Ouerlike regte en verpligtinge ooreenkomste kragtens die *Childrens Act* 38 van 2005

R Prinsloo

10772243

Verhandeling voorgelê ter nakoming vir die graad ***Magister Legum*** in Privaatreg aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

Studieleier: Prof JA Robinson

Mei 2014

NORTH-WEST UNIVERSITY
YUNIBESITI YA BOKONE-BOPHIRIMA
NOORDWES-UNIVERSITEIT

Dit begin alles hier ™

Dankbetuiging

By die voltooiing van my verhandeling is dit my opregte wens om die volgende persone en instansies te bedank vir die bydrae wat hulle tot hierdie navorsing gelewer het:

- My Skepper – Ek is tot alles in staat deur Hom wat my krag gee.
- Prof Robinson, ’n studieleier, mentor en ’n ongelooflike inspirasie, want geen moeite was ooit te veel nie.
- Nico, Lara en Karla wat maar tevrede was met 'n halwe vrou en mamma.
- My ouers wat nog altyd in my geglo het.
- My Oupa Danie omdat hy my nooit sou laat opgee het nie.
- Tannie Doepie wat altyd bereid was om te help.
- Anita Stapelberg vir haar woorde van aansporing en bemoediging.

Hierdie verhandeling word opgedra

aan my Pa.

Opsomming

Die gesag van ouers binne die ouer-kind-verhouding het ontwikkel van die rigiede Romeinse *potestas* van die *pater* tot die gesag wat albei ouers in die Romeins-Hollandse reg kon uitoefen. Die grondslag van die verhouding was deurlopend tipies biologies gefundeer terwyl die vader se voogdy gemeenregtelik sterker as dié van die moeder gevestig is. Die posisie is later statutêr in die *Wet op Voogdy* gewysig om die moeder se voogdy ten aansien van kinders inhoudelik gelyk aan dié van die vader te stel. Onder druk van Grondwetlike norme en voorskrifte en ook as gevolg van dramaties veranderende sosiale omstandighede was dit egter onafwendbaar dat die grondslag van die verhouding sou ontwikkel om gestalte hieraan te gee. Ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkomste asook ouerskapsplanne om sodanige regte en verantwoordelikhede te vestig in gevalle waar dit nie ten aansien van 'n ouer bestaan nie staan gevolglik in die teken van nuwe, progressiewe denke aangaande die aard en inhoud van die verhouding. Daarmee saam dien sodanige ooreenkomste en planne op ‘n ingesteldheid by die wetgewer om van duur en moeilike litigasie weg te beweeg deur aan belanghenbbendes die geleentheid te bied om self by ooreenkoms tot wedersyds aanvaarbare resultate te kom. Daar word geargumenteer dat hierdie ooreenkomste en planne die as voorloper gesien kan word vir die vestiging van Family Relationship Centres soos dit in die Australiese reg ontwikkel het.

Sleutelwoorde: regte van kinders, voogdy, toegang, beheer en toesig, kontak, familie, ouerlike regte en verantwoordelikhede, ouer-kind-verhouding, *Kinderwet* 38 van 2005

Abstract

The authority of parents within the parent child relationship has developed from the rigid *potestas* which the *pater* in Roman Law could legally exercise to the authority of both parents in Roman-Dutch Law. The relationship had always been based in the biological sphere while the guardianship of the fathers had always been stronger than that of the mother. The position had been altered statutoraly in the *Guardianship Act* to provide for guardianship for the mother to be equal to that of the father.Under pressure of Constutional norms and prescripts on the one hand and also because of dramatically changed circumstances on the other it has become imperative that the foundation of the relatiopship would be reconcidered to determine its appropriateness for modern circumstances. Parental responsibilities and rights agreements as well as parenting plans to establish such responsibilities and rights in situations where it does not pertain to a perticular parent or a person concerned consequently reflect new and progressive thinking with regard to the nature and content of the relationship. In addition it may be noted that these agreements and plans reflect an inclination on the side of the legislature to move away from expensive, cumbersome and aggresive litigation bt providing the opportunity to persons concerned to come to mutaully acceptable results. It is futher argued that these agreements and plans may be viewed as a first step for the establishment of Family Relationshiop Centres it has developed in Australian Law

Keywords: rights of children, guardianship, care, contact, parental rights and responsibilitie, parent- child relationship, *Children's Act* 38 of 2005

Lys van afkortings

AVRWK	Afrika Verdrag insake die Regte en Welstand van die Kind
HRQ	Human Rights Quarterly
IJCR	International Journal of Children's Rights
KRK	Verenigde Nasies se Konvensie op die Regte van Kinders
NKRK	Nasionale Kinderregte Komitee
PER	Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif
SAJHR	South African Journal of Human Rights
SALJ	South African Law Journal
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TSAR	Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg

Inhoudsopgawe

Dankbetuiging **i**

Opsomming **iii**

Abstract **iv**

Lys van afkortings **v**

Hoofstuk 1 **1**

1.1 Inleiding 1

1.2 Hipotese 6

1.3 Definisies en omskrywings 7

1.3.1 Die kiddie saver benadering – die sogenaamde eerste drie p's 7

1.3.2 Die kiddie libber-benadering - die sogenaamde vierde p 7

1.3.3 Familielid 8

1.3.4 Gillick competence 8

1.3.5 Grundrechtsfähig 8

1.3.6 Grundrechtsmündig 8

1.3.7 Lasgewende ouer 9

1.3.8 Ouerlike regte en verantwoordelikhede 9

Hoofstuk 2 **10**

Ouer-kind-verhouding: Historiese perspektief **10**

2.1 Inleiding 10

2.2 Romeinse reg 11

2.3 Germaanse reg 14

2.4 Frankiese reg 16

2.5 Romeins-Hollandse reg 18

2.6 Die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg voor die inwerkingtrede van die tussentydse Grondwet 19

2.7 Gevolgtrekking 21

Hoofstuk 3 **23**

Ouerlike verpligtinge en regte in die lig van resente internasionale ontwikkeling **23**

3.1 Inleiding 23

3.2 Internasionale en regionale instrumente 24

3.2.1 Inleiding 24

3.3 Die KRK 26

3.3.1 Inleiding 26

3.3.2 Relevante bepalings rondom die ouer-kind-verhouding 28

3.3.3 Uitleg van artikel 5 28

3.3.4 Artikel 12 32

3.3.4.1 Inleiding 32

3.3.4.2 Uitleg van artikel 12 32

3.3.5 Gevolgtrekking 35

3.4 AVRWK 36

3.4.1 Inleiding 36

3.4.2 Artikel 4 en artikel 20 38

3.4.3 Gevolgtrekking 40

Hoofstuk 4 41

Die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg na 1994: die invloed van die *Grondwet* 41

