regskommissie *Report on Family Law* (1992) 30-33. Daar word wel 'n verbod geplaas op die gebruik van 'n stok, gordel of ander voorwerp om lyfstraf toe te dien.

<sup>177</sup> Sien bespreking op 162-165; Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3E21. Die enkele beslissings aanvaar dat ouerlike gesag in die beste belang van die kind uitgeoefen word. Die realiteit leen hom nie maklik tot 'n situasie waar 'n kind 'n ouer se keuse kan bevraagteken nie.

<sup>178</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 14.

<sup>179</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 15.

<sup>180</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 16.

<sup>181</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 13 – a 16.

<sup>182</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5.

die wyse waarop die regte ingevolge die Konvensie uitgeoefen word, gekwalifiseer.<sup>183</sup> Daarenteen word die erkenning van hierdie verskyningsvorm van kinderregte in die Handves van Regte slegs deur die beste belang van die kind<sup>184</sup> gekwalifiseer.

Dit beteken dat 'n kind se regte op outonomie ingevolge die Handves van Regte los van gesinsverband en die uitoefening van ouerlike gesag bestaan.<sup>185</sup> Hierdie resultaat is egter teoreties<sup>186</sup> onsuiver en kan prakties<sup>187</sup> verreikende en ongewenste gevolge inhou. Die feit dat 'n kind die draer van fundamentele regte is, beteken dat die regte in individuele hoedanigheid teenoor die staat uitgeoefen kan word. Die moontlike horisontale werking<sup>188</sup> van fundamentele regte beteken ook dat sekere regte deur 'n kind teenoor sy ouers uitgeoefen kan word. Konflik tussen die uitoefening van ouerlike gesag en die uitoefening van regte op outonomie deur 'n kind kan gevolglik ontstaan. Die belange-afweging wat vereis word, gaan 'n hof voor uitdagings stel wat tot dusver onbekend in die beslegting van ouer-kind dispuete was.<sup>189</sup>

### 3.3 Rol van die staat<sup>190</sup>

Die ratifikasie van die 1989 Konvensie bring mee dat die staat daartoe verbind is om die bepalinge daarvan te implementeer. Die Konvensie bied die raamwerk waarbinne die staat sy rol behoort te vervul. Dit veronderstel eerstens dat daar begrip en insig in die wese van die Konvensie sal wees.

Die wese van die Konvensie bevraagteken die tradisionele onderskeid tussen die gesin en privaat verantwoordelikhede teenoor die staat en kollektiewe verantwoordelikhede omdat 'n

<sup>183</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 3.

<sup>184</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>185</sup> Agv die horisontale werking van die Handves van Regte sal regte op outonomie ook teenoor ouers afdwing kan word deur 'n kind.

<sup>186</sup> Sien bespreking in hfst vier en die belangrike rol wat aan ouers in 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte verleen word.

<sup>187</sup> Sien Hafen se pleidooi op 69-70 dat 'n kind binne die gesinstradisie vir die individuele tradisie voorberei behoort te word.

<sup>188</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8(2); Cockrell in *Bill of Rights Compendium* par 3A8.

<sup>189</sup> Die moontlike beperking van 'n fundamentele reg (a 36(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996) en die toepassing en ontwikkeling van die gemenerereg wat 'n rol kan speel in die verlening van 'n fundamentele reg (a 8(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996) sal 'n rol speel. Die beste belang van die kind as fundamentele reg sal ter sprake kom asook die aard en omvang van ouers se gemeenregtelike gesagsbevoegdhede.

<sup>190</sup> Binne die konteks van hierdie studie val die klem op die rol van die staat om in die ouer-kind verhouding erkenning en beskerming aan kinderregte te verleen.

spanpoging tussen ouers en die staat vereis word.<sup>191</sup> Die Konvensie erken dat dit in die beste belang van die kind is om deur sy ouers in gesinsverband versorg en opgevoed te word.<sup>192</sup> Die staat vervul egter 'n ondersteunende rol in die verskaffing van hulpbronne en dienste sodat ouers daartoe in staat gestel kan word om hul verantwoordelikhede na te kom.<sup>193</sup> Dit kan selfs beteken dat die staat die verantwoordelikheid het om alternatiewe sorg te voorsien waar ouers andersins nie hul verantwoordelikhede kan nakom nie.<sup>194</sup>

Tweedens bring ratifikasie van die 1989 Konvensie mee dat die staat sy rol in die ouer-kind verhouding moet herstruktureer. Kinders word deur die erkenning van kinderregte binne gesinsverband teenoor hul ouers bemagtig en ook teenoor derdes. Die staat staan nou in 'n direkte verhouding onderskeidelik teenoor ouers en teenoor kinders; in die geval van kinders as draers van fundamentele regte binne gesinsverband maar ook in hul individuele hoedanigheid.

Derdens hou ratifikasie van die Konvensie sekere direkte implikasies<sup>195</sup> vir die staat in. Daar moet in samehang met ouers aan die basiese behoeftes van kinders voldoen word.<sup>196</sup> Kinders moet ook beskerm word<sup>197</sup> en die staat moet sover moontlik ook voorkomende maatreëls tref.<sup>198</sup> Die staat het ook die verpligting om toe te sien dat kinders deelname het aan besluitnemingsprosesse wat hulle raak.<sup>199</sup>

Daar moet vierdens in gedagte gehou word dat die ouer-kind verhouding in Suid-Afrika tot dusver hoofsaaklik deur die reëls van die privaatreëls gereguleer is. Die rol van die staat is daartoe beperk om ingevolge die gemene reg en in statutêre omskrewe gevalle ter beskerming van kinders in te meng.<sup>200</sup> Die uitgangspunt is ouerlike gesag en ouers se besluitnemingsbevoegdheid namens hul kinders word beklemtoon. Daar word steeds 'n hoë premie op ouerlike outonomie en die reg op gesinsprivaatheid geplaas. Die rol van die staat is daarop gemik om hierdie waardes te beskerm. Die Handves van Regte maak egter nie

191

Cass in *The UN Children's Convention and Australia* 23.

192

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5 en a 12.

193

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 18(2) en a 24.

194

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 20.

195

Hammarberg "The VN Convention on the Rights of the Child - and how to make it work" 1991 *Human Rights Quarterly* 97 100; Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 15; Verhellen *Convention on the Rights of the Child* 74 se kategorisering van die inhoud van die Konvensie stem met hierdie verpligtinge ooreen. Sien ook die bespreking op 228-229 vir die wyse waarop hierdie verpligtinge die teenkant van die verskillende kategorieë kinderregte is.

196

VN Konvensie op die Regte van die Kind bv a 24, a 26 en a 27.

197

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 11, a 19, a 20, a 21.

198

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 19.

199

VN Konvensie op die Regte van die Kind a 12.

200

Sien hfst sewe in die algemeen.

voorsiening vir die verhouding tussen ouers, kinders en die staat nie – iets wat so 'n uitdruklike tema in die Konvensie verteenwoordig.<sup>201</sup>

Die waarde van 'n grondige teoretiese onderbou bestaan daarin dat dit 'n ideologiese regverdiging bied vir die rol wat die staat nou in die privaatreg moet vervul.<sup>202</sup> Die uitdaging lê daarin om as vertrekpunt die regte van individuele gesinslede te erken sonder om gesinsverhoudings te skaad.<sup>203</sup> Dit vereis egter dat die erkenning, implementering en beskerming van kinderregte sensitief hanteer sal word, gegewe die uiteenlopende omstandighede waarin kinders hulself in die Suid-Afrikaanse samelewing bevind.

Inisiatiewe van owerheidsweë sal met 'n groot mate van omsigtigheid die teoretiese oorgang vanaf die eerste na die tweede model van ouerlike gesag moet bewerkstellig.<sup>204</sup> Op 'n subtiële vlak behels dit die aankweek van 'n kinderregtebewussyn by ouers en die breër gemeenskap op 'n wyse wat nie noodwendig formele maatreëls soos wetgewing behels nie. 'n Belangrike aanknopingspunt om impetus aan hierdie proses te verleen lê byvoorbeeld in die beklemtoning van waardes wat gemeenskaplik aan die privaatregtelike ouer-kind verhouding en die 1989 Konvensie is.<sup>205</sup> In beide gevalle is die primêre rol van die gesin en ouers ononderhandelbaar. Die beste belang van die kind is 'n maatstaf wat gemeenskaplik aan die privaatregtelike ouer-kind verhouding en die 1989 Konvensie is. Staatsbetrokkenheid by die ouer-kind verhouding is ook 'n gegewe in albei gevalle.

<sup>201</sup> Sloth-Nielsen 1995 *South African Journal on Human Rights* 418.

<sup>202</sup> Drie wesenskenmerke van die teorie oor kinderregte geld ongeag uiteenlopende aansprake op grond van ras, geloof, kultuur, geslag, ekonomie, maatskaplike, sosiale en ander oorwegings. Hierdie drie kenmerke behels die kind se reg op outonomie, die belang van gesinsverband waarbinne kinders versorg, beskerm en ontwikkel kan word en die verantwoordelikheid van die staat om kinderregte te erken, te bevorder en te beskerm.

<sup>203</sup> Austin *Children* verwoord op 148 die mate van insig wat vereis word om hierdie uitdaging te beantwoord: "The rights of children need to be promoted and protected, but, at the same time, the status of children as members of families must be held in balance. That is, the law that protects and furthers children's rights needs to focus on both individual rights and family inter-relationships. To do otherwise would be to approach children's rights in a rarified and abstract way."

<sup>204</sup> Die gevolgtrekking in hfst sewe was dat ouerlike gesag in die Suid-Afrikaanse reg in 'n groot mate elemente van die eerste model van ouerlike gesag toon. Dit is 'n model wat in botsing met die idee van kinderregte is. Die tweede model van ouerlike gesag bied teoreties die regverdiging vir kinderregte in die ouer-kind verhouding.

<sup>205</sup> Die waarde van so 'n oefening lê daarin dat dit vrese kan besweer dat die erkenning van kinderregte 'n totale ondermyning van ouerlike gesag meebring of dat die magsbalans in die verhouding tussen ouers, kinders en die staat versteur word.

Dit is egter die wyse waarop die beste belang van die kind as sleutelkonsep in die ontwikkeling en effektiewe implementering van kinderregte kan dien,<sup>206</sup> tesame met 'n kind se reg op outonomie, wat in 'n baie groot mate van die ouer-kind verhouding in die privaatreg verskil. In hierdie gevalle sal daadwerklik op wetgewing waardeur erkenning aan die kind as draer van individuele regte verleen word gesteun moet word. Tipiese voorbeelde van die soort statutêre inisiatiewe wat vereis word, is die volgende: die afskaf van lyfstraf in skole;<sup>207</sup> die betrokkenheid van leerders by die opstel van 'n gedragskode<sup>208</sup> van die skool en verteenwoordiging op 'n skool se beheerliggaam;<sup>209</sup> die klem op die kind wat sorgbehoewend is waar moontlike verwydering uit ouerlike sorg ter sprake is;<sup>210</sup> die bevoegdheid van 'n swanger minderjarige dogter om sonder ouerlike toestemming met 'n aborsie voort te gaan;<sup>211</sup> en die beoogde wetgewing wat 'n reg op regsverteenvoording in sorgaangeleenthede verleen.<sup>212</sup>

Wetgewing van hierdie aard mag nie lukraak of arbitrêr benader word nie. Dit is 'n absolute voorvereiste dat 'n omvattende ondersoek eers geloods sal word ten einde helderheid te verkry oor die effek op die rol van die staat binne gesinsverband van sowel die verlening van fundamentele regte aan kinders as die ratifikasie van die 1989 Konvensie. Die volgende vrae sal byvoorbeeld in so 'n ondersoek aangespreek moet word:<sup>213</sup>

- (a) Behoort die staat in te mēng ten einde 'n "gesonde" ouer-kind verhouding, gebaseer op die regte van die kind, aan te knoop?
- (b) Wat is die werklike inhoud van ouers se verantwoordelikhede, regte en verpligtinge soos verwoord in die 1989 Konvensie?
- (c) Is die staat verplig om die gemeenskap in die algemeen op te voed oor die "gesonde" ouer-kind verhouding ten einde 'n sosiale bewussyn ten opsigte van kinderregte aan te kweek?

<sup>206</sup> Sien die bespreking op 243-247 vir die wyse waarop die beste belang van die kind as maatstaf in die implementering van kinderregte aanwending kan vind.

<sup>207</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 10.

<sup>208</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 8(1).

<sup>209</sup> Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 a 23(2).

<sup>210</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 14(4)(aB).

<sup>211</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 a 5(1) en 5(2).

<sup>212</sup> Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 a 2. Die beslissing in *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K) waar op 'n baie doelgerigte wyse erkenning verleen is aan die beste belang van die kind in die egskeidingsverrigtinge is die tipe judisiële inisiatief wat vereis word om die kind as rolspeeler op die voorgrond te stel. Sien in die algemeen Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *SALJ* 156-171.

<sup>213</sup> Toope in *Children's Rights* 96.

- (d) Beteken kinderregte dat ouers hul tradisionele ouerlike gesagsposisie van besluitneming vir en namens 'n kind abdikeer ten gunste van 'n proses van deelnemende besluitneming waarin die kind as draer van regte erken word?

Dit is verder ook die wyse waarop die staat kinderregte gaan erken wat 'n betekenisvolle impak op die ouer-kind verhouding gaan hê. Dit blyk byvoorbeeld nie uit die grondwetskrywende proses dat die regte wat in die Handves van Regte vervat is aan kinders as 'n manifestasie van kinderregte verleen is nie.<sup>214</sup> Intendeel, artikel 28 van die Handves van Regte word as die fokuspunt van kinderregte gesien en daar word uit die oog verloor dat kinders in beginsel oor al die regte van die Handves beskik. Die volgende benadering van Hafén moes eintlik onderliggend aan die grondwetskrywende proses en die implementering van kinderregte gewees het:<sup>215</sup>

“[T]he fulfilment of individualism's promise of personal liberty depends, paradoxically, upon the maintenance of a set of corollary traditions that require what may seem to be the opposite of personal liberty: submission to authority, acceptance of responsibility, and the discharge of duty. The family tradition is amongst the most essential corollaries to the individual tradition, because it is in families that both children and parents experience the need for and value of authority, responsibility and duty in their most pristine forms. When individuals break loose from this corollaries, however, its tendency to destroy personal fulfilment and human relationships is exposed.”

Wat dus in gedagte gehou moet word, is dat die erkenning van kinderregte, veral regte op outonomie, nie eendimensioneel is in dié opsig dat dit slegs 'n verhouding tussen die kind en die staat behels nie.<sup>216</sup> Dit is ook die verhouding tussen ouers en die kind en die staat en ouers wat ter sprake is. Die erkenning van veral regte op beskerming wat tipies van artikel 28 in die Handves van Regte is, kan maklik met die erkenning van regte op outonomie verwar word. Gevolglik behoort die erkenning van veral regte op outonomie weldeurdag te wees. 'n Kind se regte op outonomie is tipies van die soort aansprake wat konflik binne die ouer-kind verhouding kan skep.<sup>217</sup> Dit is hier waar die rol van die staat van die allergrootste belang gaan wees om in gepaste omstandighede regte op outonomie te erken of om voorkeur aan ouerlike besluitneming te verleen. Dit staat kan dus in sy optrede of in sy neutraliteit 'n boodskap aan ouers oor die ouer-kind verhouding en aan die breër gemeenskap oor die status van die kind in die algemeen stuur.

<sup>214</sup> Du Plessis & Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 185-186.

<sup>215</sup> Hafén “Children's liberation and the new egalitarianism: some reservations about abandoning youth to their rights” 1976 *Brigham Young University Law Review* 605-656.

<sup>216</sup> Banham & Cretney *Children* 94.

<sup>217</sup> Sien bespreking op 56-68.

#### 4 GEVOLGTREKKING

Dit moet opnuut beklemtoon word dat die verlening van kinderregte ingevolge die Handves van Regte nie 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte weerspieël nie. Die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding in die privaatreg moet gevolglik binne die breër raamwerk van die 1989 Konvensie en die teorie oor kinderregte in die algemeen beklemtoon word.

Die ouer-kind verhouding in die privaatreg word gewoonlik as 'n gegewe binne gesinsverband bespreek. Die ideologie onderliggend aan kinderregte vereis egter dat die belang van die gesin as instelling baie duidelik beklemtoon sal word. Dit hoef nie by wyse van wetgewing plaas te vind nie maar wel in die interpretasie van die Handves van Regte by wyse van regspraak of akademiese kommentaar.

Die wysigings wat aan die omskrywing van "ouer" of "gesin" in die vooruitsig gestel word, kan slegs indirek aan die erkenning van kinderregte toegeskryf word. Dit hou waarskynlik eerder met sosiale faktore en die fundamentele vryhede in die Handves van Regte verband.

Die grootste impak van kinderregte word in die praktiese verhouding tussen ouer en kind voorsien. Ouerlike gesag in die privaatreg sal so gedefinieer moet word dat dit ook vir horisontale interaksie met die kind in die uitoefening van ouerlike gesag voorsiening maak. Die maklikste uitweg is om wetgewing te verorden wat gevolg aan hierdie verandering sal verleen en wat terselfdertyd die praktiese uitoefening van ouerlike gesag sal reël.

Veranderings in terminologie kan veel vermag om 'n kinderregtebewussyn binne gesinsverband aan te kweek en die aard van die ouer-kind verhouding te beïnvloed. Die formulering in die 1989 Konvensie van ouers se bevoegdhede<sup>218</sup> as ouerlike verantwoordelikhede, regte en verpligtinge om in ooreenstemming met die ontwikkelende bevoegdhede van die kind leiding te gee, kan as raamwerk vir veranderings dien. Hierdeur word die status van ouers gehandhaaf maar word daar terselfdertyd wegbeweeg van die persepsie van 'n eiendomsaanspraak op kinders wat eie aan die eerste model van ouerlike gesag is.<sup>219</sup> Die verwysing na die ontwikkelende vermoëns of bevoegdhede van 'n kind verklaar waarom ouerlike bevoegdhede uit verskillende fasette bestaan. In die geval van jong kinders wat van versorging afhanklik is, het ouers sekere baie spesifieke verpligtinge om na te

<sup>218</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5.

<sup>219</sup> Die gevolgtrekking in hfst sewe was oa dat die beginsels tov ouerlike gesag en die status van die kind tekenend van die eerste model van ouerlike gesag is.

kom. In die geval van adolessente weer sal ouerlike leiding grotendeels uit raadgewing bestaan. Die feit dat kinders regte het, beteken dat hulle ook sekere verantwoordelikhede het. Ouers het eweneens die taak om toe te sien dat so 'n verantwoordelike sin aangekweek word.

By gebrek aan beskerming van die gesinslewe en respek vir ouerlike gesag in die Handves van Regte dra die staat die verantwoordelikheid om buite die bepalings van die Handves die wanbalans reg te stel. Die ideologie van die staat as beskermmer in die privaatreg sal moet verander in 'n ideologie van vennootskap met ouers en met die kind. Dit kan eerstens beteken dat die verhouding tussen ouers, kinders en die staat van nuuts af in die Suid-Afrikaanse reg gedefinieer en gestruktureer moet word. Laasgenoemde kan meebring dat die onderskeid tussen die privaatreg en die publiekreg verder vervaag. Dit kan tweedens ook beteken dat die ouer-kind verhouding in die privaatreg gehandhaaf word maar dat die staat se betrokkenheid op die beskerming van die kind en die bevordering van sy regte gemik is.

In die Suid-Afrikaanse privaatreg is die grootste struikelblok in die weg van die implementering van kinderregte die tradisionele sosiale en juridiese beskouing van die ouer-kind verhouding. Suid-Afrika se lang isolasie van regsontwikkeling op die gebied van die ouer-kind verhouding en kinderregte verskerp die verskil tussen die tradisionele benadering hier te lande en die regsposisie in die volkereg en ander nasionale jurisdiksies.

Daar kan met groot vrug na ander stelsels en jurisdiksies verwys word as deel van die leerproses om verandering te bewerkstellig. Die omvang van kinderregte vereis betekenisvolle inisiatiewe deur die staat en ook in hierdie opsig kan 'n regsvergelykende studie van groot waarde wees in die strategie wat gevolg kan word. Daar word dus in hoofstukke 10 en 11 vir doeleindes van regsvergelyking na onderskeidelik die posisie in die Suid-Afrikaanse inheemse reg en die posisie in Australië en Skotland gekyk.



## HOOFSTUK 10

### DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE INHEEMSE REG

#### 1 INLEIDING

Die bespreking van die ouer-kind verhouding in die privaatreë verg dat daar ook vir doeleindes van interne regsvergelyking<sup>1</sup> aandag aan die posisie in die inheemse reg geskenk word. Regspluralisme<sup>2</sup> impliseer dat twee regstelsels binne 'n staat erkenning geniet en een van die kenmerke van die nuwe regsbedeling in Suid-Afrika is die verhoogde status wat aan die inheemse reg verleen word. Hierdie regstelsel wat die lewens van miljoene swart persone in Suid-Afrika reël, geniet byvoorbeeld aandag in verskeie projekte van die Suid-Afrikaanse Regskommissie.<sup>3</sup> Ook die Handves van Regte<sup>4</sup> maak spesifiek vir die inheemse reg voorsiening.

Die inheemse reg is in 'n groot mate op gewoontereg gebaseer en het sy oorsprong in 'n ekonomiese, sosiale en politieke konteks wat so ver terug as die voor-koloniale tydperk strek.<sup>5</sup> Die inheemse reg bestaan vandag uit 'n kombinasie van gewoontes, gebruike en wetgewing.<sup>6</sup> Daar is verskeie verskyningsvorme van die inheemse reg binne stam- en groepsverband maar daar is tog sekere gemeenskaplike kenmerke wat uitgelig kan word.

<sup>1</sup> Regsvergelyking beteken dat enkele regsbeginsels of -instellings van verskillende regstelsels met mekaar vergelyk word: Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 5.

<sup>2</sup> Sien in die algemeen Bennett *African Customary Law* 110-116.

<sup>3</sup> SA Regskommissie. *The harmonisation of the common law and the indigenous law: Succession in Customary Law* Projek 90 *Issue Paper* 12. (1998); SA Regskommissie *The harmonisation of the common law and the indigenous law: conflicts of law* Projek 90 *Discussion Paper* 76 (1998); SA Regskommissie *The review of the Child Care Act* Projek 110 *Issue Paper* 13 (1998).

<sup>4</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996: a 15(3)(a)(i) belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg nie; a 15(3)(a)(ii) belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie, of wat nagevolg word deur persone wat 'n besondere godsdiens aanhang nie; a 30 verleen die reg om aan die kulturele lewe van eie keuse deel te neem; a 31 verleen die reg om 'n eie kultuur te geniet en kultuurverenigings te vorm en in stand te hou en a 211(3) bepaal dat howe die gewoontereg moet toepas wanneer dié reg toepasbaar is, behoudens die Grondwet en enige wetgewing wat spesifiek oor die gewoontereg handel.

<sup>5</sup> Bennett *Human Rights* 18-20; Bekker Seymour's *Customary Law* 11; Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 275. Vir 'n algemene uiteensetting van die geskiedenis van die inheemse reg in Suid-Afrika sien Bennett *Human Rights* 60-65; Bekker Seymour's *Customary Law* 1-8.

<sup>6</sup> Dlamini par 6A1 in *Bill of Rights Compendium*; Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 275-277.

Een van hierdie gemeenskaplike kenmerke behels die strewe na die handhawing van harmonie in die samelewing eerder as die afdwinging van persoonlike of ander regte.<sup>7</sup> Die geringe mate van erkenning wat aan individuele regte verleen word, behels 'n tweede gemeenskaplike kenmerk. Die regsreëls wat in 'n groot mate 'n weerspieëling van gewoontes, moraliteit, sedes en godsdiens is, is groepsgerig en het die handhawing en voortsetting van die groep ten doel.<sup>8</sup>

Die vraag ontstaan egter of die beklemtoning van groepsolidariteit nie in konflik met die idee van fundamentele menseregte is nie. Fundamentele regte word as 'n tipiese Westerse ontwikkeling beskou met die beklemtoning van die individu en sy regte.<sup>9</sup> Hierdie vraag is besonder relevant binne die konteks van die ouer-kind verhouding in die inheemse reg omdat kinderregte as 'n verskyningsvorm van fundamentele menseregte beskou word.<sup>10</sup> Die Handves van Regte en die inhoud van die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie) is immers op alle kinders van toepassing, ook kinders onderhewig aan die inheemse reg.

Die werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Regskommissie getuig van die mate van erns waarmee bogenoemde vraagstuk bejeën word. Daar is reeds aandag geskenk aan die posisie van die kind in die inheemse reg met die oog daarop om moontlike areas van regshervorming te identifiseer.<sup>11</sup> Die projekkomitee van die Suid-Afrikaanse Regskommissie gemoeid met die hersiening van die Wet op Kindersorg het intussen ook met hul werksaamhede begin.<sup>12</sup> Hierdie ondersoek is omvangryk van aard en die waarskynlikheid is groot dat die ondersoek na die posisie van die kind in die inheemse reg ook by hierdie ondersoek ingesluit sal word.<sup>13</sup>

Daar word in hierdie hoofstuk slegs gekonsentreer op algemene beginsels van die ouer-kind verhouding ingevolge die inheemse reg. Die klem val op die substantiewe regsbeginnele wat die ouer-kind verhouding reël. Daarna sal die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding aandag geniet. Die oogmerk van hierdie ondersoek in die geheel is om eiesoortige knelpunte, soos opgeweeg teen die teorie van kinderregte, te identifiseer.

<sup>7</sup> Bennett *Human Rights* 1-4; Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 276-277.

<sup>8</sup> Van Zyl *Beginsels van Regsvergelyking* 277.

<sup>9</sup> Bennett *Human Rights* 1-5; Dlamini par 6A3 in *Bill of Rights Compendium*; Nhlapo "International protection of human rights and the family : African variations on a common theme" 1989 *International Journal of Law and the Family* 12.

<sup>10</sup> Sien bv bespreking op 57.

<sup>11</sup> SA Regskommissie *Harmonisation of the common law and the indigenous law*.

<sup>12</sup> SA Regskommissie *The review of the Child Care Act*.

<sup>13</sup> SA Regskommissie *The review of the Child Care Act* 97.

## 2 AGTERGROND

Ten einde die ouer-kind verhouding binne konteks te beoordeel, word daar kortliks 'n uiteensetting van sowel die waardes onderliggend aan die ouer-kind verhouding as die huidige beginselraamwerk in die stelsel gegee.

### 2.1 Sosio-ekonomiese oorwegings

Die sosiale en ekonomiese orde van voor-koloniale Afrika is deur drie oorwegings<sup>14</sup> gekenmerk. Eerstens het die gesin die kern van die sosio-politieke orde gevorm en binne die gesin is daar aan 'n individu se materiële, sosiale en emosionele behoeftes voldoen. Tweedens het eiendom 'n baie belangrike rol gespeel in die skep en handhawing van gesinsverhoudings. Dit verklaar waarom die belangrikste regsverhoudings wat ontstaan het dié tussen gesinne was en nie as gevolg van een persoon se verhouding met 'n ander persoon nie. Derdens het die belangrikste politieke en ander besluitnemingsbevoegdhede by die ouer mans van 'n gesinsgroep berus. Dit is hierdie mans wat besluite oor huweliksluiting van jonger lede geneem het, dispute opgelos het en ook as spreekbuis vir die voorvadergeeste opgetree het.

Dit is duidelik uit bogenoemde dat vrouens en kinders 'n ondergeskikte rol vervul het en hul belange ondergeskik aan die gemeenskaplike welsyn van die gesin gestel is. Die geboorte van 'n kind en 'n gesin se aanspraak op 'n kind as lid van die besondere struktuur was vir lank die belangrikste sosiale kwessie.<sup>15</sup> 'n Kind se geboorte het immers die stabiliteit van 'n huwelik verseker en ook die moeder se sosiale status verhoog.<sup>16</sup> 'n Kind het ook 'n ekonomiese rol vervul en moes van kleins af by ekonomiese aktiwiteite betrokke raak.<sup>17</sup>

Daar was geen spesifieke reëls of prosedures om die grootmaak en versorging van 'n kind te verseker nie.<sup>18</sup> Dit het egter nie beteken dat kinders mishandel of verwaarloos is nie. Intendeel, die uitgebreide gesin met sy etiek van vrygewigheid teenoor alle gesinslede het verseker dat kinders versorg en beskerm is.<sup>19</sup> Onderliggend aan die versorging van 'n kind

<sup>14</sup> Armstrong *et al* "Towards a cultural understanding of the interplay between children's and women's rights : an Eastern and Southern African perspective" 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333-336; Bennett *Human Rights* 5; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 85-92; Boshoff "Menseregte - 'n Afrika perspektief" 1990 *THRHR* 697-701.

<sup>15</sup> Bennett *Human Rights* 5, 96-97; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 89-92.

<sup>16</sup> Rwezaura in *Best Interests of the Child* 87.

<sup>17</sup> Rwezaura in *Best Interests of the Child* 89.

<sup>18</sup> Bennett *Human Rights* 5, 96-97; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 89-92.

<sup>19</sup> Bennett *Human Rights* 5, 96-97; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 89-92.

was die idee dat die kind dit as't ware teenoor sy ouers en ander gesinslede verskuldig was om hulle weer op hul oudag te versorg.<sup>20</sup>

Gedurende die negentiende eeu is die grootste deel van Afrika suid van die Sahara gekoloniseer.<sup>21</sup> Hierdie was die begin van 'n era waarin kapitalisme, versterk deur koloniale wetgewing, die waardes van die tradisionele gemeenskappe sou verander. Faktore soos arbeidsmigrasie, industrialisasie, verstedeliking en die Christendom het meegebring dat die tradisionele gesins- en gemeenskapswaardes geleidelik begin verswak het.<sup>22</sup> Informele verbintenisse asook die geboorte van buite-egtelike kinders het begin toeneem en vrouens is stelselmatig gedwing om op hul eie die verantwoordelikheid vir die versorging van kinders oor te neem.<sup>23</sup>

Die sosiale orde is ook gekenmerk deur 'n magsverskuiwing waarin die senior manlike lede van 'n gesin tot 'n groot mate die gesag waaroor hul vroeër beskik het ten gunste van jonger lede verloor het.<sup>24</sup> Die groter klem van individualisme<sup>25</sup> het meegebring dat 'n vader begin voel het hy is daarop geregtig om self gesag oor sy vrou en kinders uit te oefen. Dit het uiteraard ook beteken dat die onderhoudsverpligting in 'n groter mate op hom afgewentel is.

'n Kind het steeds 'n belangrike rol vervul binne hierdie veranderende sosio-ekonomiese omstandighede.<sup>26</sup> Meer kinders het groter sekuriteit aan 'n gesinshoof gebied. Die geboorte van 'n kind het 'n rol gespeel in die bruidskat wat nog uitstaande was. Die regte op 'n kind was belangrik omdat dit aanleiding kon gee tot 'n reg om geld te eis vir onkoste verbonde aan die grootmaak van sodanige kind. Soos in die voor-koloniale tydperk was die belange van volwassenes en 'n kind nou verweef met mekaar.

Die moderne sosiale orde<sup>27</sup> in Suid-Afrika bestaan uit 'n "eerste wêreld"-komponent wat deur individualisme, die kerngesin en 'n groot mate van onstabieliteit in die gesinslewe gekenmerk word. Die "tweede wêreld"-komponent word gekenmerk deur 'n kombinasie van eerste wêreldse tendense asook verstedeliking, verlies aan tradisionele stam- en groepswaardes en

<sup>20</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336.

<sup>21</sup> Rwezaura in *Best Interests of the Child* 92.

<sup>22</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336; Bennett *Human Rights* 6; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 92-100.

<sup>23</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336; Bennett *Human Rights* 6; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 92-100.

<sup>24</sup> Bennet *Human Rights* 6.

<sup>25</sup> Rwezaura in *Best Interests of the Child* 94, 99.

<sup>26</sup> Rwezaura in *Best Interests of the Child* 93-100.

verbrokkeling van die gesinseenheid. Miljoene swart persone in Suid-Afrika verteenwoordig 'n "derde wêreld"-komponent en leef steeds volgens die tradisionele stam- of groepswaardes. Selfs nie hierdie leefwyse kan van Westerse invloede geïsoleer word nie. Geeneen van die drie komponente kan geïgnoreer word in die bespreking van die ouer-kind verhouding in die inheemse reg nie omdat die gesin hom in 'n mindere of meerdere mate in enigeen van die komponente kan bevind.

Dit is so dat die veranderings in die sosiale orde wat hierbo uiteengesit is nog nie tot die amptelike weergawe van die inheemse reg deurgesuur het nie. Dit beteken dat daar spanning bestaan tussen die tradisionele Afrika waardes en praktiese oorwegings.<sup>28</sup> In eersgenoemde geval beklee 'n kind steeds 'n ondergeskikte posisie en word gehoorsaamheid verwag asook die verantwoordelikheid om 'n bydrae tot die onderhoud van die gesin te lewer. Die belangrikste praktiese oorwegings wat in konflik met tradisionele waardes is, is die groei in individualisme, verstedeliking en 'n gepaardgaande verswakking van gesinsbande.

Die voorafgaande uiteensetting illustreer duidelik dat die status van die kind en die ouer-kind verhouding in die inheemse reg binne die groter geheel van sosio-ekonomiese oorwegings beoordeel moet word. Hierdie oorwegings verteenwoordig belangrike waardes en verklaar grootliks die inhoud van die substantiewe regsbeginsels wat later in hierdie hoofstuk bespreek word.

## 2.2 Inheemse reg en menseregtenorme

Een van die temas wat by herhaling in 'n bespreking van die inheemse reg voorkom, is die beklemtoning dat individuele belange ondergeskik aan die gemeenskaplike welsyn van die gesin gestel word en die normatiewe stelsel wat eerder 'n individu se verpligtinge as sy regte beklemtoon. Dit verklaar waarom die inheemse reg oënskynlik in konflik<sup>29</sup> met fundamentele menseregte is. In laasgenoemde geval is die vertrekpunt dat 'n persoon bloot op grond van sy menswees oor regte beskik.

<sup>27</sup> Van Wyk "Safeguards for the family : a South African perspective" 1990 *Stell LR* 186 193-194 maak an 'n verdeling van die "eerste-wêreld", "tweede-wêreld" en "derde-wêreld" gebruik.

<sup>28</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336; Bennett *Human Rights* 97-98.

<sup>29</sup> Bennett *Human Rights* 5; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 2, 4.

Tog word aanvaar dat Afrika sy eiesoortige leerstuk van menseregte het, 'n leerstuk wat eintlik op die konsep van menswaardigheid gebaseer is.<sup>30</sup> Indien hierdie standpunt aanvaar word, ontstaan die vraag in watter mate hierdie etiek van menswaardigheid nog deel van die moderne swart samelewingsgroepe vorm.

Ten einde hierdie vraag te beantwoord, moet begrip getoon word vir die status van die individu in die tradisionele samelewing en die aard van die beskerming wat aan sodanige individu verleen word. Die volgende kenmerke kan uitgelig word:

- (a) Reeds vanaf die voor-koloniale tydperk het die tradisionele groep op 'n kollektiewe grondslag gefunksioneer en was die groep die belangrikste beskermingswaardige eenheid. Enige regte waarop 'n individu kon steun, is bepaal deur lidmaatskap van 'n stam of gesin.<sup>31</sup> Binne sodanige gesin was daar 'n verdere hiërargie wat elkeen se regte en verpligtinge bepaal het. Dit verklaar waarom eenvoudig aanvaar word dat 'n kind geen onafhanklike regte of belange het nie.

In teenstelling met die groepsidee is godsdienstige, sosiale en politieke ontwikkelinge in Europa en Amerika gedurende die laaste drie eeue gekenmerk deur die beklemtoning van onafhanklikheid, individualisme en elke individu se onvervreembare regte.<sup>32</sup>

- (b) Regte word in die tradisionele gemeenskappe onlosmaaklik aan verpligtinge gekoppel. Die individu se nakoming van sy verpligtinge word as't ware as voorwaarde gestel vir beskerming deur die groep.<sup>33</sup> Ook die uitoefening van ouerlike gesag word gekenmerk deur die aankweek van 'n verantwoordelikebesef by 'n kind dat hy later 'n verpligting het om weer sy ouers en ander gesinslede te versorg.<sup>34</sup> Hierdie direkte koppeling tussen regte en verpligtinge vorm nie deel van die Westerse benadering tot fundamentele regte nie.
- (c) Selfs al word 'n individu se regte onderbeklemtoon, is die aard van beskerming wat verleen word omvangryk. Hierdie beskerming is op politieke aangeleenthede asook

<sup>30</sup> Bennett *Human Rights* 3-5; Dlamini par 6A3 in *Bill of Rights Compendium*; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 5.

<sup>31</sup> Boshoff 1990 *TSAR* 702-703.

<sup>32</sup> Boshoff 1990 *TSAR* 702-703; Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 2-3.

<sup>33</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336, 338-339; Boshoff 1990 *TSAR* 703; Bennett *Human Rights* 6.

<sup>34</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 336, 338-339.

die ekonomiese, fisiese en sosiale welsyn van lede gemik.<sup>35</sup> Weliswaar is dit beskerming binne groepsverband en onderhewig aan die nakoming van verpligtinge.

Daarenteen word in Westerse terme 'n sistematiek van eerste generasie, tweede generasie en derde generasie regte gevolg.<sup>36</sup>

Streeksgebonde menseregtedokumente soos die Afrika Handves van Mense- en Volkeregte (hierna die Afrika Handves) en die Afrika Handves op die Regte en die Welsyn van die Kind (hierna die Afrika Handves op die Regte van die Kind) bewys oortuigend dat die eiesoortige benadering tot menseregte steeds in die moderne samelewing geld.<sup>37</sup> Die inhoud van beide dokumente bewys ook dat die Westerse benadering tot menseregte wel 'n rol het om te vervul maar dat dit aan eiesoortige maatskaplike en kulturele omstandighede van Afrika gekoppel behoort te word.

Dit is ook in die erkenning van kinderregte in die inheemse reg dat die kombinasie van Westerse menseregtenorme en die eiesoortige etiek van menswaardigheid van tradisionele gemeenskappe in gedagte gehou moet word.

### 2.3 Onderskeidende kenmerke van die inheemse reg

Dlamini<sup>38</sup> onderskei 'n aantal kenmerke wat eie aan die inheemse reg is. Hierdie kenmerke hou direk verband met die sosio-ekonomiese oorwegings en die tradisionele benadering tot menseregte wat hierbo bespreek is. Slegs daardie kenmerke wat kan bydra tot 'n beter insig in die ouer-kind verhouding word kortliks genoem:<sup>39</sup>

- (a) Daar bestaan nie 'n streng en nougesette onderskeid tussen regsreëls en morele norme nie. Die rede hiervoor is histories van aard. Die Afrika gemeenskap is in die verlede deur 'n eenvormige kultuur gekenmerk waarvan die reg die kern gevorm het. Die inheemse reg is die resultaat van sosiale praktyke tensy dit deur wetgewing gewysig is of in onbruik verval het.
- (b) Die inheemse reg beklemtoon sosiale solidariteit en het 'n menslike aard. Dit is kommunaal, konkreet, emosioneel-godsdienstig, minder duidelik geartikuleer en

<sup>35</sup> Boshof 1990 *TSAR* 73-704; Dlamini par 6A3 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>36</sup> De Villiers in *Rights and Constitutionalism* 599-603.

<sup>37</sup> sien inhoud van bespreking op 277-287.

<sup>38</sup> Dlamini par 6A2 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>39</sup> Dlamini par 6A2 in *Bill of Rights Compendium*.

minder formalisties van aard. Dit is in teenstelling met die gemenerereg wat as meer individualisties, abstrak, rasioneel en formalisties van aard beskou kan word.

- (c) Die inheemse reg geld as regsisteem omdat mense kollektief by die ontstaan daarvan betrokke was. Dit is met ander woorde nie 'n regsisteem wat deur staatsorgane op mense afgedwing is sonder dat hulle dit as billik en regverdig beskou het nie.
- (d) Geskilbeslegting is buigbaar en die belangrikste oogmerk is om 'n billike beslissing te bereik, selfs al sal dit meebring dat die reg 'n bietjie gebuig moet word. Prosedures wat gevolg word, beklemtoon versoening en die herstel van harmonie in die groep.

#### 2.4 Die ideologie van gesinsregte en -verpligtinge<sup>40</sup>

Die gesinsideologie verteenwoordig 'n belangrike aspek in die ouer-kind verhouding. Die belang van die gesin in die teorie oor kinderrechte word by herhaling beklemtoon. Uiteindelik moet egter beoordeel word of die gesinsideologie en die posisie van die kind binne die gesin ingevolge die inheemse reg ooreenstem met die gesinsideologie wat ingevolge teorieë oor kinderrechte gepropageer word. Daar word vir doeleindes van die agtergrondsraamwerk met enkele opmerkings volstaan.

Kinderarbeid kan eerstens<sup>41</sup> ingevolge die inheemse reg geregverdig word omdat 'n kind op hierdie wyse 'n bydrae tot die gesin kan lewer. Hierdeur is die gesin materieel sterker daaraan toe en dit strek weer tot voordeel van die versorging van die kind. Die posisie van die kind as gesinslid is dus in konflik met die posisie van 'n kind as individu.

Tweedens<sup>42</sup> kan die staat die ideologie van die gesin tot sy voordeel gebruik. 'n Kind is nooit sonder 'n gesin nie en word dus op hierdie wyse altyd versorg.<sup>43</sup> Die staat kan deur sy steun aan hierdie ideologie te verleen sy verantwoordelikhede teenoor 'n kind ontduik.

In die derde plek was 'n kind tradisioneel nooit deel van die gesinsraad nie en het hy gevolglik geen direkte rol gespeel in besluite wat sy lewe geraak het nie. Die besluitnemingsproses het dus nooit die geleentheid aan 'n kind gebied om onafhanklik sy eie wense uit te spreek oor aangeleenthede waarby hy 'n belang het nie.

<sup>40</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 363.

<sup>41</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 364.

<sup>42</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 364.

<sup>43</sup> Teoreties beteken dit dat weeskinders, kinders wat gestremd is of misbruik word nie op spesiale hulp vanaf owerheidsweë hoef te steun nie omdat hulle deur die gesin versorg word.



'n Vierde<sup>44</sup> aspek van die gesinsideologie hou verband met die beginsel in patrilinêre gemeenskappe dat 'n seun altyd aan sy vader se lyn behoort terwyl 'n dogter een of ander tyd lid van 'n ander gesin deur huweliksluiting sal word. Dit verklaar waarom die belange van 'n dogter dikwels aan dié van die gesin ondergeskik gestel is.<sup>45</sup> In die moderne reg beteken dit dikwels dat seuns die geleentheid vir 'n formele opvoeding gebied word omdat hulle eendag die gesin moet versorg.<sup>46</sup>

### 3 STATUS VAN DIE KIND

#### 3.1 Minderjarigheid

Die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom<sup>47</sup> bepaal dat alle persone by die bereiking van die ouderdom van een-en-twintig jaar meerderjarigheid bereik. Ouderdom is egter nie die maatstaf om meerderjarigheidstatus ingevolge die inheemse reg te verkry nie.<sup>48</sup>

Die oorgang vanaf kindwees na volwassenheid word deur verskillende fases en gebeure gekenmerk. Eerstens kan 'n persoon 'n kind of volwassene wees afhangende van die spesifieke aktiwiteit wat beoog word.<sup>49</sup> 'n Persoon kan byvoorbeeld as volwasse genoeg geag word om vanaf agtienjarige ouderdom ekonomies onafhanklik op te tree. Vir doeleindes van huweliksluiting word 'n persoon egter as 'n kind beskou ongeag werklike ouderdom. Tweedens word die oorgang vanaf kindwees na volwassenheid nie aan 'n vaste ouderdom gekoppel nie.<sup>50</sup> Dit is eerder 'n proses wat ter sprake is en nie los van die sosiale konteks beoordeel kan word nie. Die proses van inisiasie verleen byvoorbeeld meerderjarigheidstatus

<sup>44</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 365.