4.1 Inleiding 41

4.2 Uitleg van artikel 28(1)(b) van die Grondwet 43

4.2.1 Inleiding 43

4.2.2 Die doel van artikel 28(1)(b) 44

4.2.3 Sorg vir kinders 46

4.2.4 Die aard en inhoud van artikel 28(1)(b) 48

4.3 Grondwetlike perspektiewe op die beste belang van die kind 50

4.3.1 Inleiding 50

4.3.2 Die juridiese aard van die beste belang van die kind 52

4.3.3 Gevolgtrekking 54

4.4 Die ouer-kind-verhouding ingevolge die Kinderwet 55

4.4.1 Inleiding 55

4.4.2 Ouerlike gesag soos dit voor die inwerkingtrede van die Kinderwet bestaan het 57

4.4.3 Ouerlike regte en verantwoordelikhede uit hoofde van die Kinderwet 59

4.4.4 Definisie van ouerlike regte en verantwoordelikhede 59

4.4.5 Elemente van ouerlike verpligtinge en regte 60

4.4.5.1 Sorg (voorheen beheer) 60

4.4.5.2 Definisie van sorg 61

4.4.5.3 Kontak (voorheen toegang) 62

4.4.5.4 Voogdy 63

4.5 Gesamentlike besluitneming aangaande kinders 64

4.6 Onderhoudsplig 65

4.7 Die beste belang van die kind 65

4.8 Die reg van die kind om gehoor te word 66

4.8.1 Verband tussen art 10 en die internasionale reg 66

4.8.2 Wyse van deelname 67

4.9 Gevolgtrekking 68

Hoofstuk 5 69

Ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne 69

5.1 Inleiding 69

5.2 Wie het ouerlike regte en verantwoordelikhede? 70

5.2.1 Die moeder 70

5.2.2 Die vader 70

5.3 Die verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede 71

5.3.1 Outomatiese verkryging by geboorte 71

5.3.1.1 Moeders 71

5.3.1.2 Vaders 72

5.3.1.3 Ongetroude vaders 73

5.3.2 Nie-outomatiese verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede na geboorte 74

5.3.2.1 Ouerlike verantwoordelikhede en regte-ooreenkomste 74

5.3.2.2 Deur hofbevel 81

5.3.2.3 Die effek van die bevel op ander houers van ouerlike regte en verpligtinge 83

5.3.2.4 Deur testamentêre aanstelling 84

5.4 Gesamentlike ouerskap 84

5.4.1 Voogdy 85

5.4.2 Die afstanddoening en vervreemding van ouerlike verpligtinge en regte 85

5.4.3 Die reg van die kind om gehoor te word 85

5.5 Ouerskapsplanne 86

5.5.1 Inleiding 86

5.5.2 Registrasie van ouerskapsplanne 87

5.5.3 Verpligte ooreenkomste 89

5.5.4 Vrywillige ooreenkomste 90

5.5.5 Jurisdiksie 91

5.5.6 Die kind 91

5.6 Gevolgtrekking 91

Hoofstuk 6 93

Gevolgtrekking en slot 93

6.1 Gevolgtrekking 93

6.2 Aanbevelings 94

Bibliografie 96

Literatuur 96

Regspraak 109

Wetgewing 112

Hoofstuk 1

> The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; the rain may enter, but the King of England cannot enter – all his force dares not to cross the threshold of the ruined tenement.[1]

1.1 Inleiding

Ingevolge die stelreël *[E]en moeder maakt geen bastaerd*[2] het elke moeder, behalwe as sy self minderjarig is[3] of as die kind as gevolg van 'n surrogaat ooreenkoms in die lewe gebring is[4] ouerlike regte en verantwoordelikhede jeens haar kinders. Die posisie van vaders is meer kompleks en behalwe vir die weerlegbare vermoede *pater est quem nuptiae demonstrant* bestaan daar geen vermoede met betrekking tot vaderskap van 'n kind nie. Biologiese vaderskap *per se* is op geen stadium in die Suid-Afrikaanse reg as afdoende beskou om regte en verantwoordelikhede inherent aan ouerskap regtens aan die natuurlike vader van 'n kind toe te sê nie.

Die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg het gemeenregtelik in die Suid-Afrikaanse reg deurlopend in die teken daarvan gestaan dat dit *sui generis* van aard is; daar was gangbaar aanvaar dat dit biologies gefundeer is terwyl dit deur etiese behorenseise bestem is.[5] Ouerskap (met die uitsondering van aanneming) is tipies as 'n uitvloeisel van die biologiese gesien. Ouerlike liefde vir kinders is eweneens by herhaling as 'n inherente samestellingsdeel van die verhouding beskryf.[6]

Met die inwerkingtrede van die interim *Grondwet* in 1994 het 'n nuwe konstitusionele bedeling in Suid-Afrika beslag gekry. Anders as in die pre-

---

1 Hafetz 2001 *Wm & Mary J Women & L* 175-242.
2 Visser en Potgieter *Familiereg* 201.
3 A 19(1) van die *Kinderwet* 38 van 2005.
4 A 299 van die *Kinderwet* 38 van 2005.
5 Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 444.
6 *Greenshields v Wyllie* 1989 4 SA 898 (W); *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A).

konstitusionele bedeling,[7] is dit nou geykte reg dat die *Grondwet* die sluitsteen is waaruit geldende *mores* afgelei word.[8] Die voorskrifte van die Handves van Regte (hierna Handves) wat in die *Grondwet* verskans word en spesifiek artikel 28 wat vir die erkenning en beskerming van regte van kinders voorsiening maak het verreikende gevolge ook ten aansien van die ouer-kind-verhouding. Dit kom onder andere daarin na vore dat die Konstitusionele Hof by ten minste twee geleenthede beslis het dat die beste belang van die kind 'n grondwetlik verskansde reg is.[9] By noodwendige implikasie sou dit meebring dat die kind se beste belang in die verhouding teen grondwetlik verskansde regte van ouers in geval van konflik opgeweeg moet word.[10] Voorts noop die verskansing van die kind se beste belang veranderende denke aangaande die kind se reg tot deelname aan litigasie en ander konflikberedderingsprosesse.

Die Suid-Afrikaanse wetgewer het met sorg op die voorskrifte van artikel 28 gereageer en het die *Kinderwet* 38 van 2005 op die wetboek geplaas. Die wet verteenwoordig 'n moderne uiteensetting van die regte van kinders en bevat verskeie bepalings wat die ouer-kind-verhouding kan beïnvloed. Die Wet gaan met omsigtigheid met die gelykheidsklousule in artikel 9 van die *Grondwet* om en aspekte soos geslagsneutraliteit van ouers jeens kinders spreek duidelik uit die bepalings.[11] 'n Besondere ontwikkeling in die Wet is die moontlikheid van ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne wat geskep word. Dit is 'n nuwe ontwikkeling wat in pas is met benaderings in moderne regstelsels, waaronder die Engelse reg. Hierdie planne en ooreenkomste volg noodwendig uit die erkenning van die beste belang van die kind as deurslaggewend in elke aangeleentheid wat hom/haar raak.

---

7 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 2.

8 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 1.

9 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH); *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH).

10 Vgl art 36 / 39 van die *Grondwet*. Hierdie standpunt word deur sommige outeurs bevraagteken. Sien bv Bonthuys 2006 *International Journal of Law, Policy and the Family* 23-43; Robinson 1998 *Obiter* 329-339.

11 Die howe maak ook erns met ierdie bepalings – bv *Van der Linde v Van der Linde* 1996 3 SA 509 (O). Reeds voor die interim *Grondwet McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (KH) (geen maternal preference).

In hierdie studie word die aard en inhoud van bogemelde ooreenkomste en planne teen die agtergrond van 'n historiese uiteensetting van die ouer-kind-verhouding onder die loep geneem. Dusdoende word gepoog om behoorlike konteks vir die begrip en uitleg van sodanige planne en ooreenkomste te bied. Vanweë die omvang van die tema spreek dit vir sigself dat die bespreking enigsins oorsigtelik gevoer sal word.

In hoofstuk 2 hieronder word op die besondere gesagsposisie van die vader in die Romeinse reg, Germaanse reg en Romeins-Hollandse reg gefokus. Die transformasie van die *patria potestas* van die *pater* soos dit in die Romeinse-reg bestaan het na natuurlike voogdy as somtotaal van regte van vader en moeder soos dit in die Romeins-Hollandse reg bestaan het word geïllustreer.

In verdere hoofstukke word verwys na internasionale reg en voorskrifte van die *Grondwet* wat relevant vir die tema is. Artikel 39(1) van die *Grondwet* bepaal byvoorbeeld dat howe Internasionale reg by die uitleg van die Handves in ag moet neem. Hoofstuk 3 fokus gevolglik op Suid-Afrika se verbandhoudende volkeregtelike verpligtinge uit hoofde van spesifieke internasionale en regionale instrumente. Die ratifikasie van die Verenigde Nasies se Konvensie aangaande die Regte van Kinders 1989[12] (hierna die KRK) plaas Suid-Afrika midde-in volkeregtelike ontwikkeling oor die aard, inhoud, implementering en beskerming van die regte van kinders. Die reg van die kind om gehoor te word, word in artikel 12[13] van die KRK voorgeskryf. Die KRK vereis dat deelnemende state verseker dat ŉ kind wat daartoe in staat is om sy/haar eie opinie te vorm die geleentheid gegee sal word om gehoor te word.[14] Die kind se reg om gehoor te word, word onderhewig aan oorwegings van ouderdom en emosionele en intellektuele volwassenheid gestel. Die erkenning van die regte van kinders verleen besondere nuwe dimensie aan die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg.

---

12 GA res 44 UN GAOR Supp (No 49) 167, U.N. Doc A/44/49 (1989) in werking getree op 02-09-1990. Suid-Afrika het die Konvensie op 16 Junie 1995 geratifiseer.

13 *Lubbe v Du Plessis* 2001 4 SA 57 (K) 73.

14 Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 401-420.

Eweneens in pas met internasionale reg is albei ouers tans vir die versorging en opvoeding van die kind verantwoordelik.

In Januarie 2000 het Suid-Afrika die Afrika Verdrag insake die Regte en Welstand van die Kind (hierna die AVRWK genoem)[15] geratifiseer. Daardeur Suid-Afrika as deelnemende staat onderneem om ook alle regte in hierdie verdrag te erken en te implementeer.

Artikel 28 van die *Grondwet*[16] sluit ten nouste by die voorskrifte van die KRK en die AVRWK aan en bevat bepalings wat uitsluitlik vir die regte van kinders voorsiening maak en wat spesiale beskerming aan kinders waarborg. Van besondere belang vir hierdie studie is die verpligtinge wat deur artikel 28(1)(b) op ouers geplaas word om vir kinders te sorg. Uiteraard moet hierdie voorskrif in die lig van artikel 28 en ander voorskrifte van die *Grondwet* gesien word.

Artikel 7(2) van die *Grondwet* plaas ŉ verpligting op die staat om die regte in die Handves van Regte te respekteer, te beskerm, te bevorder en te realiseer. Voorts bepaal artikel 8 dat ŉ bepaling van die Handves van Regte 'n natuurlike persoon bind 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. Onlangse Konstitusionele Hof[17] uitsprake het uitdruklik beslis dat die primêre verpligting uit hoofde van artikel 28(1)(b) om vir kinders te sorg by ouers berus. Dit spreek duidelik hieruit dat die grondwetlike regte soos in artikel 28 en spesifiek 28(1)(b) uiteengesit eerstens die ouers van die kind bind en in die afwesigheid van ouerlike sorg, die staat.[18]

Grondwetlik verskansde regte kry onder andere beslag in wetgewing.[19] Hoofstuk 4 van die studie fokus gevolglik op wetgewing[20] en ander maatreëls wat as

---

15 OAU Doc CAB/LEG/24.9 (1990), in werking getree Nov 1999. Suid-Afrika het die verdrag op 7 Januarie 2000 geratifiseer.

16 Hierna verwys as die Grondwet.

17 *The Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2000 11 BCLR 1169 (KH).

18 Pieterse 2003 *TSAR* 2.

19 Brand "Introduction" 12-18.

20 Artikel 2 van die *Children's Act* 38 van 2005 verklaar dat die wet gerig is om effek te gee aan die a 28-regte van die kind. Die nuwe wetgewing het dus ten doel om die a 28-regte van die kind in konkrete regsaansprake te vertaal.

agtergrond dien om die aard, omvang en inhoud van ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste asook ouerskapsplanne te bepaal. Die *Kinderwet* se voorskrifte ten opsigte van die verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede binne 'n nuwe voorgestelde raamwerk sal ondersoek word. Daar word aangetoon dat die wet verskeie alternatiewe vir die verkryging van regte en verantwoordelikhede deur ouers en ander belanghebbendes daarstel. Voorts word daar getrag om 'n gelykstelling te bewerkstellig tussen die regte en verantwoordelikhede van ouers *inter partes* enersyds asook ander belanghebbendes by 'n betrokke kind andersyds. Die gestaltegewing aan die nuwe raamwerk soos dit onder andere deur artikels 19, 20, 21, 22 asook 33 bepaal word verteenwoordig progressiewe denke oor die familie-verhouding en bied erkenning van die uitspraak van die Konstitusionele Hof dat "[f]amilies come in different shapes and sizes".[21]

Soos hierbo gemeld is ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste asook ouerskapsplanne soortgelyk aan planne en ooreenkomste in die Engelse reg. Die Engelse Regskommissie[22] wys daarop dat sodanige ooreenkomste om ouerlike regte en verantwoordelikhede te bekom ten doel het om "[u]nduly elaborate expensive and unnecessary" litigasie te voorkom.[23] Biologiese begronding van ouerskap word gevolglik uitgebrei om ook ouerskap voortvloeiend uit 'n ooreenkoms in te sluit.

Ouerlike verpligtinge en regte ooreenkomste uit hoofde van artikel 22 en ouerskapsplanne[24] soos daarvoor in artikels 33 en 34 van die *Kinderwet* voorsiening gemaak word moet met artikel 7 van die wet saamgelees word die artikel en handel met die beste belang van die kind en bevat en 'n lys van faktore aan die hand waarvan die beste belang van die kind bepaal moet word.[25] Die beste belang het in die verlede onder kritiek deurgeloop as synde vaag,

---

21 Second Certification.
22 Regskommissie no 172 par 2.18; White, Carr en Lowe *A Guide to the Childrens Act 1989* 18.
23 White, Carr en Lowe *A Guide to the Childrens Act 1989* 18.
24 Hartson en Payne *Creating effective parenting plans*.
25 Goolam "Constitutional interpretation" 368-379.

inkonsekwent[26] en eerder op die belang van ouers gefokus.[27] Die welbekende gewysde *McCall v McCall*[28] was 'n poging om praktiese gestalte aan die beste belang van kinders[29] te gee. Die toepassing word gesien as inkonsekwent en meestal in die belang van die ouers.