<sup>45</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 365: in tye van hongersnood is 'n dogter se huwelik gereël sodat die res van die gesin beste of ander bates kon ontvang om te oorleef.

<sup>46</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 365; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 101-105.

<sup>47</sup> 57 van 1972 a 1.

<sup>48</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 337; Bekker in *Law of Children and Young Persons* 190-191; Bennett *Human Rights* 101; Dlamini par 6A11.2 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>49</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 338; Bekker in *Law of Children and Young Persons* 190-191.

<sup>50</sup> Armstrong et al 1995 *The International Journal of Children's Rights* 338-339; Bekker in *Law of Children and Young Persons* 191.

aan 'n man in die sosiale sin van die woord maar nog nie politieke onafhanklikheid nie. Dersens kan die begrip "kind" op 'n biologiese, sosiale of juridiese konstruksie berus.<sup>51</sup>

In die biologiese sin van die woord is 'n persoon altyd 'n kind met verwysing na die verwantskap met sy biologiese ouers. Die biologiese betekenis verwys ook na die kind wat in 'n wedersydse verhouding van afhanklikheid met sy ouers lewensmiddele aan hulle moet verskaf. Die begrip "kind" as 'n sosiale konstruksie dui op 'n persoon wat nog nie volwasse genoeg is om onafhanklik te funksioneer nie of wat nog nie volwassenheid bewys het deur 'n eie gesin te vestig nie. Hierdie sosiale status beteken dat 'n kind beskerm en versorg moet word en besluite moet namens sodanige kind geneem word as gevolg van sy gebrek aan oordeel. Juridies verwys "kind" ook na die status van 'n getroude vrou wat die posisie van 'n ewigdurende minderjarige beklee. 'n Getroude man kan gevolglik na sy hele huishouding, insluitend sy vrou, as sy "kinders" verwys.

Bogenoemde dien as enkele voorbeeld om te illustreer dat die begrip "kind" en "volwassene" radikaal kan verskil van die Westerse beskouing van die begrippe. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die idee van kindwees en volwassenheid in die inheemse reg teen die agtergrond van sosiale, kulturele en filosofiese oorwegings beoordeel moet word.

### 3 2 Handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid

'n Kind is ingevolge die inheemse reg nie handelings- of verskyningsbevoeg nie.<sup>52</sup> Die Swart Administrasiewet<sup>53</sup> verleen wel aan 'n kind die gemeenregtelike bevoegdheid om kontrakte te sluit en te litigeer ten opsigte van regte en verpligtinge wat uit die gemenerereg voortspruit. Die feit dat die oorgang van kindwees na volwassenheid ingevolge die inheemse reg nie aan 'n

<sup>51</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 338-341 in die algemeen.

<sup>52</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 192; Bennett *Human Rights* 105; Dlamini par 6A11.2.1 in *Bill of Rights Compendium*. Al drie outeurs aanvaar geredelik dat die kind op hierdie wyse teen sy eie onverantwoordelike optrede beskerm word en dat dit nie 'n geval van onbillike diskriminasie is nie.

<sup>53</sup> 38 van 1927 a 11(3) bepaal die volgende:

"Die bevoegdheid van 'n Swarte om een of ander regshandeling te voltrek of om sy regte in 'n geregshof te handhaaf of te verdedig, word, met inagneming van enige wetsbepaling wat sodanige bevoegdheid van 'n Swarte raak, bepaal asof hy 'n blanke was: met dien verstande dat –

(a) indien die bestaan of omvang van een of ander reg wat 'n Swarte besit of beweer word te besig of van enige verpligting wat op 'n Swarte rus of beweer word te rus, ahang van of gereël word deur een of ander Swart regsisteem (ditsy gekodifiseer of ongekodifiseer), die bevoegdheid van die betrokke Swarte met betrekking tot enige aangeleentheid wat daardie reg of verpligting raak, ooreenkomstig bedoelde Swart regsisteem vasgestel word;"

spesifieke ouderdom gekoppel word nie, beteken egter dat 'n kind onbepaald aan hierdie beperkinge blootgestel word.

Voortvloeiend uit bogenoemde kan 'n kind ingevolge die inheemse reg nie die eienaar van bates wees nie.<sup>54</sup> Enige bates wat verkry word, vorm deel van die gesin se boedel.<sup>55</sup> Tradisioneel word hierdie gesamentlike boedel deur die gesinshoof tot voordeel van alle gesinslede bestuur.<sup>56</sup> In hierdie opsig word 'n kind wat bates ingebring het tog bevoordeel. Die teenkant is dat die gesinshoof bykans onbeperkte bevoegdhede in die bestuur van die bates het.

Die uitsluiting van eiendomsreg maak sin in 'n bestaans ekonomie in 'n landelike gemeenskap waar die opbrengs van ekonomiese aktiwiteite in 'n gemeenskaplike poel tot voordeel van almal gestort word. Die behoeftes van die arbeidsmark bring egter mee dat jong mense toenemend vir 'n vaste loon werk en hulle verkry op hierdie wyse ekonomiese onafhanklikheid. Die tradisionele inheemse reg het nog nie by hierdie veranderde sosio-ekonomiese omstandighede aangepas nie. Teoreties beteken dit dat 'n kind in die inheemse reg steeds van eiendomsreg uitgesluit word en dat ekonomiese onafhanklikheid deur die sosiale orde ontken word.<sup>57</sup>

### 3.3 Verskillende klasse kinders

Streng gesproke word daar in die inheemse reg nie so 'n duidelike onderskeid tussen binne- en buite-egtelike kinders getref vergeleke met die gemenerereg nie.<sup>58</sup> Die onderskeid kom eintlik maar net ter sprake waar dit oor erfopvolging gaan. Waar dit oor onderhoud en die verskaffing van *ilobolo* gaan, geld die onderskeid nie.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Bennett *Human Rights* 102; Dlamini par 6A11.2.1 in *Bill of Rights Compendium*.  
<sup>55</sup> *Mkwanazi v Zulu* 1938 NAC (N&T) 258; *Sitole v Sitole* 1945 NAC (N&T) 50; *Kuzwayo v Khuluse* 1951 NAC 321 (NE).  
<sup>56</sup> *Mlanjeni v Macala* 1947 NAC (C & O) 1-2; *Tshobo & another v Tshobo* 4 NOC 142 (1920).  
<sup>57</sup> Bennett *Human Rights* 103; Dlamini par 6A11.2.1 in *Bill of Rights Compendium*.  
<sup>58</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 186; Bennett *Human Rights* 111-112; Dlamini par 6A11.2.5 in *Bill of Rights Compendium*.  
<sup>59</sup> Dlamini par 6A11.2.6 in *Bill of Rights Compendium*.

### 3 3 1 `n Kind van `n getroude vrou

`n Kind gebore uit ouers wat met mekaar ooreenkomstig die inheemse reg getroud is en daar *ilobolo* betaal is, is binne-egtelik.<sup>60</sup> Die Huwelikswet<sup>61</sup> erken egter nie inheemsregtelike huwelike nie en die gevolg is dat `n kind gebore uit sodanige verbintenis as buite-egtelik beskou word.<sup>62</sup> Die Wysigingswet op Registrasie van Geboortes en Sterftes<sup>63</sup> erken wel as `n tussentydse maatreël dat `n kind gebore uit `n inheemsregtelike huwelik vir doeleindes van registrasie binne-egtelik is.

### 3 3 2 `n Kind uit owerspel gebore

Daar is `n vermoede dat `n kind gebore uit `n getroude vrou ook die kind van haar man is.<sup>64</sup> Hierdie vermoede kan uiteraard weerlê word. Die vertrekpunt is gevolglik dat die kind aan die getroude vrou se man en sy gesin behoort.<sup>65</sup> Die natuurlike vader het geen aanspraak op so `n kind nie. Dit is `n buigbare beginsel en niks verhoed die getroude man om die natuurlike vader toe te laat om ouerlike bevoegdhede te verkry nie.<sup>66</sup>

### 3 3 3 Die kind van `n ongetroude vrou

Volgens die algemene beginsel van die inheemse reg behoort die kind van `n ongetroude vrou aan haar voog se gesin.<sup>67</sup> Die kind sal in hierdie gesin die laaste posisie in rangorde vir doeleindes van erfopvolging beklee. Dit is alleen as daar geen ander manlike erfopvolgers is nie dat hy erfregtelik bevoordeel sal word.<sup>68</sup> Indien die moeder en die natuurlike vader met mekaar trou, verkry die kind op hierdie wyse binne-egtelike status.<sup>69</sup>

<sup>60</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 187; Bennett *Human Rights* 111; Dlamini par 6A11.2.5 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>61</sup> 25 van 1961.

<sup>62</sup> So `n kind is ingevolge die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 as buite-egtelike geregistreer.

<sup>63</sup> 40 van 1996 a 1. Sien bespreking op 314.

<sup>64</sup> *Ntiliziyombi v Ntiliziyombi* 1937 NAC (C & O) 233; *Kakaza v Kakaza* 1942 NAC (C & O) 36; *Mpela v Estate Mpela* 1944 NAC (N & J) 3; *Ndondo v Ndondo* 1944 NAC (C & O) 80; *Madubula v Mahlangu* 1974 BAC 449 (C); Bekker *Law of Children and Young Persons* 188; Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 368-369.

<sup>65</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 188.

<sup>66</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 188; Bennett *Human Rights* 111-112.

<sup>67</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 188; Dlamini "The legal status of illegitimate Black children" 1984 *Obiter* 8 12-13.

<sup>68</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 188; Bennett *Human Rights* 111-112; Dlamini par 6A11.2.5 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>69</sup> *Ludidi v Nongena* 1945 NAC (C & O) 59; *Shabangu v Mkonto* 1945 NAC (N & T) 17; Bekker in *Law of Children and Young Persons* 189; Dlamini 1984 *Obiter* 12.

### 3 3 4 `n Kind uit `n weduwee gebore

Die dood van `n getroude man beëindig nie die inheemsregtelike huwelik nie. Die huweliksverbintenis tussen die weduwee en haar man se gesin bly voortbestaan.<sup>70</sup> `n Kind gebore uit `n *unkungena*-verhouding<sup>71</sup> behoort aan haar oorlede man se gesin. Die huweliksverhouding met die oorlede man se gesin kan op `n soortgelyke wyse as die werklike huweliksverhouding ontbind word. Indien dit gebeur, sal kinders wat daarna gebore word aan die weduwee se gesin behoort.<sup>72</sup>

### 3 3 5 Samevatting

Dit is duidelik uit bogenoemde bespreking dat `n buite-egtelike kind ingevolge die inheemse reg nie werklik benadeel word nie. Daar kan wel `n sosiale stigma aan buite-egtelikheid kleef maar in die versorging en onderhoud van die kind geld daar nie `n onderskeid nie. `n Buite-egtelike kind behoort altyd aan `n gesin en in die tradisionele gemeenskappe was dit gewoonlik nie `n probleem om so `n kind te versorg nie.

Die sosiale struktuur van die moderne gemeenskap beteken egter dat `n buite-egtelike kind nie noodwendig met dieselfde gesindheid in `n gesin verwelkom word nie. Daar is reeds gewys op die verbrokkeling van gesinstrukture. Gekoppel aan werkloosheid, armoede, gebrek aan behuising en die hoë koste verbonde aan die grootmaak van `n kind kan die onderhoud van so `n kind `n kritieke aspek word. In moderne tye is dit heeltemal moontlik dat die inheemse reg aangepas sal moet word ten einde te bepaal watter persoon of persone vir die onderhoud van die kind aanspreeklik is en nie noodwendig watter gesin hierdie verpligting dra nie.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 190; Dlamini 1994 *Obiter* 15-16.

<sup>71</sup> *Mrau v Ngwaya* 1911 NHC 145 omskryf die *unkungena* gebruik soos volg: "[It is] an old established [custom], and is resorted to for the primary purpose of providing an heir to the deceased man by a union of one or more of his widows to some suitable relative, or even to an outsider."

<sup>72</sup> Bekker in *Law of Children and Young Persons* 190; Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 365.

<sup>73</sup> Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 361.

## 4 OUERLIKE GESAG

### 4.1 Wie is 'n ouer?

Ouerskap kan op 'n biologiese, juridiese of 'n sosiale konstruksie berus.<sup>74</sup> Biologiese ouerskap berus in daardie ouers wat die kind verwek het.<sup>75</sup> Biologiese en juridiese ouerskap berus ook nie noodwendig in dieselfde persone nie, soos geïllustreer in die geval van aanneming.<sup>76</sup> Die inheemse reg maak ook vir vorms van sosiale<sup>77</sup> ouerskap voorsiening wat nie noodwendig met juridiese ouerskap ooreenstem nie.

Dit is ook algemeen in die Afrikakultuur dat ander gesinslede die funksies verrig wat normaalweg met ouerskap geassosieer word.<sup>78</sup> Veranderende sosiale en ekonomiese omstandighede bring mee dat hierdie breër versorgingspraktyk ook besig is om aanpassings te ondergaan en stelselmatig te verarm. Soos regte meer geïndividualiseer word en die sosiale interaksie met gesinslede van die uitgebreide gesin minder direk en gereeld plaasvind, neem die rol van biologiese ouers ook toe.<sup>79</sup>

In die lig van die verskillende konstruksies van ouerskap en die gebruike in die versorging van 'n kind kan die omskrywing van 'n "ouer" verskil, afhangend van die besondere omstandighede.

### 4.2 Voogdy en bewaring

Indien die bruidskat betaal, is verkry die vader van die kind en sy gesin ouerlike gesag oor 'n kind gebore uit 'n huwelik.<sup>80</sup> Die uitgangspunt van die howe is dat die vader die kind by

<sup>74</sup> Sien bespreking op 315-317. Sien ook in die algemeen Nhlapo in *Parenthood in Modern Society* 36-37.

<sup>75</sup> Hierdie beskouing word meer problematies in die lig van nuwe reprodktiewe metodes waar 'n biologiese ouer nie noodwendig die geboortegewende ouer of selfs die juridiese ouer is nie.

<sup>76</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 341-342 noem 'n aantal voorbeelde van tipiese situasies waar biologiese en juridiese ouerskap verskil.

<sup>77</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 342 verwys bv na die gebruik van sekere gemeenskappe in Oos-Afrika waar 'n huwelik tussen vrouens plaasvind. Die vrou wat 'n bruidskat aan die ouers van 'n ander vrou betaal, het "vaderlike" gesag oor kinders verwek uit laasgenoemde vrou; Nhlapo in *Parenthood in Modern Society* 37-38.

<sup>78</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 342; Nlpo "International protection of human rights and the family: African variations on common theme" 1989 *International Journal of Law and the Family* 1 12.

<sup>79</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 342.

<sup>80</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 348; Bennett *Human Rights* 105; Dlumini par 6A11.2.3 in *Bill of Rights Compendium*; *Mokoena v Mofokeng* 1945 NAC (C & O) 89.

egskeiding behou<sup>81</sup> (dit wil sê die gemeenregtelike ekwivalent van voogdy verkry). Die beste belang<sup>82</sup> van die kind is egter die maatstaf in die toewysing van bewaring.<sup>83</sup>

Die bewyslas rus op die persoon wat beweer dat dit nie in die beste belang van die kind sal wees om in die bewaring van sy vader te bly nie.<sup>84</sup> In die geval van 'n jong kind word die bewyslas omgeswaai.<sup>85</sup> Die veronderstelling is dat 'n moeder beter in staat daartoe is om 'n jong kind te versorg.

Prakties gesproke, is 'n moeder se kans in die algemeen redelik skraal om die bewaring van 'n kind te verkry. Die howe aanvaar maar dat dit in die beste belang van die kind is om in die bewaring van sy vader se gesin te bly.<sup>86</sup> Finansiële oorwegings speel 'n baie groot rol en baie swart vrouens is ekonomies in so 'n swak posisie dat hulle eenvoudig nie vir 'n kind kan sorg nie.<sup>87</sup>

<sup>81</sup> Bennett *Human Rights* 106; Dlamini par 6A11.2.3 in *Bill of Rights Compendium*; *Matsupelele v Nombakwe* 1937 NAC (C & O) 163; *Tshabalala v Cracy* 1943 NAC (C & O) 50; *Nkosi v Dhlamini* 1955 NAC 27 (C).

<sup>82</sup> *Armstrong et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 348-350; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 100-101 illustreer dat die "beste belang" van 'n kind in Afrika in die eng en die wye sin van die woord gebruik kan word. In eg geval word die beste belang van die kind soos in die gemenerereg gebruik waar bewaring of toegang in geskil is, of waar aanneming ter sprake is. In baie Afrikalande is hierdie gebruik van die beste belange in wetgewing vervat. In lg geval is dit die gemeenskap of gesin wat besluit wat in die beste belange van die kind is. Dit is dikwels baie moeilik om te bepaal of die belang van die kind van dié van volwasse lede van 'n gesin verskil grootliks agv die tradisionele gesinstruktuur. Die "beste belang" van die kind kan binne die konteks van bewaring geïllustreer word waar bewaring as die reg op 'n kind gesien word. In sekere patriargale gemeenskappe word die beste belang van 'n kind gedien wanneer hy aan 'n sekere manlike lyn verbind word. Met egskeiding is die vraag nie watter ouer die beste vir die kind kan sorg nie, maar eerder watter ouer die meeste gedoen het om 'n aanspraak op die kind te regverdig. Op hierdie wyse word 'n reg op die kind gevestig. Die reg is die sleutel tot die kind se verbondenheid aan 'n manlike lyn. Die kind se verbondenheid bied sekuriteit, wat op sy beurt in die beste belange van die kind is.

<sup>83</sup> Bennett *Human Rights* 106; Dlamini par 6A11.2.3 in *Bill of Rights Compendium*; *Mkize v Mkize* 1951 NAC 336 (NE); *Msiza and another v Msiza* 1980 AC 185 (C); *Hlope v Mahlalela and another* 1998 (1) SA 449 (T); *Sati v Kitsile* [1998] 1 All SA 530 (E).

<sup>84</sup> Bennett *Human Rights* 106; Dlamini par 6A11.2.3 in *Bill of Rights Compendium*; *Tshabalala and another v Tshabalala* 1944 NAC (N & T) 35; *Gumede v Gumede* 1955 NAC 85 (NE); *Mahlangu v Lhlapo* 1968 BA 35 (C).

<sup>85</sup> Bennett *Human Rights* 106; Dlamini par 6 A 11.2.4 in *Bill of Rights Compendium*; *Manamela v Kekana* 1944 NAC (N & T) 35; *Kambu v Kambu* 1950 NAC 26 (C); *Mkize v Mkize supra*; *Muru v Muru* 1980 AC 39 (S); *Maruping v Maruping* 1947 NAC (N & T) 129; 'n Jong kind is gewoonlik iemand tot op sewe- of agtjarige ouderdom.

<sup>86</sup> Bennett *Human Rights* 107; Nhlapo in *Parenthood in Modern Society* 47.

<sup>87</sup> Bennett *Human Rights* 107; Rwezaura in *Best Interests of the Child* 105-109.

### 4 3 Onderhoud

Ingevolge die inheemse reg kan aanvaar word dat 'n kind binne gesinsverband deur gesinslede versorg sal word.<sup>88</sup> Die wyse waarop 'n gesin funksioneer en 'n kind se verbondenheid aan 'n gesin beteken dat die individuele eis van 'n kind vir voedsel, klerasie of huisvesting tradisioneel nie eintlik ter sprake kom nie.<sup>89</sup>

Juridiese en sosio-ekonomiese veranderings speel weereens 'n rol. Die verval van die gesinstruktuur raak die interafhanklikheid van gesinslede in die verskaffing van onderhoud direk. Baie gesinslede lewer ook 'n bydrae in kontant eerder as in goedere. Waar geld skaars is, is die tendens om die verantwoordelikheid vir die onderhoud van 'n kind eerder op die ouers af te wentel.<sup>90</sup>

Die Wet op Onderhoud<sup>91</sup> bied wel remedies maar dit is om die volgende redes problematies om 'n onderhoudsbevel af te dwing.<sup>92</sup> Eerstens berus die onderhoudsverpligting in die inheemse reg op biologiese bande en verwantskap aan 'n gesin. Dit is strydig met die gemenereg en 'n statutêre onderhoudsbevel wat uitsluitlik op biologiese bande berus. Tweedens word 'n kind in die inheemse reg deur die uitgebreide gesin waarvan hy lid is, onderhou. Prakties gesproke, is dit gewoonlik die gesin wat vir sodanige kind se daaglikse versorging verantwoordelik is. 'n Man vind dit gevolglik moeilik om te regverdig dat hy onderhoud moet betaal aan 'n kind wat byvoorbeeld by grootouers aan moederskant woon of wat op kosskool is. Derdens is dit moeilik om onderhoud af te dwing in 'n landelike gemeenskap waar die belangrikste ekonomiese aktiwiteite op 'n bestaansekonomie gebaseer is.

### 4 4 Aanneming

In sommige stamme maak die inheemse reg vir die aanneming van 'n kind voorsiening. Die aangenome kind word vir alle praktiese doeleindes die kind van die aannemende ouers. Die prosedure kan soos volg omskryf word:<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 351; Bekker in *Law of Children and Young Persons* 193.

<sup>89</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 351-352; Bennett *Human Rights* 96-97.

<sup>90</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 352-353.

<sup>91</sup> 23 van 1963.

<sup>92</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 353.

<sup>93</sup> Bekker *Seymour's Customary law* 236.



"Since adoption entails an alteration in the status of a child, the relatives both of the family head giving the child and of the adoptive parent, must be called to the meeting at which the adoption takes place. Thereafter the mother must be reported to their chief. If these formalities are not observed, the alleged adoption is invalid, except where, in the case of the adoption of a female child, at any rate, there is no dispute between the parties concerned that the adoption did take place."

Die oogmerk met aanneming is gewoonlik om 'n afstammeling vir 'n gesinshoof, wat andersins nie afstammelinge het nie, te kry.<sup>94</sup> Vergeleke met die Wet op Kindersorg<sup>95</sup> kom die beste belang van die kind nie ter sprake in die besluit oor aanneming nie.

Somtyds word die natuurlike ouers wel vergoed vir die grootmaak van die kind. Die Wet op Kindersorg<sup>96</sup> plaas egter 'n verbod op vergoeding ten opsigte van aanneming. 'n Skuldigbevinding aan 'n oortreding van hierdie verbod is strafbaar met 'n boete van hoogstens R8 000 of met gevangenisstraf van hoogstens twee jaar.<sup>97</sup> Hierdie relatiewe swaar strawwe dui op die erns waarmee die oortreding bejeën word.<sup>98</sup> Die vraag is of dit geregverdig is om aanneming ingevolge die inheemse reg van hierdie bepalings in die Wet op Kindersorg uit te sluit.

Die Wet op Kindersorg geld immers vir alle persone<sup>99</sup> en dit plaas aanneming, juis ter beskerming van die kind, onder staatstoetsig. Gegewe die effek van aanneming ingevolge die inheemse reg, wat ooreenstem met aanneming ingevolge die Wet op Kindersorg<sup>100</sup>, is dit vreemd dat die staat nog nie sy beskermingsfunksie na die inheemse reg uitgebrei het nie.

<sup>94</sup> Bennett *Human Rights* 107.

<sup>95</sup> 74 van 1983 a 18(4)(c) bepaal bv dat die hof oortuig moet wees daarvan dat die voorgenome aanneming in belang van die kind en bevorderlik vir sy welsyn is. A 18(4)(e) bepaal dat die kind tot die aanneming moet toestem indien hy ouer as tien jaar is en indien hy die betekenis van die bedoelde toestemming begryp.

<sup>96</sup> 74 van 1983 soos gewysig a 24(1).

<sup>97</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 24(2)

<sup>98</sup> Bosman-Swanepoel & Wessels *'n Praktiese benadering tot die Wet op Kindersorg* 62.

<sup>99</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 17(a) bepaal bv dat 'n kind deur 'n man en sy vrou gesamentlik aangeneem kan word. Dit sluit ook 'n man en vrou ingevolge die inheemse reg in. Die Wet op Kindersorg 74 van 1983 soos gewysig a 1 erken nou in inheemsregtelike huwelik vir doeleindes van die definisie van 'n huwelik en ruim enige twyfel uit die weg oor die interpretasie van a 17(a). Let ook op die Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 18(1) wat bepaal dat die aanneming van 'n kind teweeggebring word deur 'n bevel van die kinderhof van die distrik waarin die betrokke kind woonagtig is.

<sup>100</sup> 74 van 1983 a 20.

#### 4 5 Pleegsorg

Pleegsorg is 'n algemene verskynsel in die inheemse reg. 'n Kind kan om 'n verskeidenheid van redes in die pleegsorg van persone anders as sy ouers geplaas word met die uiteindelijke oogmerk dat hy op 'n stadium weer na sy ouers sal terugkeer.<sup>101</sup> Die bande met die natuurlike ouers word nie beëindig nie en die kind behou sy gesinsnaam, sy status en enige regte en verpligtinge wat by geboorte verkry is.<sup>102</sup>

Die Wet op Kindersorg<sup>103</sup> reël pleegsorg ter beskerming van 'n kind en daarom sal pleegouers ook sorgvuldig gekeur word. Pleegsorg word as 'n uitsonderlike ingryping in die ouer-kind verhouding gesien. Die oogmerk is ook dat die kind weer met sy natuurlike ouers herenig word en maatskaplike en ander hulp word in die tussentyd aan die ouers en selfs die kind verleen om die terugkeer te bespoedig.<sup>104</sup> Die natuurlike ouers se bevoegdheids ten opsigte van bewaring word opgeskort vir die tydperk wat die kind in pleegsorg is.<sup>105</sup>

#### 4 6 Tugbevoegdheid

Tug is 'n aanvaarde gebruik in die inheemse reg en dit word as 'n noodsaaklike element in die dissiplinering van 'n kind beskou.<sup>106</sup> Die tugbevoegdheid word in kulturele terme<sup>107</sup> gedefinieer en dit is moontlik dat hierdie bevoegdheid nog breër as die gemeenregtelike tugbevoegdheid geïnterpreteer word.<sup>108</sup>

<sup>101</sup> Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 377 : 'n kind kan bv by gesinslede, bure of intieme vriende in pleegsorg geplaas word. Die redes hiervoor kan wissel – dit mag wees dat ouers te arm is om die kind te versorg, dit kan wees dat daar nie 'n vrou is om die kind na die beëindiging van 'n huwelik te versorg nie, die pleegouer kan dalk alleen wees of hulp nodig hê om die huishouding waar te neem.

<sup>102</sup> Bennett *Sourcebook of African Customary law* 377-378.

<sup>103</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 15(1)(b); Bosman-Swanepoel & Wessels *'n Praktiese benadering tot die Wet op Kindersorg* 47-48.

<sup>104</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 16; Bosman-Swanepoel & Wessels *'n Praktiese benadering tot die Wet op Kindersorg* 47-51.

<sup>105</sup> Wet op Kindersorg 74 van 1983 a 53.

<sup>106</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 358; Bennett *Human Rights* 108-109.

<sup>107</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 358-362; Bennett *Human Rights* 108.

<sup>108</sup> Sien bespreking op 165-167.

## 5 PUBLIEKREGTELIKE PERSPEKTIEF OP DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE INHEEMSE REG

### 5.1 Internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente<sup>109</sup>

Die 1989 Konvensie geld in die geheel ten opsigte van alle kinders in Suid-Afrika. Die moontlike impak van hierdie Konvensie op die inheemse reg en die posisie van die kind, ouers en die staat moet teen die volgende agtergrond bepaal word:<sup>110</sup>

“The Convention on the Child implicitly treats the child as an individual with individual rights against the State, the community and the family. This conflicts with southern and eastern traditional culture, which treats the child as a family member, whose interests must sometimes be subsumed under those of the family as a whole. At the same time, socio-economic changes have meant that the ideology of individualism – particularly for adults – is taking hold in southern and eastern Africa. Many adults no longer ignore their own individual interests for the benefit of the family group, although often children are expected to.”

In die besonder verbind Suid-Afrika as lidland hom in twee spesifieke bepalinge daartoe om die regte van die kind wat aan 'n inheemse bevolkingsgroep behoort, te bevorder. In die eerste plek verbind die staat hom daartoe dat die opvoeding van 'n kind die volgende ten doel sal hê:<sup>111</sup>

“[T]he development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilisations different from his or her own ...”

In die tweede plek verbind die staat hom daartoe dat 'n kind wat aan 'n inheemse bevolkingsgroep behoort die reg sal hê om 'n eie kultuur te beoefen.<sup>112</sup>

Op streeksvlak val die klem op twee menseregtedokumente, naamlik die Afrika Handves van Mense- en Volkeregte (hierna die Afrika Handves) en die Afrika Handves op die Regte en Welsyn van die Kind (hierna die Afrika Handves op die Regte van die Kind). In eersgenoemde geval het 'n Afrika Kommissie van Mense- en Volkeregte die taak om die

<sup>109</sup> Die internasionale en streeksgebonde menseregtedokumente wat relevant tot die ouer-kind verhouding is, is volledig in hfst agt bespreek. Slegs daardie aspekte wat relevant tot die ouer-kind verhouding is word hier uitgelig.

<sup>110</sup> Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 363.

<sup>111</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 29(1)(c).

<sup>112</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 30 lui soos volg: “In those States in which ethnic religions or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practice his or her own religion, or to use his or her own language.” Sien ook a 15 en a 31.

bepalings van die Afrika Handves te implementeer.<sup>113</sup> In laasgenoemde geval word 'n Komitee van Deskundiges op die Regte en Welsyn van die Kind in die vooruitsig gestel om die implementering van die Afrika Handves op die Regte van die Kind te monitor.<sup>114</sup> Die wyse waarop hierdie twee instellings die historiese tradisies en waardes van die Afrikabeskouing met menseregtensnorme versoen, sal van groot waarde wees om ook op nasionale vlak<sup>115</sup> dieselfde te doen.

In aansluiting hierby wys Nhlapo<sup>116</sup> tereg daarop dat die tradisionele reëls wat in gesinsaaangeleenthede geld nie historiese oorblyfsels is nie maar deel is van die lewende reg in die meeste Afrikastate. Dit is onteenseglik so dat tradisionele Afrikawaardes die meeste menseregtensnorme insluit maar daar is ook tradisionele waardes wat 'n struikelblok in die uitoefening van sekere fundamentele regte vorm.<sup>117</sup> Dit verklaar waarom die familiereg (en dus die ouer-kind verhouding) so kwesbaar is. Die familiereg vorm nie alleen die kern van die sosiale struktuur in Afrika nie maar betrek ook die mees weerlose lede van die gemeenskap, naamlik ouers en kinders.<sup>118</sup>

Ook Thompson<sup>119</sup> kom ná sy ontleding van die Afrika Handves op die Regte van die Kind tot die volgende gevolgtrekking:

“[M]uch will depend on the [African Committee of the Child’s] ingenuity in untangling the complexities and intricacies of what needs to be preserved and what needs to be abandoned in African culture and tradition in its formidable task of giving a new and enhanced dimension to the status of children in Africa ... [T]he Committee will, inevitably be forced to address the enormous and delicate task of reconciling the conflicting cross-currents of Western juristic thought, on the one hand, and African traditional cultural value perspectives on the other, on a problem of contemporary universal significance – the rights and welfare of the child.”

<sup>113</sup> Afrika Handves a 30 – a 45.

<sup>114</sup> Afrika Handves op die Regte van die Kind a 32, a 33.

<sup>115</sup> Sien bespreking op 277-287.

<sup>116</sup> Nhlapo “International protection of human rights and the family: African variations on a common theme” 1989 *International Journal of Law and the Family* 1 15. Nhlapo sê verder op 15 die volgende: “If and when the provisions of the African Charter come into force many states will have to introduce sweeping legislative changes if they are to avoid being in breach of their obligations. However, all that has been said ... about African cultural values points to the fact that such reforms may strike at the very heart of the social system.”

<sup>117</sup> Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 17.

<sup>118</sup> Nhlapo 1989 *International Journal of Law and the Family* 17.

<sup>119</sup> Thompson “Africa’s charter on Children’s Rights : a normative break with cultural traditionalism” 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 432 443.

## 5 2 Die Handves van Regte<sup>120</sup>

Daar is 'n paar belangrike oorwegings wat geld wanneer die effek van die Handves van Regte op die ouer-kind verhouding in die inheemse reg geëvalueer word. Die volgende oorwegings is relevant:

- (a) Daar mag teen niemand op grond van etniese herkoms gediskrimineer word nie.<sup>121</sup>
- (b) Die reg op vryheid van godsdien, oortuiging en mening<sup>122</sup> bring mee dat wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie of 'n stelsel van godsdien-, persone- of familiereg nie belet mag word nie. Ook wetgewing wat erkenning verleen aan stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie mag nie belet word nie.<sup>123</sup>
- (c) Al die regte verleen ingevolge die Handves van Regte, en nie net artikel 28 nie, geld vir kinders.<sup>124</sup>
- (d) Dit is moontlik dat sekere regte in die Handves van Regte ook horisontale werking sal hê.<sup>125</sup>
- (e) Al word die inheemse reg in die Handves van Regte erken, sal die inhoud daarvan steeds aan die bepalings van die Handves van Regte getoets kan word. Soos hierbo aangedui, sal daar in die interpretasie van fundamentele regte ruimte vir kulturele invloede gelaat moet word.<sup>126</sup>
- (f) Daar moet in gedagte gehou word dat die Handves van Regte, soos by 1989 Konvensie, die kind as individu erken wat oor fundamentele regte teenoor die staat, ouers en ander gesinslede en ook teenoor die gemeenskap beskik. Hierdie uitgangspunt is in ooreenstemming met teorieë oor kinderregte<sup>127</sup> maar op die oog af in konflik met die tradisionele Afrika waardesisteem en -strukture.<sup>128</sup>

<sup>120</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 7 – a 39. Vir 'n volledige bespreking van die inhoud van die Handves van Regte op die ouer-kind verhouding sien 310-334.

<sup>121</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9(3).

<sup>122</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 15(3)(a)(i).

<sup>123</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 15(3)(a)(ii).

<sup>124</sup> Sien bespreking op 305-308. Dlamini in *Bill of Rights Compendium* beperk bv sy bespreking van kinderregte tot a 28 en ignoreer daarmee heeltemal enige teorieë oor kinderregte.

<sup>125</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8.

<sup>126</sup> Alston "The best interests principle : towards a reconciliation of culture and human rights" 1994 *International Journal of Law and the Family* 1 19-20; Armstrong *et al* 1995 *The International Journal of Children's Rights* 341-344; Bennett *Human Rights* 101; Dlamini par 6A11.2.1 in *Bill of Rights Compendium*.

<sup>127</sup> Sien bespreking op 57-70.

<sup>128</sup> Sien besprekings op 337-343.

## 6 DIE EFFEK VAN DIE PUBLIEKREG OP DIE OUER-KIND VERHOUDING IN DIE INHEEMSE REG<sup>129</sup>

### 6 1 Status van die kind

#### 6 1 1 *Minderjarigheid*

Die Handves van Regte<sup>130</sup> en die 1989 Konvensie<sup>131</sup> definieer 'n kind as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar. Kindwees ingevolge die inheemse reg word egter nie aan 'n bepaalde ouderdom gekoppel nie. Tog is die effek van die Handves van Regte en die 1989 Konvensie dat die idee van kinderregte toepassing moet vind op diegene wat onder die ouderdom van agtien jaar is. Voortgesette minderjarigheidstatus van 'n persoon ouer as agtien jaar sal gevolglik aan die algemene bepaling van die Handves van Regte getoets moet word.

Die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom<sup>132</sup> bied wel 'n remedie in dié opsig dat meerderjarigheidstatus aan 'n spesifieke ouderdom gekoppel word. Indien hierdie statutêre bepaling eenvormig<sup>133</sup> afdwing word, sal aanpassings in die inheemse reg gemaak moet word. 'n Gebruik soos inisiasie kan byvoorbeeld as kulturele praktyk gehandhaaf word maar nie as vereiste vir die oorgang na volwassenheid nie.

#### 6 1 2 *Handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid*

Beperkinge op die handelingsbevoegdheid en verskyningsbevoegdheid asook die uitsluiting van die bevoegdheid om eiendomsreg te bekom van 'n kind ingevolge die inheemse reg kon tradisioneel geregverdig word. Dit was immers in die belang van die gesin dat die gesamentlike boedel opgebou word en deur die gesinshoof tot almal se voordeel geadministreer word. 'n Kind se gebrek aan deelname aan besluitneming en die feit dat kindwees deur 'n gesinshoof gemanipuleer kan word omdat daar geen vaste ouderdomsgrense is nie, werk mee tot hierdie toedrag van sake.

<sup>129</sup> Die bespreking word beperk tot daardie aspekte wat nie in hfst nege ter sprake gekom het nie.

<sup>130</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(3).

<sup>131</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 1.

<sup>132</sup> 57 van 1972 a 1 wat bepaal dat een-en-twintig jaar die meerderjarigheidsouderdom vir alle persone is.

<sup>133</sup> In *Mfanekiso v Mpakana* 1 NAC 85 (1905) is beslis dat 'n seun wat een-en-twintig jaar oud word eiendomsreg van sy bates verkry. In *Mfazwe v Modikayi* 1939 NAC (C & O) 18 is beslis dat bates wat deur 'n seun verkry word die eiendom van die hoof van die huishouding is. Sien in die algemeen Bennett *Sourcebook of African Customary law* 350-355.

In die moderne samelewing word daar van jong mans en vrouens verwag om 'n inkomste te verdien. 'n Kind wat die huishouding verlaat om te gaan werk, word aan Westerse waardes soos individualisme, kapitalisme, onafhanklike besluitneming en die bevoegdheid om self eiendom te besit, blootgestel. Die effek van die Handves van Regte moet ook in hierdie verband in ag geneem word. Hierin word byvoorbeeld bepaal dat daar nie teen 'n kind op grond van ouderdom of kultuur gediskrimineer mag word nie,<sup>134</sup> word 'n reg op eiendom verleen<sup>135</sup> en word die beste belang van die kind as die deurslaggewende kriterium erken in elke aangeleentheid wat die kind raak.<sup>136</sup> Kortom, sosiale veranderings, tesame met die erkenning van kinderregte, vereis dat die beperkinge op 'n kind in die inheemse reg oorweeg moet word.<sup>137</sup>

Die einddoel wat nagestreef moet word, is dat die inheemsregtelike beperkings wat geld in die lig van 'n kind se reg op beskerming en reg op outonomie heroorweeg moet word. Hierdie proses verg 'n wye benadering waarin deeglik met sosio-ekonomiese oorwegings, kulturele praktyke en die etiek van menswaardigheid rekening gehou moet word. Dit maak byvoorbeeld nie sin om die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom<sup>138</sup> eenvormig af te dwing terwyl volwassenheid binne stamverband ooreenkomstig tradisionele gebruike bepaal word nie. Ook kan die reg op eiendom nie absoluut afgedwing word nie en moet daar respek betoon word vir die praktyk om 'n gemeenskaplike boedel vir 'n gesin op te bou. Die besondere aard van die inheemse reg vereis dat kinderregte geïmplementeer sal word op 'n wyse wat besonder sensitief vir die noue verweefdheid van regte en verpligtinge in 'n tradisionele groep is.

### 6 1 3 *Buite-egtelikheid*

Alleen die diskriminerende praktyke ten opsigte van erfopvolging is hier ter sprake.<sup>139</sup> 'n Kind se reg op gelykheid<sup>140</sup> kan heel waarskynlik meebring dat die reëls ten opsigte van erfopvolging aan grondwetlike toetsing onderhewig gestel sal word.

<sup>134</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9(3). Die bepalings van die VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 wat relevant is, is die volgende a 2, a 5 en a 12.  
<sup>135</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 24(1).  
<sup>136</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).  
<sup>137</sup> Bennett *Human Rights* 103.  
<sup>138</sup> 57 van 1972.  
<sup>139</sup> Sien bespreking op 345-347.  
<sup>140</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 9(2). Dit is nie alleen die verbod op diskriminasie op grond van geboorte wat hier ter sprake sal wees nie, maar ook die verbod op diskriminasie op grond van geslag. 'n Dogter wat buite-egtelik is word huidiglik heeltemal van intestate erfopvolging uitgesluit.

## 62 Ouerlike gesag

Die sosio-ekonomiese oorwegings, die benadering tot menseregte in die inheemse reg en die substantiewe reg wat tot dusver in hierdie hoofstuk ter sprake gekom het, regverdig die gevolgtrekking dat die inheemse reg die eerste model van ouerlike gesag weerspieël. Ouerlike gesag is omvangryk, selfs absoluut, in sekere groepe.<sup>141</sup> Ouerlike gesag verteenwoordig nie net 'n juridiese konsep nie maar is ook 'n wesenlike element in die kultuurerfenis.<sup>142</sup> Soos in hoofstuk vier aangedui, is hierdie model van ouerlike gesag in konflik met die idee van kinderregte.

Thompson lig enkele implikasies van die Afrika Handves op die Regte van die Kind op ouerlike gesag uit.<sup>143</sup> Sy opmerkings is van waarde omdat hierdie Handves sekerlik die beste voorbeeld bied van 'n streeksgebonde dokument waarin kinderregte, soos getemper deur eiesoortige kulturele en sosiale omstandighede en historiese gebeure weerspieël word.<sup>144</sup> Hy vra byvoorbeeld tot watter mate daar werklik gevolg gegee kan word aan die beste belang van die kind in 'n stelsel waar die omvangryke aard van ouerlike gesag 'n kernelement van die kultuur vorm.<sup>145</sup>

Aspekte soos bewaring of toegang word moontlik statutêr gereël in ooreenstemming met die beste belang van 'n kind en weerspieël sodoende die idee van kinderregte. Tog is daar 'n normatiewe verskil tussen, aan die een kant, die toepassing van die inheemse reg en, aan die ander kant, die inhoud van die Afrika Handves op die Regte van die Kind en gepaardgaande nasionale wetgewing.<sup>146</sup>

Sy opmerkings beklemtoon opnuut die belang daarvan dat kinderregte geïnterpreteer moet word in ooreenstemming met spesifieke kulturele waardes en sosio-ekonomiese omstandighede. Hierdie is 'n belangrike oorweging in die implementering van kindregte deur

<sup>141</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 439.

<sup>142</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 439.

<sup>143</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 438-441.

<sup>144</sup> Die aanhef tot die Afrika Handves op die Regte van die Kind bv die volgende: "Taking into consideration the virtues of their cultural heritage, historical background and the values of African civilisation which should inspire and characterise their reflection on the concept of the rights and welfare of the child; ..."

<sup>145</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 439.