1.2 Hipotese

Die vertrekpunt van hierdie studie is dat die beste belang van die kind, *qua* fundamenteel verskansde reg van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak. Die Konstitusionele Hof het soos hierbo aangetoon reeds bevind dat dit inderdaad 'n fundamentele reg is en nie bloot 'n waarde of standaard nie. Vir doeleindes hiervan word met die benadering volstaan.

Daar word hierin van die standpunt uitgegaan dat die wye omskrywing van die beste belang van die kind ("*[e]lke* aangeleentheid wat die kind raak")(eie kursivering) ook litigasie en ander formele konflikbeslegtingsprosesse raak. Trouens dit is wel bekend dat adversatiewe litigasie traumaties vir betrokkenes kan wees. In Suid-Afrikaanse konteks kan na die gewysde *Clemson v Clemson*[30] verwys word. In *casu* handel dit oor egskeidingslitigasie en die hof laat hom soos volg uit oor gedrag van regslui wat in die litigasie betrokke is:

> [F]ortunately most attorneys perform admirably. However there is a minority of attorneys who approach each divorce as a war between the two litigants. The rules of court and legal principles are utilized as weapons in a fight *to destroy the opposition*. (eie kursivering)

Daar word vir doeleindes hiervan aanvaar dat die werklikheid op grondvlak inderdaad daarvan getuig dat die adversatiewe stelsel aggressiewe litigasie tot gevolg het – onderliggend aan die stelsel is 'n "wen-ten-alle-koste" ingesteldheid

26 Human 2000 *THRHR* 393-402.
27 Mnookin 1975 *Law and Contemporary Problems* 39.
28 *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K).
29 Heaton 1990 *THRHR* 95-99.
30 [2002] 1 All SA 622 (W).

by litigante en hulle regsverteenwoordigers. Daar is hierbo daarvan melding gemaak dat die Engelse Regs

kommissie daarop gewys het dat ouerskapsplanne (*parenting plans*) daarop gerig is om "[u]nduly elaborate and expensive" litigasie te voorkom. Daar word met respek aan die hand gedoen dat aggressiewe litigasie ook hieronder tuisgebring kan word en dat die beste belang van die kind juis gedien word deur die bereiking van 'n resultaat by wyse van ooreenkoms voor te skryf. Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne die inherente tekortkominge van die adversatiewe bewysleweringstelsel wat tot nadeel van die belang van die kind strek ondervang.

1.3 Definisies en omskrywings

1.3.1 Die kiddie saver benadering – die sogenaamde eerste drie p's

Die kiddie saver benadering verteenwoordig ’n paternalistiese siening jeens kinders. Dit kom enigsins ongenuanseerd daarin na vore dat ouers of persone in gesagsposisies geag word eerder te weet wat in 'n kind se belang is. Hierdie benadering korrespondeer met die sogenaamde *drie p's* van kinderregte en spruit daaruit dat kinders vanweë hulle kwesbaarheid ten uitbuiting beskerm moet word sodat daar van regsweë na hulle speiale behoeftes omgesien moet word. Die drie *p*'s bestaan losweg uit die volgende aspekte:

- die "*p*rotection of" kinders teen diskriminasie asook alle vorme van verwaarlosing en misbruik;
- die "*p*revention of" benadeling/onreg teenoor kinders; en
- die "*p*rovision for" die kind se basiese behoeftes.

1.3.2 Die kiddie libber-benadering - die sogenaamde vierde p

Die vierde *p* na die sogenaamde eerste drie *p*'s soos hierbo uiteengesit slaan op die kind se reg tot deelname ("*p*articipation"). As sodanig hou dit met die reg van die kind om gehoor te word verband.

1.3.3 Familielid

'n Familielid sluit die ouer van die kind; of enige ander persoon wat ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind het in. 'n Grootouer, broer, suster, oom, tannie, of niggie van die kind of enige ander persoon met wie die kind 'n betekenisvolle verhouding ontwikkel het, word ook by die begrip ingesluit.

1.3.4 Gillick competence

Gillick competence hang ten nouste saam met "*p*articipation" van kinders en korrespondeer gevolglik met die sogenaamde vier *p*'s soos hierbo beskryf. Die term word ontleen aan die uitspraak in die Engelse reg *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*[31]waar Lord Scarman beslis dat ouerlike regte uit ouerlike verplitinge spruit en slegs geregverdig word solank dit nodig is vir die beskerming van die persoon en eiendom van die kind. " [I]t is that 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".

1.3.5 Grundrechtsfähig

Die begrip dui daarop dat elke persoon die potensiaal het om draer van fundamentele regte te wees. Dit word ongekwalifiseerd aanvaar dat elke persoon vanaf geboorte *grundrechtsfähig* is.

1.3.6 Grundrechtsmündig

Grundrechtsmündigkeit verwys na die bevoegdheid van elke persoon om sy/haar fundamentele regte selfstandig uit te oefen. *Grundrechtsmündigkeit* word afsonderlik ten opsigte van elke fundamentele reg vasgestel.

31 [1996] AC 112.

1.3.7 Lasgewende ouer

Die persoon wat 'n surrogaat moederskapsooreenkoms met 'n surrogaat moeder aangaan.

1.3.8 Ouerlike regte en verantwoordelikhede

Ouerlike regte en verantwoordelikhede vervang ouerlike gesag soos dit gemeenregtelik ontwikkel het. Die begrippe word in hoofstukke 2 en 4 breedvoerig onder die loep geneem maar daar dien op gewys te word dat daar ʼn wesenlike verskil tussen die Engelse en Afrikaanse tekste van die *Kinderwet* bestaan. Die Engelse teks is deur die staatspresident onderteken en bepaal dat "[p]arental responsibilities and rights" die posisie van ouers in die ouer-kind-verhouding tipeer. Daarteenoor het die Afrikaanse teks dit oor ouerlike regte en verantwoordelikhede. Daar word aan die hand gedoen dat ʼn bepaalde klemverskuiwing deur die veranderde volgorde van die begrippe in die twee tekste hierdeur na vore gebring word. Skelton[32] beskryf dit soos volg:

> [i]t's much easier to say 'rights and responsibilities' than 'responsibilities and rights'. It is surely no coincidence that the act utilises this less common construction of the phrase. It is designed to stress the importance of responsibilities towards children first, whilst recognising the validity of parental rights.

32 Boezaart (red) *Child Law in South Africa* 63.

Hoofstuk 2

Ouer-kind-verhouding: Historiese perspektief

2.1 Inleiding

> Reality cannot ultimately be explained immanently – within empirical reality. Scientists and scholars need to view the things of the created world transcendentally – in the light of the Creator who gave them being and determined their purpose, sense and meaning. – Dooyeweerd[33]

Wanneer moderne tendense in regsontwikkeling aangaande kinders onder die loep geneem word, kan dit kwalik anders as om 'n behoorlike historiese perspektief voor oë te hou. Die rede daarvoor is voor die handliggend – in die vroeë Romeinse reg is die kind bykans op soortgelyke wyse as 'n regsobjek beskou ten aansien van wie die *paterfamilias* oor die *ius vitae nescique* beskik het.[34] Dit is eers in latere ontwikkeling dat die *ius* van die *pater* het tot 'n redelike tugbevoegdheid afgewater[35] en dit is ook eers in die Romeins-Hollandse reg dat die moeder van kinders medevoogdy[36] oor sodanige kinders bekom het. Die voogdy was egter ondergeskik aan dié van die vader van die kinders en dit is eers in moderne Suid-Afrikaanse reg dat albei ouers oor gelyke voogdy beskik oor kinders gebore uit hulle huwelik. In hierdie hoofstuk val die klem gevolglik op die historiese ontwikkeling rondom die ontwikkeling van voogdy oor kinders ten einde 'n grondslag te bied vir resente ontwikkeling rondom ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne wat in hoofstuk 5 aan die orde kom. Die ouer-kind-verhouding vind histories in die gesag van die ouers uitdrukking.[37] Die aard en inhoud van die gesag kan omskryf word as die somtotaal van ouers se regte en verpligtinge teenoor hulle minderjarige kinders uit hoofde van hul ouerskap.[38] Die gesag het tipies ook die verantwoordelikheid van ouers

---

33 Choi *Dialogue and antithesis*.
34 Spiro *Law of parent and child* 1; Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 593.
35 Buckland en Stein *Roman law* 103-104; Sandars *Institutes of Justinian* 27.
36 Hahlo en Kahn *The Union of South Africa* 345. In die algemeen sien Thomas 2005 *TSAR* 292-298.
37 Human 2000 *THRHR* 200-216. Sien verder Human *Invloed van die begrip kinderregte*.
38 Spiro *Law of parent and child* 36 41-43.

onderlê om in die belang van hulle kinders op te tree.[39] Soos hieronder sal blyk was die kriterium waarvolgens die belang van die kinders bepaal is tipies dié van die sogenaamde *kiddie savers*[40] – volwassenes wat voorskriftelik jeens kinders (ongeag hulle ouderdom of volwassenheid) optree sonder om die kind daarin te ken.[41]

Veranderde *mores* het egter ook die ouer-kind-verhouding inhoudelik geraak aangesien die verhouding tipies norme en waardes van die samelewing vergestalt.[42] In hoofstuk 4 hieronder word aangetoon hoe die huidige regsposisie 'n gesonde balansering van die *kiddie saver* en *kiddie libber* benadering binne die ouer-kind-verhouding vergestalt.[43]

2.2 Romeinse reg

> *Law is one of the products of a society and so society remains stagnant, but change and progress will always and everywhere take place, causing the legal system to adapt.*[44](eie kursivering)

Die Romeinse gesin *(familia)* het 'n monokratiese regseenheid gevorm.[45] Die gesin het uit die *paterfamilias*[46] aan die hoof daarvan en persone[47] onderworpe aan sy gesag, die *patria potestas*,[48] bestaan.[49] Die *paterfamilias* was die mees senior

39 Spiro *Law of parent and child* 36 42.
40 Robinson 2002 *Stell LR* 309.
41 Robinson 2002 *Stell LR* 309; Haupt en Robinson 2001 *THRHR* 23.
42 Bainham *Children, the Modern Law* 3.
43 Sien par 1.3.1 en 1.3.2 in hfst 1 hierbo – gerieflikheidshalwe.
44 Thomas *Introduction to Roman Law*; Human *Invloed van die begrip kinderregte*.
45 Die ouer-kind-verhouding in die vroeëre regstelsels word soos volg deur Spiro getipeer: "Its primeval prototype is the *patria potestas* of the Roman Law." Spiro *Law of parent and child* 1.
46 Hiemstra en Gonin *Trilingual Legal Dictionary* 253. Sien ook Van Zyl *Romeinse privaatreg* 82 vn 44.
47 G1 109; Sandars *The Institutes of Justinian* 25-26. Gesinslede het *paterfamilias* se vrou ingesluit (indien sy *uxor in manu* was). Sien ook Van Warmelo *Inleiding* 72. Gedurende die tydperk is die reg wesenlik beïnvloed deur godsdiens en die primêre bron van die reg was gewoontes. Lee *The elements of Roman law* 1.
48 Van Oven *Leerboek van die Romeinsch Privaatrecht* verduidelik die *patria potestas* as 'n instelling verwyderd van die moderne regsgevoel. Ondanks verskeie oorwegings is die konserwatiewe Romeinse beginsel van die *patria potestas* selfs in stand gehou in die Justiniaanse tydperk.
49 Human 2000 *THRHR* 200-216.

manlike verwant[50] in die Romeinse huishouding[51] en die *patria potestas* het die absolute aard van sy gesag[52] gekenmerk.[53] Deur die *patria potestas* het die *paterfamilias* sy omvattende gesag oor die lede van die huishouding[54] uitgeoefen. Hy het oor die reg van lewe en dood (*ius vitae necisque*) oor sy kinders beskik en kon hulle selfs as slawe *(trans Tiberim)* verkoop.[55] Die *pater* is as eienaar van die kind beskou en kon na goeddunke met die persoon en eiendom van die kind handel.[56] Kinders het ongeag hulle ouderdom aan die *pater* se *potestas*[57] onderworpe gebly vir solank as wat hy geleef het.[58]

In die Romeinse reg sou die moeder nie *potestas* kon verkry nie.[59] Die vader sou by egskeiding toesig van sy kind kon verloor, maar sou nooit die *potestas* verbeur nie.[60]

---

50 Die Romeinse reg het bepaal dat enige manlike Romeinse burger, ongeag sy ouderdom, wat self nie onderworpe aan die gesag van ʼn paterfamilias was nie, as paterfamilias kon optree. By wyse van emansipasie kon ʼn seun die *patria potestas* van sy vader beëindig. Van Warmelo *Inleiding* 65-67; Van Zyl *Romeinse privaatreg* 81 89; Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 593.

51 Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 458, 593. Mackenzie 137 beskryf die absolute mag van die Romeinse vader as ʼn wesenlike onreg teenoor die kind.

52 Van Zyl *Romeinse privaatreg* 88; Maré 1998 *PER* 1. Die *potestas* van die *pater* was egter beperk deur die *consilium domesticum* – ʼn raad wat uit familielede bestaan het. Die *pater* kon egter nie sy mag uitoefen sonder die goedkeuring van die raad nie.

53 Van Zyl *Romeinse privaatreg* 89.

54 Sy vrou, kinders, binne-egtelik asook aangenome kinders sowel as sy slawe ingesluit. Van Zyl *Romeinse privaatreg* 87.