<sup>146</sup> Thompson 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 440.



die staat, ander owerheidsinstansies, ouers en individue. Dit kan beteken dat sekere kinderregte uitgeoefen sal word op 'n wyse wat moontlik vreemd in 'n Westerse konteks is.<sup>147</sup>

## 7 GEVOLGTREKKING

Die een belangrike aspek wat uit die bespreking in hierdie hoofstuk blyk, is dat die Westerse beskouing van fundamentele menseregte wat op liberale individualisme gebaseer is nie net so op die inheemse reg van toepassing gemaak kan word nie. Sodanige benadering sou in konflik met die realiteit van die inheemse reg wees waarin groepsolidariteit en die beklemtoning van verpligtinge kernwaardes verteenwoordig.

In aansluiting hierby is twee van die opmerkings wat na aanleiding van die bespreking oor die teorie van kinderregte gemaak is besonder relevant.<sup>148</sup> Daar is in die eerste plek tot die gevolgtrekking gekom dat die inhoud van kinderregte verskillend geïnterpreteer kan word omdat kinders 'n diverse groep verteenwoordig. Verskille in nasionaliteit, geslag, ras, geloof en ander sosiale en persoonlike eienskappe speel ontseggelik 'n rol in die interpretasie wat aan kinderregte verleen word. Die tweede opmerking hou verband met die belangrike boodskap dat kinderregte veel meer behels as die vraag oor wie regte en wie verpligtinge het. Nie alleen regsbeginsels nie maar ook filosofiese, morele en sosiale oorwegings speel 'n rol ten einde uitdrukking aan kinderregte te verleen.

In die beperkte mate wat die ouer-kind verhouding in hierdie hoofstuk aandag geniet het, dien dit as illustrasie van bogenoemde twee opmerkings. Die status van 'n kind in die inheemse reg dien as bewys van die diversiteit in kindwees, vergeleke met die posisie van 'n kind in 'n eerste wêreld-samelewing. Ook verteenwoordig die ouer-kind verhouding en die verhouding tussen die kind en ander gesinslede belangrike element in die groepsolidariteit wat eie aan die inheemse reg is. Die etiek van menswaardigheid wat in sodanige gesinsgroepering nagestreef word en die beklemtoning van veral 'n kind se verpligtinge bring mee dat kinderregte in sulke omstandighede veel wyer as regte en verpligtinge strek.

Die algemene terme waarin die 1989 Konvensie geformuleer is, bied die geleentheid om bogenoemde oorwegings 'n rol te laat speel in die erkenning en implementering van

<sup>147</sup> By die statutêre erkenning van die uitgebreide gesin en deelnemende besluitneming waarby 'n kind ook 'n party is soortgelyk aan die *family group conference* in Nieu-Zeeland vir Maorigroepe.

<sup>148</sup> Sien bespreking op 81-83.

kinderregte. Enige poging om die inhoud van die Konvensie te implementeer sonder om bedag te wees op die eiesoortige behoeftes en omstandighede van 'n kind in die inheemse reg sal tot mislukking gedoem wees.

Die Afrika Handves op die Regte van die Kind bied daarenteen 'n voorbeeld van 'n menseregtedokument wat fyn ingestem is op die waardes, tradisies en inhoud van die inheemse reg. Dit is 'n dokument soos hierdie wat 'n belangrike rol in die toepassing en interpretasie van 'n kind se regte ingevolge die Handves van Regte kan speel.

Dit is gevolglik sinvol om te argumenteer vir die behoud van die uitgebreide gesin en 'n kind se reg op gesinsorg<sup>149</sup> dienooreenkomstig te interpreteer. Die wyse waarop 'n kind binne sodanige gesin versorg en beskerm word, is ook in ooreenstemming met 'n kind se reg op basiese middele<sup>150</sup> en die reg om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word.<sup>151</sup>

Dit is onvermydelik dat die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte sal meebring dat die patriargale aard van die inheemse reg aan grondwetlike beginsels getoets sal word.<sup>152</sup> Patriargie word byvoorbeeld as grondslag gebruik om die omvattende besluitnemingsbevoegdheids van 'n gesinshoof oor 'n kind te regverdig. Die beste belang van die kind as oorheersende oorweging wat grondwetlik verskans is,<sup>153</sup> kan daarenteen beteken dat die gesag van die gesinshoof beperk word.<sup>154</sup>

Wat vereis word, is dat die inheemse reg, wat eintlik 'n totale waardesisteem verteenwoordig, as belangrike interpretasieraamwerk in die erkenning van kinderregte sal dien. Dit kan beteken dat sekere tradisies en gebruike ondergeskik gestel sal word aan 'n kind se reg op beskerming of reg op outonomie. In hierdie proses is sowel insig rakende die inhoud van die inheemse reg as verbeeldingryke interpretasie nodig ten einde menswaardigheid vir 'n kind ingevolge die inheemse reg te verwesenlik.

<sup>149</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(b).

<sup>150</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(c).

<sup>151</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(1)(d).

<sup>152</sup> *Bosman-Swanepoel et al Custody & Visitation Disputes* 50 : die patriargale aard bring mee dat die uitoefening van regte deur respek teenoor die senior mans van 'n gesinsgroep gekwalifiseer word.

<sup>153</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(2).

<sup>154</sup> *Bosman-Swanepoel et al Custody & Visitation Disputes* 54-55. Ook a 9(3) van die Handves van Regte moet in gedagte gehou word wat 'n verbod op diskriminasie op grond van ouderdom plaas.

## HOOFSTUK 11

### 'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

#### 1 INLEIDING

Vir doeleindes van die onderhawige studie word die regsvergelykende ondersoek tot die Australiese en die Skotse reg beperk. Daar is 'n drietal redes wat as motivering hiervoor dien. In die eerste plek het beide lande<sup>1</sup> die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie) geratifiseer. Die regshervorming in die twee jurisdiksies kan in 'n groot mate voorgehou word as voorbeelde van regsontwikkeling in navolging van die inhoud van die 1989 Konvensie.<sup>2</sup> Die moontlikheid om na die Engelse reg en die *United Kingdom Children Act* van 1989 (hierna die *Children Act* 1989) te verwys, is ook oorweeg. Die *Children Act* 1989 verteenwoordig 'n waterskeiding in die wyse waarop die publiekreg en die privaatreë geïntegreer word in 'n statuut wat as 'n kodifikasie van die reg ten opsigte van kinders bekend staan.<sup>3</sup> Die Australiese en Skotse reg dien egter as die mees resente voorbeelde van regstelsels wat die ontwikkelings in die Engelse reg nog verder verfyn het.

In die tweede plek het die status van die kind en die ouer-kind verhouding in beide jurisdiksies reeds op 'n omvangryke wyse aandag geniet. Laasgenoemde is 'n tipiese voorbeeld van staatsinisiatief om kinderregte in nasionale reg te implementeer. Ook hierdie aspek regverdig dus 'n regsvergelykende ondersoek na die twee stelsels.

'n Derde rede hou verband met die Skotse reg wat, soos die Suid-Afrikaanse reg,<sup>4</sup> na die Romeinse reg as ontstaansbron teruggevoer kan word. Die aard van regsontwikkeling is leersaam in dié opsig dat dit aandui in watter mate tradisionele begrippe soos voogdy en bewaring wat uit die Romeinsregtelike *patria potestas* ontwikkel het veranderings ondergaan het. Die Suid-Afrikaanse reg en Skotse familiereg het dus 'n gemeenskaplike historiese ontstaansbron in die Romeinse reg en dit is nuttig om resente regsontwikkeling teen die agtergrond van hierdie gemeenskaplike historiese bron te ondersoek.

Die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die erkenning van kinderregte is geïdentifiseer as 'n model van ouerlike gesag wat teoreties moeilik versoenbaar met die idee van kinderregte is.

<sup>1</sup> Brittanje het in 1991 die VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 geratifiseer en sodoende is Skotland ook tot die Konvensie verbind.

<sup>2</sup> Wat ook vertolk kan word as 'n bereidwilligheid om die idee van kinderregte te implementeer.

<sup>3</sup> Sien bv *Bainham Children* 33-37; *Hoggett Parents and Children* 1-2; *Timms Children's Representation* 3-7.

Ook die praktiese uitoefening van ouerlike gesag strook in 'n baie groot mate met hierdie teoretiese model. Beperkings op die status van die kind werk eweneens daartoe mee dat kinderregte eintlik 'n vreemde begrip in die Suid-Afrikaanse privaatrek is. Dit sou dus insiggewend wees om ook wat hierdie aspekte betref vas te stel of daar 'n vergelykbare regsposisie in die Australiese en Skotse reg was. Die aard van regshervorming kan moontlik werkbare oplossings in die Suid-Afrikaanse reg bied.

In hierdie hoofstuk word gekonsentreer op daardie aspekte wat relevant tot die ouer-kind verhouding is sonder om die geheel van die substantiewe reg te ondersoek. Die oogmerk is om te bepaal watter model van ouerlike gesag ter sprake is, wat die status van die kind in die algemeen is en wat die aard en omvang van staatsbetrokkenheid in die erkenning en implementering van kinderregte is.

## 2 AUSTRALIË

### 2.1 Agtergrond

Die eerste Europeërs het hulle in 1788 in Australië gevestig. Hulle was hoofsaaklik gevangenes vanaf Engeland wat hul gevangenstermyn daar moes uitdien.<sup>5</sup> Sedert daardie tydperk is die Australiese reg in 'n groot mate deur die Engelse reg beïnvloed.<sup>6</sup> Wetgewing is dikwels op Engelse modelle van wetgewing gebaseer en ook in regspraak is Engelse presedente gevolg.<sup>7</sup>

Tans is Australië 'n federasie wat uit ses state (*states*) en twee federale gebiede (*territories*) bestaan, elk met 'n eie wetgewer en stelsel van howe. Verskille in wetgewing wat kinders raak kan na historiese gebeure en die beleidsrigtings van die verskillende regerings teruggevoer word.<sup>8</sup> Die *Constitution Act* 1900 verdeel wetgewende mag tussen die parlement van die Gemenebes en die verskillende state. Die federale regering beskik ingevolge die *Constitution Act*<sup>9</sup> oor die bevoegdheid om wetgewing oor huwelike, egskeidings en huweliksgedinge uit te vaardig.

<sup>4</sup> Sien bespreking op 6-14, 31-32

<sup>5</sup> East & Prescott *Our Fragmented World* 8-9.

<sup>6</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 1.

<sup>7</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 1.

<sup>8</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 1.

<sup>9</sup> *Constitution Act* 1900 a 51(xxii) en (xxiii).

Die *Family Law Act* 1975<sup>10</sup> is 'n voorbeeld van sodanige bevoegdheid wat uitgeoefen is. Die *Family Law Act* het die *Matrimonial Causes Act* 1959 vervang wat die bepalings oor egskedding, onderhoud, bewaring en toegang in die verskillende jurisdiksies uiteengesit het.<sup>11</sup> Die *Family Law Act* het ook wetgewing vervang wat met huwelike en kinders gebore uit 'n huwelik verband gehou het en bied 'n volledige beeld van die ouer-kind verhouding in die Australiese reg.<sup>12</sup>

Die *Family Law Act* vestig ook die Gesinshof van Australië wat die inhoud van die wet in al die jurisdiksies behalwe Wes-Australië administreer.<sup>13</sup> Die oogmerk van die Gesinshof as forum vir litigasie of vir doeleindes van primêre geskilbeslegting word soos volg uiteengesit:<sup>14</sup>

"The Family Court shall in the exercise of its jurisdiction under this Act, and any other court exercising jurisdiction shall, in the exercise of that jurisdiction, have regard to –

- (a) the need to preserve and protect the institution of marriage as the union of a man and a woman to the exclusion of all others voluntarily entered into for life;
- (b) the need to give the widest possible protection and assistance to the family as the natural and fundamental group unit of society, particularly while it is responsible for the care and education of dependant children;
- (c) the need to protect the rights of children and to promote their welfare;
- (ca) the need to ensure safety from family violence; and
- (d) the means available for assisting parties to a marriage to consider reconciliation or the improvement of their relationship with each other and their children."

<sup>10</sup> Hierna die *Family Law Act* wat op 5 Januarie 1976 in werking getree het. Daar word vir doeleindes van die bespreking hoofsaaklik op hierdie federale wet en die mees onlangse wysigings daarvan in 1995 gekonsentreer. Ander wetgewing wat relevant is, verskil in 'n mindere of meerdere mate in die verskillende Australiese jurisdiksies.

<sup>11</sup> Die *Family Law Act* het redelike radikale regshervorming vir sy tyd meegebring. Dit het byvoorbeeld skuld uit alle egskeddingsgronde verwyder, dit het bepaal dat beide ouers van kinders voogdy en bewaring van hul kind het in die afwesigheid van 'n bevel tot die teendeel en het voorsiening gemaak vir die beregting van finansiële dispute gebaseer op partye se finansiële en nie-finansiële bydraes en toekomstige behoeftes: Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*: can changing legislation change legal culture, legal practice and community expectations?" Ongepubliseerde voordrag gelewer by 'n konferensie *Changing family forms: world themes and African issues* aangebied deur die *International Society of Family Law* 1997-07-27 2.

<sup>12</sup> Na 'n "reference of power" in 1987 is die *Family Law Act* gedurende 1988 gewysig en beskik die Gesinshof van Australië nou oor jurisdiksie om alle privaatregtelike dispute oor kinders aan te hoor, ongeag hul ouers se huwelikstatus.

<sup>13</sup> *Family Law Act* a 14-a19, a 37(8), a 62, a 64(5). Wes-Australië het ingevolge a 41 van hierdie wet 'n Gesinshof van Wes-Australië geskep.

<sup>14</sup> *Family Law Act* a 43; sien ook Bailey-Harris & Dewar "Variations on a theme – child law reform in Australia" 1997 *Child and Family Law Quarterly* 149 150.

Die *Family Law Act*<sup>15</sup> maak ook vir 'n *Family Law Council* voorsiening. Hierdie instelling kan onder andere die prokureur-generaal adviseer en aanbevelings maak oor enige aangeleentheid wat die familiereg raak. Ook die *Australian Institute of Family Studies* is 'n skepping van die *Family Law Act*<sup>16</sup> en het die volgende oogmerke:

- "(a) [To] promote, by the conduct, encouragement and co-ordination of research and other appropriate means, the identification of, and development of understanding of, the factors affecting family and marital stability in Australia, with the object of promoting the protection of the family as the natural and fundamental group unit in society; and
- (b) advise and assist the Minister in relation to the making of grants, and with the approval of the Minister to make grants out of moneys available under appropriations made by the Parliament for purposes related to the functions of the Institute and the supervising of the employment grants so made."

Bogenoemde twee instellings verseker dus dat die *Family Law Act* op 'n deurlopende grondslag geëvalueer word en dat navorsing oor sleutelaspekte van die *Family Law Act* geloods word.<sup>17</sup>

Australië het op 17 Desember 1990 die 1989 Konvensie geratifiseer en hom daardeur verbind om al die wetgewende, administratiewe en ander maatreëls te onderneem ten einde die inhoud daarvan te implementeer.<sup>18</sup> Daar is nog nie wetgewing deur die federale regering uitgevaardig waardeur die inhoud van die 1989 Konvensie in nasionale reg geïnkorporeer is nie.

## 2.2 Die ouer-kind verhouding

Die *Family Law Reform Act*<sup>19</sup> het op 16 Junie 1996 in werking getree.<sup>20</sup> Dit is voorafgegaan deur 'n opvoedkundige veldtog wat deur die federale regering, bygestaan deur die Gesinshof van Australië en die regsberoep, geloods is om die publiek in te lig oor die verandering in

<sup>15</sup> *Family Law Act* a 115(3).

<sup>16</sup> *Family Law Act* a 114B(2).

<sup>17</sup> Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 1997 2-3.

<sup>18</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 4. Sien ook Alston in *The UN Children's Convention and Australia* 1-5; Otlowski & Tsamenyi "Parental authority and the United Nations Convention on the Rights of the Child: are the fears justified?" 1992 *Australian Journal of Family Law* 137.

<sup>19</sup> Hierna die *Reform Act*.

<sup>20</sup> Dewar "The Family Law Reform Act 1995 (Cth) and the Children Act 1989 (UK) compared – twins or distant cousins?" 1996 *Australian Journal of Family Law* 18; Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 1997 4; Nygh "The New Part VII – an overview" 1996 *Australian Journal of Family Law* 4.

gesindheid en benadering wat deur die wet beoog word.<sup>21</sup> Die *Reform Act* kenmerk die begin van 'n nuwe tydperk in familiereg en bring belangrike en omvattende veranderinge in die reg ten opsigte van kinders mee.<sup>22</sup> Die belangrikste funksie van die *Reform Act* was om Deel VII van die *Family Law Act*, wat onder andere bepalings oor voogdy, bewaring en toegang na egskeiding bevat het, te vervang.

Die wetswysiging kan teruggevoer word na die werksaamhede van die *Family Law Council* wat in 'n verslag<sup>23</sup> na die onbevredigende aard van terminologie soos *guardianship*, *custody* en *access* verwys het. Die volgende opmerkings is in hierdie verslag gemaak:

"1.05 Where parents are separated, traditionally the child has been thought of as being in the legal or de facto custody of one parent, and is seen to be in the total control of that parent. The other parent plays a minor role or, too often, no role at all and often feels deprived of some proprietary right to the child...

4.05 Council considers that an examination of the language within which issues of children, parenting and divorce are discussed, is an important step towards understanding the difficulties associated with parenting after separation. The role of language in any given situation can be crucial to the manner in which that situation is viewed. Encouraging changes in terminology can be a means of promoting different attitudes for example, significant changes in social attitudes have resulted in changed terminology in areas such as women's affairs, disabilities and immigration. It is suggested that an important test of the value of a particular expression is to ask 'Whom does the expression serve?' Words such as 'custody', 'access' and 'guardianship' have precise legal definitions but they do not necessarily reflect the practice of the relationship between parents and children..."<sup>24</sup>

Die aanbevelings van die *Family Law Council* was dat die *Family Law Act* gewysig moes word deur onder andere die bestaande terminologie van *custody* en *access* met 'n begrip soos

<sup>21</sup> Harrison and Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 1997 4.  
<sup>22</sup> Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 18; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 4. Volgens Baily-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 149 kan die *Reform Act* as 'n weerspieëling van die volgende gesien word: "[G]rowing recognition that Australia's contemporary legal culture should reflect the wider origins of an increasingly diverse society, and a greater readiness to acknowledge the framework of international instruments and Australia's obligations thereunder."

<sup>23</sup> *Family Law Council Patterns of parenting after divorce* 1992.  
<sup>24</sup> *Family Law Council Patterns of parenting after divorce* par 1.05, par 4.05 1992 soos aangehaal deur Finlay *et al Family Law - cases, Material and Commentary* 944. Sien ook par 6.02 soos aangehaal in Parker *et al Australian Family Law in Context* 897: "It is becoming increasingly clear that legal words matter, and terms such as 'custody' and 'access' limit the options parents see as being available following separation. The following criteria and objectives are relevant in formulating a language which reflects continuity of parenting after separation. The new language should:

1. Eliminate words which connote ownership.
2. Acknowledge that both parents share ongoing responsibilities towards their children.
3. Eliminate the winner/loser mind set and so reduce the conflict that is a normal part of the separation process.
4. Reflect the need to promote, and where necessary protect, the welfare of the child.
5. Be efficient and self-explanatory.
6. Recognise that there is a distinction between the spousal relationship and parenting relationship and that parental separation does not terminate the parent/child relationship..."

*care* te vervang.<sup>25</sup> Die verslag en aanbevelings is nie geïmplimenteer nie. Bykans twee jaar later het die prokureur-generaal die *Family Law Council* versoek<sup>26</sup> om die aangeleentheid opnuut te ondersoek, veral in die lig van die *Children Act (UK) 1989*<sup>27</sup> wat intussen in werking getree het. Daar is met verwysing na die posisie in Engeland voorgestel dat daar voortgegaan word om die voorgestelde wysigings te implementeer.<sup>28</sup>

Daardie aspekte van *Family Law Act*, soos gewysig deur die *Reform Act*, wat relevant tot hierdie studie is, word vervolgens bespreek.

## 2.2.1 Verandering in terminologie

'n Radikale verandering in terminologie is teweeggebring wat nuwe begrippe in die Australiese reg bekendstel om die ouer-kind verhouding te weerspieël. Op hierdie wyse is weggedoen met die eiendomsaanspraak en idee van mag inherent aan die tradisionele begrippe. Die gewysigde *Family Law Act* maak byvoorbeeld vir 'n *parenting order*<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Family Law Council *Patterns of parenting after divorce 1992: Recommendation 2* (paras 4.06-4.08) soos aangehaal in Finlay *et al Family Law – Cases, Material and Commentary* 945. Let ook op die kommentaar op die verslag deur Maloney & Harrison "Parenting after separation: can the law do better" 1992 *Australian Journal of Family Law* 79 86-87: "Family Law is never static, nor should it be. As additional social science research refines the knowledge we have about children's experiences of and reactions to marriage breakdown, and as alternative dispute resolution techniques and services develop, we need to adapt both law and practices to meet the needs of those who stand to be most affected by the demise of their parent's relationship...Clearly, putting reform of this nature into practice is not for the fainthearted."

<sup>26</sup> Die oogmerk van die versoek is soos volg gestel: "[To] examine and report on the operation of the *Children Act (UK) 1989* in the light of the Government's predisposition to depart from the current regime of guardianship, custody and access in the *Family Law Act 1975* and to enact provisions based on those contained in the (UK) *Children Act*." Family Law Council, Letter of Advice to the Attorney-General on the Operation of the (UK) *Children Act 1989*, 10 March 1994, at ii soos aangehaal deur Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 4.

<sup>27</sup> Die *Children Act (UK) 1989* bied die mees omvattende voorbeeld van 'n verandering in terminologie om die ouer-kind verhouding te weerspieël: Maloney & Harrison 1992 *Australian Journal of Family Law* 86. Hierdie wet dien in baie opsigte as model vir wetswysigings in ander jurisdiksies: SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act Project 110 Issue Paper 13* (1998) 141.

<sup>28</sup> Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 18; Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 1997 4; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 4.

<sup>29</sup> *Family Law Act* a 64B. Ingevolge a 64C kan 'n *parenting order* tgw 'n ouer van 'n kind of 'n derde verleen word. A 65C bepaal dat beide ouers of enig een van die ouers, die kind self of 'n persoon wat met die versorging, welsyn of ontwikkeling van die kind gemoeid is aansoek vir 'n *parenting order* kan doen. A 65F sit die algemene vereistes uiteen waaraan voldoen moet word alvorens 'n *parenting order* verleen word. Daar word oa vir 'n konferensie van alle belanghebbendes met 'n gesinsraadgewer voorsiening gemaak om die aangeleentheid te bespreek. Die beste belang van die kind is die oorheersende oorweging ingevolge a 65F in die verlening van 'n *parenting order*. Sien ook Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 8-11.



voorsiening wat 'n *residence order*,<sup>30</sup> 'n *contact order*,<sup>31</sup> 'n *child maintenance order*<sup>32</sup> of 'n *specific issues order*<sup>33</sup> kan insluit.

## 2 2 2 Parental responsibility<sup>34</sup>

Ouerlike verantwoordelikheid verteenwoordig 'n sleutelbegrip in die *Family Law Act*. Hierdie begrip vervang die bekende begrippe soos voogdy en bewaring en is deel van die veranderde benadering ten opsigte van die ouer-kind verhouding.

### 2 2 2 1 Wie het ouerlike verantwoordelikheid?

Ouerskap, ongeag huwelikstatus, bring ouerlike verantwoordelikhede mee.<sup>35</sup> Die belangrikste kenmerk van ouerlike verantwoordelikheid is dat dit voortduur onafhanklik van enige veranderings in die ouers se verhouding.<sup>36</sup> Geen ander persoon kan direk of indirek ouerlike verantwoordelikheid in die geheel verkry nie, hetsy by wyse van 'n hofbevel of 'n formele ooreenkoms.<sup>37</sup>

'n Derde persoon kan wel ouerlike verantwoordelikheid by wyse van 'n *parenting order* verkry maar slegs tot die mate in die spesifieke bevel uiteengesit.<sup>38</sup> Dit beteken dat die nuwe gade van 'n natuurlike ouer wat graag by die kort- en langtermyn versorging van 'n kind se

<sup>30</sup> *Family Law Act* a 64B 2(a), 3, 7(a) en 8(a). Sien ook Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 8-9. Die *residence order* bepaal slegs waar die kind woon en is dus enger as die tradisionele idee van bewaring. 'n *Residence order* kan aan beide ouers verleen word of dit kan selfs aan 'n derde persoon verleen word sonder om ouerlike bevoegdhede te beeindig.

<sup>31</sup> *Family Law Act* a 64B 2(b), 4, 7(b) en 8(b). Sien ook Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 9. 'n *Contact order* vervang die bevel tot toegang en kan tgv 'n derde soos 'n grootouer of enige ander persoon verleen word. Kontak is nie tot fisiese kontak beperk nie en kan ook uit telefoonoproepe of briefwisseling bestaan.

<sup>32</sup> *Family Law Act* a 64B 2(c), 5. Sien ook Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 10.

<sup>33</sup> *Family Law Act* a 64B 2(d), 6, 7(c) en 8(c). Sien ook Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 6-10. 'n *Specific issues order* maak vir enige aspek van ouerlike bevoegdhede voorsiening wat nie deur 'n *residence*, *contact* of *child maintenance order* gereël word nie. A 64B(6) gee 'n voorbeeld van so 'n bevel: 'n persoon kan bv die verantwoordelikheid vir die langtermyn sorg, welsyn en ontwikkeling van die kind ontvang.

<sup>34</sup> Hierna ouerlike verantwoordelikheid.

<sup>35</sup> *Family Law Act* a 61 C (1); Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151: 'n model van formele gelykheid.

<sup>36</sup> *Family Law Act* a 61C(2); Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 5.

<sup>37</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 157.

<sup>38</sup> *Family Law Act* a 61D(1). 'n *Residence order* verleen bv nie *parental responsibility* nie en dui ingevolge a 64B2(a) slegs aan wie die persoon of persone is by wie die kind bly. Sien in die algemeen Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 157; Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 31. A65C bepaal dat 'n aansoek vir 'n *parenting order* deur 'n ouer, 'n kind of enige persoon gemoeid met die sorg, welsyn of ontwikkeling van die kind gebring kan word.

lewe betrokke wil wees, vir 'n *specific issues order*<sup>39</sup> en 'n *residence order* sal moet aansoek doen.

## 2 2 2 2 Die inhoud van ouerlike verantwoordelikheid

Ouerlike verantwoordelikheid word soos volg omskryf:<sup>40</sup>

"[A]ll the duties, powers, responsibilities and authority which, by law, parents have in relation to children."

Anders as in die uiteensetting in die 1989 Konvensie<sup>41</sup> is daar geen verwysing na ouerlike regte nie. Slegs die tyd sal leer of die weglating enige praktiese effek sal hê.<sup>42</sup> Die werklike inhoud van ouerlike verantwoordelikheid word andersins deur die volgende twee oorwegings bepaal:<sup>43</sup>

- (a) of 'n ouer ouerlike verantwoordelikheid deur regswerking het of nie; en
- (b) of die uitoefening van ouerlike verantwoordelikheid deur 'n *parenting order* verleen deur 'n hof beperk word.

Waar beide ouers ouerlike verantwoordelikheid deur regswerking het en daar geen relevante hofbevel van krag is nie behels die inhoud al daardie verantwoordelikhede wat vir die daaglikse en langtermyn welsyn van die kind nagekom moet word.<sup>44</sup> Hierdie regsposisie blyk duidelik uit Australiese wetgewing.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> *Family Law Act* a 64B(6) en sien vn 33. A 64B(6) bepaal oa die volgende: "A specific order may, for example, confer on a person (whether alone or jointly with another person) responsibility for the long-term care, welfare and development of the child."

<sup>40</sup> *Family Law Act* a 61B.

<sup>41</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 5 bepaal die volgende: "State Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention."

<sup>42</sup> Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 6-7.

<sup>43</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 156.

<sup>44</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 156.

<sup>45</sup> *Family Law Act* a 64B(6), 65G(1)(a)(ii) en a 65P.

### 2 2 2 3 Beeëndiging van ouerlike verantwoordelikheid

Die algemene beginsel is dat ouerlike verantwoordelikheid beeëndig word indien 'n kind agtienjarige ouderdom<sup>46</sup> bereik of in die geval van aanneming.<sup>47</sup> Ouerlike verantwoordelikheid verminder wel soos die kind meer volwasse word en in staat is om onafhanklike besluite te neem.<sup>48</sup>

Ouerlike verantwoordelikheid word in die algemeen nie geraak deur 'n *parenting order* nie, behalwe indien dit uitdruklik so bepaal word.<sup>49</sup> Sou dit in die beste belang van 'n kind wees dat 'n ouer van ouerlike verantwoordelikheid uitgesluit word, sal die aangewese uitweg 'n *specific issues order*<sup>50</sup> wees. Hierdeur kan ouerlike verantwoordelikheid vir die daaglikse en langtermyn versorging van 'n kind uitsluitlik in een ouer gevestig word.

### 2 2 3 Ouerlike samewerking

Ouers word aangemoedig om sover as moontlik self ooreenkoms te bereik oor die toekoms van hul kind.<sup>51</sup> Die struktuur wat gebruik word om samewerking te verkry, is 'n *parenting plan*.<sup>52</sup> Die *Family Law Council*<sup>53</sup> was van mening dat die gebruik van 'n goed gestruktureerde plan en gids tot 'n *parenting plan* ouers sal help om te fokus op die wyse waarop hulp aan hul kind na egskeiding verleen kan word. In 'n tyd van emosionele omwenteling bied die plan 'n struktuur waarop ouers kan steun en die formele pad van litigasie vermy.

'n *Parenting plan* behels 'n skriftelike ooreenkoms tussen ouers waarin hulle die reëlins ten opsigte van *residence*, *contact*, onderhoud en enige ander aangeleentheid rakende ouerlike

<sup>46</sup> *Family Law Act* a 63F.

<sup>47</sup> Aanneming val buite die bestek van die *Family Law Act* en word deur wetgewing van die onderskeie jurisdiksies gereël. Die effek van aanneming is dat ouerlike verpligtinge en bevoegdhede van die biologiese ouers beeëndig word en in die aannemende ouer(s) vestig. Die *Family Law Act* a 60, a 60AA en a 63F(4) maak wel vir aanneming voorsiening maar net vir aanneming deur 'n stiefouer.

<sup>48</sup> Die idee van *parental responsibility* as 'n versameling van bevoegdhede wat verminder soos die kind ontwikkel, is in ooreenstemming met die benadering soos in *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 uiteengesit. Hierdie benadering is deur die *High Court in Secretary, Department of Health and Community Services v JWB and SMB (Re Marion)* (1992) 175 CLR 210 bevestig. Sien ook Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 156; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 8.

<sup>49</sup> *Family Law Act* a 61D(2).

<sup>50</sup> *Family Law Act* a 61C(1) en (3); a 64B(6).

<sup>51</sup> *Family Law Act* a 64B(2)(d).

<sup>52</sup> *Family Law Act* a 63B.

<sup>53</sup> *Family Law Council Patterns of parenting after divorce* par 5.07-5.08 1992 soos aangehaal in *Parker et al Australian Family Law in Context* 894-895.

verantwoordelikheid kan uiteensit.<sup>54</sup> Die hof is steeds betrokke en sal die *parenting plan* nagaan om te bepaal of dit in die beste belang van die kind is.<sup>55</sup> Die vereistes wat vir die registrasie<sup>56</sup> van die *parenting plan* gestel word en die wyse waarop die hof betrokke is, verteenwoordig 'n kompromie tussen ouers as besluitnemers en die hof wat moet besluit wat in die beste belang van die kind is.

#### 2 2 4 Gesinsgeweld

Die wysigings aan die *Family Law Act* maak uitdruklik voorsiening vir die belang daarvan om 'n kind teen gesinsgeweld te beskerm.<sup>57</sup> Die Gesinshof moet byvoorbeeld in die uitoefening van sy jurisdiksie oorweeg skenk aan die behoefte daaraan om beskerming teen gesinsgeweld te verleen.<sup>58</sup> Ook in die kontrolelys<sup>59</sup> van faktore wat deur die hof oorweeg moet word om die beste belang van 'n kind te bepaal, is daar drie spesifieke oorwegings wat met gesinsgeweld verband hou en wat soos volg lui:

- "(g) [T]he need to protect the child from physical or psychological harm caused, or that may be caused, by:
- (i) being subjected or exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour; or
  - (ii) being directly or indirectly exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour that is directed towards, or may affect, another person

<sup>54</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 1601-161; Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 29; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 11.

<sup>55</sup> *Family Law Act* a 63F(6).

<sup>56</sup> *Family Law Act* a 63H(1).

<sup>57</sup> Die wetswysigings is in 'n groot mate gebaseer op die aanbevelings van die *Australian Law Reform Commission* in hul ondersoek na toegang tot 'n kind waar die omringende omstandighede gekompliseerd is: Australian Law Reform Commission *For the sake of kids Complex contact cases and the Family Court* Report 73 1995 20-31 en die volgende aanbevelings wat gemaak is:

"*Recommendation 2.3*

In determining the best interests of the child, the Court should have regard to any history of violence in the parents' relationship. Violence is not only physical but also extends to verbal, emotional, psychological, sexual and financial abuse.

*Recommendation 2.5*

The Family Law Act should provide that the Court in determining the best interests of the child must consider the need to protect the child from physical or psychological harm caused, or that may be caused, by being directly or indirectly exposed to abuse, ill treatment, violence or other behaviour which is directed against a third party or affects or may affect a third party.

*Recommendation 2.6*

Any legislation which refers to the child's right of contact with parents and significant others should be qualified by the proviso 'where it is in the child's best interests'."

<sup>58</sup> *Family Law Act* a 43(ca).

<sup>59</sup> *Family Law Act* a 68F.

- (h) ...
- (i) any family violence involving the child or a member of the child's family;
- (j) any family violence order that applies to the child or to a member of the child's family..."

Daar is ook 'n aantal nuwe bepalings<sup>60</sup> wat verseker dat enige bevel wat deur die Gesinshof verleen is nie in konflik is met 'n bevel rakende gesinsgeweld wat in enige van die jurisdiksies verleen is nie. Die wyse waarop die *Family Law Act* nou beskerming teen gesinsgeweld verleen en die sensitiwiteit wat daarvoor geopenbaar word, stem in 'n groot mate ooreen met die benadering van die howe voor die *Reform Act* in werking getree het.<sup>61</sup> Die feit dat die relevante bepalings spesifiek in wetgewing vervat is, dui tog aan hoe belangrik dit geag word dat voldoende aandag aan beskerming teen gesinsgeweld verleen word.

## 2 3 Die *Family Law Act* en die status van die kind

### 2 3 1 *Status van die kind in die algemeen*

Meerderjarigheidsouderdom in die Australiese reg word in die algemeen statutêr<sup>62</sup> op agtien jaar neergelê. Daar is ook ander ouderdomsgrense wat relevant is en vervolgens word 'n aantal voorbeelde gegee.

#### 2 3 1 1 Litigasie

Persone onder die ouderdom van agtien jaar is verskyningsonbevoeg vir doeleindes van siviele litigasie in eie naam in die *High Court*, die *Federal Court* of die *Supreme Courts* van die onderskeie state of grondgebiede.<sup>63</sup> 'n Kind mag wel verrigtinge in die Gesinshof instel oor 'n aangeleentheid wat hom raak.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Sien Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 14-15 vir 'n algemene oorsig van die relevante bepalings.

<sup>61</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151, 163; Harrison & Graycar "The Australian *Family Law Reform Act*" 5.

<sup>62</sup> Meerderjarigheidsouderdom word in die onderskeie jurisdiksies by wyse van afsonderlike wetgewing neergelê, bv Queensland se *Age of Majority Act* 1974; Tasmanië se *Age of Majority Act* 1973; Victoria se *Age of Majority Act* 1977.

<sup>63</sup> Human Rights and Equal Opportunity Commission & Australian Law Reform Commission *Speaking for ourselves. Children and the legal process* Issues Paper 18 1996 13 (hierna HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 en relevante hofreëls in vn 24 aangehaal.

<sup>64</sup> *Family Law Act* a 63C(1)(b).

### 2 3 1 2 Huweliksluiting

'n Persoon mag vanaf agtienjarige ouderdom in die huwelik tree.<sup>65</sup> 'n Dogter tussen die ouderdom van sestien en agtien jaar mag met ouerlike toestemming in die huwelik tree.<sup>66</sup> Die hof kan ook toestemming tot huweliksluiting verleen indien die ouers onredelik sou weier.<sup>67</sup>

### 2 3 1 3 Stemreg

Diegene wat agtien jaar of ouer is, kan stemreg uitoefen in verkiesings van die Gemenebes, state of plaaslike owerhede.<sup>68</sup>

### 2 3 1 4 Opvoeding

Al die state en grondgebiede, met die uitsondering van Tasmanië, lê verpligte skoolopvoeding<sup>69</sup> tussen die ouderdomme van ses en vyftien jaar neer. In Tasmanië<sup>70</sup> strek verpligte skoolopvoeding vanaf ses tot sestien jaar.

### 2 3 1 5 Kinderarbeid

Daar is geen nasionale minimumouderdom waaronder kinderarbeid verbied word nie. Die verskillende jurisdiksies<sup>71</sup> in Australië het elk hul eie wetgewing wat die aangeleentheid reël.

### 2 3 1 6 Mediese behandeling

Die uitgangspunt is dat 'n kind self toestemming tot mediese behandeling kan verleen indien hy volwasse genoeg is om self sodanige besluit te neem.<sup>72</sup> Indien 'n kind nie oor die nodige bevoegdheid beskik om self toestemming te verleen nie sal 'n ouer of diegene wat die primêre verantwoordelikheid vir die welsyn van die kind dra, toestemming verleen.<sup>73</sup>

<sup>65</sup> *Marriage Act 1961 (Cth).*

<sup>66</sup> *Marriage Act 1961 (Cth) a 13, a 14.*

<sup>67</sup> *Marriage Act 1961 (Cth) a 16.*

<sup>68</sup> *Commonwealth Electoral Act 1918 (Cth) a 93.*

<sup>69</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 42 vir relevante wetgewing.

<sup>70</sup> *Tasmanië Education Act 1932 a 9.*

<sup>71</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 45-47 vir 'n algemene oorsig van relevante wetgewing.

<sup>72</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 34-35; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 14.

<sup>73</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority supra* 791; *Secretary, Dept of Health and Community Services v JWB & SMB supra* 215.

## 2 3 1 7 Algemeen

Baie ouderdomsgrense word arbitrêr neergelê en die praktyk om verskillende ouderdomsgrense vir verskillende aktiwiteite (selfs verskillend in die onderskeie jurisdiksies) neer te lê, kan op een of ander wyse histories verklaar word.<sup>74</sup> Daar is argumente dat die ouderdomsgrense hersien moet word, gesien in die lig van die aard van blootstelling wat 'n kind op 'n vroeër ouderdom verkry en volwassenheid wat op 'n vroeër stadium intree.<sup>75</sup> Dit kan meebring dat aktiwiteite geïdentifiseer word waar die beperkings op handelingsbevoegdheid nie meer geregverdig is nie en 'n kind die geleentheid gebied behoort te word om self besluite ten opsigte van 'n spesifieke aktiwiteit te neem.<sup>76</sup>

Die HREOC en die ALRC<sup>77</sup> gee toe dat ouderdomsdifferensiasie in sekere omstandighede geregverdig is om 'n kind te beskerm teen sy eie fisiese onvolwasseneid, beperkte lewensondervinding en kwesbaarheid teen uitbuiting. Aan die ander kant moet ook erken word dat ouderdomsgrense soms arbitrêr neergelê word om die administrasie van die reg te vergemaklik. Die toepaslike vrae na aanleiding van die ondersoek<sup>78</sup> na kinders en die reg word gevolglik soos volg geformuleer:

- "Q 2.2 In what legal contexts, if any, are the different methods of dealing with children, compared to adults, a reflection of inappropriate attitudes towards children, their capacities and their responsibilities?
- Q2.4 Should children be taken to have or given full adult capacity at different ages and in different contexts?
- Q2.5 Does the law in Australia adequately reflect the evolving capacities of children?
- Q2.6 Can the notion that maturity is a developing capacity and that children become increasingly competent to make decisions as they get older be expressed clearly in legislation?"

Bogenoemde is volgens die HREOC en die ALRC voorbeelde van die tipe vrae wat beantwoord moet word ten einde die status van die kind in die hedendaagse samelewing opnuut te omskryf.

<sup>74</sup> Chisholm in *Law and the Status of the Child* 4; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 12.

<sup>75</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 12.

<sup>76</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 12.

<sup>77</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 11.

<sup>78</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 12, 14.

### 2 3 2 Die Gesinshof van Australië (hierna die Gesinshof)

Die Gesinshof verdien aandag omdat dit by uitstek die instelling is wat spesifiek daarop gemik is om na die beste belange van die kind om te sien in enige aangeleentheid wat die kind binne die ouer-kind verhouding raak. Die Gesinshof is gedurende 1976 ingevolge die *Family Law Act* gevestig. Dit is 'n federale hof en beskik oor die bevoegdheid om bevele te verleen wat verband hou met die huweliksverhouding asook alle aangeleenthede wat kinders raak, voortvloeiend uit die verbrekking van ouers se huweliksverhouding of saamwoonverhouding.<sup>79</sup>

Dit is 'n belangrike oogmerk van die Gesinshof om aandag te skenk aan die menslike en emosionele behoeftes van gesinslede en derdes wat op een of ander wyse in 'n geskil met mekaar betrokke is en waar die familiereg relevant is. Daar word gevolglik in 'n groot mate klem gelê op die ontwikkeling van ondersteuningsdienste waarin spesifieke aandag aan die behoeftes van kinders verleen word. Daar word ook aandag geskenk aan gespesialiseerde opleiding vir regters, praktisyns en personeel van die Gesinshof om die emosies van persone, veral dié van kinders, sensitief te hanteer.<sup>80</sup> Daar word byvoorbeeld vereis dat 'n regter van die Gesinshof ten minste vyf jaar moes gepraktiseer het en op grond van sy opleiding, ondervinding en persoonlikheid geskik is om familieregaangeleenthede te hanteer.<sup>81</sup> Die Gesinshof het ook *parens patriae* jurisdiksie en jurisdiksie oor welsynsaangeleenthede.<sup>82</sup>

Waar hofverrigtinge in gewone howe adversatief van aard is, het hierdie prosedure wysigings in die Gesinshof ondergaan juis as gevolg van die besef dat familieregsake eiesoortige kenmerke het.<sup>83</sup> Wetgewende wysigings aan die adversatiewe prosedures hou in baie gevalle met kinders verband, byvoorbeeld die moontlikheid dat 'n afsonderlike regsverteenwoordiger vir 'n kind aangestel kan word.<sup>84</sup> Hierdeur word daar deeglik rekening gehou met die feit dat 'n kind direk betrokke is by die wyse waarop 'n geskil besleg word, selfs al is sodanige kind nie gevoeg as 'n party tot die verrigtinge nie.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> *Family Law Act* a 43; Finlay & Bailey-Harris *Family Law in Australia* 269-275.

<sup>80</sup> Sien in die algemeen Report of the Joint Select Committee *The Family Law Act 1975 Aspects of its operation and Interpretation* 1992 11-65; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 49-50.

<sup>81</sup> *Family Law Act* a 22.

<sup>82</sup> Die Gesinshof het sy welsynsjurisdiksie ingevolge die *Family Law Amendment Act* 1983 verkry.

<sup>83</sup> Fricker "Family law is different" 1995 *Family Law* 306-309.

<sup>84</sup> *Family Law Act* a 65 wat soos volg lui: "[W]here...it appears to the court that the child ought to be separately represented, the court may...order that the child be separately represented, and the court may make such other orders as it considers necessary for the purpose of securing such separate representation."

<sup>85</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 53.



233 *Die Family Law Act: algemene beginsels en oogmerke ten opsigte van die kind*

Die *Reform Act* het 'n verklaring van algemene beginsels en oogmerke tot die *Family Law Act* toegevoeg wat spesifiek op kinders gemik is. Hierdie bepaling is van besondere belang vir doeleindes van die onderhawige studie as gevolg van die onderliggende ideologie ten opsigte van kinders wat deur die inhoud weerspieël word. Hierdie bepaling<sup>86</sup> lui soos volg:

"Sec 60B(1) The object of this Part is to ensure that children receive adequate and proper parenting to help them achieve their full potential, and to ensure that parents fulfill their duties, and meet their responsibilities, concerning the care, welfare and development of their children.

(2) The principles underlying this object are that, except where it is or would be contrary to a child's best interests:

- (a) children have a right to know and be cared for by both their parents regardless of whether their parents are married, have never been married or have never lived together; and
- (b) children have a right of contact, on a regular basis, with both their parents and with other people significant to their care, welfare and development; and
- (c) parents share duties and responsibilities concerning the care, welfare and development of their children; and
- (d) parents should agree about the future of their children."

Die beleidsinhoud van artikel 60B bevat 'n aantal fundamentele aspekte.<sup>87</sup> In die eerste plek word daar uitdrukking aan kinders se regte en ouers se ooreenstemmende verpligtinge verleen.<sup>88</sup> Hierdie formulering is in ooreenstemming met een van die veranderings wat deur die *Reform Act* teweeggebring is, naamlik om van ouers se eiendomsaanspraak op hul kind weg te beweeg. Daar word wel kommentaar op die gebruik van regte-terminologie vir 'n kind gelewer.<sup>89</sup> Die vraag of artikel 60B werklik substantiewe regte aan die kinders verleen, kan nie los van die geheel van die *Family Law Act* beoordeel word nie. Ook word die kind se regte ingevolge artikel 60B nêrens aan die regte ingevolge die 1989 Konvensie gekoppel nie. Artikel 60B kan gevolglik nie beskou word as 'n verordening van die 1989 Konvensie in nasionale reg nie. Ook die voorbehoud in artikel 60B(2) is betekenisvol. Dit beteken dat elkeen van die verdere beginsels onderhewig aan die beste belang van die kind geld. Daardeur word die normatiewe krag van elke reg van die kind wat gelys word, verswak. Die

<sup>86</sup> *Family Law Act* a 60B.

<sup>87</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 150-151. A 60B stem in sekere opsigte met die 1989 Konvensie ooreen, bv a 5, 7, 9, 18, 19 en 20: Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 150; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 9.

<sup>88</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 150; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 9.

<sup>89</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 150-151.

tweede fundamentele aspek van artikel 60B behels 'n beleid van nie-diskriminasie.<sup>90</sup> 'n Kind se regte geld ongeag wat die ouers se huwelikstatus is. In aansluiting hierby erken artikel 60B derdens formele gelykheid tussen ouers in die nakoming van hul verantwoordelikhede teenoor hul kind.<sup>91</sup> Vierdens word partye aangemoedig om self ooreenkoms te bereik oor enige aangeleentheid wat die ouer-kind verhouding raak.<sup>92</sup> Dit dui op vertrouwe wat in ouers geplaas word om in die beste belang van die kind op te tree. Die vyfde fundamentele aspek behels die prioriteit wat aan die probleem van gesinsgeweld in familieregverrigtinge verleen word.<sup>93</sup> Gesinsgeweld word nie spesifiek deur artikel 60B op die voorgrond gestel nie en dit is eerder die resultaat van wysigings aan die kontrolelys van 'n kind se beste belang<sup>94</sup> en die jurisdiksie van die Gesinshof.<sup>95</sup>

Die hoop en verwagting is dat regters roetinegewys op die beginsels vervat in artikel 60B sal steun.<sup>96</sup> Op dié wyse sal die verklaarde norme en fundamentele aspekte van die ouer-kind verhouding in praktyksreëls en in regspraak verskans kan word.

#### 2 3 4 *Die beste belang van die kind*

Die *Reform Act* vervang die welsyn van die kind as oorheersende oorweging<sup>97</sup> met die beginsel van die beste belang van die kind as oorheersende oorweging.<sup>98</sup> Hierdie verandering van bewoording is op 'n tweeledige aanbeveling van die *Family Law Council*<sup>99</sup> gebaseer. Volgens die eerste aanbeveling het die begrip *welfare* sekere konnotasies wat afbreuk doen aan die gebruik daarvan in hierdie konteks. Volgens die tweede aanbeveling is die wysiging geregverdig omdat die beginsel van die beste belang van die kind in ooreenstemming met die gebruik daarvan in die 1989 Konvensie<sup>100</sup> is.

<sup>90</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151; Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 26; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 5.

<sup>91</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151; Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 26-28; Harrison & Graycar 1997 "The Australian Family Law Reform Act" 14-17; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 5-6.

<sup>92</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151, 158-161; Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 28-29; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 11-12.

<sup>93</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 151.

<sup>94</sup> *Family Law Act* a 68F(2).

<sup>95</sup> *Family Law Act* a 43(ca).

<sup>96</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 154.

<sup>97</sup> *Family Law Act* a 64.

<sup>98</sup> Die beginsel van die beste belang van die kind kom in verskeie plekke in die *Family Law Act* voor, bv a 63B (*parenting plan*), 65E (*parenting order*), 67V (*recovery order*) ens.

<sup>99</sup> *Family Law Council Letter of advice to the Attorney-General on the operation of the (UK) Children Act 1989* 1994 10 soos aangehaal deur Bailey-Harris en Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 162-163. Sien ook Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 30; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 12.

Die *Family Law Act*<sup>101</sup> maak vir 'n kontrolelys van faktore voorsiening wat deur die hof oorweeg moet word ten einde te bepaal wat in die beste belang van die kind is. Dit is onseker wat die verhouding is tussen hierdie kontrolelys en die regte van die kind<sup>102</sup> wat in die algemene verklaring van beginsels en oogmerke verleen is.

Die belangrikste verandering in die kontrolelys vergeleke met die bestaande een kan gevind word in die bepaling wat gesinsgeweld<sup>103</sup> as 'n relevante faktor in die beskermingsproses uitlig. In die vorming van 'n geheelbeeld van die beste belang van 'n kind sal gesinsgeweld of

<sup>100</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 307.

<sup>101</sup> *Family Law Act* a 68F(2) en die inhoud lui soos volg:

"(1) Subject to subsection (3), in determining what is in the child's best interests the court must consider the matters set out in subsection (2).

(2) The court must consider:

(a) any wishes expressed by the child and any factors (such as the child's maturity or level of understanding) that the court thinks are relevant to the weight it should give to the child's wishes;

(b) the nature of the relationship of the child with each of the child's parents and with other persons;

(c) the likely effect of any changes in the child's circumstances, including the likely effect on the child of any separation from:

(i) either of his or her parents; or

(ii) any other child, or other person, with whom he or she has been living;

(d) the practical difficulty and expense of a child having contact with a parent and whether that difficulty or expense will substantially affect the child's right to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis;

(e) the capacity of each parent, or of any other person, to provide for the needs of the child, including emotional and intellectual needs;

(f) the child's maturity, sex and background (including any need to maintain a connection with the lifestyle, culture and traditions of Aboriginal peoples or Torres Strait Islanders) and any other characteristics of the child that the court thinks are relevant;

(g) the need to protect the child from physical or psychological harm caused, or that may be caused, by:

(i) being subjected or exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour; or

(ii) being directly or indirectly exposed to abuse, ill-treatment, violence or other behaviour that is directed towards, or may affect, another person;

(h) the attitude to the child, and to the responsibilities of parenthood, demonstrated by each of the child's parents;

(i) any family violence involving the child or a member of the child's family;

(j) any family violence order that applies to the child or a member of the child's family;

(k) whether it would be preferable to make the order that would be least likely to lead to the institution of further proceedings in relation to the child;

(l) any other fact or circumstance that the court thinks is relevant."

(3) If the court is considering whether to make an order with the consent of all the parties to the proceedings, the court may, but is not required to, have regard to all or any of the matters set out in subsection (2)."

<sup>102</sup> *Family Law Act* a 60B(2)(a): die reg om te weet wie jou ouers is en deur hulle versorg te word en a 60B(2)(b): die *right of contact* met beide ouers op 'n gereelde grondslag. Sien Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 162 en Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 9 vir die moontlike verband tussen die kontrolelys en die wyse waarop aan die regte van die kind gevolg gegee sal word.

<sup>103</sup> *Family Law Act* a 68F(2)(g), (i) en (j).

moontlike gesinsgeweld gevolglik as teenwig dien vir die reg van 'n kind om kontak met sy ouers te hê.<sup>104</sup>

### 2 3 5 Die kind se reg op deelname aan verrigtinge ingevolge die familiereg

Die vertrekpunt is artikel 12 van die 1989 Konvensie. 'n Lidland word ingevolge hierdie bepaling daartoe verbind om te verseker dat wetgewing en prosedures die geleentheid aan 'n kind bied om sy eie mening uit te spreek in judisiële of administratiewe verrigtinge wat hom raak.<sup>105</sup> Die mees waarskynlike omstandighede waar artikel 12 sal geld, is in verrigtinge tussen die kind en die staat of waar 'n kind indirek betrokke is, byvoorbeeld by 'n geskil tussen ouers oor bewaring en toegang.<sup>106</sup> Dit is natuurlik moontlik dat 'n kind se reg op deelname aan verrigtinge hom in direkte konflik met ouers kan bring.

Daar word wel in die Australiese reg daarvoor voorsiening gemaak dat 'n kind regsverteenvoordiging kan ontvang.<sup>107</sup> Die kritieke vraag is of 'n regsverteenvoordiger in ooreenstemming met die kind se wense moet optree en of die regsverteenvoordiger op grond van sy eie oortuiging van die beste belang van die kind<sup>108</sup> moet optree. Daar is 'n aantal maatreëls getref waardeur die regsproses verander is sodat daar op die behoeftes van die kind tydens die regsproses gereageer kan word.<sup>109</sup> Hierdie maatreëls getuig almal van pogings om 'n balans tussen die beginsel van die beste belang van die kind en die wense van die kind te vind. Tog is hierdie verskillende modelle van regsverteenvoordiging onbevredigend.<sup>110</sup> In die soeke na een algemene model vir regsverteenvoordiging word die behoeftes van die kind soos volg gestel:<sup>111</sup>

"The needs of children appearing before courts cannot be reduced to legal needs. Their best interests may not be served merely by adapting litigation processes or providing for legal representation or support. Children's particular position in society may mean that they should be provided with special advocacy and assistance in accessing and participating in legal processes in a broader range of areas than are served by current models of advocacy before courts."

<sup>104</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 162; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 13-14.

<sup>105</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 12 verleen nie 'n absolute reg aan alle kinders om in enige aangeleentheid 'n vrye mening uit te spreek nie. A 12(1) bepaal oa: "[T]he views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child."

<sup>106</sup> Otłowski & Tsameny 1992 *Australian Journal of Family Law* 150.

<sup>107</sup> Sien HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 18-19 vir 'n algemene oorsig van die verskillende rolle wat 'n regsverteenvoordiger kan vervul.

<sup>108</sup> Die beginsel van die beste belang van die kind as 'n primêre oorweging verteenwoordig 'n sentrale begrip in die 1989 Konvensie a 3.

<sup>109</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 20-22.

<sup>110</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 22: die modelle van regsverteenvoordiging wissel, afhangend van die besondere vakgebied wat ter sprake is. Ook maak elkeen van die modelle vir 'n verskillende benadering tot die vermoëns en behoeftes van die kind voorsiening.

<sup>111</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 23.

Moontlikhede<sup>112</sup> wat oorweeg kan word, is byvoorbeeld 'n ombudsman vir kinders, die ontwikkeling van 'n handves van kinderregte en 'n toepaslike liggaam wat geskep word om nakoming van die handves te monitor of om bestaande meganismes te versterk.

Die vraag is ook op watter wyse artikel 12 van die 1989 Konvensie spesifiek deel van die Australiese familiereg vorm. Dit blyk eerstens dat verrigtinge rakende 'n kind deur beide of een van die ouers, die kind self of enige ander persoon wat 'n belang in die welsyn van die kind het, ingestel kan word.<sup>113</sup> Dit is egter hoogs uitsonderlik dat 'n kind self verrigtinge sal iniseer en die regbank en wetgewer het al gepoog om die geleentheid waar 'n kind self getuienis in die Gesinshof aflê, te beperk.<sup>114</sup> Tog kan daar nie weggeskram word van artikel 12<sup>115</sup> nie en daar is verskeie maniere waarop hierdie reg op deelname in die familiereg geïmplementeer kan word. 'n Aantal van hierdie maniere word vervolgens bespreek.

### 2 3 5 1 *Family reports*

Die Gesinshof kan gelas dat 'n verslag aan hom voorgelê word indien die welsyn van 'n kind relevant tot die verrigtinge ingevolge die *Family Law Act* is.<sup>116</sup> Die nut van 'n *family report* lê daarin dat dit 'n waardevolle bron van inligting vir die hof oor 'n spesifieke gesin kan wees. Uiteraard kan die opstel van die dokument traumaties vir die gesinslede, veral vir die kind, wees en kan dit selfs gesinsverhoudings vertroebel.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 24.

<sup>113</sup> *Family Law Act* a 63C

<sup>114</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 55. Otlowski & Tsameny 1992 *Australian Journal of Family Law* 152.

<sup>115</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind. Selfs al is die inhoud van die Konvensie nie deel van nasionale reg nie is die federale regering weens ratifikasie verbind daartoe om die inhoud te implementeer.

<sup>116</sup> Die *Family Law Act* a 62G bepaal in wese dat 'n gesinshofraadgewer of maatskaplike werker gelas kan word om sodanige verslag op te stel oor aangeleentheid wat die hof wenslik en relevant ag. Indien nodig kan die hofverrigtinge selfs verdaag word ten einde geleentheid te bied om die verslag te voltooi. Sien ook Parker *et al Australian Family Law in Context* 866: dit is nie algemene praktyk om te gelas dat 'n verslag opgestel word bloot op versoek nie. 'n Verslag sal alleen gevra word indien dit as toeligting vir 'n spesifieke aspek kan dien. Die hof kan besluit oor die gewig wat aan so 'n verslag verleen word. Dit kan as bewysmateriaal toegelaat word in geskrewe vorm of by wyse van mondeling getuienis, selfs al sluit dit hoorsêgetuienis of inligting in wat tydens 'n vertroulike raadgewingsessie bekend geword het. Die persoon wat die verslag opgestel het, kan as algemene reël aan kruisondervraging blootgestel word: Family Court of Australia *Response of the Family Court of Australia to the Attorney-General's Department paper on "Primary dispute resolution services in family law"* 1997 26-27.

<sup>117</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 56; Australian Law Reform Commission *For the sake of kids Complex contact cases and the Family Court* 51-53; Family Court of Australia *Response of the Family Court of Australia to the Attorney-General's Department Paper on "Primary dispute resolution services in family law"* 1997 27.

### 2 3 5 2 Raadgewing

Bykans 75% van dispute word by wyse van raadgewing opgelos.<sup>118</sup> 'n Ooreenkoms wat die posisie van kinders raak, kan dan by die Gesinshof geregistreer word en die hof is verplig om die ooreenkoms te bestudeer ten einde te bepaal of daar voldoende aandag aan die welsyn van die kind verleen is.<sup>119</sup> Dit is in baie gevalle moeilik om bloot op grond van die ooreenkoms te bepaal of die kind self 'n party by die raadgewing was en of die ooreenkoms werklik in die beste belang van die kind is.<sup>120</sup> Daar is wel 'n aanbeveling dat 'n kind doelbewus by die proses betrek behoort te word.<sup>121</sup>

### 2 3 5 3 Parenting plans<sup>122</sup>

Ouers kan met 'n *parenting plan* oor enige aspek ten opsigte van ouerlike verantwoordelikhede ooreenkom. Die beste belang van die kind geld as die oorheersende oorweging by die opstel van sodanige plan.<sup>123</sup> Daar is egter geen statutêre vereiste dat die kind geraadpleeg hoef te word nie maar daar is ook geen bepaling wat 'n kind uitsluit van aktiewe betrokkenheid by die bereiking van die ooreenkoms nie.

### 2 3 5 4 Die kind as getuie in die Gesinshof

Die *Family Law Act* verbied nie 'n kind om getuienis in die Gesinshof af te lê nie. Die *Family Law Rules*<sup>124</sup> bepaal egter die volgende:

"[A] child (other than a child who is, or is seeking to become, a party to proceedings) shall not be called as a witness or remain in court unless the court otherwise orders."

'n Kind mag alleen met die vooraf toestemming van die Gesinshof 'n beëdigde verklaring aflê vir doeleindes van verrigtinge voor die hof.<sup>125</sup> In die praktyk gebeur dit in elk geval by wyse van uitsondering dat 'n regter 'n kind toelaat om in die Gesinshof getuienis af te lê.<sup>126</sup>

<sup>118</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 56.

<sup>119</sup> *Family Law Act* a 60, a 64, a 66zC, a 66zD.

<sup>120</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 20-22. Die verskillende modelle van regsverteenvoordiging het elkeen 'n verskillende benadering tot die vermoëns en behoeftes van kinders.

<sup>121</sup> Family Court of Australia *Discussion Paper: representing the child's interests in the Family Court* 1995 69-70 soos aangehaal in HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 56-57.

<sup>122</sup> Sien volledige bespreking op 369-370.

<sup>123</sup> *Reform Act* a 63B; Nygh 1996 *Australian Journal of Family Law* 11; Parker *et al Australian Family Law in Context* 894-897; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 57.

<sup>124</sup> *Family Law Rules* o 23 r5.

<sup>125</sup> *Family Law Rules* o 23 r5.

<sup>126</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 58.

### 2 3 5 5 'n Onderhoud tussen 'n regter en die kind

'n Regter in kamers mag 'n onderhoud met 'n kind voer maar enigiets wat gesê word, is nie toelaatbaar in die Gesinshof nie.<sup>127</sup> Die bruikbaarheid van hierdie metode is twyfelagtig en van 'n kind se reg op deelname aan die verrigtinge is daar weinig sprake.<sup>128</sup>

### 2 3 5 6 Onafhanklike regsverteenvoordiging van 'n kind<sup>129</sup>

Die Gesinshof het in *In Re K*<sup>130</sup> die rol en funksie van hierdie regsverteenvoordiger met verwysing na die 1989 Konvensie oorweeg. Dit was die eerste keer dat die hof gepoog het om duidelikheid te bied oor die omstandighede waaronder sodanige regsverteenvoordiger aangestel kan word. Die breë en algemene vertrekpunt van die hof was dat so 'n aanstelling geregverdig is indien die belang van die kind onafhanklike verteenwoordiging vereis. Teen hierdie agtergrond is spesifieke situasies uitgelig wat so 'n aanstelling regverdig.<sup>131</sup>

127

*Family Law Rules* o 23 r5.

128

HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 58.

129

*Family Law Act* a 65.

130

1994 FLC a2- 461.

131

Die dertien situasies aangehaal deur HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 60 is die volgende:

- Cases involving allegations of child abuse whether physical, sexual or psychological;
- where there is an apparently intractable conflict between the parents;
- where the child is apparently alienated from one or both parents;
- where there are real issues relating to cultural or religious differences affecting the child;
- where the sexual preferences of either or both of the parents or some other person having significant contact with the child is likely to impinge upon the child's welfare;
- where the conduct of either or both of the parents or some other person having significant contact with the child is likely to impinge upon the child's welfare;
- where there are issues of significant medical, psychiatric or psychological illness or personality disorder in relation to either party or a child or other persons having significant contact with the children;
- any case in which, on the material filed by the parents, neither seems a suitable custodian;
- any case in which a child of mature years is expressing strong views, the giving of effect to which would involve changing a long standing custodial arrangement or a complete denial of access to one parent;
- where one of the parties proposes that the child will either be permanently removed from the jurisdiction or permanently removed to such a place within the jurisdiction as to greatly restrict or for all practicable purposes exclude the other party from the possibility of access to the child;
- cases where it is proposed to separate siblings;
- custody cases where none of the parties are legally represented; and
- applications in the Court's welfare jurisdiction relating in particular to the medical treatment of children where the child's interests are not adequately represented by one of the parties."

Hierdie uitspraak het 'n onmiddellike effek gehad op die getalle van onafhanklike regsverteenvoordigers wat aangestel is. Gedurende 1992-1993 is goedkeuring vir 677 aanstelling verleen en gedurende 1994-1995 het die getalle na 2577 gestyg.

Daar word baie duidelik besef dat die regspraktisyn wat as die kind se verteenwoordiger optree oor besondere vaardighede en kundigheid moet beskik. Die *Law Council* van Australië het byvoorbeeld 'n komitee aangestel wat 'n nasionale opleidingsprogram vir hierdie regspraktisyn moet saamstel en ook die *Legal Aid Commissions* en die Gesinshof word op hierdie komitee verteenwoordig.<sup>132</sup> Ook die *Family Law Council* is daadwerklik betrokke by ondersoeke en voorstelle om die rol van die regsverteenvoordiger so effektief as moontlik te maak.<sup>133</sup>

Dit is belangrik binne die konteks van die onderhawige studie om daarop te wys dat die regsverteenvoordiger nie enigeen van die ouers verteenwoordig nie maar wel die belange van die kind as eerste prioriteit voor oë moet hou. Die persoon moet onpartydig optree en voorleggings aan die hof maak namens die kind maar net as hy van mening is dat die voorleggings in die beste belang van die kind is. Die regsverteenvoordiger is nie verplig om voorleggings te maak in ooreenstemming met die kind se wense of om in ooreenstemming met die kind se wense vir 'n sekere resultaat te argumenteer nie. Dit is ook nie moontlik vir 'n kind om die betrokkenheid van die regsverteenvoordiger te beëindig indien hy ontevrede is met die wyse waarop sy saak gestel word nie. Die Gesinshof is gevolglik tereg bekommerd oor hierdie model van regsverteenvoordiging en poog op 'n proefbasis om raadgewingsdienste en 'n verbeterde model te implementeer.<sup>134</sup>

<sup>132</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 60.

<sup>133</sup> Family Law Council *Report on representation of children in family law proceedings* 1989 en Family Law Council *Discussion Paper on involving and representing children in family law* 1995 soos aangehaal deur HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 61. Die *Family Law Council* stel oa voor dat 'n koördineerder saam met die regsverteenvoordiger aangestel word. Dit sal die taak van eg wees om 'n verslag oor die beste belang van die kind saam te stel, om tussenbeide te tree en die kind se belange te stel in gesprekke tussen die relevante persone en om in samehang met die regsverteenvoordiger aan die kind die prosedures en litigasie te verduidelik. Die regsverteenvoordiger se taak sal wees om in die Gesinshof namens die kind op te tree.

<sup>134</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 18 1996 62; Parker *et al Australian Family Law in Context* 860-864; Otlowski & Tsameny 1992 *Australian Journal of Family Law* 152-155.



### 2 3 6 *Onderhoud vir kinders*

Die *Child Support Scheme* het in 1989 in werking getree en maak vir die berekening van onderhoud voorsiening, gebaseer op 'n statutêre formule.<sup>135</sup> Die *Australian Taxation Office* administreer die insameling van die onderhoud. Dit is ook moontlik dat onderhoud ingevolge die *Family Law Act*<sup>136</sup> afgedwing word.

Die oogmerk van die statutêre skema was om te verseker dat kinders voldoende finansiële steun van hul ouers ontvang.<sup>137</sup> 'n *Special Child Support Advisory Group* is in 1991 deur die regering aangestel om die *Child Support (Assessment) Act 1989 (Cth)* te evalueer. Hul gevolgtrekking was dat Australië toonaangewend in die hervorming van onderhoud aan kinders is en dat die skema betroubaar, billik en effektief funksioneer.<sup>138</sup>

### 2 3 7 *Kinders in sorg*

Daar is 'n hele aantal bepalings in die 1989 Konvensie<sup>139</sup> wat relevant is in die ondersoek na kindersorg in Australië. Artikel 9(1) bepaal byvoorbeeld die volgende:

"State Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child."

Voortspruitend uit die bepalings van die 1989 Konvensie het die federale regering en die regerings van die onderskeie state en grondgebiede die verpligting om toe te sien dat die minimum standaard van sorg geïmplementeer word. Die state en grondgebiede dra in die eerste instansie die verantwoordelikheid om na die algemene sorg en beskerming van kinders om te sien.<sup>140</sup> Die Gemenebes is direk verantwoordelik vir baie van die dienste wat van hulp kan wees in die voorkoming van kindermishandeling en -verwaarlosing.<sup>141</sup>

<sup>135</sup> *Child Support (Assessment) Act 1989 (Cth)*. Sien in die algemeen Dickey *Family Law* 468-477; Finlay *et al Family Law* 365-366.

<sup>136</sup> *Family Law Act Pt VII Div 6*. Sien in die algemeen Dickey *Family Law* 482-494; Finlay *et al Family Law* 383-464.

<sup>137</sup> *Child Support (Assessment) Act 1989 (Cth)* a 3 sit ouers se verpligting om onderhoud aan hul kind te verskaf uiteen. Hierdie bepaling is identies aan ouers se onderhoudsverpligting ingevolge die *Family Law Act* a 66B.

<sup>138</sup> *Child Support Evaluation Advisory Group Child Support in Australia* 1992 soos aangehaal in HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 64.

<sup>139</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 6, a 9, a 19 en a 34.

<sup>140</sup> Al die state en grondgebiede het wetgewing wat die versorging en beskerming van kinders reël, bv die *Children's Service Act 1986 (ACT)*; *Children's Care and Protection Act 1987 (NSW)*; *Children's Protection 1993 (SA)* ens.

<sup>141</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 65-66. Die Gemenebes het bv reeds 'n *National Child Protection Council* in die lewe geroep en 'n *National Child Abuse Protection Strategy* van stapel gestuur.

Die meeste state en grondgebiede het een of ander verpligte vorm van rapporteringstelsel van kindermishandeling of –verwaarlosing.<sup>142</sup> Elke beampte van die Gesinshof is verplig om kindermishandeling, of selfs slegs 'n vermoede van kindermishandeling, aan te meld.<sup>143</sup>

Alle kindersorgaangeleenthede word in elkeen van die Australiese jurisdiksies in 'n kinderhof aangehoor, sou dit gebeur dat 'n saak so ver gevoer word.<sup>144</sup> Die Gesinshof het in elk geval ook welsynjurisdiksie en tree as *parens patriae* op. Die alternatief vir hofverrigtinge behels gesinsterapie, raadgewing en voortgesette toesighouding oor die funksionering van die gesin deur die relevante staatsdepartement.<sup>145</sup>

Die twispunt is natuurlik tot welke mate staatsinmenging geregverdig is. Dit word in 'n groot mate bepaal deur die wyse waarop verwaarlosing of mishandeling gedefinieer word. Ook die omstandighede waaronder kinders uit gesinsverband verwyder word kan omstrede wees. Op een vlak behels dit 'n debat tussen die voorstanders van gesinsoutonomie en diegene wat kinderregte bevorder. Op 'n ander vlak behels die debat oor die grense vir staatsinmenging die vergelyking van kompeterende strategieë waardeur 'n kind se welsyn bevorder kan word.<sup>146</sup>

Die verskillende Australiese jurisdiksies maak voorsiening vir 'n verskeidenheid bevels wat verleen kan word. Dit kan enigeen van die volgende moontlikhede behels:<sup>147</sup>

- (a) 'n Onderneming deur ouers dat hulle aan die minimum standarde van sorg sal voldoen. Geen verdere toesighouding vind plaas nie.
- (b) Toesighouding deur die relevante departement wat met 'n onderneming deur ouers gekombineer kan word.
- (c) 'n Kind kan in die bewaring van 'n derde, soos 'n ander familielid, geplaas word.
- (d) Die relevante staatsdepartement kan voogdy of bewaring van die kind verkry.

<sup>142</sup> Parker *et al* *Australian Family Law in Context* 917-91; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 67-69.

<sup>143</sup> *Family Law Act* a 70BB.

<sup>144</sup> Parker *et al* *Australian Family Law in Context* 918.

<sup>145</sup> Parker *et al* *Australian Family Law in Context* 918-925; HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 69-73.

<sup>146</sup> Parker *et al* *Australian Family Law in Context* 918-922.

<sup>147</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 71-73.

Die wyse waarop daar kennis geneem word van die behoeftes van kinders wat deel van die inheemse bevolking vorm, is relevant vir die Suid-Afrikaanse reg. Die *Aboriginal Placement Principle* word algemeen aanvaar en selfs in wetgewing uiteengesit.<sup>148</sup> Hierdie beginsel vereis dat 'n kind wat aan 'n inheemse bevolkingsgroep behoort en nie deur sy ouers versorg kan word nie by die uitgebreide gesin, die gemeenskap of selfs in 'n ander inheemse gesin in sorg geplaas moet word. Ten einde hierdie beginsel prakties uit te voer, is daar verskeie *Aboriginal and Islander Care Agencies* wat hulp verleen in die plasing van sulke kinders.<sup>149</sup>

Kinders word uiteindelik verskillend hanteer afhangend van die jurisdiksie waarin hulle woonagtig is. Ook binne 'n spesifieke jurisdiksie is daar nie altyd die gewenste skakeling tussen die verskillende instansies wat by kindersorg betrokke is nie. Dit moet ook in gedagte gehou word dat kinders getraumatiseer kan word indien 'n regstelsel nie sensitief vir hul behoeftes is nie. 'n Onderzoek wat plaasvind, 'n besluit oor die moontlike plasing van 'n kind wat lank neem om gefinaliseer te word en onvoldoende of ontoeganklike dienste is maar enkele voorbeelde van situasies wat ook spanning vir 'n kind kan meebring.

#### 2 4 Die 1989 Konvensie en die ouer-kind verhouding

Een van die betekenisvolle aspekte in die evaluering van die 1989 Konvensie en die ouer-kind verhouding lê in die openbare debatvoering wat die ratifikasie voorafgegaan het.<sup>150</sup> Terwyl daar groot steun vir ratifikasie ontvang is, was daar ook hewige kritiek uit talle oorde. Nietemin was mense in 'n mindere of meerdere mate ten minste bewus van die moontlike ratifikasie van die Konvensie.

Baie van die kritiek teen ratifikasie was op vrese gebaseer.<sup>151</sup> Daar is kommer uitgespreek dat die 1989 Konvensie strydig met die belang van die gesin in die samelewing is. Daar is ook gevrees dat kinderregte ouerlike gesag sou ondermyn en buitengewone inmenging in die gesinslewe sou meebring.

Die Federale regering het nog nie wetgewing verorden waardeur die 1989 Konvensie in nasionale reg geïmplementeer kan word nie.<sup>152</sup> Daar word uiteraard 'n sterk pleidooi gelewer

<sup>148</sup> *Children (Care and Protection) Act 1987 (NSW)* a 87; *Community Welfare Act 1993 (NT)* a 69 soos aangehaal: HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 74.

<sup>149</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 74.

<sup>150</sup> Alston in *The UN Children's Convention and Australia* 1-2; Otlowski & Tsamenyi 1992 *Australian Journal of Family Law* 137.

<sup>151</sup> Alston in *The UN Children's Convention and Australia* 1-4; Otlowski & Tsamenyi 1992 *Australian Journal of Family Law* 137.

<sup>152</sup> Otlowski & Tsamenyi 1992 *Australian Journal of Family Law* 140.

dat die Konvensie so gou as moontlik geïmplementeer moet word.<sup>153</sup> 'n Kritieke vraag in die aanloop tot implementering is natuurlik wat die effek van implementering op nasionale reg gaan wees. Vir doeleindes van die onderhawige studie word gekonsentreer op die moontlike gevolge van implementering op die ouer-kind verhouding.

#### 2 4 1 *Gevolge van ratifikasie van die 1989 Konvensie*

Soos in die Suid-Afrikaanse reg vorm die ouer-kind verhouding in die Australiese reg nie net deel van die familiereg nie maar ook van die personereg. Die wyse waarop die 1989 Konvensie die onderskeie verhoudings tussen ouers, die kind en die staat raak, kan meebring dat ratifikasie van die Konvensie betekenisvolle implikasies vir die ouer-kind verhouding inhou.

Die uiteensetting van die ouer-kind verhouding in die Australiese reg dui aan dat regsdenke reeds beïnvloed is en dat daar begin is om vernuwend op te tree. Die wysigings wat aan die *Family Law Act* teweeggebring is, is in sekere opsigte deur die 1989 Konvensie beïnvloed.<sup>154</sup>

Ook die omvangryke projek van die HREOC en die ALRC om ondersoek in te stel na die wyse waarop 'n kind se lewe deur die regsproses geraak word, is ten dele deur ratifikasie van die Konvensie geïnspireer.<sup>155</sup> Daar word geargumenteer dat kinderregte op 'n spesifieke wyse binne die regsproses, binne die gesin en ten opsigte van beskerming binne gesinsverband geartikuleer en erken behoort te word.<sup>156</sup>

Ook akademiese literatuur weerspieël die erns waarmee die 1989 Konvensie bejeën word. Een en 'n half jaar na die Konvensie deur die Australiese regering geratifiseer is, is 'n kongres<sup>157</sup> met die tema *Transforming the Convention on the Rights of the Child into Australian Law and Practice* gehou. Die vraag oor die mate van erns waarmee die Konvensie bejeën moet word, moes beantwoord word. Daar moes helderheid verkry word oor die rede vir ratifikasie – was dit bloot simbolies van aard en daarop gemik om solidariteit te toon met

<sup>153</sup> Sien in die algemeen bydraes gelewer in die *UN Children's Convention and Australia* deur Burdekin, Cass en Harrison.

<sup>154</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 149-150; Bailey-Harris "Family law reform – changes down under" 1996 *Family Law* 214; Otlowski & Tsamenyi 1992 *Australian Journal of Family Law* 140-159.

<sup>155</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 6.

<sup>156</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 1996 14, 16. In die ondersoek moet bv bepaal word of daar in die regsproses die korrekte balans tussen die verantwoordelikhede van die staat en die verantwoordelikhede van ouers aanwesig is. Daar moet ook bepaal word of 'n kind se reg op deelname ingevolge die 1989 Konvensie en die beste belang in die regsproses weerspieël word.

<sup>157</sup> Alston in *The UN Children's Convention and Australia* iii.

lande waar die Konvensie regtig nodig is? Aandag is onder andere aan kinders van inheemse groepe,<sup>158</sup> kinders wat haweloos is<sup>159</sup> en welsynshulp aan kinders en gesinne geskenk.<sup>160</sup>

Van besondere belang is die *Public Interest Advocacy Centre* wat deur die HREOC en die *Australian Council of Social Services* (hierna ACOSS) as konsultant betrek is om oor 'n tydperk van ses maande die implikasies van die 1989 Konvensie op die Australiese reg en praktyk te ondersoek. Daar is tydens die kongres terugvoer oor die werksaamhede van die projekkomitee tot op daardie tydstip gegee.<sup>161</sup> Dit was volgens die besondere taakgroep duidelik dat daar 'n behoefte aan 'n nasionale agenda vir kinders is, veral as gevolg van die volgende redes:<sup>162</sup>

- (a) Daar is nie 'n nasionale visie oor die plek van kinders in die Australiese gemeenskap nie.
- (b) Daar is weinig openbare konsensus oor die inhoud van 'n gesonde verhouding met kinders, omstandighede wat vir 'n kind voordelig is of wat die "beste" reg, beleid en praktyk ten opsigte van kinders is.
- (c) Die hoofstroom politieke agenda sluit nie strydvrage rakende kinders in nie.
- (d) Die belange van kinders, hul behoeftes of regte word nie roetinegewys in ag geneem in die formulering van openbare beleid nie. Intendeel, dit word gereeld geïgnoreer.

<sup>158</sup> Butler in *The UN Children's Convention and Australia* 50-52; Bailey-Harris in *The UN Children's Convention and Australia* 67-70.

<sup>159</sup> O'Connor in *The UN Children's Convention and Australia* 62-66.

<sup>160</sup> Carter in *The UN Children's Convention and Australia* 40-49.

<sup>161</sup> Fishwick & Hogan in *The UN Children's Convention and Australia* 86-97. Dit moet beklemtoon word dat die werksaamhede van die *Public Interest Advocacy Centre* onafhanklik is van die voorgeskrewe moniteringsfunksie waartoe elke lidland ingevolge die 1989 Konvensie verbind is ingevolge a 44.

<sup>162</sup> Fishwick & Hogan in *The UN Children's Convention and Australia* 90.

- (e) Daar is baie min bekend oor die effek van openbare beleidsbesluite op kinders.
- (f) Kinders word nie as die belangrikste belegging vir die toekoms beskou nie.

Die wyse waarop vir kinderregte voorspraak gemaak word, is gevolglik van kritieke belang en daar is duidelik 'n behoefte dat dit op 'n gespesialiseerde wyse plaasvind.<sup>163</sup> Die strekking van die taakgroep se terugvoer het aangesluit by 'n gemeenskaplike element wat in al die bydraes by die kongres gevind is. Die boodskap was duidelik vir elkeen van die hoog aangeskrewe deskundiges wat betrokke was - implementering van die 1989 Konvensie in die reg, beleid en praktyk behels 'n uiters komplekse en veeleisende taak.<sup>164</sup>

## 2.5 Gevolgtrekking

Een van die opvallende kenmerke van die Australiese reg op die onderhawige terrein is die aantal instansies wat by die implementering en evaluering van die reg betrokke is. Dit is instansies wat op federale vlak funksioneer en wat gevolglik regshervorming kan inisieer wat op die hele Australië van toepassing is. Hierdie instansies bestaan meesal uit kundiges op die gebied van die familiereg en die Gesinshof kan by uitstek as illustrasie hiervan voorgehou word.<sup>165</sup> Die Gesinshof met sy geïntegreerde raadgewingsdienste, terapeutiese benadering tot die ouer-kind verhouding en aard van beskerming wat aan gesinslede verleen word, word ten nouste met die toepassing van die *Family Law Act* geassosieer.<sup>166</sup> Ook die verwysings na die verskillende navorsingsprojekte in die bespreking getuig van navorsing wat op 'n deurlopende grondslag plaasvind en die proses van regshervorming voorafgaan.<sup>167</sup> Die Australiese familiereg word gekenmerk as 'n dinamiese deel van die Australiese reg wat sensitief op sosiale realiteite en internasionale strominge reageer.

Teoreties stem die uitoefening van ouerlike bevoegdhede in die Australiese reg met die tweede model van ouerlike gesag ooreen. Hierdie model gaan hand aan hand met die erkenning van kinderregte. Die verandering in terminologie dra betekenisvol daartoe by dat 'n openbare persepsie van deelnemende besluitneming binne gesinsverband geskep word en stem ook met die boodskap van die 1989 Konvensie ooreen. Kontak met belangegroepe en inligting wat aan die publiek versprei word, vorm 'n kernelement in die geheel van

<sup>163</sup> Fishwick & Hogan in *The UN Children's Convention and Australia* 95-96.

<sup>164</sup> Alston in *The UN Children's Convention and Australia* iv. Hierdie boodskap is van besondere belang binne die Suid-Afrikaanse konteks, gegewe die amper minagtende wyse waarop kinderregte tydens die grondwetskrywende proses hanteer is. Sien bespreking op 294.

<sup>165</sup> Bailey-Harris & Dewar 1997 *Child and Family Law Quarterly* 164 en sien bespreking op 374.

<sup>166</sup> Dewar 1996 *Australian Journal of Family Law* 18, 24-25.

<sup>167</sup> Vergelyk bv die beleidsinisiatiewe vermeld in SA Regskommissie *The review of the Child Care Act Issue Paper 13 Project* 110 1198 36-50.

regsontwikkeling wat plaasvind.<sup>168</sup> Gemeet aan 'n gebalanseerde teorie van kinderrechte val die klem oorwegend op 'n kind se regte op versorging. Die ondersoek na die status van die kind en die reg op deelname aan die regsproses geniet wel op die hoogste vlak aandag.<sup>169</sup> Ook die bydraes wat gelewer is by die bespreking oor die implementering van die 1989 Konvensie in die Australiese reg getuig van die besef dat kinderrechte ook regte op outonomie behels.<sup>170</sup>

Statutêr sit die verklaring van algemene beginsels en oogmerke wat die relevante bepalings in die *Family Law Act (UK)* voorafgaan die benadering teenoor kinders uiteen.<sup>171</sup> Dit is so dat die *Children Act 1989* 'n belangrike verwysingsbron was vir die regsontwikkeling wat plaasgevind het maar die algemene verklaring van beginsels getuig daarvan dat die erkenning en implementering van kinderrechte 'n stap verder in die Australiese reg geneem is.

### 3 SKOTLAND

#### 3.1 Agtergrond

Die belangrikste historiese bronne rakende die ouer-kind verhouding in die Skotse reg bestaan uit 'n kombinasie van die Romeinse reg, kanonieke reg en, veral wat voogdy aanbetref, die feodale reg.<sup>172</sup> Sedert die einde van die agtiende eeu is die kerngesin, bestaande uit 'n man en vrou wat wettig met mekaar getroud is en hul kinders, die belangrikste sosiale eenheid in Skotland.<sup>173</sup>

Die ouer-kind verhouding word in die algemeen deur drie verbandhoudende beginsels gekenmerk.<sup>174</sup> Eerstens is die belange van die kind van primêre belang. Tweedens, ten einde hierdie belange te bevorder het beide ouers sekere verantwoordelikhede. Derdens beskik ouers oor sekere regte waardeur hulle in staat gestel word om hul verantwoordelikhede na te kom. Hierdie drie beginsels kom egter geïsoleerd voor en as deel van die groter beplanning om uiteindelik die familiereg en die reg ten opsigte van kinders te kodifiseer het die Skotse

<sup>168</sup> Sien in die algemeen Harrison & Graycar "The Australian Family Law Reform Act" 6-17.  
<sup>169</sup> HREOC & ALRC *Children and the legal process* 14-25, 49-77.

<sup>170</sup> Sien bv onderskeidelik Cass 22-28; Rayner 34-39; Fischwick & Hogan 86-97; Castell-McGregor 987 en Hassall 105-109 in *The UN Children's Convention and Australia*.

<sup>171</sup> Hierdie verklaring lui soos volg: "The object of this part is to ensure that children receive adequate and proper parenting to help their full potential, and to ensure that parents fulfill their duties, and meet their responsibilities, concerning the care, welfare and development of their children."

<sup>172</sup> Wilkinson & Mck Norrie *Parent and Child* 4-5.

<sup>173</sup> Thomson *Family Law in Scotland* 1.

<sup>174</sup> Clive "Reform of the law on the child and the family" 1992 *Juridical Review* 109 110.

Regskommissie 'n ondersoek van stapel gestuur en sekere aanbevelings<sup>175</sup> gemaak. Hierdie aanbevelings is uiteindelik in die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>176</sup> vervat. As deel van hierdie omvattende projek het die status van kinders ook aandag geniet.<sup>177</sup> Die aanbevelings van die Skotse Regskommissie het tot die *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1990* aanleiding gegee.