55 Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 458, 593; Van Oven *Leerboek van die Romeinsch Privaatrecht* 477; Kaser en Dannenbring *Roman private law* 304-307; Van Zyl *Romeinse privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding* 53-54.

56 Die *pater* se afhanklikes was finansieel afhanklik van hom. Met die uitsondering van sy manlike afstammelinge(seuns) – hulle was geregtig op ʼn *peculium* wat uit ʼn boedel met verskeie vorme van eiendom bestaan het. Van Zyl *Romeinse privaatreg* 88.

57 ʼn Vrou het die status van ʼn dogter van haar man beklee, met gevolg dat enige iets wat haar sou toeval egter tot voordeel van haar man of sy paterfamilias sou wees. Van Zyl *Romeinse privaatreg* 102-103; Hahlo *Law of Husband and Wife*. Die omvang van die *paterfamilias* se gesagsbevoegdhede het tot gevolg gehad dat hy sy afhanklikes kon verbied om in die huwelik te tree of testamentêre voogde vir sy afhanklikes kon aanstel. Die *paterfamilias* kon ʼn testament vir sy kind opstel indien hy voorsien het dat sy kind, wat hy as erfgenaam benoem het, voor puberteitsleeftyd sou sterf. Die *patria potestas* het ook oor die bevoegdheid beskik om sy kinders te laat aanneem of emansipeer. Van Warmelo *Inleiding* 53-54.

58 Kaser en Dannenbring *Roman private law* 77 305. Die mag van die *paterfamilias* is beëindig deur sy afsterwe of deur ʼn verandering in sy status, byvoorbeeld deur die verlies aan burgerskap. Sien ook Van Zyl *Romeinse privaatreg* 89 en Human ??? 13.

59 Van Warmelo *Inleiding* 52.

60 Van Zyl *Romeinse privaatreg* 89; Human *Invloed van die begrip kinderregte*.

ʼn Huwelik *cum manu* het tot gevolg gehad dat ʼn vrou die gesin van haar *paterfamilias* verlaat het en deel van haar man se groepsverband gevorm het.[61] Die term *manus* in plaas van *potestas* is gebruik om die man se mag oor sy vrou te beskryf en dit het beteken dat sy net soos die kinders aan haar man se *potestas* onderworpe was.[62]

Die *mater* het hoë agting in die samelewing asook die gesin geniet, hoewel die kinders uit die huwelik gebore steeds onder die *potestas* van die *pater* geval het.[63] Gedurende die Republikeinse periode het ʼn huwelik met uitsluiting van die *manus* *(sine manu)* tot stand gekom.[64] Die *mater* het geleidelik meer selfstandigheid en onafhanklikheid bekom, maar was steeds aan die mag van die *pater* onderworpe.[65]

Die *pater* se absolute mag[66] is met verloop van tyd beperk[67] en in die plek daarvan het hy slegs ʼn matige tugbevoegdheid behou.[68] Die toenemende sosiale belang in die beskerming van afhanklikes het ook tot gevolg gehad dat ʼn verskeidenheid van regte en verpligtinge jeens kinders ontstaan het, onder andere die verpligting om sy kinders te onderhou.[69]

---

61 Van Warmelo *Inleiding* 72; Human 2000 *THRHR* 200-216.

62 Van Warmelo *Inleiding* 72; Human 2000 *THRHR* 200-216.

63 Van Zyl *Romeinse privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding* 72.

64 Van Oven *Leerboek van die Romeinsch Privaatrecht* 450; Van Zyl *Romeinse privaatreg* Oorspronklik was elke huwelik *cum manu*.

65 Van Zyl *Romeinse privaatreg* 97; Van Warmelo *Inleiding* 74-75. Gedurende die Prinsipaat (27 vC - 284 nC) het die huwelik *cum manu* minder algemeen voorgekom en gedurende die tyd van Justinianus (527 nC - 656 nC) heeltemal verdwyn as instelling. Die mater kon beheer oor haar kind/ers uitoefen en was verantwoordlelik vir die opvoeding van die kind. Die toegang tot die kind/ers is egter onderling tussen die ouers gereël. Ongeag of die kind binne- of buite-egtelik was.

66 Maré 1998 *PER* 1. Dit is belangrik om kennis te neem dat die vader die gesagdraende party in sowel die gewoonteregtelike as gemeenregtelike familie-eenheid.

67 Sandars *The Institututes of Justinian* 27. Die *ius vitae necisque* het teen die vierde eeu voor Christus finaal verdwyn. Van Oven *Leerboek van die Romeinsch Privaatrecht* 477; Kaser en Dannenbring *Roman private law* 77 305; Van Zyl *Romeinse privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding* 53-55.

68 Spiro *Law of parent and child* 1-5; Human 2000 *THRHR* 200-216; Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 592.

69 Die verpligting om onderhoud te verskaf het onstaan sedert Antonius (135-161 nC) en was wederkerig van aard. In sekere gevalle sou kinders vir hul ouers se skuld aanspreeklik gehou word. Van Oven *Leerboek van die Romeinsch Privaatrecht* 459.

Teen die bewindstydperk van Justinianus het die instelling van die *patria potestas* steeds bestaan, maar die inhoudsbevoegdhede daarvan was wesenlik afgewater.[70]

2.3 Germaanse reg

In hierdie periode was vaderlike gesag op die idee van die *munt* gebaseer.[71] Die *munt* het uitsluitlik by die hoof van die huishouding berus.[72] Die gesag van die gesinshoof[73] oor sy vrou en afhanklike kinders is die *munt* genoem en soos in die geval met die *patria potestas*[74] kon die gesinshoof uit hoofde van die *munt*[75] oor die lot van sy afhanklikes besluit, inbegrepe om hulle as slawe te verkoop of om die lewe te bring.[76]

Die uitgebreide gesin, die sogenaamde *sib,* het sentraal in die Germaanse sosiale struktuur gestaan.[77] Die *sib* het uit ŉ losse groepering van bloedverwante bestaan met ŉ *patriarg* aan die hoof daarvan. Die *patriarg* is deur ŉ familieraad bygestaan wat uit hoofde van die onderskeie huishoudings behorende tot die *sib* bestaan het.[78]

---

70 Spiro *Law of parent and child* 1-5.

71 Die begrip van die munt was soortgelyk aan die van die *patria potestas* in die Romeinse reg. Hahlo en Kahn *Legal System* 342-344. Ander vorme van verhoudings is erken, soos byvoorbeeld saamblyverhoudings. Dit kom voor asof die status van kinders nie beïnvloed is deur die feit dat hulle buite die eg gebore is nie en dat aanneming van die kind die enigste voorvereiste was vir die kind om erken en aanvaar te word as deel van die familie. Die Kerk en Christenskap het gedurende die Middel-eeue gepoog om ŉ nuwe struktuur aan die morele waardes van die samelewing te gee en is kinders wat buite die eg gebore is, geag nie onder die ouerlike gesag van die vader ingesluit te wees nie.

72 Andreae *Oud-Nederlandsch burgerlijk recht* 210.

73 Hahlo en Kahn *Legal System* 344. Die gesinshoof sou die vader, biologiese grootouer asook die vader se broer kon insluit.