Die Verenigde Koninkryk het in Desember 1991 die 1989 Konvensie geratifiseer.<sup>178</sup> Dit is duidelik dat die inhoud van die Konvensie 'n groot rol gespeel het in die wetwysigings ten opsigte van die ouer-kind verhouding in die Skotse reg.<sup>179</sup>

### 3 2 Die ouer-kind verhouding

Die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>180</sup> verteenwoordig 'n fundamentele verandering van die ouer-kind verhouding in die Skotse privaatrek en dit vorm die kern van die onderhawige bespreking. Die Skotse Regskommissie<sup>181</sup> het ook verwys na die onderlinge verhouding in die uitoefening van ouerlike bevoegdhede en die status van die kind. Dit verklaar waarom die *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* ook in 'n groot mate in die bespreking aandag sal geniet.<sup>182</sup>

<sup>175</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* No 135 (1992) 3-62.

<sup>176</sup> 'n Aantal oorwegings het meegewerk tot die ondersoek van die Skotse Regskommissie. Daar was eerstens 'n verandering in die sosiale persepsie oor die status van kinders. Kinders word toenemend as individue in eie reg gesien en die aard van die ouer-kind verhouding word waargeneem as 'n verhouding van verantwoordelikhede teenoor 'n kind, eerder as 'n verhouding waarin die regte van ouers beklemtoon word. Tweedens het *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority supra* die weg gebaan vir die erkenning van kinderregte.

<sup>177</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity and responsibility of minors and pupils* No 110 (1987).

<sup>178</sup> Sien in die algemeen Landsdown "Implementing the UN Convention on the Rights of the Child in the UK" 1995 *Child and Family Law Quarterly* 122-127.

<sup>179</sup> Sien in die algemeen Clive 1992 *Juridical Review* 109-126; Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 155-166. Die 1989 Konvensie verteenwoordig die erkenning van kinderregte op die gebied van die volkereg. Ratifikasie van die Konvensie deur die Britse regering het meegebring die Skotse nasionale reg, gemeet aan die bepalings van die Konvensie, wysigings moes ondergaan.

<sup>180</sup> Spesifiek Deel I van die *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>181</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 1-2.

<sup>182</sup> Sien bespreking op 399-401.



3 2 1 *Verandering in terminologie*

Die Skotse Regskommissie het in sy besprekingsdokument oor *Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property*<sup>183</sup> daarop gewys dat bestaande wetgewing na ouerlike regte<sup>184</sup> maar nog nie na ouerlike verantwoordelikhede (*parental responsibilities*) verwys nie. Die Regskommissie was van mening dat 'n algemene verklaring oor ouerlike verantwoordelikhede die volgende voordele sou inhou:<sup>185</sup>

- "(a) [I]t would make explicit what was already implicit in the law;
- (b) it would counteract any impression that a parent had rights but no responsibilities; and
- (c) it would enable the law to make it clear that parental rights were not absolute or unqualified, but were conferred to enable parents to meet their responsibilities."<sup>186</sup>

Alhoewel dit so is dat wetgewing na ouerlike regte verwys het, is lank reeds aanvaar dat hierdie ouerlike regte tot voordeel van die kind bestaan en geregverdig kan word om 'n ouer in staat te stel om sy verpligtinge teenoor sy kind na te kom.<sup>187</sup> 'n Verandering in terminologie na ouerlike verantwoordelikhede sou die klem verskuif na hierdie aspek as die kernbegrip in die ouer-kind verhouding. Ook sou die gebruik van ouerlike verantwoordelikhede en regte, eerder as net ouerlike regte, betekenisvol daartoe bydra om weg te beweeg van die idee dat ouers regte op hul kinders het.<sup>188</sup> Die oogmerk met die spesifieke bepaling oor ouerlike regte was gevolglik om al hierdie regte statutêr uiteen te sit ten einde so duidelik as moontlik die inhoud daarvan te verklaar en om te bevestig dat dit bestaan om 'n ouer in staat te stel om sy verantwoordelikhede na te kom.<sup>189</sup>

Die resultaat is dat daar na ouers se bevoegdhede as ouerlike verantwoordelikhede<sup>190</sup> en ouerlike regte<sup>191</sup> verwys word. In laasgenoemde geval is die uiteensetting van ouerlike regte in die *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986*<sup>192</sup> vervang. Die wyse waarop daar

<sup>183</sup> Skotse Regskommissie *Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property* Discussion Paper No 88 (1990) 3.

<sup>184</sup> Die betekenis van *parental rights* waarna verwys is, word in die *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986* a 8 vervat en lui soos volg: "[Parental rights mean] tutory, curatory, custody or access, as the case may require, and any right or authority relating to the welfare or upbringing of a child conferred on a parent by a rule of law."

<sup>185</sup> Skotse Regskommissie *Parental responsibilities and rights* 5.

<sup>186</sup> Die derde voordeel vind aanklank by die wyse waarop ouerlike gesag in *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority* supra 170 en 185 geformuleer is.

<sup>187</sup> *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 WLR 830 841.

<sup>188</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 3-12.

<sup>189</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 6-12.

<sup>190</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1.

<sup>191</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 2.

<sup>192</sup> A 8.

nou na ouerlike gesag as ouerlike verantwoordelikhede en regte verwys word, is ook in ooreenstemming met die 1989 Konvensie.<sup>193</sup>

Die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>194</sup> verleen die bevoegdheid aan die hof om bevele rakende ouerlike verantwoordelikhede, ouerlike regte, voogdy of die bestuur van 'n kind se boedel te verleen. Drie van hierdie bevele is nuwe bevele en stem ooreen met die onderliggende filosofie van die wet om die klem op ouerlike verantwoordelikhede te laat val en om weg te beweeg van 'n "regte"-benadering. Hierdie drie bevele is 'n *residence order*,<sup>195</sup> 'n *contact order*<sup>196</sup> en 'n *specific issue order*.<sup>197</sup>

Die *residence order* vervang 'n aspek van die tradisionele bewaringsbevel en reël 'n kind se verblyf. Die oogmerk is dat ouers hul verantwoordelikhede steeds na egskeiding sal nakom en die idee van bewaring strook nie daarmee nie. Die nie-bewarende ouer word immers van sekere verantwoordelikhede uitgesluit indien 'n kind nie meer by hom woon nie.<sup>198</sup> Sou die hof dus 'n *residence order* verleen, word die ander ouer nie uitgesluit van sy reg om ook beheer uit te oefen oor die grootmaak van die kind en om leiding en raad aan die kind te bied nie.<sup>199</sup>

'n *Contact order* sit die omstandighede uiteen waaronder persoonlike verhoudings en direkte kontak tussen 'n ouer en 'n kind gehandhaaf kan word.<sup>200</sup> Hierdie bevel is daarop gemik om gevolg te gee aan die ouerlike verantwoordelikheid<sup>201</sup> en die ouerlike reg<sup>202</sup> om persoonlike verhoudings en direkte kontak met 'n kind te behou indien die kind nie meer by die ouer woon nie. Die *contact order* vervang die reg op toegang wat gewoonlik as 'n reg van die ouer gesien is.<sup>203</sup>

'n *Specific issues order* verleen die bevoegdheid aan die hof om 'n bevel te verleen oor enige vraagstuk wat ontstaan of kan ontstaan in verband met ouerlike verantwoordelikhede, ouerlike

<sup>193</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5 en a 18. Sien in die algemeen Skotse Regskommissie *Report on family law* 3-4 waar na die 1989 Konvensie en ook na die posisie in die Engelse reg verwys is.

<sup>194</sup> a 11(1) en a 11(2).

<sup>195</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2)(c). Hierdie bevel reël tot voordeel van die kind die omstandighede waaronder ouers hul regte kan uitoefen.

<sup>196</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2)(d).

<sup>197</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2)(e).

<sup>198</sup> Jamieson *Parental responsibilities and rights* 33 en 33-42 in die algemeen. Sien ook Skotse Regskommissie *Report on family law* 9-10.

<sup>199</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1)(c); Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 33.

<sup>200</sup> *Children (Scotland) Act* a 11(2)(d); Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 43-52.

<sup>201</sup> *Children (Scotland) Act* a 1(1)(c).

<sup>202</sup> *Children (Scotland) Act* a 2(1)(c).

<sup>203</sup> Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 42-43; Skotse Regskommissie *Report on family law* 10-11.

regte, voogdy of die administrasie van 'n kind se bates.<sup>204</sup> Vraagstukke wat ontstaan, sal tipies verband hou met gesondheidsorg, opvoeding of geloof.<sup>205</sup>

### 3 2 2 Ouerlike verantwoordelikhede en ouerlike regte

#### 3 2 2 1 Wie het ouerlike verantwoordelikhede en regte?

Die uitgangspunt is dat "'n ouer"<sup>206</sup> oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik. "'n Ouer" word gedefinieer<sup>207</sup> as 'n persoon se genetiese moeder of vader, onderhewig aan die bepalinge van die *Adoption (Scotland) Act 1978* en die bepalinge van die *Human and Embryology Act 1990*.

Die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>208</sup> bepaal uitdruklik dat die moeder, hetsy getroud of ongetroud, oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik. 'n Vader beskik oor hierdie verantwoordelikhede en regte indien hy met die moeder getroud was ten tyde van die verwekking van die kind op of enige tydstep daarna.<sup>209</sup> Die ongetroude natuurlike vader word dus uitgesluit maar dit is moontlik om by wyse van 'n hofbevel<sup>210</sup> of ooreenkoms<sup>211</sup> met die moeder ouerlike verantwoordelikhede en regte te verkry.

Die Skotse Regskommissie het aanbeveel<sup>212</sup> dat daar weggedoen word met die diskriminasie teenoor die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind en dat hy vanuit die staanspoor saam met die moeder ouerlike verantwoordelikhede en regte behoort te hê. Die aanbeveling is egter verwerp en die bestaande regsposisie is wesenlik herverorden.<sup>213</sup>

<sup>204</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2)(e); Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 23-24.

<sup>205</sup> Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 23.

<sup>206</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1), a 2(1) en a 3.

<sup>207</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 15(1). Hierdie bepaling is ook onderhewig aan a 3(1)(b) wat nie outomaties ouerlike verantwoordelikhede en regte aan die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind verleen nie.

<sup>208</sup> A 3(1)(a).

<sup>209</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 3(1)(b) en a 3(2).

<sup>210</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(1), a 11(2)(b), a 11(11).

<sup>211</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 4.

<sup>212</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 12-14, 128-130. Sien ook Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 5-10, Clive 1992 *Juridical Review* 113-115.

<sup>213</sup> Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 5-10. Sien ook *Commentary on Children (Scotland) Act 1995* waar geargumenteer word dat die regsposisie in konflik met a 18 van die 1989 Konvensie is wat beide ouers by die versorging en grootmaak van hul kinders betrek. Die uitsluiting van die natuurlike vader van die buite-egtelike kind van ouerlike verantwoordelikhede is ook strydig met die filosofie van die *Children (Scotland) Act* wat juis die klem op ouerlike verantwoordelikhede teenoor kinders plaas.

Dit is moontlik dat die hof ouerlike verantwoordelikhede aan 'n ander persoon kan ople of regte kan verleen.<sup>214</sup> Dit is belangrik om te onthou dat 'n bevel wat ouerlike verantwoordelikhede en regte verleen nie die status van ouerskap meebring nie maar slegs sekere gevolge daarvan vir die betrokke persoon inhou.

### 3 2 2 2 Inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en ouerlike regte

Anders as in die geval van die Australiese wetgewing<sup>215</sup> gee die *Children (Scotland) Act 1995* 'n redelik volledige uiteensetting van ouerlike verantwoordelikhede. Hierdie ouerlike verantwoordelikhede behels die volgende:<sup>216</sup>

- "(a) [T]o safeguard and promote the child's health, development and welfare;
- (b) to provide in a manner appropriate to the stage of development of the child, direction and guidance to the child;
- (c) if the child is not living with the parent, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
- (d) to act as the child's legal representative."

'n Aantal oorwegings<sup>217</sup> het 'n rol gespeel in die aanbevelings wat die statutêre verklaring van ouerlike verantwoordelikhede voorafgegaan het. Die relevante bepaling van die 1989 Konvensie<sup>218</sup> is byvoorbeeld in ag geneem. Dit is veral artikel 5 van die Konvensie wat as 'n belangrike verwysing gebruik is. Hierin word ouerlike verantwoordelikhede soos volg uiteensit:

"[T]he responsibilities...of parents...to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention."

Die Skotse Regskommissie<sup>219</sup> het gevoel dat die begrippe *appropriate guidance and direction* sinvol is en in ooreenstemming is met die idee dat 'n kind oor regte beskik. Ouerlike verantwoordelikhede behoort ook op sodanige wyse geformuleer te word dat dit die verantwoordelikheid insluit om op 'n gereelde grondslag persoonlike kontak met 'n kind te behou waar 'n gesamentlike huishouding nie meer gedeel word nie.<sup>220</sup> Dit is volgens die Skotse Regskommissie ook deel van ouers se verantwoordelikhede om 'n kind se boedel te

<sup>214</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2).

<sup>215</sup> Sien bespreking op 367-368.

<sup>216</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1).

<sup>217</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 3-4.

<sup>218</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 5 en a 18.

<sup>219</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 4.

administreer, kontrakte namens die kind te sluit en namens die kind te litigeer. Hierdie aspekte van ouerlike verantwoordelikhede moes ook deel van die statutêre uiteensetting vorm.<sup>221</sup>

In reaksie op die Skotse Regskommissie se besprekingsdokument oor *Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property*<sup>222</sup> was daar ook groot steun vir 'n statutêre formulering van ouerlike regte. Dit moes egter so uiteengesit word dat die klem op ouerlike verantwoordelikhede sou val en dit duidelik gestel word dat ouers slegs oor regte beskik om hul verantwoordelikhede na te kom.<sup>223</sup>

Die resultaat is die volgende moderne formulering van ouerlike regte<sup>224</sup> wat ten dele op die 1989 Konvensie geskoei is:

"[A] parent, in order to enable him to fulfil his parental responsibilities in relation to his child, has the right-

- (a) to have the child live with him or otherwise to regulate the child's residence;
- (b) to control, direct or guide, in a manner appropriate to the stage of development of the child, the child's upbringing;
- (c) if the child is not living with him, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
- (d) to act as the child's legal representative."

Dit is in die nakoming van ouerlike verantwoordelikhede en in die uitoefening van ouerlike regte wat daar op 'n betekenisvolle wyse aan 'n kind se reg op deelname<sup>225</sup> aan die besluitnemingsproses erkenning verleen word. Die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>226</sup> vereis van 'n persoon om in die neem van 'n belangrike besluit so ver as wat prakties moontlik is oorweging aan die mening van die kind te skenk.

Dit is hierdie bepaling wat in sy praktiese effek sekerlik die belangrikste aanduiding gaan wees van die mate van erkenning wat kinderregte in die ouer-kind verhouding geniet. Beoordeel vanuit die ouers se perspektief word 'n gesindheidsverandering vereis in die wyse

<sup>220</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law 4*. Toegang word tradisioneel as 'n ouerlike reg beskou maar behoort as deel van die ouerlike verantwoordelikhede gesien te word wat nagekom behoort te word indien dit in die beste belang van die kind is.

<sup>221</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law 4*.

<sup>222</sup> Skotse Regskommissie *Parental responsibilities and rights 7-18*.

<sup>223</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law 6-12*.

<sup>224</sup> *Children (Scotland) Act 1995 a 2(1)*.

<sup>225</sup> Die reg op deelname verteenwoordig een van die belangrikste regte in die hoofstroom van regte op outonomie. Dit is 'n reg wat ingevolge die 1989 Konvensie a 12 erkenning geniet en ook ingevolge die *Children (Scotland) Act a 6(1)*. Sien ook Skotse Regskommissie *Report on family law 18-19*.

waarop hulle hul ouerlike bevoegdhede uitoefen. Die volgende redes kan hiervoor aangevoer word.<sup>227</sup>

- (a) Dit is baie moeilik om te monitor of ouers wel erns maak met hul kind se reg om by besluitneming betrokke te wees. Selfs al sou ouers hierdie reg van die kind ignoreer, is dit problematies om 'n sanksie te vind wat ouers tot nakoming sal verplig.
- (b) Die werking van artikel 6 is tot die neem van 'n belangrike besluit beperk. 'n Kind se betrokkenheid by besluitneming kan alleen suksesvol wees indien ouers begin om 'n onderskeid te tref in die aard van besluitneming wat vereis word. Ouers wat tradisioneel al die besluite oor en namens hul kinders geneem het,<sup>228</sup> sal byvoorbeeld steeds die onafdwingbaarheid van artikel 6 tot hul voordeel kan gebruik om met hul eie besluitnemingsproses voort te gaan.
- (c) Die feit dat daar slegs oorweging aan 'n kind se mening geskenk hoef te word, en ook net waar prakties moontlik, plaas die *onus* op ouers om in die uitoefening van bevoegdhede as vertrekpunt die beginsel van artikel 6 te erken. Hierdie beginsel plaas die kind op die voorgrond as 'n persoon wat in eie reg 'n mening kan uitspreek wat gerespekteer en oorweeg behoort te word.<sup>229</sup>

Die inisiatief van die Skotse Regskommissie en die staat wat die *Children (Scotland) Act* op die wetboek geplaas het, verteenwoordig in die breë die erkenning wat aan kinderregte in die uitoefening van ouerlike bevoegdhede verleen behoort te word. Dit verteenwoordig 'n begin en die verandering in terminologie in die *Children (Scotland) Act 1995* kan 'n belangrike rol speel om gesindhede te verander. Artikel 6 illustreer egter dat kinderregte nie net formele erkenning nie maar ook morele erkenning vereis.

<sup>226</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 6(1). Die belangrike besluit waarna verwys word, is 'n besluit wat die vervulling van 'n ouerlike verantwoordelikheid of die uitoefening van 'n ouerlike reg behels.

<sup>227</sup> Sien in die algemeen Clive *Juridical Review* 119.

<sup>228</sup> Dus die eerste model van ouerlike gesag.

<sup>229</sup> Clive *Juridical Review* 119.

### 3 2 2 3 Beëindiging van ouerlike verantwoordelikhede en regte

Die realiteit van gesinslewe behels dat ouerlike verantwoordelikhede wat ondersteunend, beskermend of adviserend van aard is steeds kan voortduur selfs na 'n kind al 'n groot mate van volwassenheid en oordeelsvermoë ontwikkel het. Die uiteensetting hieronder toon aan dat daar wegbeweeg is van die idee dat ouerlike verantwoordelikhede en regte beëindig word wanneer die kind 'n spesifieke ouderdom bereik het. Die formulering en interpretasie van die relevante bepaling is ook in ooreenstemming met die gees van die 1989 Konvensie omdat dit rekening met die wisselende vermoëns en behoeftes van die kind hou.

- (a) Die ouerlike verantwoordelikheid om die kind se gesondheid, ontwikkeling en welsyn te beskerm en te bevorder duur voort tot op sestienjarige ouderdom.<sup>230</sup> Daar is geen ooreenstemmende ouerlike reg nie.
- (b) Die ouerlike verantwoordelikheid ten opsigte van die grootmaak van die kind en die ooreenstemmende ouerlike reg word ook aan verskillende ouderdomsgrense gekoppel.<sup>231</sup> Die onderlinge wisselwerking word op die volgende bondige wyse deur Jamieson<sup>232</sup> uiteengesit:
- "There is a parental responsibility to provide, in a manner appropriate to the stage of development of the child, direction to the child until he is 16 and guidance to him until he is 18. To that end, there is a parental right to control, direct or guide, in a manner appropriate to the stage of development of the child, the child's upbringing until he is 16. The right of control and direction is lost after the child attains 16 years of age, leaving the parent with a responsibility to provide guidance for a further two years."
- (c) Ouers het die reg dat 'n kind by hulle sal woon of om andersins die kind se verblyf te reël.<sup>233</sup> Hierdie ouerlike reg duur voort tot die kind sestien jaar oud is.<sup>234</sup> Die hof se bevoegdheid om 'n bevel te verleen wat die verblyf van 'n kind reël, bestaan ook net tot die kind sestienjarige ouderdom bereik het.<sup>235</sup>

<sup>230</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1)(a) en a 1(2)(a); Skotse Regskommissie *Report on family law 5*.

<sup>231</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1)(b), a 1(2)(a) en 1(2)(b), a 2(1)(b) en a 2(7).

<sup>232</sup> Jamieson *Parental responsibilities and rights 6*. Sien ook Skotse Regskommissie *Report on Family Law 6* vir regverdiging van verskillende ouderdomsgrense.

<sup>233</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 2(1)(a).

<sup>234</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 2(1)(a) en 2(1)(7).

<sup>235</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(2)(c); Jamieson *Parental responsibilities and rights 6*. Tov bewaring sien Jamieson *Parental responsibilities and rights 6-7*; Thomson *Family Law in Scotland*; Skotse Regskommissie *Report on family law 7, 9-10*.

- (d) Kontak met of toegang tot 'n kind is tegelykertyd 'n ouerlike verantwoordelikheid en 'n ouerlike reg indien die kind nie by die ouer woon nie.<sup>236</sup> Hierdie ouerlike verantwoordelikheid en ouerlike reg duur voort tot die kind sestien jaar oud is en daar word veronderstel dat die partye daarna self oor die mate van kontak 'n ooreenkoms sal bereik.<sup>237</sup>
- (e) 'n Kind is vanaf sestienjarige ouderdom handelingsbevoeg.<sup>238</sup> Dit verklaar waarom die ouerlike verantwoordelikheid en die ouerlike reg om as verteenwoordiger vir die kind op te tree beeindig word wanneer die kind sestien jaar oud word.<sup>239</sup>

Ouers kan andersins nie sonder 'n geregtelike proses van hul ouerlike verantwoordelikhede en regte afstand doen nie.<sup>240</sup> 'n Ouer kan wel iemand aanstel om sommige of al die ouerlike verantwoordelikhede en regte namens hulle na te kom of uit te oefen.<sup>241</sup>

Die hof beskik wel oor die bevoegdheid om ouerlike verantwoordelikhede en regte te beeindig.<sup>242</sup> 'n Ouer word net van ouerlike verantwoordelikhede en regte ontnem in die mate wat in die hofbevel bepaal word.<sup>243</sup> Die welsyn van die kind is die oorheersende oorweging in die hof se besluit om die bevel te verleen of nie.<sup>244</sup>

Soos in die geval van die Australiese reg<sup>245</sup> is die idee ook dat ouers hul ouerskap behou selfs al deel hulle nie meer 'n huishouding of woon hulle nie meer saam met die kind nie.<sup>246</sup> Die aard van die bevel bevestig hierdie idee en is ook in ooreenstemming met die bepaling van die 1989 Konvensie.<sup>247</sup>

<sup>236</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1)(c), a 1(2)(a), a 2(1)(c) en a 2(7).

<sup>237</sup> Clive (1992) *Juridical Review* 112.

<sup>238</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*.

<sup>239</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 1(1)(9), a 2(1)(a), a 2(1)(d) en a 2(1)(7).

<sup>240</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 3(5).

<sup>241</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 3(5).

<sup>242</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(1)(a), a 11(1)(b) en a 11(2)(a).

<sup>243</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(1); Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 19.

<sup>244</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(7)(a). In ooreenstemming met die beginsel van minimum inmenging sal die hof nie 'n bevel verleen nie tensy van oordeel dat dit beter vir die kind is om 'n bevel te verleen as om nie so 'n bevel te verleen nie; Clive 1992 *Juridical Review* 122-123; Skotse Regskommissie *Report on family law* 51-52.

<sup>245</sup> Sien bespreking op 367-369.

<sup>246</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 57-58; *Children (Scotland) Act 1995* a 11(11).

<sup>247</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 9(3).



### 3 3 Status van die kind

#### 3 3 1 Status van die kind in die algemeen

Die uitgangspunt in die Skotse reg is dat 'n kind iemand onder die ouderdom van agtien jaar is.<sup>248</sup> Sestienjarige ouderdom is ook 'n betekenisvolle ouderdom. 'n Persoon onder die ouderdom van sestien jaar het as vertrekpunt geen handelingsbevoegdheid om enige transaksie aan te gaan nie, terwyl 'n persoon bo sestienjarige ouderdom wel sodanige bevoegdheid het.<sup>249</sup>

Die *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*<sup>250</sup> is deur 'n omvangryke ondersoek van die Skotse Regskommissie voorafgegaan.<sup>251</sup> In die oorweging van die toedrag van sake op die tydstop van die ondersoek is drie oogmerke geïdentifiseer wat nagestreef moes word en wat soos volg uiteengesit word:<sup>252</sup>

- "(a) [T]he law should protect young people from the consequences of their immaturity without restricting unnecessarily their freedom of action;
- (b) that the law should not cause unnecessary prejudice to adults who enter into transactions with young people; and
- (c) that the law should be clear and coherent and should accord with modern social and economic conditions."

Daar is in die verslag van die Regskommissie geen twyfel daaroor dat die bestaande regsreëls nie aan die behoeftes van kinders en volwassenes voldoen nie en dat die reg inherent baie kompleks is.<sup>253</sup> Daar is dan ook groot steun ontvang vir die omvattende wysigings wat voorgestel is.<sup>254</sup>

<sup>248</sup> *Age of the Majority (Scotland) Act 1969* a 1(1). Hierdie bepaling is in ooreenstemming met die VN Konvensie op die Regte van die Kind a 1.

<sup>249</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 1(1)(a) en 1(1)(b). 'n Transaksie word in a 9 gedefinieer om te voorkom dat dit net as 'n kontraktuele ooreenkoms gesien word. Sien ook Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 14-15.

<sup>250</sup> Datum van inwerkingtreding 25 September 1996.

<sup>251</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors*.

<sup>252</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 6.

<sup>253</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 6-8.

<sup>254</sup> Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 8.

3 3 1 1 Die *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* en persone onder die ouderdom van sestien jaar

Die algemene reël dat 'n persoon onder die ouderdom van sestien jaar geen handelingsbevoegdheid het nie, word deur 'n aantal spesifieke en een algemene uitsondering gekwalifiseer.<sup>255</sup>

- (a) 'n Persoon beskik vanaf twaalfjarige ouderdom oor volle testeerbevoegdheid.<sup>256</sup>
- (b) 'n Persoon beskik vanaf twaalfjarige ouderdom oor volle handelingsbevoegdheid om toestemming vir sy aanneming te verleen.<sup>257</sup>
- (c) 'n Persoon onder die ouderdom van sestien jaar is ten volle handelingsbevoeg om toestemming te verleen tot chirurgiese, mediese en tandheelkundige prosedures of behandeling indien die mediese praktisyn van mening is dat die persoon daartoe in staat is om die gevolge van sodanige behandeling of prosedures te besef.<sup>258</sup>
- (d) Die algemene uitsondering lui soos volg:<sup>259</sup>
  - "A person under the age of 16 years shall have legal capacity to enter into a transaction –
  - (a) of a kind commonly entered into by persons of his age and circumstances and
  - (b) on terms which are not unreasonable."

Dit is veral laaste algemene uitsondering wat in ooreenstemming met 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte is. Dit bied ruimte vir 'n subjektiewe toets om die individuele kind se volwassenheid en oordeel binne sy spesifieke omstandighede te toets en verleen hierdeur erkenning aan ontwikkelende vermoëns. Die teenkant is die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte op 'n wyse wat sensitief vir hierdie algemene uitsondering is.

<sup>255</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2 in die algemeen.

<sup>256</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2(2); Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 378-379.

<sup>257</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2(3); Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 528-530.

<sup>258</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2(4); Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 182-187; Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 4-5, 24-31.

<sup>259</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2(1); Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 354; Skotse Regskommissie *Report on the legal capacity of minors* 19-22.

## 3 3 1 2 Ander ouderdomsgrense .

- (a) 'n Persoon onder die ouderdom van een-en-twintig jaar kan aansoek doen om tersydestelling van 'n transaksie wat aangegaan is op 'n tydstip toe hy ouer as sestien jaar maar jonger as agtien jaar was , indien dit 'n nadelige transaksie was.<sup>260</sup> Selfs al beskik 'n persoon vanaf sestienjarige ouderdom oor handelingsbevoegdheid hou die reg rekening daarmee dat beskerming verleen behoort te word aan diegene wat weens hul gebrek aan ondervinding benadeel kan word. Ook hierdie bepaling is in ooreenstemming met die teorie van kinderregte wat steeds aan 'n adolessent 'n reg op beskerming verleen.
- (b) 'n Persoon mag vanaf sestienjarige ouderdom in die huwelik tree sonder ouerlike toestemming.<sup>261</sup>
- (c) Verpligte skoolopvoeding duur tot op sestienjarige ouderdom.<sup>262</sup>
- (d) 'n Persoon kan vanaf sestienjarige ouderdom 'n voltydse beroep beklee.<sup>263</sup>
- (e) Dit is moontlik om vanaf sestienjarige ouderdom die ouerhuis te verlaat sonder om in sorg geplaas te word.<sup>264</sup>
- (f) Selfs al word 'n "kind" gedefinieer as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar, duur die meeste ouerlike verantwoordelikhede net voort totdat 'n kind sestien jaar oud is. Ouerlike regte word beëindig indien die kind sestien jaar oud is.<sup>265</sup>

260

*Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 a 3; Wilkinson & McK. Norrie Parent and Child 355-357*

261

*Marriage (Scotland) Act 1977 a 1(1).*

262

*Education (Scotland) Act 1980 a 30 en a 31.*

263

*Children and Young Persons (Scotland) Act 1937 a 25 – a 31 (soos gewysig).*

264

*Social Work (Scotland) Act 1968 a 15 verplig 'n plaaslike owerheid om 'n persoon onder die ouderdom van sewentien jaar in sorg te plaas indien deur sy ouers verlaat. In die praktyk word dit nie gedoen tov persone ouer as sestien jaar nie: Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 164.*

265

Sien bespreking op 396-398.

### 3 3 2 *Welsyn van die kind*

Die welsyn van die kind is 'n bekende begrip in die Skotse reg. Die *Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986*<sup>266</sup> vereis byvoorbeeld dat die hof die welsyn van die kind as die oorheersende oorwegings moet ag in bevel wat met ouerlike regte verband hou.<sup>267</sup>

Ingevolge die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>268</sup> is die welsyn van die kind die hof se oorheersende oorweging in die besluit of 'n bevel rakende ouerlike verantwoordelikhede en regte verleen moet word of nie.

Die Skotse Regskommissie was nie ten gunste van 'n statutêre kontrolelys om te bepaal die welsyn van die kind behels nie.<sup>269</sup> Dit was vir die Regskommissie wel van belang dat 'n kind die geleentheid gebied word om sy eie mening uit te spreek, nie as deel van die groter ondersoek na sy welsyn nie, maar in eie reg.<sup>270</sup> Hierdie aangeleentheid geniet vervolgens aandag.

### 3 3 3 *'n Kind se reg op deelname aan besluitneming*

'n Kind se reg op deelname aan besluitnemingsprosesse is in ooreenstemming met die 1989 Konvensie.<sup>271</sup> Die waarde wat aan 'n kind se mening verleen word, word in die Skotse reg in 'n groot mate bepaal deur die tipe besluit wat geneem word en vier algemene kategorieë kan onderskei word.<sup>272</sup>

#### 3 3 3 1 *'n Absolute reg op deelname*

Die toestemming van 'n kind ouer as twaalf jaar is 'n geldigheidsvereiste in die verlening van 'n aannemingsbevel tensy die hof van oordeel is dat die kind nie daartoe in staat is om toestemming te verleen nie.<sup>273</sup> Hierdie benadering is in ooreenstemming met die 1989

<sup>266</sup> a 3(2).

<sup>267</sup> Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 206-225. Die outeurs verwys ook op 165 na die uitoefening van ouerlike gesag wat aan die welsyn van die kind moet voldoen.

<sup>268</sup> a 11(7)(a).

<sup>269</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 52-53.

<sup>270</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 52-53.

<sup>271</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind a 12.

<sup>272</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 156. Sutherland se gevolgtrekking op 162-164 is dat daar nie voldoende geleentheid aan 'n kind gebied word om deel te neem aan besluitneming nie. Sy identifiseer 'n aantal struikelblokke, nl versuim om 'n kind te sien as 'n persoon wat 'n aktiewe rol het om te vervul in besluitneming, kinders wat onbewus van hul reg op deelname is, geen of beperkte toegang tot regshulp en gebrek aan spesifieke verteenwoordiging op regerings- of quasi-regeringsvlak.

<sup>273</sup> *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* a 2(3).

Konvensie en strek selfs veel verder as die maatstaf van *due weight* wat in die Konvensie gebruik word.<sup>274</sup>

### 3 3 3 2 Oorweging aan 'n kind se mening

Hierdie is die mees algemene kategorie van 'n kind se betrokkenheid by besluitneming. Die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>275</sup> erken hierdie beginsel. Dit kom eerstens<sup>276</sup> ter sprake in die neem van 'n belangrike besluit wat die nakoming van ouerlike verantwoordelikhede of die uitoefening van ouerlike regte vereis. Hier moet so ver as prakties moontlik oorweging aan die mening van 'n kind geskenk word met inagneming van sy ouderdom en volwassenheid. 'n Kind is nie verplig om 'n *mening* uit te spreek nie maar die besluitnemer moet ten minste die geleentheid aan hom bied om dit te doen. Die *Children (Scotland) Act 1995* werk ook met 'n vermoede dat 'n kind vanaf twaalfjarige ouderdom oor die nodige volwassenheid beskik om 'n mening te vorm. Die wyse waarop hierdie bepaling verwoord is, bied steeds die geleentheid aan 'n kind jonger as twaalf jaar om ook by die besluit betrek te word.<sup>277</sup>

Tweedens vereis die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>278</sup> dat die hof in die besluit oor die verlening van 'n bevel wat met ouerlike verantwoordelikhede en regte verband hou, 'n kind op die volgende wyse sal betrek:

- "(7) [I]n considering whether or not to make an order...and what order to make, the court-
- (a) .....
- (b) taking account of the child's age and maturity, shall so far as practicable-
- (i) give him an opportunity to indicate whether he wishes to express his views;
- (ii) if he does so wish, give him an opportunity to express them; and
- (iii) have regard to such views as he may express."

Ook hierdie bepaling gee gevolg aan artikel 12 van die 1989 Konvensie. 'n Kind van twaalf jaar of ouer word vermoed oor die nodige ouderdom en volwassenheid te beskik om 'n mening te vorm maar dit doen nie afbreuk aan die vermoë van 'n kind onder die ouderdom van twaalf jaar om ook 'n mening te vorm nie.<sup>279</sup> Die kind is onder geen verpligting om sy

<sup>274</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 156-157; Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 528-529.

<sup>275</sup> A 6(1) en a 11(7).

<sup>276</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 6(1)(b).

<sup>277</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 18-19.

<sup>278</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(10).

<sup>279</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11 (10).

wense uit te spreek nie en indien hy dit wel doen, kan dit deur 'n regsverteenwoordiger of persoonlik geskied.<sup>280</sup>

Die *Children's Hearing System*<sup>281</sup> bied ook geleentheid aan 'n kind om by besluitneming betrokke te wees. Hierdie stelsel illustreer dat dit nie alleen moontlik is om 'n kind by besluitneming te betrek nie maar dat dit 'n wesenlike element in die proses is.<sup>282</sup>

Ook 'n kind wat in sorg geplaas is, beskik teoreties oor die geleentheid om sy wense uit te spreek en die betrokke instelling moet so ver as wat prakties moontlik is, vasstel wat die kind se wense en gevoelens is.<sup>283</sup>

### 3 3 3 3 Geen verwysing na 'n kind se reg op deelname nie

Hierdie derde kategorie verleen aan ouers 'n besluitnemingsbevoegdheid maar daar is geen verwysing na 'n kind wat ook seggenskap in die proses het nie.<sup>284</sup> Opvoeding behels 'n tipiese voorbeeld en ingevolge die *Education (Scotland) Act 1980*<sup>285</sup> het ouers die bevoegdheid om 'n keuse uit te oefen oor die skool waarheen hul kind gaan.

### 3 3 3 4 Beleidsbesluite en 'n kind se mening

Die vierde kategorie behels besluite oor regeringsbeleid soos behuising, gesondheidsorg en welsynsvoordele.<sup>286</sup> Volwassenes is indirek betrokke in die opsig dat hulle deur die uitoefening van stemreg die betrokke regering daargestel het.<sup>287</sup> Kinders het geen sodanige stemreg nie.

<sup>280</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(9).

<sup>281</sup> *Social Work (Scotland) Act 1968*, *Children (Scotland) Act* a 16; Duquette in *Justice for Children* 133-143; Lockyer in *The Ideologies of Children's Rights* 158-159; Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 445-473.

<sup>282</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 159.

<sup>283</sup> *Social Work (Scotland) Act 1968* a 20.

<sup>284</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 161.

<sup>285</sup> A 28A-a 28G; Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 190-192.

<sup>286</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 161.

<sup>287</sup> Sutherland in *The Ideologies of Children's Rights* 161.

3 3 4 *Kinders in sorg*

'n Hof wat ingevolge artikel 11<sup>288</sup> 'n bevel rakende ouerlike verantwoordelikhede en regte verleen, moet aan drie oorkoepelende beginsels<sup>289</sup> oorweging skenk. Hierdie drie beginsels behels die welsyn van die kind as oorheersende oorweging, die kind wat 'n geleentheid gebied moet word om 'n mening uit te spreek oor die beslissing wat die hof maak en die hof wat nie 'n bevel sal verleen nie tensy oortuig dat 'n bevel beter as geen bevel is nie.

Hierdie drie beginsels geld ook ten opsigte van Deel II van die *Children (Scotland) Act 1995* wat in die breë oor 'n kind in sorg handel.<sup>290</sup> Daar is wel 'n verskil in dié opsig dat die welsyn van die kind op alle aangeleenthede van toepassing is, terwyl die ander twee beginsels slegs in gespesifiseerde omstandighede aanwending vind.<sup>291</sup>

Indien 'n kind in die sorg van 'n plaaslike owerheid is, moet die welsyn van sodanige kind as oorheersende oorweging beskerm en bevorder word.<sup>292</sup> 'n Plaaslike owerheid moet ook so ver as wat redelikerwys prakties uitvoerbaar is, vasstel wat die wense van 'n kind is voor enige besluite geneem word.<sup>293</sup> In die neem van 'n besluit moet die plaaslike owerheid onder andere oorweging skenk aan die kind se godsdienstige oortuigings, ras, kulturele agtergrond en taal.<sup>294</sup>

Die idee van *children in care* wat deel van *Social Work (Scotland) Act 1968* was, is ook vervang met die begrip *where a child is looked after by a local authority*. Hiermee is wegbeweeg van die sosiale stigma wat gewoonlik kleef aan 'n kind wat in sorg geplaas word.

In ooreenstemming met 'n kind se reg op ouerlike sorg het die plaaslike owerheid ook die verpligting om toe te sien dat persoonlike verhoudings so ver as wat prakties moontlik is tussen 'n kind in sorg en 'n persoon met ouerlike verantwoordelikhede gehandhaaf word.<sup>295</sup> Soos in die geval van ouers bestaan die verantwoordelikhede van 'n plaaslike owerheid nie net

<sup>288</sup> *Children (Scotland) Act 1995*.

<sup>289</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 11(7).

<sup>290</sup> Die opskrif van die *Children (Scotland) Act 1995* Deel II lui soos volg: "Promotion of Children's Welfare by Local Authorities and by Children's Hearings etc."

<sup>291</sup> sien in die algemeen 402.

<sup>292</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 17(1)(a).

<sup>293</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 17(3)(a).

<sup>294</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 17(4)(c).

<sup>295</sup> Bv *Children (Scotland) Act 1995* a 17(1)(c).

uit versorging en beskerming nie, maar ook uit hulp en leiding aan die kind om uiteindelik onafhanklik te kan optree.<sup>296</sup>

'n *Child assessment order*<sup>297</sup> bied die geleentheid om ondersoek in te stel na enige bewerings of selfs 'n vermoede dat 'n kind in die gesin mishandel of verwaarloos word. 'n Kind kan egter nie gedwing word om hom aan so 'n beoordeling te onderwerp indien hy nie volwasse genoeg is om die aard daarvan te beseef nie.<sup>298</sup>

Bogenoemde is enkele voorbeelde om te illustreer in watter mate die plaaslike owerhede die verantwoordelikheid dra om na die versorging van 'n kind om te sien waar ouers dit nie meer kan of wil doen nie. Die wyse waarop 'n kind se mening ook 'n rol kan speel in bevels wat verleen word of besluite wat geneem word, loop soos 'n goue draad deur die statutêre bepalinge. Dit is ook opvallend dat so ver as moontlik gepoog word om persoonlike kontak tussen 'n kind en 'n ouer te behou.

### 3 4 Gevolgtrekking

Soortgelyk aan die Australiese reg strook die formulering van ouerlike bevoegdhede in die Skotse reg met die tweede model van ouerlike gesag. Die bewese waarde van 'n verandering in terminologie om weg te beweeg van die persepsie van ouers se eiendomsaanspraak op kinders is ook in die Skotse reg geïmplementeer.<sup>299</sup> Daar moet toegegee word dat die ouer-kind verhouding reeds voor die wetswysigings in die *Children (Scotland) Act 1995* as tipies van die tweede model van ouerlike gesag gesien kan word.<sup>300</sup> Die 1989 Konvensie het duidelik ook 'n rol gespeel in die wyse waarop ouerlike verantwoordelikhede en regte in ooreenstemming met die ontwikkelende vermoëns en wisselende behoeftes van 'n kind geformuleer word.<sup>301</sup>

'n Opvallende kenmerk van die Skotse reg is die geïntegreerde wyse waarop ouerlike bevoegdhede en die status van die kind aandag geniet het in die proses wat wetswysiging voorafgegaan het. In die Skotse Regskommissie se *Discussion Paper on parental*

<sup>296</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 17(2) wat oa bepaal: "[T]he duty of providing advice and assistance with a view to preparing the child for when he is no longer looked after by a local authority."

<sup>297</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 55.

<sup>298</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 55.

<sup>299</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 3-12. Sien ook bespreking op 391-393.

<sup>300</sup> Jamieson *Parental Responsibilities and Rights* 2-3; Thomson *family law in Scotland* 3-4, 164, 177-182; Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 163-166, 172-173.

<sup>301</sup> Skotse Regskommissie *Report on family law* 3-12, 18-19.



*responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property*<sup>302</sup> word so 'n geïntegreerde benadering erken.

Dit is veral die aanpassings ten opsigte van die handelingsbevoegdheid van 'n kind wat plaasgevind het wat merkwaardig is. Die wyse waarop wegbeweeg is van ouderdomsgrense as uitsluitlike maatstaf van handelingsbevoegdheid<sup>303</sup> stem met 'n kernelement van die teorie oor kinderregte ooreen.<sup>304</sup> Die bevoegdheid van 'n kind onder die ouderdom van sestien jaar om sonder ouerlike bystand of toestemming sekere transaksies aan te gaan, word soos volg deur Wilkinson en McK Norrie<sup>305</sup> uiteengesit:

"[It] has in a recognition that there are different levels of understanding at different ages, and it is designed to allow even very young children to enter into some minor transactions, such as purchasing sweets or comics, while at the same time prohibiting them from entering into more major transactions...It is designed to be tailored to the individual child's particular circumstances and in that respect is a subjective test."

Die blootstelling aan die *Children Act (UK)* 1989 in die Engelse reg en beslissings van die Europese Hof asook die redelike tydsverloop sedert ratifikasie van die 1989 Konvensie het ongetwyfeld die besef tuisgebring dat die idee van kinderregte fundamentele aanpassings in die formulering van die ouer-kind verhouding verg. Die wetswysigings is gevolglik weldeurdag en getuig van deeglike besinning oor die status van 'n kind, die regte van 'n kind en die kind se verhouding met sy ouers.

#### 4 GEVOLGTREKKING

Die regsvergelende oorsig toon 'n aantal gemeenskaplike kenmerke tussen die Australiese en Skotse reg. Hierdie kenmerke kan soos volg uiteengesit word:

- (a) Australië en Skotland is voorbeelde van twee jurisdiksies wat op die gebied van kinderregte in noue kontak met ontwikkelings in die volkereg was. Dit was gevolglik nie in een van die twee gevalle werklik nodig om fundamentele veranderings in regsdenke te ondergaan ten einde kinderregte in nasionale reg te implementeer nie. Daar was byvoorbeeld in beide gevalle reeds 'n ingeboude ontvanklikheid en sensitiwiteit vir die idee van kinderregte voordat veranderings in terminologie op die

<sup>302</sup> Skotse Regskommissie *Parental responsibilities and rights* 6-7.

<sup>303</sup> Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 354.

<sup>304</sup> Sien bespreking op 137-145.

<sup>305</sup> Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child* 354 met verwysing na *Age of Legal Capacity (Scotland) Act* 1991 a 2(1).

gebied van kinderregte in noue kontak met ontwikkelings in die area van die volkereg geïmplementeer is .

- (b) Naas die feit dat Australië en Skotland beide die 1989 Konvensie geratifiseer het, is daar 'n aantal verdere temas wat gemeenskaplik aan die twee jurisdiksies is. Dit sluit in die tweede model van ouerlike gesag, die klemverskuiwing na ouerlike verantwoordelikhede, die beste belang van die kind as oorheersende oorweging en die wyse waarop 'n kind se reg op deelname aan besluitneming geleidelik meer aandag geniet. Die inisiatief vanaf owerheidsweë om veranderinge te bewerkstellig, is ook 'n gemeenskaplike kenmerk van hierdie jurisdiksies.
- (c) Die proses van regshervorming in beide jurisdiksies word gekenmerk deur openbare betrokkenheid en die inagneming van die openbare mening. Verder word in die Australiese reg professioneel te werk gegaan om inligting oor regshervorming onder die publiek te versprei.
- (d) Die Australiese en Skotse reg toon aan dat die idee van kinderregte onder andere 'n bekende konsep soos ouerlike gesag beïnvloed. Die wetgewing bewys egter dat die idee van kinderregte binne die raamwerk van erkende regsbeginsels geakkommodeer kan word.

Die Australiese reg word in die besonder gekenmerk deur die rol wat instellings soos die Gesinshof, die *Family Law Council*, die HREOC en die ALRC vervul. Die funksionering van die Gesinshof en die werksaamhede van die ander instellings word deur onderlinge skakeling en 'n geïntegreerde benadering gekenmerk. Op hierdie wyse word voortgesette navorsing wat direk of indirek gemeenskaplike oogmerke nastreef, verseker. Ondersoeke word gereeld geloods om regshervorming vooraf te gaan of om die effek van regshervorming te evalueer. Opvoedkundige programme word met groot sukses deur die Gesinshof en die *Family Law Council* geloods ten einde regspraktisyns en die publiek in te lig.

Die regshervorming in die Skotse reg is van groot belang vir die Suid-Afrikaanse reg as gevolg van die gemeenskaplike sivielregtelike tradisie. Die Skotse reg is 'n voorbeeld van 'n jurisdiksie met 'n sterk regshistoriese tradisie ten gunste van ouerlike gesag. Tog is inisiatief aan die dag gelê om die oorgang na 'n meer moderne benadering tot die ouer-kind verhouding te bewerkstellig. Die *Children Act (UK)* 1989 het die proses van regshervorming gestimuleer en lidmaatskap van die Europese Konvensie asook regspraak van die Europese Hof skep direkte maatstawwe waaraan nasionale reg gemeet kan word.

Hierdie hoofstuk toon aan dat Suid-Afrika ideologies nog in gebreke is om die idee van kinderregte effektief te erken en te implementeer. Hierdie gevolgtrekking strook met die gevolgtrekking in hoofstuk sewe waar aangetoon is dat die eerste model van ouerlike gesag nog 'n baie groot rol in Suid-Afrika speel. Die logiese gevolg is dat die kind se status van minderwaardigheid steeds beklemtoon word. Suid-Afrika is noodwendig by die proses van regshervorming betrek as gevolg van die ratifikasie van die 1989 Konvensie en die verlening van fundamentele regte aan kinders. Dit is noodsaaklik dat daar na jurisdiksies soos Australië en Skotland verwys sal word waar die effek van kinderregte op die ouer-kind verhouding reeds in 'n groot mate deurworstel is.

Dit is egter op 'n dieperliggende vlak dat 'n geforseerde leer- en groeiproses in 'n kort tydperk moet plaasvind ten einde 'n soortgelyke fase van ideologiese denke oor kinderregte soos Australië en Skotland te betree. Die verandering in regsdenke oor kinders en hul regte wat plaasgevind het in die tydperk tussen die Verenigde Nasies se Deklasie oor die Regte van die Kind 1959 en voorstelle dat 'n Konvensie eerder aanvaar moet word, getuig van die groeiproses waardeur in nasionale reg gegaan moes word.<sup>306</sup> Gedurende hierdie tydperk is teorieë oor kinderregte verfyn, het die beskikbare literatuur oor die teorieë merkwaardig uitgebrei en het Amerikaanse regspraak 'n betekenisvolle rol in die ontwikkeling van kinderregte gespeel. Australië en Skotland was te alle tye deel van die internasionale gemeenskap wat kon leer uit hierdie ontwikkelings en hul eie nasionale reg daaraan kon opweeg. Die voordeel vanuit Suid-Afrika se oogpunt is dat daar by wyse van regsvergeelyking veel te leer is uit die ontwikkelings wat in die Australiese en Skotse reg gevolg het.

Die inhoud van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se *Issue Paper* oor die hersiening van die Wet op Kindersorg 74 van 1983<sup>307</sup> getuig dat daar kennis geneem word van die posisie in die Australiese<sup>308</sup> en die Skotse reg<sup>309</sup> en ook die werkswyse<sup>310</sup> wat gevolg moet word ten einde bestaande reg te evalueer en wysigings te implementeer waar nodig. Daar is weinig twyfel dat die ouer-kind verhouding in die privaatreë in 'n drukkang van verandering is en dat die idee van kinderregte geen geringe rol gespeel het om die proses van verandering van stapel te stuur nie. Die werksaamhede van die Suid-Afrikaanse Regskommissie dui die rigting aan waarin beweeg moet word. Die regsvergeelykende perspektief wat in hierdie hoofstuk aangesny is, toon aan wat haalbaar is. Hopelik sal die verwysings na hierdie twee regstelsels in die *Issue Paper* van die Regskommissie<sup>311</sup> met die nodige erns bejeën word.

<sup>306</sup> Sien bespreking op 226-228.

<sup>307</sup> SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act* 119.

<sup>308</sup> SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act* 131-151..

<sup>309</sup> SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act* 131-151.

<sup>310</sup> SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act* 310.

<sup>311</sup> SA Regskommissie *The Review of the Child Care Act* 131-151.

## HOOFSTUK 12

### GEVOLGTREKKING

Die bespreking van kinderrechte in hierdie studie bevestig dat kinderrechte 'n verskyningsvorm van fundamentele menseregte is. Die aanvaarding van hierdie vertrekpunt is van deurslaggewende belang in die ontwikkeling van 'n gebalanseerde teorie oor kinderrechte. Kinderregte het 'n eiesoortige aard en die onderliggende teorieë illustreer dat die inhoud daarvan veel wyer as die tradisionele terminologie van regte en verpligtinge strek.<sup>1</sup> Kinderregte beteken gevolglik nie absolute vryhede aan 'n kind nie en daarmee word vrese besweer dat ouerlike gesag deur die erkenning van kinderrechte ondermyn sal word. 'n Gebalanseerde teorie het nie die oogmerk om 'n kind aan 'n volwassene gelyk te stel nie maar verleen die reg aan 'n kind om homself te wees. Op hierdie wyse word 'n kind met regte bekleed gedurende die tydperk van kinderjare en word volledig daarmee rekening gehou dat verskillende regte gedurende verskillende lewensfasies ter sprake kan kom.

Die eksponente<sup>2</sup> van teorieë oor kinderrechte bespreek hul teorieë ooreenkomstig die wisselende fasies van afhanklikheid en ontwikkelende vermoëns van 'n kind. Dit is aspekte wat dienooreenkomstig verskillende handelinge van ouers vereis en in die uiteensetting van kinderrechte word deurentyd na die rol van ouers en van die staat verwys. Op hierdie wyse besweer die teoretiese uitgangspunt die vrese dat die erkenning van kinderrechte die gesin sal laat verbrokkel. Ouers bekleed juis 'n primêre rol omdat die ouer-kind verhouding die kleinste konsentriese sirkel verteenwoordig waar kinders bewus gemaak kan word van hul status as draers van fundamentele regte. Teoreties dui dit op 'n model van ouerlike gesag waar die klem op ouerlike verantwoordelikhede val en ouers slegs oor regte beskik ten einde daardie verantwoordelikhede na te kom. Ouerlike gesag kan wissel van besluitneming namens 'n kind tot by die blote verlening van advies – in ooreenstemming met die wisselende behoeftes en aansprake van 'n kind. In hierdie opsig bekleed die staat 'n sekondêre rol. Dit beteken dat die staat vanuit 'n beleidsoogpunt en by wyse van wetgewing die nodige raamwerk behoort te skep waardeur ouers in staat gestel sal word om hul rol te vervul.

---

<sup>1</sup> Sien bespreking op 34-70.

Die staat se rol as 'n derde party by die ouer-kind verhouding word teoreties op 'n tweërlei wyse geregverdig. In die eerste plek is daar 'n direkte verhouding tussen die kind en die staat omdat die kind oor fundamentele regte beskik. Tweedens verrig die staat as oppervoog van 'n kind 'n toesighoudende funksie en moet dit toesien dat die beste belang van die kind die deurslaggewende oorweging is in alle aangeleenthede wat so 'n kind raak.

Terwyl die teorie oor kinderregte 'n model van ouerlike gesag voorhou wat vir deelnemende besluitneming voorsiening maak, word die ouer-kind verhouding in die privaatreë as paternalisties van aard beskou. Hierdie vorm van ouerlike gesag kan verklaar word aan die hand van 'n historiese ontwikkelingsgang wat sy ontstaansbron in die absolute gesagsbevoegdheid van die Romeinse *paterfamilias* gehad het. Vaderlike gesag het wel afgewater tot ouerlike gesag met 'n tempering in die omvang en inhoud van ouerlike gesag. Hierdie verandering was die resultaat van godsdienstige, morele en sosiale oorwegings en nie 'n direkte gevolg van 'n verhoogde status waarmee 'n kind bekleed is nie. Dit verklaar waarom *Fletcher v Fletcher*<sup>3</sup> in die betrokke tydsgewrig so 'n belangrike beslissing was. Gesien teen die historiese agtergrond was dit die eerste keer wat die appèlhof die status van 'n kind as rolspeler binne gesinsverband by egskedding erken het. In hierdie geval is die beste belang van die kind bo gemeenregtelike oorwegings soos vaderskap of die skuld of onskuld van gades by egskedding verhef.

Die maatstaf van die beste belang van die kind het steeds nie veel daartoe bygedra dat die kind in die algemeen as 'n gesinslid met onafhanklike belange erken word nie. Hierdie toedrag van sake kan aan die volgende faktore toegeskryf word:

- (a) Die inherente vaagheid van die beste belang leen hom daartoe dat persone in gesagsposisies oor kinders self kan besluit wat in die beste belang van 'n kind is en so inhoud aan die begrip verleen.
- (b) Respek vir ouerlike gesag en gesinsoutonomie dra by tot die veronderstelling dat ouers die beste in staat is om binne gesinsverband te oordeel wat in hul kind se beste belang is. Dit verklaar byvoorbeeld waarom ouers se bevoegdheid om hul kind se vriendekring te

<sup>2</sup> Sien bespreking op 56-70.

<sup>3</sup> 1948 1 SA 130 (A).

bepaal nie bevraagteken word nie en 'n derde se inbreukmaking op hiedie bevoegdheid as in *iniuria* teen die ouer beskou word.<sup>4</sup>

- (c) Die status van 'n kind as 'n hulpelose en afhanklike persoon wat te onvolwasse is om self besluite te neem, regverdig besluitneming deur volwassenes soos ouers of die staat.

Bogenoemde regverdig 'n gevolgtrekking dat daar sedert die *Fletcher*-beslissing in 'n beperkte mate bewys van regsontwikkeling<sup>5</sup> is wat daarop dui dat die uitoefening van ouerlike gesag 'n besluitnemingsproses of 'n belange-afweging tussen ouer en kind behels. Trouens, die ouer-kind verhouding in die privaatreg word as so eendimensioneel beskou dat selfs wetgewing wat handelingsbevoegdheid aan 'n kind verleen as geïsoleerde publiekregtelike maatreëls aanvaar word. Daar word geen oorweging geskenk aan die moontlike impak van sodanige wetgewing op die ouer-kind verhouding nie.<sup>6</sup> 'n Voorbeeld is aborsiewetgewing in Amerika wat hewige debatte ontketen het oor die aard van die belange-afweging wat tussen ouers, die kind en die staat moet plaasvind. Hierdie kwessie het selfs tot regspraak aanleiding gegee.<sup>7</sup> Tog is daar geen sprake van vergelykbare debatsvoering oor aborsie binne die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse reg nie.<sup>8</sup> Prakties en teoreties stem die uitoefening van ouerlike gesag in Suid-Afrika dus in 'n groot mate met die eerste model van ouerlike gesag ooreen.

Die ouer-kind verhouding het onteenseglik 'n publiekregtelike faset bygekry met die erkenning van kinderregte in die Handves van Regte<sup>9</sup> en die ratifikasie van die Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van die Kind 1989 (hierna die 1989 Konvensie). Die aspekte van die Handves van Regte wat implikasies vir die ouer-kind verhouding inhou, is die volgende:

<sup>4</sup> Sien bespreking op 162-165.

<sup>5</sup> Die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 en die beslissing in *McCall v McCall* 1994 (3) SA 201 (K) verdien wel vermelding vir die wyse waarop daar na die belange van 'n kind as individu omgesien word. Vgl ook *B v S* 1995 3 SA 571 (A) waar *obiter* na toegang as die reg van 'n kind verwys is en *V v V* 1998 (4) SA 169 (K) waar kinderregte vermeld is met verwysing na a 28 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 en internasionale Konvensies.

<sup>6</sup> Vgl bv die wetgewende bepalings wat op 130-131 bespreek is en handelingsbevoegdheid aan 'n kind voor meerderjarigheidsouderdom verleen. Daar word nêrens aandag geskenk aan die vraag of ouers in die uitoefening van ouerlike gesag 'n vetoreg het nie.

<sup>7</sup> Sien volledige bespreking op 78-79, 103-105.

<sup>8</sup> Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 wat in beginsel aan 'n swanger minderjarige dogter tot op twintig weke die geleentheid bied om sonder ouerlike kennis of toestemming 'n wettige aborsie te ondergaan.

<sup>9</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28.

- (a) Die kind word as draer van fundamentele regte erken en kan ook die regte afdwing sonder dat enige kwalifikasie ten opsigte van verskyningsbevoegdheid bygevoeg word. Hierdie posisie is in teenstelling met die status van 'n kind in die privaatreg wat geen of beperkte bevoegdhede het tensy handelings- of verskyningsbevoegdheid deur ouerlike bystand of toestemming verleen word of kragtens wetgewing gemagtig word.
- (b) Die inhoud van die regte wat in artikel 28 van die Handves van Regte aan 'n kind verleen word, verteenwoordig in die breë die teenkant van ouers se gemeenregtelike sorgpilig. Die moontlikheid van horisontale werking van die Handves van Regte<sup>10</sup> bring mee dat hierdie regte nie net teenoor die staat nie maar ook teenoor ouers afgedwing kan word.
- (c) Die feit dat 'n kind in die algemeen<sup>11</sup> ook draer van fundamentele regte is, tesame met die moontlike horisontale werking van die Handves van Regte, raak ook die ouer-kind verhouding. Dit beteken in beginsel dat 'n kind enige van die fundamentele regte teenoor ouers kan afdwing as 'n metode om byvoorbeeld die uitoefening van ouerlike gesag te bevraagteken.
- (d) Die Handves van Regte dui nie die reg op gesinslewe of die reg op uitoefening van ouerlike gesag as fundamentele regte aan nie. Dit beteken dat 'n kind se regte op outonomie ingevolge die Handves van Regte los van gesinsverband en die uitoefening van ouerlike gesag bestaan. Hierdie posisie is in teenstelling met die ouer-kind verhouding in die privaatreg waar die uitoefening van ouerlike gesag en die handelingsbevoegdheid van 'n kind onlosmaaklik aan mekaar gekoppel is. Hierdie posisie dui ook op 'n totale miskenning van die aanvaarde teorie onderliggend aan kinderregte.
- (e) 'n Kind wat as individu, ook binne gesinsverband, oor fundamentele regte beskik, verleen 'n status aan die kind wat onbekend aan die privaatreg is. Die maatstaf van die beste belang om beskermende optrede teenoor die kind in die privaatreg te regverdig, is die naaste vergelykbare situasie waar daar van afsonderlike belange van 'n kind kennis geneem word.

---

<sup>10</sup>

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 8(2).

<sup>11</sup>

Sien bespreking op 305-306.

Die bepalings in die Handves van Regte bring mee dat die onderskeid tussen die privaatreg en die publiekreg moeilik gehandhaaf sal word. Die Handves van Regte veronderstel 'n gelyke verdeling van mag tussen ouers, kind en die staat tensy 'n beperking geregverdig word. Die beklemtoning van ouers se besluitnemingsbevoegdhede in die privaatreg sal aangepas moet word ten einde in gepaste gevalle aan 'n kind die geleentheid te bied om ook inspraak in besluitneming te hê. Die verhoogde publiekregtelike status van 'n kind as draer van fundamentele regte kan nie geïsoleer word van 'n kind se privaatregtelike status nie. Onderliggend aan hierdie implikasies bestaan die teorie van kinderregte wat die juridiese regverdigingsgrond bied vir aanpassings wat gemaak sal moet word.<sup>12</sup>

Die volgende struikelblokke word egter voorsien alvorens veranderings in regsdenke en formele aanpassings sal plaasvind:

- (a) Die onderskeid tussen die privaatreg en die publiekreg in die Suid-Afrikaanse reg word nog in 'n baie groot mate gehandhaaf. Daar is 'n persepsie dat kinderregte tipies deel van die publiekreg vorm en nie eintlik die uitoefening van ouerlike gesag sal raak nie. Ouerlike gesag val weer tradisioneel binne die kader van die privaatreg. Wat egter uit die oog verloor word, is dat die ratifikasie van die 1989 Konvensie vereis dat die geheel van die Suid-Afrikaanse reg teen die inhoud van die Konvensie opgeweeg moet word. Die 1989 Konvensie word as die mees volledige dokument gesien wat inhoud aan kinderregte verleen en is die simbool van die status wat aan 'n kind ingevolge elke lidland se nasionale reg verleen behoort te word, ongeag daarvan of publiekreg of privaatreg ter sprake is.
- (b) Die fokus wat in die bespreking van kinderregte op artikel 28 van die Handves val, skep die indruk dat dit die somtotaal van regte is wat ter sprake is. Solank as wat kinderregte as regte op beskerming geïnterpreteer word, sal dit met gemak binne die ouer-kind verhouding in die privaatreg geakkommodeer kan word juis omdat hierdie verhouding paternalisties van aard is. 'n Simplistiese gelykstelling van kinderregte as regte op beskerming skep op die oog af die indruk dat die ouer-kind verhouding nie betekenisvol sal verander nie.

---

<sup>12</sup>

Bv 'n oorgang vanaf die eerste model na die tweede model van ouerlike gesag.



- (c) Die versuim om die teoretiese onderbou van kinderregte uit te lig, bring mee dat die ideologie onderliggend aan die idee van kinderregte nog nie na behore in die Suid-Afrikaanse reg gepropageer is en uitgebou word nie. Hierdie versuim verklaar waarom kinderregte tot regte op beskerming beperk word en daar geen verwysing na die rol van ouers of die gesin in die Handves van Regte is nie.<sup>13</sup> Selfs die beste belang wat as maatstaf verskans is, word as 'n belangrike waarde voorgehou maar sonder om erkenning daaraan te verleen dat dit ook as maatstaf van interpretasie in die erkenning van regte op outonomie kan dien.

Die waarde van die regsvergelijkende bespreking lê juis daarin dat dit as voorbeeld voorgehou kan word van die wyse waarop 'n regstelsel kinderregte tot sy volle konsekwensies kan deurvoer. In Australië en Skotland het implimentering met 'n verandering in terminologie gepaard gegaan ten einde die verskuiwing in magsbalans binne ouer-kind verhouding weer te gee. Die Australiese model dien by uitstek as voorbeeld van die tipe navorsing wat vereis word om gevolg aan kinderregte te verleen. Skotland kan in die besonder voorgehou word vir die wyse waarop daar in wetgewing gevolg gegee word aan 'n kind se afhanklikheid maar ook die ontwikkelende vermoëns wat tydens kinderjare ter sprake is. Die idee van menswaardigheid wat in die inheemse reg gestalte kry, asook die idee dat regte en verpligting in noue verband met mekaar staan, kan ook as belangrike waardes in hierdie konteks voorgehou word. Die inhoud van die Suid-Afrikaanse Regskommissie<sup>14</sup> se eerste werksdokument as deel van die hersiening van die reg rakende kinders dui daarop dat daar reeds kennis van hierdie regsvergelijkende lesse geneem word.

In die lig van die voorafgaande uitsetting word voorsien dat die erkenning van kinderregte die volgende praktiese implikasies vir die ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse privaatreë inhou:

- (a) Die meerderjarigheidsouderdom sal vanaf een-en-twintigjarige ouderdom na agtienjarige ouderdom verlaag moet word. Hierdie verandering sal in ooreenstemming met die definisie van 'n kind in die 1989 Konvensie<sup>15</sup> en die Handves van Regte<sup>16</sup> wees en ook

<sup>13</sup> Sien hfst vier vir die belangrike rol wat ouers in 'n gebalanseerde teorie oor kinderregte vervul.  
<sup>14</sup> SA Regskommissie *The review of the Child Care Act Issue Paper 13 Project 110 1998*.  
<sup>15</sup> VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 a 1.  
<sup>16</sup> Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 a 28(3).

klop met die wye spektrum van bevoegdhede wat reeds aan persone vanaf agtienjarige ouderdom in die Suid-Afrikaanse reg verleen word.<sup>17</sup>

- (b) 'n Statutêre omskrywing is nodig om uitdrukking aan die verskuiwing in magsbalans in die ouer-kind verhouding verleen. Daar word rekening gehou met die feit dat dit nie vir die reg moontlik is om volledig toesig te hou oor die wyse waarop die ouer-kind verhouding in 'n huisgesin funksioneer nie. Tog kan 'n statutêre raamwerk soortgelyk aan die Skotse reg betekenisvol daartoe bydra dat 'n ouerskapstyl ontwikkel wat met die idee van kinderregte versoen kan word. Die omskrywing van ouerlike verantwoordelikhede in die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>18</sup> dien reeds met die eerste oogopslag as teenvoeter vir die idee dat ouers net oor regte beskik. 'n Soortgelyke bepaling behoort statutêr in die Suid-Afrikaanse reg verorden te word, veral omdat die bestaande vertrekpunt ten opsigte van ouerlike gesag in konflik met die erkenning van kinderregte is. Daar kan egter nie wegbeweeg word van die idee dat ouers ook oor regte beskik nie. Ook in hierdie opsig kan die *Children (Scotland) Act 1995*<sup>19</sup> as voorbeeld voorgehou word. Artikel 2 erken ouerlike regte maar slegs in die mate waartoe dit nodig is om ouerlike verantwoordelikhede na te kom.

<sup>17</sup> Sien bespreking op 130-131.

<sup>18</sup> A 1. Dit is veral a 5 en a 18 van die VN Konvensie op die Regte van die Kind 1989 wat 'n invloed gehad het op die formulering van ouerlike verantwoordelikhede. Volgens a 1(1) behels ouerlike verantwoordelikhede die volgende:

- "(a) [T]o safeguard and promote the child's health, development and welfare;
- (b) to provide in a manner appropriate to the stage of development of the child, direction and guidance to the child;
- (c) if the child is not living with the parent, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
- (d) to act as the child's legal representative."

<sup>19</sup> *Children (Scotland) Act 1995* a 2(1) lui soos volg:

- "[A] parent, in order to enable him to fulfil his parental responsibilities in relation to his child, has the right-
- (a) to have the child live with them or otherwise to regulate the child's residence;
  - (b) to control, direct or guide, in a manner appropriate to the stage of development of the child, the child's upbringing;
  - (c) if the child is not living with them, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
  - (d) to act as the child's legal representative."

Dit is in die nakoming van ouerlike verantwoordelikhede en in die uitoefening van ouerlike regte wat daar op 'n betekenisvolle wyse aan 'n kind se reg op deelname aan die besluitnemingsproses erkenning verleen word. Die *Children (Scotland) Act 1995* vereis van 'n persoon om in die neem van 'n belangrike besluit so ver as wat prakties moontlik is oorweging aan die mening van 'n kind te skenk.

- (c) 'n Kind se reg op deelname aan besluitneming behoort uitgebou en bevorder te word. Hierdie reg beteken nie dat 'n kind se wense sonder meer geïmplementeer moet word nie maar dat 'n proses van konsultasie en deelname aan besluitneming in die ouer-kind verhouding aangemoedig moet word. Erkenning van die reg op deelname behels die volgende twee fasette.
- (i) 'n Statutêre bepaling is nodig wat die effek sal hê dat ouers in die nakoming van ouerlike verantwoordelikhede en in die uitoefening van ouerlike regte 'n kind se reg op deelname aan besluitneming sal erken. Ook hier kan die *Children (Scotland) Act 1995* as voorbeeld voorgehou word. Artikel 6(1) vereis dat 'n persoon in die neem van 'n belangrike besluit so ver as wat prakties moontlik is oorweging aan die mening van 'n kind sal skenk.<sup>20</sup> Saam met hierdie bepaling word daar gesteun op 'n vermoede dat 'n kind van twaalf jaar of ouer oor die vermoë beskik om 'n mening uit te spreek. So 'n statutêre bepaling in navolging van die *Children (Scotland) Act 1995* sal simbolies tot die verhoogde status van 'n kind binne gesinsverband bydra. In praktiese terme sal die bepaling ook die oorgang na die tweede model van ouerlike gesag aanmoedig. 'n Statutêre bepaling van hierdie aard gee gevolg aan 'n kind se legitieme verwagting dat 'n reg op deelname erken sal word. Die vermoede van deelname wat aan 'n ouderdomsgrens gekoppel word, hou die voordeel in dat die bewyslas verskuif word na diegene wat 'n kind van besluitneming wil uitsluit.<sup>21</sup>
- (ii) Die kultuur van deelname aan besluitneming binne huishoudings wat hierbo voorsien word, behoort ook deel te wees van die regsproses. Die Wysigingswet op Kindersorg<sup>22</sup> maak vir 'n kind se reg op regsverteenvoordiging voorsiening en die betrokkenheid van die gesinsadvokaat<sup>23</sup> bied ook die geleentheid aan 'n kind om aan die regsproses deel te neem. Daar bestaan ook 'n aantal uitsonderingsgevalle waar 'n kind (as minderjarige) in eie naam regsverrigtinge

<sup>20</sup> *Children (Scotland) Act 1995*. Die Skotse Regskommissie *Report on Family Law No 135 (1992)* 18-19 het erken dat 'n bepaling soos hierdie vaag en onafdwingbaar is. Nogtans is dit 'n bepaling wat 'n kind as 'n persoon in eie reg erken met 'n mening wat respek en oorweging verdien. Die bepaling sal ook ouerlike gedrag beïnvloed. Sien ook Fortin *Children's Rights and the Developing Law* 71-72.

<sup>21</sup> Fortin *Children's Rights and the Developing Law* 72.

<sup>22</sup> Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 a 2 wat tot op datum van skrywe nog nie in werking getree het nie.

<sup>23</sup> Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987.

kan inisieer.<sup>24</sup> Die grootste persentasie kinders word andersins by litigasie betrek as gevolg van staatsinmenging in die ouer-kind verhouding.<sup>25</sup> 'n Kind se reg op regsverteenvoording behoort egter as vertrekpunt erken en geïmplementeer te word. Die verlening van sodanige reg erken op 'n liberale wyse dat 'n kind oor die vermoë beskik om in gepaste omstandighede verantwoordelikheid vir sy eie besluite te neem, selfs al sou dit beteken dat daar teen ouers gelitigeer word.<sup>26</sup>

Kinderregte is kontroversieel omdat dit bekende juridiese en sosiale oorwegings ten diepste raak. Dit skep spanning tussen bemagtiging en beskerming, dit impliseer veranderings aan 'n aanvaarde regskultuur en dit gryp in die lewens van ouers en kinders in. Die uitdaging in hierdie verband word miskien die beste in die volgende woorde opgesom.<sup>27</sup>

"The problems lies in incorporating the wishes and feelings of the child into decision making, without sacrificing any aspect of the child's welfare, or imposing inappropriate burdens of responsibility on the child. The extent to which adults are willing, or able, to do this depends not just on an intellectual acceptance of the ideological concept of children's rights, but on an emotional acceptance of the benefits of listening to children and allowing them to participate in plans for their future. This requires a change in culture, as well as a change in ideology...It is the functional shift in attitude which is required, as well as the ideological acceptance of a concept of children's rights, which together provide, the necessary climate of change."

<sup>24</sup> Sien bespreking op 133.

<sup>25</sup> Sien bespreking op 181-215.

<sup>26</sup> Vergelyk bv die Wetsontwerp op Gesinsgeweld W 75-98 wat ingevolge a 1(ii) 'n applikant definieer as "enige persoon, met inbegrip van 'n kind". A 4(5) verleen ook aan 'n kind die bevoegdheid om sonder die bystand van 'n ouer, voog of enige ander persoon by die hof om 'n beskermingsbevel aansoek te doen. Hierdie voorbeeld van verskyningsbevoegdheid behoort in die algemeen aan 'n kind verleen te word, tesame met die uitbreiding van die gesinsadvokaat se jurisdiksie om bystand te verleen in ooreenstemming met 'n kind se ouderdom, begrip en volwassenheid.

<sup>27</sup> Timms *Children's Representation* 39-40.

## BIBLIOGRAFIE

- Alston Philip "The best interests principle : towards a reconciliation of culture and human rights" in Alston Philip (red) *The Best Interests of the Child* Oxford : Clarendon Press 1994 1  
(Alston in *The Best Interests of the Child*)
- Alston Philip "Australia and the Convention" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 1  
(Alston in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Alston Philip "The unborn child and abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child" 1990 *Human Rights Quarterly* 156
- Alston Philip and Parker Stephen "Introduction" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (reds) *Children, Rights and the Law* Oxford : Clarendon Press 1992 vi  
(Alston & Parker in *Children, Rights and the Law*)
- An-Na'im Abdullah "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child" in Alston Philip (red) *The Best Interests of the Child* Oxford : Clarendon Press 1994 62  
(An-Na'im in *The Best Interests of the Child*)
- Archard David "Do parents own their children?" 1993 *International Journal of Children's Rights* 293-301
- Ariès Philippe *Centuries of Childhood* Bungay, Suffolk: Richard Clay (The Chaucer Press) Ltd 1962 (Engelse weergawe)
- Armstrong Alice, Chuulu Matrine, Himanga Chuma, Letuka Puleng, Makobi Keletso "Towards a cultural understanding of the interplay between children's and women's rights: an Eastern and Southern African Perspective" 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333
- Asquith Stewart and Hill Malcolm "Introduction" in Asquith Stewart & Hill Malcolm (reds) *Justice for Children* Dordrecht Boston London: Martinus Nijhoff Publishers 1994 6  
(Asquith & Hill in *Justice of Children*)
- Austin Graeme *Children : Stories the Law Tells* Wellington : Victoria University Press 1994  
(Austin *Children*)
- Austin GW "Children's rights in New Zealand Law and Society" 1995 *Victoria University of Wellington Law Review* 249

- Bailey-Harris Rebecca "Aboriginal children" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 67  
(Bailey-Harris in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Bailey-Harris Rebecca "Family law reform - changes down under" 1996 *Family Law* 214
- Bailey-Harris Rebecca & Dewar John "Variations on a theme : child law reform in Australia" 1997 *Child and Family Law Quarterly* 149
- Bainham Andrew "The balance of power in family decisions" 1986 *Cambridge Law Journal* 262
- Bainham Andrew *Children, Parents and the State* London: Sweet & Maxwell 1988
- Bainham Andrew *Children - The New Law The Children Act 1989* Bristol: Jordan & Sons Limited 1990
- Bainham Andrew "Growing up in Britian : adolescence in the post-Gillick era" in Eekelaar John & Sarcevic Petar (reds) *Parenthood in Modern Society Legal and Social Issues for the Twenty First Century* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1993 501  
(Bainham in *Parenthood in Modern Society*)
- Bainham Andrew with Cretney Stephen *Children - The Modern Law* Bristol: Jordan & Sons Limited 1993  
(Bainham & Cretney *Children*)
- Balton A David "The Convention on the Rights of the Child: prospects for international enforcement" 1990 *Human Rights Quarterly* 120
- Barnard AH, Cronje DSP & Olivier PJJ *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* Durban Johannesburg Pretoria Kaapstad : Butterworths 3e uitg 1994  
(Barnard *et al Persone- en Familiereg*)
- Barlow GE "Child Care Bill - best interests of the child?" 1982 *De Rebus* 339
- Barrie GN "Die 'Strasbourg Sisteem' : Europa en die bevordering van menseregte" 1992 *TSAR* 653
- Barton C "Children : the international perspective" 1989 *Journal of Family Law* 369

- Barton Chris, Douglas Gillian *Law and Parenthood* London Dublin and Edinburgh: Butterworths 1995  
(Barton & Douglas *Law and Parenthood*)
- Bates Frank "Legal and social change in Australian family law" 1976 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 299
- Bates Frank *An Introduction to Family Law* Sydney: The Law Book Company Limited 1987
- Bates Frank "Some theoretical aspects of modern family law" 1983 *SALJ* 664
- Barrie George N "International human rights" in *Bill of Rights Compendium* Durban : Butterworths 1998  
(Barrie in *Bill of Rights Compendium*)
- Baxter Ian FG and Eberts Mary A *The Child and the Courts* London: Sweet & Maxwell Limited 1978
- Bekker JC "Children and young persons in indigenous law" in Robinson JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban : Butterworths 1997  
(Bekker in *Law of Children and Young Persons*)
- Bekker JC "How compatible is African customary law with human rights?" 1994 *THRHR* 440
- Bekker JC "Interaction between constitutional reform and family law" 1991 *Acta Juridica* 1
- Bekker JC *Seymour's Customary Law in Southern Africa* Cape Town Wetton Johannesburg : 5de uitg 1989  
(Bekker *Seymour's Customary Law*)
- Benatar David "The child, the rod and the law" in Keightley Raylene (red) *Children's Rights* Kenwyn : Juta 1996 197  
(Benatar in *Children's Rights*)
- Bennett TW "The compatibility of African customary law and human rights" 1991 *Acta Juridica* 18
- Bennett TW *Human Rights and African Customary Law* Cape Town: Juta 1995  
(Bennett *Human Rights*)
- Bennett TW *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* Cape Town Wetton Johannesburg : Juta 1991  
(Bennett *Sourcebook of African Customary Law*)

- Bevan HK *Child Law* London: Butterworths 1992
- Boberg PQR *The Law of Persons and the Family* Kaapstad Wynberg Johannesburg: Juta 1977  
(Boberg *Law of Persons and the Family*)
- Bonthuys E "Of biological bonds, new fathers and the best interests of Children" 1997 *SAJHR* 622
- Boshoff A "Menseregte : 'n Afrika perspektief" 1990 *TSAR* 697
- Bosman-Swanepoel HM & Wessels PJ *'n Praktiese Benadering tot die Wet op Kindersorg Digma* : Pretoria 2e uit 1995  
(Bosman-Swanepoel & Wessels *Kindersorg*)
- Bosman-Swanepoel Fick, Swanepoel *Custody & Visitation Disputes A Practical Guide* Durban Cape Town : Butterworths 1998  
(Bosman-Swanepoel *et al Custody & Visitation Disputes*)
- Burdekin Brian "Transforming the Convention into Australian law and practice" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 6  
(Burdekin in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Burt Robert A "Developing constitutional rights of, in, and for children" 1975 *Law and Contemporary Problems* 118
- Butler Brian "An Aboriginal view on the Convention" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 50  
(Butler in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Butler-Sloss "Children in society" 1989 *Current Legal Problems* 71
- Cachalia Azhar, Cheadle Halton, Davis Dennis, Haysom Nicholas, Maduna Penwell, Marcus Gilbert *Fundamental Rights in the New Constitution* Kenwyn: Juta 1994 (Cachalia *et al Fundamental Rights in the New Constitution*)
- Campbell Tom D "The rights of the minor : as person, as child, as juvenile, as future adult" in Alston Philip, Parker Stephen and Seymour John *Children Rights and the Law* Oxford : Clarendon Press 1992 1  
(Campbell in *Children, Rights and the Law*)
- Caney LR "Minors' contracts" 1930 *SALJ* 180



- Carter Jan  
 "Child and family welfare" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 40  
 (Carter in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Cass Bettina  
 "Towards a national agenda for children" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 22  
 (Cass in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Castell-McGregor Sally  
 "A local level approach : the South Australian Children's Interests Bureau" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 98  
 (Castell-McGregor in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Cerda Dr. Jaime Sergio  
 "The Draft Convention on the Rights of the Child: new rights" 1990 *Human Rights Quarterly* 115
- Chisholm Richard  
 "Children and the law in Australia" in Pappas Anna Mamalakis *Law and the Status of the Child* I UNITAR 1983 1  
 (Chisholm in *Law and the Status of the Child*)
- Clark Brigitte  
 "Custody: the best interests of the child" 1992 *SALJ*
- Clark Brigitte,  
 Van Heerden Belinda  
 "Joint custody: perspectives and permutations" 1995 *SALJ* 315
- Clive Eric M  
 "Reform of the law on the child in the family" 1992 *Juridical Review* 109
- Cockrell Alfred  
 "Private Law and the Bill of Rights : a threshold issue of 'horizontalty'" in *Bill of Rights Compendium* Durban : Butterworths 1998  
 (Cockrell in *Bill of Rights Compendium*)
- Cockrell Alfred  
 "The law of persons and the Bill of Rights" in *Bill of Rights Compendium* Durban : Butterworths 1998  
 (Cockrell in *Bill of Rights Compendium*)
- Cohen Cynthia Price  
 "Freedom from corporal punishment : one of the human rights of children" 1984 *Human Rights Annual* 95
- Coons John E &  
 Mnookin Robert H  
 "Toward a theory of children's rights" in Baxter Ian FG & Eberts Mary A *The Child and the Courts* London : Sweet & Maxwell Limited 1978 391  
 (Coons & Mnookin in *The Child and the Courts*)

- Coons John E,  
Mnookin Robert H,  
Sugarman Stephen D "Puzzling over children's rights" 1991 *Brigham Young University Law Review* 307
- Cronjé DSP & Heaton J *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg/Case-book on the South African Law of Persons and Family Law* Butterworths : Durban 2e uitg 1994 (Cronjé & Heaton *Vonnisbundel*)
- Davis Samuel M  
Schwartz Mortimer D *Children's Rights and the Law* Lexington, Massachusetts, Toronto Lexington Books DC Heath and Company 1987 (Davis & Schwartz *Children's Rights*)
- De BléCourt AS Fischer JFWD *Kort Begrip van Het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* (7de uitg) JB Walters: Groningen 1959
- De Groot H *Inleidinge tot die Hollandse Rechts-geleerdheid* uitgawe deur Fockema Andreae SJ Arnhem : S Gouda Quint 1906 (De Groot)
- De Langen M "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven door de overheid" in De Langen M, De Graaf JH, Kunneman (reds) *Kinderen en Recht* Amsterdam Kluwer 1989 287 (De Langen in *Kinderen en Recht*)
- De Soysa Sharya "Resolving custody disputes between married parents in Roman-Dutch law" 1993 *CILSA* 26
- De Villiers Bertus "The rights of children in international law: guidelines for South Africa" 1993 *Stell LR* 289
- De Villiers B, Van Vuuren D,  
J Wiechers M *Human rights : documents that paved the way* Pretoria : HSRC Publishers 1992 (De Villiers *et al Human Rights*)
- De Vos Pierre "The economic and social rights of children and South Africa's Transitional Constitution" 1995 *SA Publikereg* 233
- De Vos Pierre "Pious wishes or directly enforceable human rights? Social and economic rights in South Africa's 1996 Constitution" 1997 *South African Journal on Human Rights* 67
- De Waal MJ & Schoeman MC *Erfreg Studentehandboek* Kenwyn : Juta 2e uitg 1996
- De Wet Erika "A German perspective on the constitutional enforceability of children's and labour rights in the interim bill of rights with special reference to *Drittwirkung*" 1996 *THRHR* 577
- De Zulueta Francis *The Institutes of Gaius* Clarendon Press: Oxford 1946

- Dewar John "The Family Reform Act 1995 (CTH) and the Children Act 1989 (UK) Compared - twins or distant cousins" 1996 *Australian Journal of Family Law* 18
- Dickens Bernard M "The modern function and limits of parental rights" 1981 *Law Quarterly Review* 462
- Dickey Anthony *Family Law Sydney: The Law Book Company* 2e uitg 1990
- Dlamini CMR "The legal status of illegitimate black children" 1984 *Obiter* 8
- Dlamini CRM "Towards a regional protection of human rights in Africa : The African Charter on Human and Peoples' Rights" 1991 *CILSA* 189
- Dlamini Charles "Indigenous law and the Bill of Rights" in *Bill of Rights Compendium Durban : Butterworths* 1998 (Dlamini in *Bill of Rights Compendium*)
- Donaldson Margaret *Minors in Roman-Dutch Law Butterworths & Co (Africa) Ltd: Durban* 1955
- Douglas Gillian "The family and the state under the European Convention on Human Rights" 1988 *International Journal of Law and the Family* 76
- DP "Vonnisbespreking van Meyer v The Master (1939 S.W.A. 3)" 1937 *THRHR* 119
- Drinian Robert F "The rights of children in modern American family law" 1961 *Journal of Family Law* 101
- Dugard John "The role of international law in interpreting the Bill of Rights" 1994 *South African Journal on Human Rights* 208
- Dugard John "International human rights" in van Wyk Dawid, Dugard John, De Villiers Bertus, Davis Dennis *Rights and Constitutionalism Kenwyn : Juta* 1994 171 (Dugard in *Rights and Constitutionalism*)
- Duncan William "The constitutional protection of parental rights" in Eekelaar J & Sarcevic P (reds) *Parenthood in Modern Society Legal and Social Issues for the Twenty-First Century Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers* 1993 431 (Duncan in *Parenthood in Modern Society*)
- Du Plessis Lourens & Corder Hugh *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights Kenwyn : Juta* 1994