74 Hahlo en Kahn *Legal System* 342; Andreae *Het Oud-Nederlandsch burgerlijke recht* 209.

75 Human ??? 18. Die hoof van die familie was verantwoordelik vir die optrede en dade van sy familie. Persone onderworpe aan die munt was onmondig. Sien ook Hahlo en Kahn *Legal System* 340-341.

76 Human ??? 15. Die geboorte van ŉ kind was ŉ belangrike moment in die kind se lewe aangesien daar by geboorte besluit sou word oor die kind se sosiale asook juridiese status, sy nasionaliteit asook sy lidmaatskap in die gemeenskap. Huebner, Lorenzen en Philbrick *Germanic Private Law* 42. Die geboorte van ŉ kind het bepaal of die kind ŉ draer van regte sou wees.

77 Hahlo en Kahn *Legal System* 343; Labuschagne 1992 *TSAR* 354. Die *sib* het uitgebereide sowel as direkte familie ingesluit.

78 Human *Invloed van die begrip kinderregte*.

Deur huweliksluiting het die vader sy *munt* oor sy vrou en ook oor enige kinders uit haar gebore, ongeag of hy hulle vader was, gevestig. Die gesin in die eng sin was aan die *munt* van die vader onderworpe.[79] Die kind is as 'n ekonomiese bate beskou en het uit hoofde van die *munt* van die vader oor sy vrou aan die vader behoort.[80] Die regte van die vader oor sy kinders het nie soseer uit 'n biologiese verbintenis voortgespruit nie, maar juis as gevolg van die *munt* oor die moeder van die kinders.[81] Aanvanklik was die *munt* se inhoudsbevoegdhede soortgelyk aan dié van die *pater* se *potestas*, maar dit het met verloop van tyd verander.[82] Die *munt* het uit die verpligting van die ouers bestaan om hulle kinders te beskerm, te onderhou en te onderrig. Die verpligting om te onderrig het 'n matige tugbevoegdheid ingesluit.[83]

Die posisie van die vrou het verbeter en sy het stelselmatig regte ten opsigte van haar kinders verkry byvoorbeeld[84] die reg van voogdy nadat haar man oorlede is. Daar is toenemend klem op moederlike sorg en die samewerking van ouers ten opsigte van die opvoeding van hulle kinders geplaas. Die moeder se posisie was egter steeds aan dié van die vader ondergeskik.[85]

Die *munt* is geleidelik getemper en die idee dat die vader ook verpligtinge teenoor diegene het wat aan sy gesag onderworpe is, het ontwikkel.[86] Andreae[87] bied 'n

---

79 Hahlo en Kahn *Legal System* 344; Human 2000 *THRHR* 200-216. Die munt is uitgeoefen in die belang van beide vrouens en kinders uit hoofde van hulle natuurlike liggaamlike hulpbehoewendheid.
80 Human 2000 *THRHR* 200-216.
81 Huebner, Lorenzen en Philbrick *Germanic Private Law* 671.
82 Human ??? 15-16.
83 Hahlo en Kahn *Legal System* 340-341.
84 Andreae *Oud-Nederlandsch burgerlijk recht* 121-122. Die maatskaplike toestande het verander en die uitbreiding van staatsgesag het veroorsaak dat die vrou se status in die samelewing verbeter het.
85 Studiosus 1946 *THRHR* 32 34. Sien ook Huebner, Lorenzen en Philbrick *Germanic Private Law* 664-665.
86 Andreae *Het Oud-Nederlandsch burgerlijk recht* maak die volgende opmerking oor die aard van die ouer-kind-verhouding:
"De bepalingen, die duidelijk licht geven over derechtsbetrekkingen tusschen ouders en wettige kinderen staande huwelijk, zijn niet talrijk, wij zullen den grond hiervoor wel niet hebben 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."
87 Human 2000 *THRHR* 200-216; Andreae *Oud Nederlandsch burgerlijk recht* 216. Die elemente van die munt word deur Andreae bespreek:

verklaring vir die geleidelike afwatering van die *munt* deur op te merk dat kinders weens hulle emosionele onvolwassenheid versorging nodig het.

Die minderjarige se ondergeskikte posisie vanweë sy/haar liggaamlike hulpbehoewendheid was in teenstelling met die vroeëre benadering waar die kind as ekonomiese bate aan die vaderlike gesag onderworpe was omdat dit vermoënsregtelik vir die vader voordelig was.[88]

Volgens Studiosus[89] het die *munt* as absolute en onbeperkte gesagsvorm geleidelik sy magskarakter verloor en meer ŉ versorgingsgedaante aangeneem.[90] Die regsgevolge van die *patria potestas* en die *munt* het in ŉ mate ooreengestem, maar die uitgangspunte onderliggend daaraan het verskil.[91] Die *potestas* het klem op die gesag van die *paterfamilias* en sy bykans onbeperkte onafhanklikheid binne sy huishouding geplaas, terwyl die *munt* eerder ŉ kompleks van regte en verpligtinge was wat as algemene riglyn vir optrede gedien het en wat stewig in gebruike gevestig was.[92] Die *munt* daarenteen was meer vloeibaar en as sodanig vatbaar vir eksterne invloede soos byvoorbeeld kerklike voorskrifte. Dit was dus meer verteenwoordigend van veranderings soos deur die sosiale orde weerspieël.[93]

2.4 Frankiese reg

Tussen die vyfde en negende eeu het die Germaanse volkere van hulle stamgebondenheid wegbeweeg en in politieke eenhede saamgesmelt. ŉ Sentrale

---

Die verpligting van ouers om hul kinders te beskerm.
Die ouers se verpligting om hulle kinders te onderhou en op te voed. Ouers kon in die verband ŉ matige tugbevoegdheid uitgeoefen.
As teenkant van die ouers se plig tot opvoeding van hulle kinders, het hulle die vruggebruik van die kinders se bates gehad.
Ouers moes hulle kinders in regshandelinge verteenwoordig.
Ouers was aanspreeklik vir die skade wat deur hulle kinders veroorsaak is en boetes wat aan die kinders opgelê is.

88 Hahlo en Kahn *Legal System* 344; Studiosus 1946 *THRHR* 33.
89 Studiosus 1946 *THRHR* 33-34.
90 Spiro *Law of parent and child* 1-5.
91 Hahlo en Kahn *Legal System* 344.
92 Rheinstein en Stoljar *International encyclopedia* 231; Human 2000 *THRHR* 200-216.
93 Rheinstein en Stoljar *Internasional encyclopedia* 231; Human 2000 *THRHR* 200-216.

regering het as gesagsliggaam opgetree en die idee van die *sib* het begin vervaag.[94] Die vader het as alleen voog opgetree en die gesamentlike voogdy van die *sib* oor minderjariges vervang.[95] Die voogdy van die vader is met sy dood gewoonlik aan sy oudste seun[96] oorgedra, wat as *tutor legitimus* opgetree het.[97] Die koning is as oppervoog van alle minderjariges gesien en het die toesighoudende rol van die gesinsraad vervang.[98] Hy het sy voogdyskap deur die *curia regis* uitgeoefen en so die *suprema tutela* oor alle minderjariges verkry.[99] Die gedagte van die 'n hoër hof as oppervoog oor alle minderjariges is hierdeur gevestig.[100]