- Duquette Donald "Scottish Children's Hearings and representation for the child" in Asquith Stewart & Hill Malcolm (reds) *Justice for Children* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1994  
(Duquette in *Justice for Children*)
- Eekelaar John *Family Law and Social Policy* London: Weidenfeld and Nicolson 2e uitg 1984
- Eekelaar John "The importance of thinking that children have rights" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (reds) *Children, Rights and the Law* Oxford : Clarendon Press 1992 221  
(Eekelaar in *Children, Rights and the Law*)
- Eekelaar John "Why children? Why rights?" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 20  
(Eekelaar in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Eekelaar John "Families and children: from welfarism to rights" in McCrudden Christopher & Chambers Gerald (reds) *Individual Rights and the Law in Britain* Oxford Clarendon Press 1994 301  
(Eekelaar in *Individual Rights and the Law in Britain*)
- Eekelaar John "Parental responsibility: state of nature or nature of the state?" 1991 *Journal of Social Welfare and Family Law* 37
- Eekelaar John "The eclipse of parental rights" 1986 *LQR* 4
- Eekelaar John "The importance of thinking that children have rights" 1992 *International Journal of Law and the Family* 221
- Eekelaar John "The emergence of children's rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161
- Eekelaar JM "What are parental rights" 1973 *The Law Quarterly Review* 210
- El-Sheikh Ibrahim Ali Badawi "The African regional system of human rights : notes and comments" in Nherere Pearson & D'Engelbronner-Kolff Marina (reds) *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa* Copenhagen Lund Oslo Abo/Turku : Noric Human Rights Publications 1993 101  
(El Sheikh in *The Institutionalisation of Human Rights in Southern Africa*)
- Erasmus HJ, Van der Merwe CG, Van Wyk AH *Lee and Honoré Family, Things and Succession* Durban Pretoria : Butterworths 2e uitg 1983  
(Lee & Honoré *Family, Things and Succession*)

- Farson Richard *Birthrights* Harmondsworth : Penguin 1978
- Federle Hunt Katherine "Rights flow downhill" 1994 *The International Journal of Children's Rights* 343
- Federle Hunt Katherine "Constructing rights for children" 1993 *Family Law Quarterly* 301
- Finlay HA, Bradbrook AJ, Bailey-Harris RJ *Family Law Cases, Materials and Commentary* Sydney Adelaide Brisbane Canberra Hobart Melbourne Perth : Butterworths 1993  
(Parker *et al* *Family Law Cases, Materials and Commentary*)
- Finley HA & Bailey-Harris RJ *Family Law in Australia* Sydney Adelaide Brisbane Canberra Hobart Melbourne Perth: Butterworths 4e uitg 1989
- Fishwick Elaine and Hogan Michael "Looking ahead : strategies for monitoring compliance" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 86  
(Fishwick & Hogan in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Fockema Andrea SJ *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht* De Erven F. Bohn: Haarlem 1906
- Fortin Jane *Children's Rights and the Developing Law* London Edinburgh Dublin : Butterworths 1998
- Foster Henry H and Freed Doris Jonas "A Bill of Rights for children" 1972 *Family Law Quarterly* 343
- Franklin Bob (red) *The Handbook of Children's Rights* London and New York: Routledge 1995
- Franklin Bob (red) *The Rights of Children* Oxford : Basil Blackwell 1986  
(Franklin *Rights of Children*)
- Freeman Michael "Introduction" in Freeman Michael (red) *Children's Rights A Comparative Perspective* Aldershot : Dartmouth Publishing Company Limited 1996 1  
(Freeman in *Children's Rights*)
- Freeman MDA "Freedom and the welfare-state: child rearing parental autonomy and state intervention" 1983 *Journal of Social Welfare Law* 70
- Freeman MDA "The rights of children in the international year of the child" 1980 *Current Legal Problems* 1

- Freeman MDA *The Rights and Wrongs of Children* London and Dover NH: Frances Pinter (Publishers) 1983
- Freeman Michael DA "The limits of children's rights" in Freeman Michael & Veerman Philip (reds) *The Ideologies of Children's Rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 29  
(Freeman in *The Ideologies of Children's Rights*)
- Freeman Michael DA "Introduction : rights, ideology and children" in Freeman Michael & Veerman Philip (reds) *The Ideologies of Children's Rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 3
- Freeman Michael DA "Taking children's rights more seriously" 1992 *International Journal of Law and the Family* 52
- Fricker Nigel "Family law is different" 1995 *Family Law* 306
- Glendon Mary-Ann *State, Law and Family : Family Law in Transition in the United States and Western Europe* Amsterdam New York Oxford : North-Holland Publishing Company 1977  
(Glendon *State, Law and the Family*)
- Goldstein Joseph, Freud Anna and Solnit Albert J *Before the Best Interests of the Child* New York : the Free Press 1980  
(Goldstein et al *Best Interests of the Child*)
- Groenewegen S *Tractatus de Legibus Abrogatis et Iniusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* Amsterdam 1669 vertaal deur Benart B Johannesburg : Lex Patria 1974  
(Groenewegen *De Leg Abr*)
- Hafen Bruce C "Children's liberation and the new egalitarianism : some reservations about abandoning youth to their 'rights'" *Brigham Young University Law Review* 1976 605
- Hahlo HR *The South African Law of Husband and Wife* (5e uitg) Kaapstad Wetton Johannesburg : Juta 1985  
(Hahlo *Law of Husband and Wife*)
- Hahlo HR and Kahn Ellison *The South African Legal System and it's Background* Cape Town Wynberg Johannesburg: Juta 1968
- Hahlo HR and Kahn Ellison *The Union of South Africa* South Africa : Juta & Company Limited 1960
- Hall JC "The waning of parental rights" 1972 *Cambridge Law Journal* 248

- Hammarberg Thomas  
 "The UN Convention on the Rights of the Child – and how to make it work" 1990 *Human Rights Quarterly* 97
- Harrison Margaret  
 "The Parliamentary Joint Select Committee Report on the operation and interpretation of the Family Law Act : A Commentary" 1993 *Australian Journal of Family Law* 84
- Harrison Margaret  
 "Does Australia really need the Convention?" in Alston Philip & Brennan Glen (eds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 29  
 (Harrison in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Harrison Margaret & Graycar Regina  
 "The Australian *Family Law Reform Act* : can changing legislation change legal culture, legal practice and community expectations?" Ongepubliseerde voordrag gelewer by 'n konferensie *Changing family forms : world themes and African issues* aangebied deur die *International Society of Family Law* 1997 2
- Hart HLA  
 "Definition and theory in jurisprudence" 1954 *Law Quarterly Review* 37
- Hassall Ian  
 "A Children's rights Commissioner" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 105  
 (Hassall in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Heaton J  
 "Some general remarks on the concept 'Best interests' of the child" 1990 *THRHR* 95
- Heaton J  
 "Die tugbevoegdheid ten opsigte van kinders" 1987 *THRHR* 398
- Heaton Jacqueline  
 "Family law and the Bill of Rights" in *Bill of Rights Compendium* Durban : Butterworths 1998  
 (Heaton in *Bill of Rights Compendium*)
- HFB  
 "Contracts of minors" 1885 *Cape LJ* 229
- Hodgson Douglas  
 "The international legal recognition and protection of the family" 1994 *Australian Journal of Family Law* 219
- Hodgson Douglas  
 "The historical development and 'internationalisation' of the children's rights movement" 1992 *Australian Journal of Family Law* 251
- Hoffman A & Pincus BK  
*The Law of Custody* Durban : Butterworths 1989 (Hoffman & Pincus *Custody*)
- Hoggett Brenda  
*Parents and Children – The Law of Parental Responsibility* London: Sweet & Maxwell 4e uitg 1993

- Hoggett Brenda M,  
Pearl David S *The Family Law and Society Cases and Materials* London :  
Butterworths 2e uitg 1987  
(Hoggett & Pearl *The Family Law and Society*)
- Holt John *Escape from Childhood* Harmondsworth, Middlesex, England:  
Penguin Books Ltd 1974
- Huebner Rudolf *A History of Germanic Private Law* (Translated by Philbrick  
Francis S) New York Augustus M Kelly Publishers 1968
- Humm Fandall S, Ort Beate  
Anna, Anbari martin Mazen,  
Lader Wendy S, Biel William  
Scott (reds) *Child, Parent and State* Temple University Press, Philadelphia  
1994  
(Humm *et al* *Child, Parent and State*)
- Jamieson George *Parental Responsibilities and Rights* Edinburgh : W  
Green/Sweet & Maxwell 1995
- Jones Melinda and Marks Lee  
Ann Bassar "The dynamic developmental model of the rights of the child :  
a feminist approach to rights and sterilisation" 1994 *The  
International Journal of Children's Rights* 265
- Jordaan RA, Davel CJ *Personereg Bronnebundel* Kenwyn : Juta 2e uitg 1996
- Kammerman Sheila B "Toward a child policy decade" 1989 *Child Welfare*
- Kaser Max *Roman Private Law* (A translation by Dannenbring Rolf)  
Pretoria : University of South Africa 1980  
(Kaser/Dannenbring *Roman Private Law*)
- Keightley Raylene "Children and the legal system : an overview of issues raised  
by contributions" in Keightley Raylene (red) *Children's  
Rights* Kenwyn : Juta 1996 1  
(Keightley in *Children's Rights*)
- Kruger JM "Enkele opmerkings oor die bevoegdheid van die  
hooggeregshof as oppervoog van minderjariges om in te meng  
met ouerlike gesag" 1994 *THRHR* 304
- Kruger JM & Robinson JA "The legal status of children and young persons" in Robinson  
JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban :  
Butterworths 1997 1  
(Kruger & Robinson in *Law of Children and Young Persons*)
- Kubota YO "The protection of children's rights and the United Nations"  
1989 *Nordic Journal of International Law* 7
- Labuschagne Etienne "Die Hooggeregshof as oppervoog van minderjariges - 'n  
historiese perspektief" 1992 *TSAR* 353



- Labuschagne JMT "Tugtiging van kinders : 'n strafregtelike-prinsipiële evaluasie" 1991 *De Jure* 23
- Labuschagne JMT "Ouerlike gewelddaanwending as skending van die kind se reg op biopsigiese outonomie" 1996 *TSAR* 577
- Labuschagne JMT "Is lyfstraf in skole bestand teen 'n akte van menseregte?" 1993 *Obiter* 190
- Lambiase EEA, Cumes JW "Do lawyers and psychologists have different perspectives on the criteria for the award of custody of a child?" 1987 *SALJ* 704
- Landsdown Gerison "Implementing the UN Convention on the Rights of the Child in the UK" 1995 *Child and Family Law Quarterly* 122
- Lawrence-Karski Ruth "Legal rights of the child : the USA and the Convention on the Rights of the Child 1996 *The International Journal of Children's Rights* 19
- Lee RW *An Introduction to Roman-Dutch Law* Clarendon Press: Oxford 4e uitg 1946
- Lockyer Andrew "The Scottish Children's Hearing System : internal developments and the UN Convention" in Asquith Stewart & Hill Malcolm (reds) *Justice for Children* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1994 (Lockyer in *Justice for Children*)
- Lopatka Adam "The rights of the child are universal : the perspective of the UN Convention on the Rights of the Child" in Freeman Michael & Veerman Philip (reds) *The Ideologies of Children's Rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 47 (Lopatka in *The Ideologies of Children's Rights*)
- Lowe Nigel "Problems relating to access disputes under the Hague Convention on International Child Abduction" *Journal of Law and the Family* 374
- MacDougall Donald J "Children and the law : the limited effectiveness of the legal process" in Baxter Ian FG & Eberts Mary A *The Child and the Courts* London : Sweet & Maxwell Limited 1978 185 (MacDougall in *The Child and the Courts*)
- Malan Koos "Menseregte – die internasionale dimensie" 1995 *De Rebus* 299
- Malan FR and Labuschagne E *Wetbundel Persone- en Familiereg* (3e uitg) Durban : Butterworths 1994 (Malan & Labuschagne *Wetbundel Persone- en Familiereg*)

- Maloney B & Harrison M "Parenting after separation : can the law do better?" 1992 *Australian Journal of Family Law* 79
- McGoldrick Dominiq "The United Nations Convention on the Rights of the Child" 1991 *International Journal of Law and the Family* 132
- Meyerowitz D *The Law and Practice of Administration of Estates and Estate Duty* Kaapstad, Wetton, Johannesburg : Juta 6e uitg 1990 (Meyerowitz *The Law and Practice of Adminsitration of Estates and Estate Duty*)
- Miljeteig-Olssen P "Advocacy of children's rights – The Convention as more than a legal document" 1990 *Human Rights Quarterly* 148
- Mnookin Robert H "Thinking about children's rights – beyond kiddie libbers and child savers" 1981 *Stanford Lawyer* 24
- Montgomery Jonathan "Children as property?" 1988 *Modern Law Review* 323
- Mudie G "Custody and access determination in divorce – a family and developmental approach" 1989 *De Rebus*, 686
- Muller-Freienfels W "Possibilities and limits to legislation in cases affecting children" in Bates Frank (red) *The Child and the Law II* New York : Oceana Publications, Inc 1976
- Nhlapo Ronald Thandabantu "Biological and social parenthood in African perspective : the movement of children in Swazi family law" in Eekelaar J & Sarcevic P (red) *Parenthood in Modern Society Legal and Social Issues for the Twenty-First Century* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1993 35 (Nlapo in *Parenthood in Modern Society*)
- Nhlapo Ronald Thandabantu "International protection of human rights and the family : African variations on a common theme" 1989 *International Journal of Law and the Family* 1
- Nhlapo Thandabantu "Cultural diversity, human rights and the family in contemporary Africa : lessons from the South African debate" 1995 *International Journal of Law and the Family* 208
- Nygh Peter "The New Part VII - an overview" 1996 *Australian Journal of Family Law* 4
- O'Connor Ian "Homelessness" in Alston Philip & Brennan Glen (red) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 62 (O'Connor in *The UN Children's Convention and Australia*)

- Olivier NJJ, Robinson JA  
 "Van sorgbehoewendheid (1960) tot ouerlike geskiktheid (1983) begin die pendulum in 1991 weer (stadig) swaai?" 1991 *TRW* 124
- Olmesdahl MCJ  
 "Corporal punishment in schools" 1984 *SALJ* 527
- Olsen Frances  
 "A United States perspective" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 71  
 (Olsen in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Otlowski Margaret and Tsameny Martin B  
 "Parental authority and the UN Convention on the Child : are the fears justified?" 1992 *Australian Journal of Family Law* 137
- Palmer Anne  
 "The best interests criterion : an overview of its application in custody decisions relating to divorce in the period 1985 - 1995" in Keightley Raylene (red) *Children's Rights* Kenwyn : Juta 1996 98  
 (Palmer in *Children's Rights*)
- Pantazis Angelo  
 "Children's Rights" in Chaskalson Matthew, Kentridge Janet, Klaaren Jonathan, Marcus Gilbert, Spitz Derek, Woolman Stuart *Constitutional Law of South Africa* Kenwyn : Juta 1994 par 33.1  
 (Pantazis in *Constitutional Law of South Africa*)
- Parker Stephen  
 "The best interests of the child-principles and problems" in Alston Philip (red) *The Best Interests of the Child* Oxford : Clarendon Press 1994 26  
 (Parker in *The Best Interests of the Child*)
- Parker Stephen  
 "How can 'rights-talk' help children : an academic perspective" in Alston Philip & Brennan Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 16  
 (Parker in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Parker Stephen, Parkinson Peter, Beherens Juliet  
*Australian Family Law in Context* Sydney : The Law Book Company Ltd 1994  
 (Parker *et al* *Australian Family Law in Context*)
- Peiris GL  
 "The Gillick Case : parental authority, teenage independence and public policy" 1987 *Current Legal Problems* 93
- Penning E  
 "The Children's right movement" in De Langen M, De Graaf JH, Kunneman FBM (reds) *Kinderen en Recht* Amsterdam : Kluwer 1989 52  
 (Penning *Kinderen en Recht*)

- Rautenbach IM "Introduction to the Bill of Rights" in *Bill of Rights Compendium* Durban : Butterworths 1998  
(Rautenbach in *Bill of Rights Compendium*)
- Rayner Moira "Taking seriously the child's right to be heard" in Alston Philip & Brenna Glen (reds) *The UN Children's Convention and Australia* Canberra : Paragon Press 1991 34  
(Rayner in *The UN Children's Convention and Australia*)
- Rheinstein & Koenig *International Encyclopedia of Comparative Law IV Persons and Family* David R and others (reds) Tubingen : New York Oceania 1973  
(Rheinstein & Koenig in *International Encyclopedia of Comparative Law*)
- Robinson JA "Children" in *LAWSA II* Durban Johannesburg Pretoria Kaapstad : Butterworths 1993  
(Robinson in *LAWSA II*)
- Robinson JA "Die beste belang van die kind by egskeiding – enkele gedagtes na aanleiding van *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K)" 1995 *THRHR* 472
- Robinson JA "Staatlike betrokkenheid by die ouer-kindverhouding in die Engelse Reg na aanleiding van die Children Act 1989" 1993 *Obiter* 67
- Robinson JA "An overview of the provisions of the South African Bill of Rights with specific reference to its impact on families and children affected by the policy of apartheid" 1995 *Obiter* 99
- Robinson JA "A Family Court for South Africa – some general remarks" 1994 *Stell LR* 176
- Robinson JA "Divorce settlements, package deals and the best interests of the child" 1993 *THRHR* 495
- Robinson JA "Die ouer-kind verhouding in die lig van 'n menseregteakte - 'n beknopte oorsig oor die posisie in Duitsland" 1992 *SA Publiekreg* 228
- Robinson JA "Die beskerming van kinders in 'n menseregteakte in Suid-Afrika : quo oportet nos vadere?" 1993 Wetenskaplike Bydraes van die PU vir CHO Reeks H : Intreerede nr 132 1
- Rodham Hillary "Children under the law" 1973 *Harvard Educational Review* 4

- Rogers CM & Wrightsman LS "Attitudes towards children's rights : nurturance or self determination?" 1978 *Journal of Social Issues* 59
- Rose Nikolas "Beyond the public/private division : law, power and the family" 1987 *Journal of Law and Society* 61
- Rush Sharon Elizabeth "The Warran and Burger Courts on state, parent and child conflict resolution : a comparative analysis and proposed methodology" 1985 *Hastings Law Journal* 461
- Rwezaura B "The Concept of the Child's Best Interests in the Changing Economic and Social Context of Sub-Saharan Africa" in Alston Philip (red) *The Best Interests of the Child* Oxford : Clarendon Press 1994 82  
(Rwezaura in *The Best Interests of the Child*)
- Sachs Albie "... and not forgetting the right to happiness" in *The Rights of a Child to a Secure Family Life* Proceedings of the International Seminar of the Community Law Centre (University of Western Cape) 1994 1
- Sachs Albie *Protecting Human Rights in a New South Africa* Cape Town: Oxford University Press 1990
- Schäfer ID *The Law of Access to Children* Durban : Butterworths 1993  
(Schäfer *Law of Access*)
- Schäfer ID & Schäfer L "Children, young persons and the Child Care Act" in Robinson JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban : Butterworths 1997 73  
(Schäfer & Schäfer in *Law of Children and Young Persons*)
- Seymour John "An 'uncontrollable child': a case study in children's and parents' rights" in Alston Philip Parker Stephen Seymour John (reds) *Children, Rights and the Law* Oxford : Clarendon Press 1992 98  
(Seymour in *Children, Rights and the Law*)
- Sinclair June D assisted by Heaton Jacqueline *The Law of Marriage Volume I* Kenwyn: Juta 1996  
(Sinclair & Heaton *Law of Marriage I*)
- Singh Divya "The power of the court to compel any person to submit to identification tests in paternity disputes : the unquestionable need for a rule" 1993 *De Jure* 115
- Sloth Nielsen Julia "Chicken soup or chainsaws : some implications of the constitutionalisation of children's rights in South Africa" in Keightley Raylene *Children's Rights* Kenwyn : Juta 1996 6  
(Sloth-Nielsen in *Children's Rights*)

- Sloth Nielsen Julia "Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child : some implications for South African Law" 1995 *South African Journal on Human Rights* 401
- Sloth Nielsen Julia  
Van Heerden Belinda "Proposed amendments to the Child Care Act and Regulations in the context of constitutional and international law developments in South Africa" 1996 *South African Journal on Human Rights* 247
- Sloth Nielsen Julia  
Van Heerden Belinda "The Child Care Amendment Act 1996 : does it improve children's rights in South Africa?" 1996 *South African Journal on Human Rights* 649
- Sloth Nielsen Julia &  
Van Heerden Belinda "Putting Humpty Dumpty back together again : towards restructuring families' and children's lives in South Africa" 1997 *SALJ* 157
- Sloth Nielsen Julia &  
Van Heerden Belinda "New child care and protection legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 261
- Smith Lucy "Children, parents and the European Human Rights Convention" in Eekelaar John and Sarcevic Petar (eds) *Parenthood in Modern Society Legal and Social Issues for the Twenty-First Century* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1993 447  
(Smith in *Parenthood in Modern Society*)
- Soler Mark, Costello Jan C  
and O'Hearn Barbara Pappas Anna Mamalakis *Law and the Status of the Child I* UNITAR 1983 675  
(Soler *et al* in *Law and the Status of the Child*)
- Sonnekus JC "Meyer v Van Niekerk 1976 1 SA 252 (T) en Coetzee v Meintjies 1976 1 SA 357 (T)" 1977 *TSAR* 81
- Sonnekus JC "Gordon v Barnard 1977 1 SA 887 (K)" 1978 *TSAR* 76
- Sonnekus JC "Die onwelkome vryer en die regsweg vir die ontstoke vader L v H 1992 2 SA 594 (OK)" 1992 *THRHR* 649
- Sornarajah M "Parental custody : the recent trends" 1973 *SALJ* 131
- Spiro Erwin "The nearly adult minor" 1976 *SALJ* 200
- Spiro Erwin "Joint guardianship of parents" 1970 *Acta Juridica* 1
- Spiro Erwin "On the rights of parents against their children" 1968 *THRHR* 118
- Spiro Erwin "Custody and guardianship of children stante matrimonio and on dissolution of marriage" 1983 *Acta Juridica* 109

- Strydom HA "The private domain and the Bill of Rights" 1995 *SA Publiekreg* 52
- Studiosus "Die aard van die gesagsregte van ouers ten opsigte van hul minderjarige kinders" 1946 *THRHR* 32
- Sutherland Elaine E "The role of children in making of decisions which affect them" in Freeman Michael & Veerman Philip (reds) *The Ideologies of Children's rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 155  
(Sutherland in *The Ideologies of Children=s Rights*)
- Thipanyane T "Violence and its effects on children" in *International Conference on the Rights of the Child Papers and Reports of a Conference Convened by the Community Law Centre (University of Western Cape)* 1992 43
- Thomas JAC *The Institutes of Justinian Jura*: Cape Town Wynberg Johannesburg 1975
- Thompson Bankole "African's Charter on children's rights : a normative break with cultural traditionalism" 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 432
- Thomson JM *Family Law in Scotland* Edinburgh : Butterworths 2e uitg 1991
- Timms Judith E *Children's Representation. A practitioner's guide* London : Sweet & Maxwell 1995  
(Timms *Children's Representation*)
- Toope Stephen J "The Convention on the Rights of the Child : Implications for Canada" in Freeman Michael (red) *Children's Rights A Comparative Perspective* Aldershot : Dartmouth Publishing Company Limited 1996 33  
(Toope in *Children's Rights*)
- Van Bueren Geraldine *The International Law on The Rights of the Child* Dordrecht Boston London: Martinus Nijhoff Publishers 1995
- Van der Linden J *Rechtsgeleerd, Practicaal, en Koopman's Handboek* Amsterdam 1806  
(Van der Linden *Koopmans Handboek*)
- Van der Vyver JD "Constitutional protection of children and young persons" in Robinson JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban : Butterworths 1997 265  
(Van der Vyver in *Law of Children and Young Persons*)
- Van der Vyver JD "Constitutionality of the Age of Majority Act" 1997 *SALJ* 750

- Van der Vyver JD, Joubert DJ *Persone- en Familiereg* Kaapstad Wetton Johannesburg: Juta 3e uitg 1991
- Van Heerden Belinda, Clark Brigitte "Parenthood in South African Law – equality and independence? Recent developments in the law relating to guardianship" 1995 *SALJ* 140
- Van Leeuwen S *Het Rooms-Hollands-Reght* Amsterdam 1708 (Van Leeuwen *RHR*)
- Van Leeuwen S *Censura Forensis* Leiden 1741 vertaal deur Foord AJ Kaapstad 1883 – 1896 (Van Leeuwen *CF*)
- Van Oosten FFW & Louw AS "Children, young persons and the criminal law" in Robinson JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban : Butterworths 1997 119 (Van Oosten & Louw in *Law of Children and Young Persons*)
- Van Oven JC *Leerboek van Romens Privaatrecht* Leiden : EJ Brill 2e uitg 1948
- Van Schalkwyk Neil L *Huweliksreg-bronnebundel* Kenwyn : Juta 1992 (Van Schalkwyk *Huweliksreg-bronnebundel*)
- Van Warmelo Paul *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* Kaapstad Amsterdam: AA Balkema 1957
- Van Wyk AH "Safeguards for the family : a South African perspective" 1990 *Stell LR* 186
- Van Zyl DH *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* Durban : Butterworths 1977 (Van Zyl *Romeinse Privaatreg*)
- Van Zyl DH *Beginsels van Regsvergelyking* Durban : Butterworths 1981
- Veerman Philip E *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood* Dordrecht Boston London: Marthinus Nijhoff Publishers 1992 (Veerman *The Rights of the Child*)
- Verhellen Eugene *Convention on the Rights of the Child* Leuven Apeldoorn : Garant 1994 (Verhellen *Convention on the Rights of the Child*)



- Verhellen Eugene  
 "Changes in the images of the child" in Freeman Michael & Veerman Philip (eds) *The Ideologies of Children's Rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 79  
 (Verhellen in *The Ideologies of Children's Rights*)
- Verhellen Eugeen  
 "Children's rights in Europe" 1993 *International Journal of Children's Rights* 357
- Viljoen Frans  
 "Signs of the times : changing attitudes under the new Constitution?" 1995 *Stell LR* 232
- Visser PJ  
 "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" 1995 *THRHR* 702
- Visser PJ  
 "Enkele beginsels en gedagtes oor die horisontale werking van die nuwe Grondwet" 1997 *THRHR* 296
- Visser PJ  
 "Die moontlike uitdruklike erkenning van fundamentele regte ten aansien van die huwelik en die gesin (familie) in die finale Grondwet van Suid-Afrika" 1996 *De Jure* 351
- Visser PJ Potgieter JM  
*Inleiding tot die Familiereg* Kenwyn: Juta 2e uitg 1998
- Voet J  
*Commentarius ad Pandectas Parys-uitgawe* vertaal deur Gane P : *The Selective Voet* Durban : Butterworths 1955  
 (Voet)
- Wald Michael S  
 "Children's rights : a framework for analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255
- Walsh Bernadette  
 "The United Nations Convention on the Rights of the Child : a British view" 1990 *International Journal of Law and the Family* 170
- Watson Alan  
*The Law of Persons in the Later Roman Republic* Clarendon Press: Oxford 1967
- Wessels JW  
*History of the Roman-Dutch Law* African Book Company Limited: Grahamstown 1908
- Wilkinson AB & McK Norrie Kenneth  
*The Law relating to Parent and Child in Scotland* Edinburgh : W Green/Sweet & Maxwell 1993  
 (Wilkinson & McK Norrie *Parent and Child*)
- Wingo Harvey & Freytag Sharon N  
 "Decisions within the family : a clash of constitutional rights" 1982 *Iowa Law Review* 401

- Wolf Joachin "The concept of the 'best interest' in terms of the UN Convention on the Rights of the Child" in Freeman Michael & Veerman Philip *The Ideologies of Children's Rights* Dordrecht Boston London : Martinus Nijhoff Publishers 1992 125  
(Wolf in *The Ideologies of Children's Rights*)
- Woolman Stuart "Application" in Chaskalson Matthew, Kentridge Janet, Klaaren Jonathan, Marcus Gilbert, Spitz Derek, Woolman Stuart *Constitutional Law of South Africa* Kenwyn : Juta 1994 par 10.1  
(Woolman in *Constitutional Law of South Africa*)]
- Zaal FN *Do Children Need Lawyers in the Children's Courts?* Community Law Centre University of the Western Cape 1996
- Zaal FN "Children's courts : an underrated resource in a new constitutional era" in Robinson JA (red) *The Law of Children and Young Persons* Durban : Butterworths 1997 95  
(Zaal in *Law of Children and Young Persons*)
- Zaal Noel "When should children be legally represented in care proceedings? An application of section 28(1)(h) of the 1996 Constitution" 1997 *SALJ* 334

## SAKELYS

## SUID-AFRIKAANSE REG

## A

<i>A v M</i> 1930 WLA .....	178, 179
<i>Ackerman v Ackerman</i> 1940 CPD 16 .....	194
<i>Adams v Abrahams</i> 1918 CPD 24 .....	179
<i>Allcock v Allcock &amp; another</i> 1969 1 SA 427 (N) .....	210
<i>Amaneeammah v Naidoo</i> 1948 (3) SA 712 (D) .....	178
<i>Ansermino, Ex parte</i> 1949 (1) SA 257 (W) .....	170, 171

## B

<i>B v B &amp; another</i> 1983 1 SA 496 (N) .....	210,211
<i>B v E</i> 1992 3 SA 438 (T) .....	55
<i>B v P</i> 1991 4 SA 113 (T) .....	323, 413
<i>B v S</i> 1995 3 SA 571 (A) .....	191, 198
<i>Baart v Malan</i> 1990 2 SA 862 (OK) .....	191, 198
<i>Bailey v Bailey</i> 1979 3 SA 129 (A) .....	177
<i>Barnard v Miller</i> 1963 4 SA 426 (K) .....	172
<i>Barnhoorn v Duvenage</i> 1964 (2) SA 486 (A) .....	157, 168
<i>Basetti v Louw</i> 1980 (2) SA 225 (W) .....	191, 194
<i>Baskir v Baskir</i> 1920 EDL 19 .....	190
<i>Ben-Yishai v Ben-Yishai</i> 1976 (2) SA 690 (R) .....	304
<i>Beukes v Krugersdorp Transitional Local Council</i> 1996 3 SA 467 (W) .....	183
<i>Bham v Bhabha</i> 1947 4 SA 798 (A) .....	194
<i>Bignell v Saunders</i> 1936 Z (2) PH B70 (W) .....	191, 193, 203
<i>Bloom v Van Christierson</i> 1952 (1) PH B 22 (N) .....	134
<i>Bloy, Ex parte</i> 1984 2 SA 410 (D) 162 .....	184, 191
<i>Blume v Van Zyl and Farrell</i> 1945 CPD .....	174
<i>Bonne Fortune Beleggings Bpk v Kalahari Salt Works (Pty) Ltd</i> 1973 3 SA 739 (NK) .....	199, 201
<i>Botes v Daly</i> 1976 (2) SA 215 (N) .....	174
<i>Breytenbach v Frankel</i> 1913 AD 390 .....	178
<i>Buch v Buch</i> 1967 3 SA 83 (T) .....	127, 172
<i>Buttar &amp; another v Ault NO &amp; others</i> 1950 4 SA 229 (T) .....	

## C

<i>C en 'n ander v T</i> 1965 2 SA 239 (O) .....	210
<i>Calitz v Calitz</i> 1939 AD 56 .....	154, 183, 187, 188, 190, 193, 197
<i>Camel v Dlamini</i> 1903 TH 17 .....	157
<i>Campbell v Campbell</i> 1942 EDL 49 .....	179
<i>Carels v Estate de Vries</i> (1906) 23 SC 532 .....	178
<i>Carstens v De Meillon</i> 1940 CPD 392 .....	204
<i>Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, In re</i> 1996 10 BCLR 1253 CC 310 .....	310
<i>Chamani v Chamani</i> 1979 4 SA 804 (W) .....	177
<i>Chinnia v Dunna</i> 1940 NPA 384 .....	170
<i>Christie v Estate Christie</i> 1956 3 SA 659 (N) .....	177, 178
<i>Christian v Christian</i> 1945 PD 434 .....	192

<i>Clutton v Clutton</i> 1929 EDL 174 .....	199
<i>Coetzee v Higgins</i> (1887) 5 ECD 352 .....	177
<i>Coetzee v Meintjies</i> 1976 (1) SA 257 (T) .....	162, 163, 164, 185, 186
<i>Cohen v Syther</i> (1897) 14 SC 13 .....	135
<i>Contat v Contat</i> 1912 EDL 63 .....	172
<i>Corris v Corris</i> 1997 (2) SA 930 (W) .....	191
<i>Corsyn Consolidated Mines &amp; another, Ex parte</i> 1980 2 SA 596 (R) .....	173
<i>Couper v Flynn</i> 1975 (1) SA 778 (R) 781 .....	177, 178
<i>Cronje v Cronje</i> 1907 TS 871 .....	194
<i>Curator ad Litem of Letterstedt v Executors of Letterstedt</i> 1874 Buch 42 .....	134

## D

<i>Davidson v Bonafede</i> 1981 SA 501 (K) .....	174
<i>Davies v Rex</i> 1909 AD 149 .....	179
<i>Davies v Rex</i> 1909 EDL 149 .....	146
<i>Davis' Tutor v Estate Davis</i> 1925 WLD 168 .....	176, 177
<i>De Greeff v De Greeff</i> 1982 1 SA 882 (O) .....	210
<i>De Kock v Van der Wall's Executors</i> (1899) 9 CTR 496 .....	172
<i>De Wet v Bouwer</i> 1919 CPD 43 .....	174
<i>Dempster v Dempster</i> 1953 (4) SA 515 (N) .....	203
<i>Desai v Engar &amp; Engar</i> 1965 (4) SA 81 (W) .....	190
<i>Dhanabakium v Subramanian</i> 1943 AD 160 .....	128, 138, 154, 1157, 168
<i>Docrat v Bhayat</i> 1932 TPD 125 .....	154, 157, 168
<i>Douglas v Mayers</i> 1987 1 SA 910 (ZH) .....	157, 168
<i>Dowling, Ex parte</i> 1951 (3) SA 556 (T) .....	171
<i>Dreyer v Lyte-Mason</i> 1948 (2) SA 245 (W) .....	190, 191, 193, 198
<i>Du Plessis v Estate Meyer</i> 1913 CPD 1006 .....	146
<i>Du Plessis v Van Zyl</i> 1951 (2) PH B24 (A) .....	191, 193
<i>Du Plooy v Du Plooy</i> 1949 (1) PH B15 .....	203
<i>Du Preez v Conradie</i> 1990 (4) SA 46 (B) .....	165, 166
<i>Du Preez v Du Preez</i> 1969 3 SA 529 (D) .....	183, 191, 198
<i>Du Toit v Lotriet</i> 1918 OPD 99 .....	132, 174
<i>Dunscombe v Willies</i> 1982 (3) SA 311 (D) .....	200, 201, 324
<i>Dunsterville v Dunsterville</i> 1946 NPD 594 .....	192, 193, 194
<i>Dyssel NO v Shield Insurance Co</i> 1982 3 SA 1084 (K) .....	173

## E

<i>E v E</i> 1940 TPD 333 .....	200
<i>Edelstein v Edelstein NO</i> 1952 (3) SA 1 AD .....	125, 129, 131, 132, 139, 174, 198
<i>Edge v Murray</i> 1962 (3) SA 603 (W) .....	191
<i>Edwards v Edwards</i> 1960 (2) SA 523 (D) .....	156, 191, 198, 323
<i>Edwards v Fleming</i> 1909 TH 234 .....	154, 157, 168
<i>Elliot's Trustee v Elliot</i> (1845) 3 M 26 .....	172
<i>Engar and Engar v Desai</i> 1966 1 SA 621 (T) .....	154, 157, 168
<i>Estate de Klerk v Rowan</i> 1922 EDL 334 .....	176
<i>Etherington v Etherington</i> 1928 CPD 320 .....	200

## F

<i>F v B</i> 1988 3 SA 948 (D) .....	154, 157, 168
<i>F, Ex parte</i> 1963 1 PH B9 (N) .....	210
<i>Farrell v Hankey</i> 1921 TPD 590 .....	178, 203
<i>Ferreira v Minister of Social Welfare</i> 1958 1 SA 93 (OD) .....	178
<i>Fillis v Joubert Park Private Hospital Pty Ltd</i> 1939 TPA 234 .....	178
<i>Fitzgerald, Ex parte</i> 1923 WLD 187 .....	171
<i>Fletcher v Fletcher</i> 1948 1 SA 130 (A) .....	1, 191, 193, 194, 215, 412, 413
<i>Forbes v Forbes</i> 1960 (1) SA 857 (D) .....	203
<i>Ford v Allen &amp; others</i> 1925 TPD 5 .....	176, 178, 179
<i>Fortune v Fortune</i> 1955 (3) SA 348 (D) .....	188, 191, 192, 199, 201
<i>Fouché v Battenhausen &amp; Co</i> 1939 CPD 228 .....	174
<i>Fraser v Children's Court, Pretoria North, and Others</i> 1997 2 SA 261 (CC) .....	169
<i>Fraser v Fraser</i> 1945 WLD 112 .....	162, 190, 199
<i>French v French</i> 1971 (4) SA 298 (W) .....	192, 194, 198

## G

<i>Gammon v McClure</i> 1925 CPD 137 .....	177
<i>Germani v Herf</i> 1975 4 SA 887 .....	165, 199, 201
<i>Geyer v Geyer's Trustee</i> (1898) 13 EDC 74 .....	172
<i>Gildenhuis v Transvaal Hindu Educational Council</i> 1938 WLD 260 .....	176
<i>Gliksman v Talekinsky</i> 1955 (4) SA 468 (W) .....	176, 177, 178
<i>Gold v Gold</i> 1975 (4) SA 237 (D) .....	176
<i>Goldsworthy v Goldsworthy</i> 1893 SC 139 .....	191
<i>Goodale v Goodale</i> CPD 1988-01-05 Saaknr 4847/87 .....	194
<i>Goodrich v Botha</i> 1954 (2) SA 540 (A) .....	191, 194, 195, 198
<i>Gordon v Barnard</i> 1977 (1) SA 887 (C) .....	162, 163, 164, 186
<i>Govender v Amurthan</i> 1979 3 SA 358 (N) .....	133
<i>Govu v Stuart</i> (1903) 24 NLR 440 .....	124, 157, 170
<i>Grand Prix Motors WP (Pty) Ltd v Swart</i> 1976 3 SA 221 (K) .....	125, 132, 139
<i>Green v Green</i> 1948 (2) SA 1054 (D) .....	194
<i>Greenshields v Wyllie</i> 1989 4 SA 898 (W) .....	194, 201, 202
<i>Greeve, Ex parte</i> (1907) 24 SC 202 .....	134
<i>Grobler v Grobler</i> 1978 (3) SA 578 (T) .....	200
<i>Grobler v Union Government</i> 1923 TPD 429 .....	176
<i>Gumede v Gumede</i> 1955 NAC 85 (NE) .....	350

## H

<i>H v I</i> 1985 (3) SA 237 (C) .....	162, 163, 185, 186
<i>Harksen v Lane and Others</i> 1998 1 SA 300 (KH) .....	304
<i>Hartman v Krogscheepers</i> 1950 4 (SA 421 (W) .....	178
<i>Harwood v Harwood</i> 1976 4 SA 586 (K) .....	178
<i>Hassan v Hassan</i> 1955 (4) SA 388 (D) .....	188
<i>Hawthorne v Hawthorne</i> 1950 (3) SA 299 (C) .....	159, 178
<i>Heimann v Heimann</i> 1948 (4) SA 926 (W) .....	191, 323
<i>Herfst v Herfst</i> 1964 (4) SA 127 (W) .....	178, 203, 204
<i>Hiltonian Society v Crafon</i> 1952 (3) SA 130 (AD) .....	166
<i>Hlope v Mahlalela and another</i> 1998 (1) SA 449 (T) .....	350
<i>Hodgkinson v Hodgkinson</i> 1949 1 SA 51 (E) .....	199, 201
<i>Hoekstra v Hoekstra</i> 1945 EDL 224 .....	203

<i>Hoffman v Estate Mechau</i> 1922 CPD 179 .....	146
<i>Hooper v Hooper</i> 1908 EDC 474 .....	191, 194
<i>Hornby v Hornby</i> 1954 (1) SA 498 (O) .....	30, 156, 198, 203
<i>Horsford v De Jager</i> 1959 2 SA 152 (N) .....	183, 184, 191, 198
<i>Howes v Howes</i> 1958 4 SA 41 (K) .....	155
<i>Hulton, Ex parte</i> 1954 1 SA 460 (K) .....	127, 172
<i>Humphreys, Ex parte</i> 1921 WLD 74 .....	170, 171

## I

<i>Insel, Ex parte</i> 1952 (1) SA 71 (T) .....	177, 178
<i>Insolvent Estate Karodia, Ex parte</i> 1925 TPD 294 .....	134
<i>Ismail v General Accident Insurance Co SA Ltd</i> 1989 2 SA 468 (D) .....	178

## J

<i>J, Ex parte</i> 1951 1 SA 665 (O) .....	155
<i>Jacobs v Cape Town Municipality</i> 1935 CPD 474 .....	179
<i>Jacobs, Ex parte</i> 1950 (2) PH M 26 (O) .....	176, 177
<i>Jacobs, Ex parte</i> 1982 2 SA 276 (O) .....	161
<i>Jodaiken v Jodaiken</i> 1978 1 SA 784 (W) .....	178
<i>Joffe v Lubner</i> 1972 (4) SA 521 (C) .....	179
<i>Johnson v Johnson</i> 1963 1 SA 162 (T) .....	191
<i>Jordaan's Curator, Ex parte</i> 1929 OPD 168 .....	174
<i>Joubert, Ex parte</i> 1949 (2) SA 109 (O) .....	170

## K

<i>Kaiser v Chambers</i> 1969 (4) SA 224 (C) .....	191
<i>Kakaza v Kakaza</i> 1942 NAC (C & O) 36 .....	347
<i>Kalamie v Armadien</i> 1929 CPD 490 .....	179
<i>Kambu v Kambu</i> 1950 NAC 26 (C) .....	350
<i>Kanis v Kanis</i> 1974 (2) SA 606 (R) .....	176
<i>Kastan v Kastan</i> 1985 3 SA 235 (K) .....	190, 191, 323
<i>Katzenellenbogen v Katzenellenbogen &amp; Joseph</i> 1947 (2) SA 245 (W) .....	190, 191, 194
<i>Kedar, Ex parte</i> 1993 1 SA 242 (W) .....	154, 168, 182
<i>Kemp v Kemp</i> 1958 (3) SA 736 (D) .....	176, 178, 203, 204
<i>Kerr-Cross v Kerr-Cross</i> 1939 WLD 168 .....	199
<i>Knoop, In re</i> (1893) 10 SC 198 .....	176, 178
<i>Kommissaris van Kindersorg, Ex parte : In re JB</i> 1973 2 SA 699 (T) .....	184
<i>Kommissaris van Kindersorg, Ex parte : In re Steyn Kinders</i> 1970 2 SA 27 (Nk) .....	207
<i>Kotze v Kotze</i> 1953 (2) SA 184 (C) .....	201
<i>Kramer v Findlay's Executors</i> 1878 Buch 51 .....	178
<i>Kritzinger v Kritzinger</i> 1951 (2) SA 11 (N) .....	191, 193
<i>Kropf, Ex parte</i> 1936 WLD 28 .....	186
<i>Kruger v Fourie en 'n ander</i> 1969 4 SA 469 (O) .....	210
<i>Kustner v Hughes</i> 1970 (3) SA 622 (W) .....	190, 191, 198
<i>Kuzwayo v Khuluse</i> 1951 NAC 321 (NE) .....	346

## L

<i>L v H</i> 1992 (2) SA 594 (E) .....	162, 163, 164, 185, 186
<i>L v M</i> 1911 PTA 946 .....	179

<i>Lallo v Lallo</i> 1973 2 SA 561 (D) .....	133, 210
<i>Lamb v Sack</i> 1974 (2) SA 670 (T) .....	176, 178, 179
<i>Landman v Mienie</i> 1944 OPD 59 .....	30, 156, 158, 190, 198, 201
<i>Lecler v Grossman</i> 1939 WLD .....	191, 199, 201
<i>Leevengeld, Ex parte : In re Tait</i> (1885) 4 SC 64 .....	178
<i>Leibrandt v Leibrandt</i> 1946 (2) PH B78 (N) .....	203
<i>Lethlho v Lethlho</i> 1942 OPD 148 .....	192
<i>Levy v Levy</i> 1991 3 SA 614 (A) .....	217
<i>Lotz v Boedel van der Merwe</i> 1958 2 PH M 16 (O) .....	177
<i>Lourens v Lourens</i> 1946 WLD 309 .....	191, 199
<i>Ludekins v De Villiers</i> (1937) 3 M 461 .....	178
<i>Ludidi v Nongena</i> 1945 NAC (C & O) 59 .....	347
<i>Lynch v Lynch</i> 1965 2 SA 49 (R) 152 .....	30, 156

## M

<i>M v M</i> 1962 2 SA 114 (GW) .....	184
<i>M v R</i> 1989 1 SA 416 (O) .....	55, 168, 185
<i>M'Guni v M'Twali</i> 1923 TPD 368 .....	179
<i>MacRobert NO, Ex parte</i> 1946 TPD 336 .....	171
<i>Madubula v Mahlangu</i> 1974 BAC 449 (C) .....	347
<i>Mahlangu v Lhlapo</i> 1968 BA 35 (C) .....	349
<i>Malan v Commissioner of Child Welfare, Witbank and Others</i> 1973 4 SA 508 (T) .....	207
<i>Manamela v Kakana</i> 1944 NAC (N & T) 46 .....	350
<i>Manning v Manning</i> 1975 (4) SA 659 (T) .....	192, 193, 194, 198
<i>Marais v Marais</i> 1960 (1) SA 844 (C) .....	198, 199, 200, 201, 323
<i>Märtens v Märtens</i> 1991 4 SA 287 (T) .....	191, 194, 198
<i>Martin v Mason</i> 1949 (1) PH B9 (N) .....	198
<i>Maruping v Maruping</i> 1947 NAC (N & T) 129 .....	350
<i>Mashinini v Senator Insurance Co Ltd</i> 1981 1 SA 313 (W) .....	173
<i>Master of the Supreme Court v Castellani</i> 1911 TPD 763 .....	170, 171
<i>Matsupelele v Nombakwe</i> 1937 NAC (C & O) 163 .....	350
<i>Mathee v MacGregor, Auld &amp; another</i> 1981 4 SA 637 (Z) .....	198
<i>Matthews v Haswari</i> 1937 WLD 110 .....	154, 157, 168
<i>Matthews v Matthews</i> 1983 4 SA 136 (SE) .....	201
<i>Mauerberger v Mauerberger</i> 1948 (3) SA 562 (C) .....	191
<i>Mayer v Mayer</i> 1974 (1) PH B4 (C) .....	191
<i>Mbi, Ex parte</i> 1963 3 SA 44 (K) .....	134
<i>McCall v McCall</i> 1994 3 SA 201 (K) .....	1, 157, 194, 195, 196, 197, 219, 332, 413
<i>Mentz v Simpson</i> 1990 4 SA 455 (A) .....	177, 179, 203, 204
<i>Metedad v National Employer's General Insurance Co Ltd</i> 1992 3 SA 538 (W) .....	174
<i>Meyer v The Master</i> 1939 SWA 3 .....	125, 128
<i>Meyer v Van Niekerk</i> 1976 1 SA 252 (T) .....	30, 162, 163, 164
<i>Mfanekiso v Mpakana</i> 1 NAC 85 (1905) .....	357
<i>Mfazwe v Modikayi</i> 1939 NAC (C & O) 18 .....	357
<i>Milstein v Milstein</i> 1943 TPD 227 .....	191, 193
<i>Misselbrook NO : In re Estate Misselbrook, Ex parte</i> 1961 (4) SA 382 (D) .....	170, 171
<i>Mitchell v Mitchell</i> 1904 TS 128 .....	190, 200
<i>Mkize v Mkize</i> 1951 NAC 336 (NE) .....	350
<i>Mkwanazi v Zulu</i> 1938 NAC (N & T) 258 .....	346
<i>Mlanjeni v Macala</i> 1947 NAC (C & O) .....	346
<i>Mohaud v Mohaud</i> 1964 (4) SA 348 (T) .....	191, 193, 194, 200
<i>Mokoena v Mofokeng</i> 1945 NAC (C & O) 89 .....	349

<i>Moshesh NO v Marine &amp; Trade Insurance Co Ltd</i> 1971 4 SA 288 (D) .....	173
<i>Mpela v Estate Mpela</i> 1944 NAC (N & J) 1 .....	347
<i>Mrau v Ngwaya</i> 1911 NHC 145 .....	348
<i>Msiza and another v Msiza</i> 1980 AC 115 (C) .....	350
<i>Muru v Muru</i> 1980 AC 39 (S) .....	350
<i>Myers v Leviton</i> 1949 (1) SA 203 (T) .....	190, 192, 193, 198, 199, 200, 201

## N

<i>N v N</i> 1956 (1) PH B3 (T) .....	200
<i>Napolitano v Commissioner of Child Welfare</i> 1965 1 SA 742 (A) .....	192
<i>Ncubu v National Employers General Insurance Co Ltd</i> 1988 2 SA 190 (N) .....	154, 176
<i>Ndondo v Ndondo</i> 1944 NAC (C & O) 80 .....	347
<i>Nell v Nell</i> 1990 3 SA 889 (T) .....	185
<i>Ngake v Mahahle en 'n ander</i> 1984 2 SA 216 (O) .....	186
<i>Ngubane v Ngubane</i> 1983 2 SA 770 (T) .....	184
<i>Niemeyer v De Villiers</i> 1951 (4) SA 100 (T) .....	190, 198, 199
<i>Niewenhuizen NO v Union &amp; National Ins Co Ltd</i> 1962 1 SA 760 (W) .....	173
<i>Nkosi v Dhlamini</i> 1955 NAC 27 (C) .....	350
<i>Nokoyo v AA Mutual Insurance Association</i> 1976 2 SA 153 (E) .....	128, 154, 157, 168
<i>Nooitgedacht, In re : Ex parte Wessels</i> (1902) 23 NLR 81 .....	174
<i>Ntiliziyombi v Ntiliziyombi</i> 1937 NAC (C & O) 233 .....	347
<i>Nugent v Nugent</i> 1978 (2) SA 690 (R) .....	198

## O

<i>O v O</i> 1982 4 SA 137 (C) .....	185
<i>Olufsen v Klisser</i> 1959 3 SA 351 (N) .....	133
<i>Oosthuizen v Rix</i> 1948 (2) PH B65 (W) .....	198
<i>Oosthuizen v Stanley</i> 1938 AD 322 .....	177, 178
<i>Oppel v Oppel</i> 1973 (3) SA 675 (T) .....	201
<i>Osman v Osman</i> 1992 (1) SA 751 (W) .....	176, 203

## P

<i>Painter v Painter</i> 1882 EDL 247 .....	191
<i>Paterson v South African Railway and Harbours</i> 1931 KPA 289 .....	173
<i>Petersen v Kruger</i> 1975 4 SA 171 (K) .....	157, 183
<i>Phil Morkel Bpk v Niemand</i> 1970 3 SA 455 (K) .....	132
<i>Pienaar, Ex parte</i> 1964 (1) SA 600 (T) .....	176, 178, 179
<i>Pinion v Pinion</i> 1994 (2) 725 (D) .....	191, 323
<i>Prinsloo v Van der Linde</i> 1997 6 BCLR 759 (CC) .....	304, 305
<i>Pommerel v Pommere</i> SECL Saaknr 4042/86 .....	202
<i>Potgieter v Bellingan</i> 1940 EDL 264 .....	155
<i>Potgieter v Potgieter</i> 1943 CPD 462 .....	200
<i>Powrie, Ex parte</i> 1963 1 SA 299 (W) .....	182
<i>President Insurance Co Ltd v Yu Kwam</i> 1963 3 SA 44 (K) .....	134
<i>President of the Republic of South Africa and Another v Hugo</i> 1997 6 BCLR 708 .....	305
<i>Price v Price</i> 1946 CPD 59 .....	203
<i>Pringle's Tutors, Ex parte</i> 1922 CPD 447 .....	171
<i>Prinsloo v Prinsloo</i> 1958 3 SA 759 (T) .....	184



## R

<i>R v Fitzgerald</i> (1926) 47 NLR 445 .....	179
<i>R v Jacobs</i> 1941 OPD 7 .....	166
<i>R v Janke &amp; Janke</i> 1913 TPD 382 .....	165
<i>R v Le Maitre and Avenant</i> 1947 (4) SA 616 (C) .....	166
<i>R v Liebenberg</i> 1917 OPD 67 .....	166
<i>R v Mofokeng</i> 1954 (1) SA 487 (O) .....	179
<i>R v Muller</i> 1948 4 SA 848 (O) 852 .....	165, 166
<i>R v Rantsoane</i> 1952 (3) SA 281 (T) .....	179
<i>R v Roux</i> 1932 OPD 59 .....	166
<i>R v Scheepers</i> 1915 AD 337 .....	166
<i>R v Schoombee</i> 1924 TPD 481 .....	166
<i>R v Theron</i> 1936 OPD 166 .....	166
<i>R v Van der Westhuizen</i> 1924 TPD 370 .....	179
<i>R v Van Niekerk</i> 1940 EDL .....	179
<i>Re Testate Estate JW Walsh</i> (1888) 9 NLR 168 .....	128
<i>Reid, Ex parte</i> 1967 (2) SA 394 (C) .....	171
<i>Ressell v Ressel</i> 1976 (1) SA 289 (W) .....	198
<i>Richter v Richter</i> 1947 3 SA 86 (W) 92 .....	161, 176, 177
<i>Ritchkens Exors v Ritchken</i> 1942 WLD 17 .....	158
<i>Rogers v Rogers</i> 1930 TPD 469 .....	193
<i>Rossiter v Barclays Bank</i> 1933 TPD 374 .....	170, 171, 172
<i>Rowan v Faijer</i> 1953 2 SA 705 (OD) 710 .....	154, 157, 168, 183
<i>Roxa v Mtshayi</i> 1975 3 SA 761 (A) 770 .....	173
<i>Russo, In re</i> (1896) 13 SC 185 .....	146
<i>Ryan v Ryan</i> 1961 (2) PH B49 (SR) .....	203

## S

<i>S v L</i> 1992 3 SA 713 (OK) .....	185, 186
<i>S v Lekgathe</i> 1982 3 SA 104 (B) 109 .....	165
<i>S v Lewis</i> 1987 3 SA 24 (K) 25 .....	165
<i>S v M</i> 1968 1 PH M3 (SWA) .....	157
<i>S v MacDonald</i> 1964 (2) SA 431 (C) .....	178, 179
<i>S v Miller</i> 1976 (1) SA 12 (C) .....	176
<i>S v Ntuli</i> 1996 1 SA 1207 (CC) .....	304
<i>S v Pitsi</i> 1964 (4) SA 538 (T) .....	179
<i>S v Williams</i> 1995 3 SA 632 (CC) .....	327
<i>Sackville &amp; West v Nourse &amp; another</i> 1925 AA 516 .....	171
<i>Sager v Bezuidenhout</i> 1980 (3) SA 1007 (O) .....	179
<i>Sakota, Ex parte</i> 1964 (3) SA 8 (W) .....	184
<i>Samente v Minister of Police</i> 1978 4 SA 632 (OK) .....	154, 168
<i>Santam Versekeringsmaatskappy Bpk v Roux</i> 1978 2 SA 856 (A) .....	125, 128
<i>Sati v Kitsile</i> [1998] 1 All SA 530 (E) .....	350
<i>Scheuer v Scheuer</i> 1945 NPD 232 .....	192
<i>Schlebusch v Schlebusch</i> 1988 (4) SA 548 (OK) .....	191, 323
<i>Schoultz v Sismey</i> ongerapporteerd W Saaknr 15007/92 .....	157
<i>Schwartz v Schwartz</i> 1984 4 SA 467 (A) .....	200
<i>Schwartz v Smollen</i> 1951 2 PH B26 (T) .....	191
<i>Scott v Scott</i> 1946 WLD 399 .....	161, 177, 190, 204
<i>Scott v Scott</i> 1962 (1) PH B8 (D) .....	193
<i>Secretary v Inland Revenue v Brey</i> 1980 (1) SA 472 (A) 480 .....	179

<i>Seetal v Pravitha</i> 1983 3 SA 287 (D) .....	55, 185
<i>Segal v Segal</i> 1971 4 SA 317 (K) .....	183, 198, 199
<i>September v Karriem</i> 1959 3 SA 687 (K) .....	157, 168, 183, 184, 191
<i>Sesing v Minister of Police</i> 1978 4 SA 742 (W) .....	154, 168
<i>Shabangu v Mkonto</i> 1945 NAC (N & T) 17 .....	347
<i>Shawzin v Laufer</i> 1968 (4) SA 657 (A) .....	188, 191, 193, 194, 198
<i>Sheffield v Sheffield</i> 1946 (1) PH B10 (T) .....	194
<i>Short v Naisby</i> 1955 3 SA 572 (D) .....	183, 184, 191, 198
<i>Simleit v Cunliffe</i> 1940 TPD 67 .....	190, 198
<i>Sitole v Sitole</i> 1945 NAC (N & T) 50 .....	346
<i>Skead v Colonial Banking &amp; Trust Co Ltd</i> 1924 TPD 497 .....	171, 174
<i>Slabber's Trustee v Neezer's Executor</i> (1895) 12 SC 163 .....	172
<i>Smit v Smit</i> 1980 3 SA 1010 (O) .....	161, 176, 177
<i>Smith NO, Ex parte; Ex parte Meyer NO</i> 1976 2 SA 95 (O) .....	172
<i>Smith v Berliner</i> 1944 WLA 35 .....	198
<i>Snyder en Andere v Steenkamp en Andere</i> 1974 4 SA 82 (N) .....	207
<i>Spence-Liversedge v Byrne</i> 1947 (1) SA 192 (N) .....	184
<i>Spies' Executors v Beyers</i> 1908 TS 473 .....	178
<i>Stander v Royal Exchange Assurance Co</i> 1962 (1) SA 454 (SWA) .....	176
<i>Steenkamp v Conning</i> 1946 (2) PH B71 (N) .....	191
<i>Steyn v Steyn</i> 1948 (3) SA 127 (T) .....	194
<i>Sursathi v Elliott</i> 1963 (3) SA 233 (D) .....	179
<i>Swart v Muller</i> (1909) 19 CTR 475 .....	134

## T

<i>Tabb v Tabb</i> 1909 TS 1033 .....	192
<i>Tate v Jurado</i> 1976 4 SA 238 (W) .....	178, 179
<i>Taute v Taute</i> 1974 (2) SA 675 (E) .....	177
<i>The Master, Ex parte</i> 1927 TPD 117 .....	171
<i>Theron v Theron</i> 1939 WLD 355 .....	199, 201
<i>Thompson v Thompson</i> 1946 CPD 231 .....	156, 203
<i>Thorpes Executors v Thorpes Tutor</i> (1886) 4 SC 488 .....	172
<i>Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small</i> 1949 1 SA 856 (A) .....	174
<i>Tromp v Tromp</i> 1956 (4) SA 738 (N) .....	192, 193
<i>Tshabalala v Cracy</i> 1943 NAC (C & O) 50 .....	350
<i>Tshabalala v Jacobs</i> 1942 TPD 310 .....	166
<i>Tshabalala and another v Tshabalala</i> 1944 NAC (N & T) 35 .....	350
<i>Tshobo &amp; another v Tshobo</i> 4 NOC 142 (1920) .....	345

## U

<i>Union Government v Warneke</i> 1911 AD 657 .....	178
<i>United Building Society v Matiwane</i> 1933 EDL 280 294 .....	179

## V

<i>V v V</i> 1998 (4) SA 169 (K) .....	1, 191, 323, 413
<i>Van Aardt, Ex parte</i> 1911 TPD 532 .....	172
<i>Van Aswegen v Van Aswegen</i> 1954 1 SA 496 (O) .....	190
<i>Van Dam, Ex parte</i> 1973 2 SA 182 (W) .....	154, 156, 157, 168, 182, 183
<i>Van Deijl v Van Deijl</i> 1966 4 SA 260 (R) .....	192, 194
<i>Van der Berg v Scholtz</i> 1938 TPD 129 .....	166

<i>Van der Berg v Van der Berg</i> 1959 (4) SA 259 (W) .....	200
<i>Van der Byl &amp; Co v Solomon</i> 1977 Buch 25 .....	170, 171, 174
<i>Van der Harst v Viljoen</i> 1977 1 SA 795 (K) .....	178, 179
<i>Van der Linde, Ex parte</i> 1938 WLD 28 .....	186
<i>Van der Linde v Van der Linde</i> 1996 3 SA 509 (O) .....	322
<i>Van der Westhuizen v Van Wyk</i> 1952 SA 119 (GW) .....	156, 183, 184
<i>Van der Westhuizen, Ex parte</i> 1947 (4) SA 139 (C) .....	171, 174
<i>Van Heerden v Sentrale Kunsmis Korporasie Bpk</i> 1973 1 SA 17 (A) .....	174
<i>Van Oudenhove v Grüber</i> 1981 (4) SA 857 (A) .....	190, 191, 198
<i>Van Pletzen v Van Pletzen</i> 1998 (4) SA 96 (O) .....	322
<i>Van Rensburg v Van Rensburg</i> 1929 OPD 122 .....	172, 191, 192, 194
<i>Van Rensburg, Ex parte</i> 1972 1 SA 79 (O) .....	
<i>Van Rij NO v Employers Liability Assurance Ltd</i> 1964 4 SA 737 (W) 740 .....	173
<i>Van Rooyen v Van Rooyen</i> 1994 (2) SA 325 (W) .....	200
<i>Van Rooyen v Werner</i> (1892) 9 SC 425 .....	128, 135, 154, 157, 168, 170, 171, 178, 201, 215
<i>Van Schoor v Van Schoor</i> 1976 (2) SA 600 (A) .....	199, 200
<i>Van Vuuren v Sam</i> 1972 (2) SA 633 (A) .....	177, 178
<i>Van Vuuren v Van Vuuren</i> 1993 (1) SA 163 (T) .....	196
<i>Van Zyl v Commissioner for Inland Revenue</i> 1997 1 SA 883 (C) .....	304
<i>Vather v Seedat</i> 1974 3 SA 389 (N) .....	184
<i>Vaughan NO v SA National Trust of Assurance Co Ltd</i> 1954 (3) SA 667 (C) .....	179
<i>Vaughan v Bush</i> 1927 WLD 217 .....	132, 139
<i>Vedovato v Vedovato</i> 1980 1 SA 772 (T) .....	177
<i>Venton v Venton</i> 1993 (1) SA 763 (D) .....	191, 323
<i>Vermaak v Vermaak</i> 1945 CPD 89 .....	172
<i>Vincent v Vincent</i> 1932 WLD 205 .....	204
<i>Visser, In re Estate</i> 1948 3 SA 1129 (K) .....	176, 177, 178, 179
<i>Von Boetticher v Von Boetticher &amp; Deutsches Schülerheim Alexandria</i> 1943 SWA 27 .....	190
<i>Vucinovich v Vucinovich</i> 1955 TPD 143 .....	162, 190, 199

## W

<i>W v S &amp; others (1)</i> 1988 1 SA 475 (N) .....	168
<i>Waji v Santam Insurance Co Ltd</i> 1981 1 SA 1020 (A) .....	173
<i>Walters v Walters</i> 1949 (3) SA 906 (O) .....	203
<i>Ward v Ward</i> 1982 4 SA 262 (D) .....	210
<i>Waterson v Mayberry</i> 1934 TPD 210 .....	176
<i>Watson v Watson</i> 1979 (2) SA 854 (A) .....	177
<i>Weber v Harvey, NO and Others</i> 1952 3 SA 711 (T) .....	207
<i>Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk</i> 1983 1 SA 381 (A) .....	125, 126
<i>Whittingham v Whittingham</i> 1974 (2) SA 636 (R) .....	177
<i>Wilkie-Page v Wilkie-Page</i> 1979 92) SA 258 (R) .....	179
<i>Wille v Wille</i> 1944 WLD 96 .....	194
<i>Willers v Serfontein</i> 1985 2 SA 591 (T) .....	192
<i>Williams v Shub</i> 1976 4 SA 567 (K) 570 .....	178, 179
<i>Williams v Williams</i> 1946 CPD 49 .....	203
<i>Wolff v Solomon's Trustee</i> 1895) 12 SC 42 49 .....	128, 174
<i>Wolfson v Wolfson</i> 1962 (1) SA 34 (SR) .....	162, 190, 191
<i>Wolman &amp; others v Wolman</i> 1963 2 SA 452 (A) .....	134
<i>Wood v Davies</i> 1934 CPD 250 .....	170, 171, 174
<i>Woodhead v Woodhead</i> 1955 (3) SA 138 (SR) .....	178

## Y

<i>Young v Coleman</i> 1956 (4) SA 213 (D) 218 .....	177
<i>Yu Kwam v President Insurance Co Ltd</i> 1963 1 SA 66 (T) .....	134

## Z

<i>Zietsman, Ex parte : In re Estate Bastard</i> 1952 2 SA 16 (K) .....	177
<i>Zimelka v Zimelka</i> 1990 4 SA 303 (W) .....	203
<i>Zorbas v Zorbas</i> 1987 (3) SA 436 (W) .....	188

## AMERIKAANSE REG

<i>Belotti v Baird</i> 443 US 622 (1979) .....	104, 105, 106
<i>Carey v Population Services International</i> 431 US 678 (1977) .....	79, 80
<i>Custody of a Minor</i> 393 NE 2d 836 (1979) .....	101, 102
<i>Gault, In re</i> 387 US 1 (1967) .....	77, 78
<i>Ginsberg v New York</i> 390 US 629 (1968) .....	76, 78, 80, 102, 103, 119
<i>Guardianship of Faust, In re</i> 239 Mis 299 305-307, 123 So 2d 218 220-221 (1960) .....	72
<i>H.L. v Matherson</i> 450 US 398 (1981) .....	107
<i>Hofbauer, In re</i> 419 NYS 2d 936 (1979) .....	101, 102
<i>Matarese v Matarese</i> 47 RI 131 132-133, 131 A 198 199 (1925) .....	72
<i>Meyer v Nebraska</i> 262 US 390 (1923) .....	99, 116
<i>Parham v J.R.</i> 442 US 584 (1979) .....	105, 106
<i>Pierce v Society of Sisters</i> 268 US 510 (1925) .....	99, 101, 103, 116
<i>Planned Parenthood of Central Missouri v Danforth</i> 4228 US 52 (1976) .....	78, 79, 103, 104, 106, 107
<i>Prince v Massachusetts</i> 321 US 158 (1944) .....	100
<i>Tinker v Des Moines School District</i> 393 US 503 (1969) .....	75, 78, 80
<i>West Virginia State Board v Barnette</i> 319 US 624 (1943) .....	76
<i>Wisconsin v Yoder</i> 406 US 205 (1972) .....	79, 100, 101, 103, 106, 116

## EUROPESE REG

<i>Belgian Linguistics, Beslissing Reeks A, Vol 6</i> .....	260, 266
<i>Johnson v Ireland</i> 1987 9 EHRR 203 225 .....	318
<i>Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark</i> 1 EHRR 711 .....	265
<i>Marck v Belgium</i> (1979-80) 2 EHHR 330 .....	264, 266, 318
<i>Nielsen v Denmark</i> (1989) 11 EHHR 175 .....	324
<i>Tyrer v United Kingdom</i> (1979-1980) 2 EHRR 1 .....	266
<i>Velasquez-Rodriguez – Compensatory Damages</i> 11 HRLJ 127 (1990) .....	276
<i>X and Y v Netherlands Beslissing Reeks A, Vol 91</i> .....	261
<i>X v Sweden Application No 172/56</i> .....	262

### ENGELSE REG

<i>Agar-Ellis, In re</i> (1883) 24 Ch D 317 .....	86
<i>Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority</i> [1984] 1 QB 481 .....	85
<i>Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority</i> [1985] 2 WLR 413 .....	85, 392
<i>Gillick v West Norfolk and Wisbeck Area Health Authority</i> [1986] 1 AC 112 .....	84, 85, 86
.....	87, 88, 89, 90, 91, 94, 95, 105, 107, 370, 373, 391, 392
<i>Hewer v Bryant</i> [1970] 1 QB 357 369 .....	86, 87
<i>Krishnan v Sutton London Borough Council</i> [1970] CH 181 .....	87

### AUSTRALIESE REG

<i>High Court in Secretary, Department of Health and Community Services v JWB and JMB (Re Marion)</i> (1992) 175 CLR 210 .....	84, 370, 373
<i>In Re K</i> (1994) FLC 92-461 .....	381

## MENSEREGTEDOKUMENTE

### GLIBAAL

Handves van die Verenigde Nasies  
Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kulturele Regte 1966  
Internasionale Konvensie oor Burgerlike en Politieke Regte 1966  
Die Verklaring van die Regte van die Kind 1924  
Die Verklaring van die Regte van die Kind 1959  
Verenigde Nasies Konvensie oor die Regte van die Kind 1989  
Universele Verklaring van Menseregte 1948

### AFRIKA

Afrika Handves van Mense- en Volkeregte  
Afrika Handves op die Regte en Welsyn van die Kind

### AMERIKA

Amerikaanse Deklarasie van die Regte en Verpligtinge van die Mens  
Amerikaanse Konvensie op Menseregte

### EUROPA

Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Fundamentele Vryhede  
Europese Konvensie op die Regte van 'n Kind  
Europese Konvensie op die Uitoefening van Kinderregte  
Europese Sosiale Handves

## REGSKOMMISSIEVERSLAE

### SUID-AFRIKA

SA Regskommissie	Ondersoek na die verlaging van meerderjarigheid Projek 43 1985
SA Regskommissie	Verslag oor die regte van 'n vader ten opsigte van sy buiteregtelike kind Projek 79 1984
SA Regskommissie	Domisilie Werkstuk 20 Projek 60 1987
SA Regskommissie	Verslag oor Surrogaatmoederskap Projek 65 1993
SA Regskommissie	<i>Harmonisation of the common law and indigenous law</i> Projek 90 1997
SA Regskommissie	<i>The review of the Child Care Act Project 40 Issue Paper 13</i> 1998

### AUSTRALIË

*Report of the Joint Select Committee on certain aspects of the operation and interpretation of the Family Law Act 1992*

Australiese Regskommissie *For the sake of kids Complex context cases and the Family Court Report No 73 1995*

*Human Rights and Equal Opportunity Commission & Australian Law Reform Commission Speaking for ourselves, Children and the legal process Issues Paper 18 1996*

*Response of the Family Court of Australia to the Attorney-General's Department Paper on Primary dispute resolution services in family law 1997*

### ENGELAND

Britse Regskommissie *Report on Illegitimacy No 118 1982*

Britse Regskommissie *Working Paper Custody 1986 No 96*

**SKOTLAND**

- Skotse Regskommissie *Report on the legal capacities and responsibilities of minors and pupils Project 110 1987*
- Skotse Regskommissie *Parental responsibilities and rights, guardianship and the administration of children's property Discussion Paper No 88 1990*
- Skotse Regskommissie *Report on Family Law Project 135 1992*



# WETGEWING

## SUID-AFRIKA

Swart Administrasiewet 38 van 1927	
a 11(3)	.....345
Insolvensiewet 24 van 1936	
21	..... 304,305
a 55(c)	.....127
64	..... 304
65	..... 304
Versekeringswet 27 van 1943	
a 37	.....117, 130
Wet op Testamente 7 van 1953	
a 1	.....130
2D	.....147
2D(1)(b)	.....147
4	.....38, 117, 131
Wet op Huweliksaangeleenthede 38 van 1953	
a 5	.....168, 187, 188, 217
5(1)	.....2, 187, 189, 190, 199, 203, 204, 210
Wet op Myne en Bedrywe 27 van 1956	
a 11(1)	.....133
Verdedigingswet 44 van 1957	
a 3(1)(b)	.....131
Poswet 44 van 1958	
a 54(a)	.....130
Huwelikswet 25 van 1961	
a 25	.....210, 218
25(4)	.....175, 210, 218

Wet op Onderhoud 23 van 1963 .....	180, 220, 351
a 11 .....	180
Boedelwet 66 van 1965 .....	172
a 14(1)(b) .....	128
43(1) .....	173
43(2) .....	172, 173
43(6) .....	173
44 .....	173
77 .....	
78 .....	
80(1) .....	173, 175
80(2) .....	175
80(2)(a) .....	173
80(2)(b) .....	173
83 .....	
Ordonnansie op Padverkeer 21 van 1966	
a 16(a) .....	131
Wet op Wapens en Ammunisie 75 van 1969	
a 37(1) .....	131
Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 .....	128, 358
a 1 .....	38, 125, 135, 143, 309, 357
2 .....	133, 135
3(b) .....	135
3(g) .....	135
5 .....	128
7 .....	135
Maatskappyewet 61 van 1973	
a 218(1)(b) .....	127
Strafproseswet 51 van 1977	
a 294 .....	327
Kieswet 45 van 1979	
a 3(1) .....	38
15(1) .....	131

Wet op Egskeiding 70 van 1979 .....	188, 189, 192
a 3 .....	193, 217
4 .....	217
5 .....	217
6 .....	2, 168, 188, 189, 211, 217
6(1) .....	189, 192, 204, 217
6(2) .....	189
6(3) .....	187, 188, 189, 190, 197, 199, 203, 204, 210, 321, 322
6(4) .....	189
8(1) .....	189, 202, 204

Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983

a 37(1)(e)(iii) .....	317
-----------------------	-----

Wet op Kindersorg 74 van 1983 .....

a 1 .....	204
5 .....	205
8 .....	205
10 .....	158
10(1)(a) .....	158
10(1)(b) .....	159
10(1)(b)(i) .....	159
10(1)(b)(ii) .....	205
10 – a 16 .....	180, 205
11 .....	205, 206
12 .....	206, 207
13 .....	157, 206
13(3) .....	207
14 .....	207
14(1) .....	207
14(2) .....	207
14(3) .....	157, 210
14(4) .....	206, 332
14(4)(aB) .....	207
15 .....	207
15(1) .....	207
15(1)(a) .....	207
15(1)(b) .....	207, 353
15(1)(c) .....	207
15(1)(d) .....	207
16 .....	208, 353
16(1) .....	208
16(1) – (3) .....	208
16(2) .....	317
16(3) .....	320, 352
17 – 27 .....	155, 209
17(a) .....	
17(c) .....	

18(1)	.....	352
18(4)(c)	.....	352
18(4)(d)	.....	169
18(4)(e)	.....	131, 352
19	.....	208
19(b)(ii)	.....	208
19(b)(iii)	.....	208
19(b)(iv)	.....	208
19(b)(vi)	.....	352
20	.....	155, 209
20(1)	.....	146, 155, 179
20(2)	.....	155
20(3)	.....	352
24(1)	.....	352
24(2)	.....	352
39	.....	159, 209
39(1)	.....	138, 159, 209
39(2)	.....	209
39(3)	.....	159, 209
39(4)	.....	117
39(4)(b)	.....	207
40	.....	209
42(1)	.....	209, 210
42(2)	.....	209, 210
42(3)	.....	209
42(5)	.....	209
50	.....	296
50(1)	.....	167
50(1)(a)	.....	158, 159, 181
50(2)	.....	181
50(3)	.....	353
51	.....	208
53	.....	208
53(1)(a)	.....	208
53(2)	.....	208
53(3)	.....	208
53(4)	.....	208
53(5)	.....	208
Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987	.....	189, 202, 418
a 2	.....	197
3	.....	197
4(1)	.....	189, 203
4(1)(b)	.....	198
4(2)	.....	190
4(2)(b)	.....	198

Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987	
a 1(2)	146
Wet op die Status van Kinders 82 van 1987	
a 3	129
3(1)(a)	146
3(1)(b)	129, 168
3(2)	157
4	129, 157, 168
5	145, 155
5(1)(a)	146, 316
5(1)(b)	153, 180
5(2)	153, 180
6	145, 180, 319
7	145, 146, 155
	146
Drankwet 27 van 1989	
a 45(1)(a)	131
Wet op Deponisemende Instellings 94 van 1990	
a 87(1)	130
Wet op Domisilie 3 van 1992	
	147, 148, 149
a 1	
1(1)	38, 148
2	131, 148, 309
2(2)	148, 149
2(3)	149
	147, 149
Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992	
	295, 347
a 10(1)(a)	168
10(1)(b)	168, 211
25(1)(c)	168, 211
Wet op Voogdy 192 van 1993	
	154, 167, 203
a 1	
1(1)	215
1(2)	155, 167, 168, 170, 202, 203
1(2)(a)	129, 132, 154, 167, 168, 170, 203, 211, 322
1(2)(e)	216
	170, 173

## Wet op Onderlinge Banke 124 van 1993

a 88 .....127, 130

## Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 .....212, 213, 214

a 1(2) .....213, 315  
 2(1)(a) .....213  
 2(1)(c) .....213

## Interim Grondwet 200 van 1993 .....169

8 .....305  
 a 10 .....  
 11(2) .....  
 30 .....298

## Wysigingswet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996 .....313, 315

a 1 .....315, 347

## Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 .....216

a 1 .....161  
 3(1) .....160  
 3(6) .....160  
 5(3)(b) .....162  
 6 .....162  
 6(1) .....160  
 6(2) .....160, 161  
 6(3) .....160, 161  
 7 .....160, 162  
 8(1) .....332  
 10(1) .....166  
 10(2) .....167  
 12 - 33 .....162  
 20 .....162  
 23 .....161  
 23(2) .....161, 332  
 23(9) .....161  
 45 - 51 .....162

## Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 .....131, 413

a 1 .....160  
 5(1) .....332  
 5(2) .....131, 138, 160, 332  
 5(3) .....160

## Wysigingswet op Egskeiding 95 van 1996

a 5A .....315

## Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996 .....205, 313

a 2 .....210, 218, 297, 332, 418

6 .....207

## Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 .....122, 219, 220, 290, 299, 304, 325

a 7	
7 - 39	2, 56, 290, 302, 305, 310, 355
7(1)	290
7(2)	290
7(3)	290
8(1)	290
8(2)	291, 296, 329, 414
8(3)	296, 329
8(3)(a)	292
9	293, 313, 317, 318, 320
9(1)	304, 323
9(2)	358
9(3)	300, 319, 323, 355, 358, 361
10	293, 327
10(1)	327
11	300
11(2)	327
12	293, 327
12(1)(c)	293
12(1)(e)	293, 377
12(2)(a)	293, 319, 320
12(1)(b)	293
14	122, 294, 328
15	294, 328
15(3)(a)	313
15(3)(a)(i)	336, 355
15(3)(a)(ii)	336, 355
16	328
18	122, 294, 313, 317
19	290
19(3)	305
21	294
21(3)	290
22	290
23	291
24(1)	358
26	296, 325
27	296, 325
28	2, 56, 291, 292, 294, 298, 299, 300, 305, 333, 413, 415
28(1)(a)	292, 294, 295

28(1)(b)	292, 294, 295, 313, 314, 316, 318, 323, 324, 361
28(1)(c)	292, 294, 295, 325, 361
28(1)(d)	292, 294, 296, 325, 361
28(1)(e)	292
28(1)(f)	292
28(1)(g)	292
28(1)(h)	292, 294, 297
28(2)	1, 294, 297, 318, 321, 322, 323, 329, 358, 361
28(3)	294, 305, 308, 357
29	294, 312
30	336
31	294, 312, 336
32	294
33(1)	294
33(2)	294
34	294, 306
36	305, 306, 309
36(1)	329
38(a)	306
38(b)	306
39(1)	220, 290, 298, 299
39(1)(b)	314
39(2)	292
46(1)(c)	131
47(1)	131
105(1)(c)	131
106(1)	131
211(3)	336
232	220, 299

Wysigingswet op Suid-Afrikaanse Paspoorte en Reisdokumente 49 van 1997

a 2	132, 167
-----	----------

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

a 43(1)	132, 215
---------	----------

Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997

a 2	318
2(1)	158, 211, 218
2(2)	318
2(2)(a)	211
2(2)(b)	211
2(5)	212, 318
2(5)(d)	212, 318
2(5)(g)	212, 318
2(6)	158
3	211
6(1)	169



6(2)	
9	
11	.....211
	.....169, 211
Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede 56 van 1998	.....169, 212
Wysigingswetsontwerp op Welsynswette 90 van 1997	.....320
Wetsontwerp op Gesinsgeweld W75 – 98	.....213
a 1(ii)	.....213, 419
1(x)	.....213
1(x)(i)	.....316
4(5)	.....213, 419
6(1)(c)	.....214
6(7)	.....214
14(1)	.....213
Wetsontwerp op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 110 van 1998	.....315

#### REGULASIES

GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20	.....153, 317, 319
GK in SK 16179 van 1995-06-14	.....320
Prokl R 6 in SK 17737 van 1997-01-24	.....290
GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-27	.....154, 319

#### **AUSTRALIë**

Constitution Act 1900	.....363
a 51(xxi)	.....363
51(xxii)	.....363
Commonwealth Electoral Act 1918 (Cth)	
a 93	.....373
Education Act (Tasmania) 1932	
a 9	.....373
Matrimonial Causes Act 1959	.....364
Marriage Act 1961 (Cth)	

	373
a 13 .....	373
14 .....	373
16 .....	372
Age of Majority Act (Tasmania) 1973 .....	372
Age of Majority Act (Queensland) 1974 .....	4, 364, 365, 366, 367, 358, 390
Family Law Act 1975 .....	364
a 14 - 19 .....	375
22 .....	364
37(8) .....	364
41 .....	364, 375
43 .....	371, 377
43(ca) .....	370, 381
60 .....	370
60AA .....	376, 377
60B .....	376
60B(1) .....	378
60B(2) .....	378
60B(2)(a) .....	369
60B(2)(b) .....	368, 370
60B(2)(c) .....	368
60B(2)(d) .....	370
61B .....	364
61C(1) .....	380
61C(2) .....	370, 377, 381
61C(3) .....	380
61D(1) .....	372
61D(2) .....	370
62 .....	364
62G .....	380
63B .....	370, 377, 381
63C .....	380
63C(1)(b) .....	372
63F .....	370
63F(2) .....	377
63F(2)(a) .....	378
63F(2)(i) .....	378
63F(2)(j) .....	378
63F(4) .....	370
63F(6) .....	371
63H(1) .....	371
64 .....	377, 381
64(5) .....	364
64B .....	367
64B(2)(a) .....	368
64B(2)(b) .....	368
64B(2)(c) .....	368
64B(2)(d) .....	368, 370

64B(3)	
64B(4)	
64B(5)	.....368
64B(6)	
64B(7)(a)	.....368, 369, 370
64B(7)(b)	.....368
64B(7)(c)	.....368
64B(8)(a)	.....368
64B(8)(b)	.....368
64B(8)(c)	.....368
64C	.....368
65	.....367
65C	.....375, 382
65E	.....368
65F	.....377
65G(1)(a)(ii)	.....367
65P	.....369
66B	.....369
66ZC	.....384
66ZD	.....381
67V	.....381
68F	.....377
68F(2)	.....371
68F(2)(g)	.....377, 378
68F(2)(i)	.....378
68F(2)(j)	.....378
70BB	.....378
114B(2)	.....385
115(3)	.....365
Age of Majority Act (Victoria) 1977	.....372
Children's Service Act 1986 (ACT)	.....385
Children's Care and Protection Act 1987 (NSW)	.....386
Children (Care and Protection) Act 1987 (NSW)	
a 87	.....386
Child Support (Assessment) Act 1989 (Cth)	.....384
a 3	.....384
Children's Protection Act 1993 (SA)	.....385
Community Welfare Act 1993 (NT)	
a 69	.....386
Family Law Reform Act 1995 (Cth)	.....365, 366, 367

## Family Law Rules

a 23r5 .....381, 382

**ENGELAND**

Family Law Reform Act 1969 .....38

a 1 .....143

Children Act (UK) 1989 .....4, 38, 367, 360, 408, 409

a 3(1) .....90, 92

Education Act 1993 .....92

**SKOTLAND**

Social Work (Scotland) Act 1937 .....405

a 15 .....406

20 .....405

Children and Young Persons (Scotland) Act 1937

a 25 – 31 .....402

Marriage (Scotland) Act 1977

a 1(1) .....402

Adoption (Scotland) Act 1978 .....394

Education (Scotland) Act 1980

a 30 .....402

31 .....402

28A – 28G .....403

Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986

a 3(2) .....403

8 .....392, 393

Human and Embryology Act 1990 .....394

Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991 .....	144, 391, 399
a 1(1)(a) .....	400
1(1)(b) .....	400
2 .....	401
2(1) .....	401, 408
2(2) .....	401
2(3) .....	401, 403
2(4) .....	401
3 .....	402
9 .....	400

#### Age of Majority (Scotland) Act 1991

a 1(1) .....	400
--------------	-----

Children (Scotland) Act 1995 .....	391, 397, 419
------------------------------------	---------------

a 1 .....	392, 418
1(1) .....	394, 395, 418
1(1)(a) .....	398
1(1)(b) .....	398
1(1)(c) .....	393, 398
1(1)(d) .....	399
1(2)(a) .....	398
1(2)(b) .....	398
2 .....	392
2(1) .....	394, 396, 418
2(1)(a) .....	398, 399
2(1)(b) .....	398
2(1)(c) .....	393, 398
2(1)(d) .....	399
2(1)(7) .....	398, 399
2(4) .....	398
2(7) .....	398
2 .....	394
3(1)(a) .....	394
3(1)(b) .....	394
3(2) .....	394
3(5) .....	394
4 .....	399
6 .....	394
6(1) .....	395, 404, 419
6(1)(b) .....	404
11(1) .....	393, 394, 399
11(1)(a) .....	399
11(1)(b) .....	399
11(2) .....	393, 395
11(2)(a) .....	399
11(2)(b) .....	394

11(2)(c)	.....	393, 398
11(2)(d)	.....	393
11(2)(e)	.....	393, 394
11(7)	.....	404, 406
11(7)(a)	.....	399, 403
11(9)	.....	405
11(10)	.....	404, 405
11(11)	.....	394, 399
15(1)	.....	394
16	.....	405
17(1)(a)	.....	406
17(1)(c)	.....	406
17(2)	.....	407
17(3)(a)	.....	406
17(4)(c)	.....	406
55	.....	407