In die Frankiese Ryk het die Christelike leer sterk na vore getree en dit het onteenseglik ’n invloed op die ouer-kind-verhouding gehad. Studiosus[101] verwys na die invloed van die Christelike leer op die ouer-kind-verhouding soos gesien word uit herhaalde verwysings na die Bybel in Kanonieke bronne. Hy is verder van mening dat dit heeltemal verstaanbaar is aangesien gesinsverhoudings meer van sedelike as van juridiese aard is.[102]

Vaderlike gesag was steeds omvangryk onder invloed van die Christelike leer[103] en kinders was steeds in ’n ondergeskikte posisie *vis-à-vis* die vaderlike gesag. ’n Kind was bevoeg om eiendomsreg van bates te verkry, maar die vader het uit hoofde van sy voogdy die bestuur daarvan waargeneem. Die vader het ’n soort vruggebruik oor die bates van die kind gehad vir so lank as wat die kind in die vader se huis woonagtig was.[104] Die uitstaande kenmerk van die Frankiese tydperk

---

94 Hahlo en Kahn *Legal System* 362-367; Human *Die invloed van die begrip kinderregte.*

95 Hahlo en Kahn *Legal System* 386; Labuschagne 1992 *THRHR* 355; Human 2000 *THRHR* 200-216.

96 Of aan enige ander manlike verwant. Andreae *Oud-Nederlandsch burgerlijk recht* 224-225.

97 Andreae *Oud-Nederlandsch burgerlijk recht* 224-225.

98 Hahlo en Kahn *Legal System* 386.

99 Human *Die invloed van die begrip kinderregte.*

100 Hahlo en Kahn *Legal System* 386; Labuschangne 1992 *TSAR* 355; Human *Die invloed van die begrip kinderregte*.

101 Studiosus 1946 *THRHR* 33-34.

102 Human 2000 *THRHR* 200-216.

103 Studiosus 1946 *THRHR* 33-34.

104 Hahlo en Kahn *Legal System* 383; Human *Die invloed van die begrip kinderregte*.
Seuns het egter mondig geword by die bereiking van ’n sekere ouderdom. Die feit dat die seun mondig was, het egter nie beteken dat hy nie onder die vaderlike gesag gestaan het nie. Hy sou eers as selfstandig beskou word as hy sy ouerhuis verlaat het en op sy eie

is die transformasie van natuurlike voogdy as ŉ somtotaal van ouerlike regte na natuurlike voogdy as ŉ somtotaal van ouerlike regte en verantwoordelikhede.[105]

2.5 Romeins-Hollandse reg

Die aard, inhoud en omvang van ouerlike gesag in die Romeins-Hollandse reg het ingrypend van die Romeinse reg verskil en het eerder ooreenkomste met die Germaanse reg getoon.[106] ŉ Stelsel van voogdyskap[107] het ontwikkel wat met die *patria potestas* van die Romeinse reg weinig gemeen gehad het.[108] Ouerlike gesag[109] oor binne-egtelike kinders het albei ouers toegekom. Die moeder se regte was egter ondergeskik aan dié van die vader[110] en hy is steeds as voog van die kinders gesien.[111] Die moeder het oor sekere regte ten opsigte van binne-egtelike kinders beskik.[112] Ouerlike gesag het in die moeder met die dood van die vader gesetel. Die moeder is as die voog van buite-egtelike kinders erken en hulle was aan die moeder se gesag onderhewig.[113] Ouers was vir hulle kinders[114] se

---

gaan woon het. Dogters het egter onder hul vaders se munt gebly tot en met huweliksluiting. By huweliksluiting was sy onderhewig aan die munt van haar man. Indien die vader sou toestemming gee dat sy seun deur ŉ ander aangeneem kon word sou die vaderlike munt ook beëindig word.

105 Hahlo en Kahn *Legal System* 400. Sien in die algemeen, Maré 1998 *PER* 1-34 vir ŉ historiese perspektief op die ontwikkeling van die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse familiereg vanaf die oorsprong in die Romeinse reg tot by die resepsie van die Romeins-Hollandse reg in die Suid-Afrikaanse reg.

106 Voet 1 6 3: "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 papillary substitution with the consequences which it is 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..." Human *Die invloed van die begrip kinderregte.*

107 Van Leeuwen 1708 *THRHR* 1 13 1. "De grote 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 andere zyde, in een sekere bystand, en hulp by de Ouders in't mede uitwerken, of uitvoeren van hare Kinders saken te doen."

108 Hahlo en Kahn *The Union of South Africa* 345. In die algemeen sien Thomas 2005 *TSAR* 292-298.

109 *Van Rooyen v Werner* (1892) 9 SC 425.

110 *Calitz v Calitz* 1939 AD 56 62.

111 Van der Linden *Koopmans handboek* 142.

112 Kruger *Judicial interference with parental authority* 48.

113 Van der Linden *Koopmans handboek* 1 4 2.

opvoeding, versorging en beskerming verantwoordelik en die versorgingsplig[115] is as teenprestasie beskou vir die gehoorsaamheid[116] wat kinders aan hulle ouers verskuldig was.[117]Ouers kon ŉ matige tugbevoegdheid uitoefen. Die versorging van en onderhoudsplig ten opsigte van binne – sowel as buite-egtelike kinders was die verantwoordelikheid van beide ouers.[118] Beide ouers moes ŉ bydrae tot onderhoud[119] na gelang van hulle onderskeie vermoëns lewer.[120] Die plig tot onderhoud was wederkerig van aard en in sekere gevalle sou kinders vir die onderhoud van hulle ouers aanspreeklik gehou kon word.[121]

2.6 Die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg voor die inwerkingtrede van die tussentydse Grondwet

Teen die einde van die agtiende eeu was die Suid-Afrikaanse gemeenskap reeds multikultureel van aard. Die gemeenskap se samestelling het uit Nederlandse en Duitse setlaars, Franse Hugenote en inheemse bevolkingsgroepe bestaan.[122] Die Romeins-Hollandse regstelsel, die Nederlandse taal en die Gereformeerde geloof

---

114 Kinders onder die ouderdom van vyf-en-twintig jaar was onder die voogdy van hulle ouers of ŉ ander voog en is as minderjarig beskou. Die verpligting tot gehoorsaamheid het na die bereiking van meerderjarigheidstatus steeds voortgeduur. De Groot *Inleidinge* 164.
Voog/voogde moes vir alle minderjariges waarvan een of albei ouers oorlede is, en as weeskinders beskou is, aangestel word. Die aanstelling van die voog/voogde is deur die toepaslike gesagsliggaam behartig. Die oorlewende ouer het steeds die ouerlike gesag gehad en dit is uitgeoefen in ooreenstemming met die spesifieke verantwoordelikhede wat aan die aangewese voog verleen is. De Groot *Inleidinge* 178.

115 Die versorgingsplig het die verskaffing van kos, klere, huisvesting, mediese behandeling en sedelike, godsdienstige en verstandelike opvoeding behels.

116 Daar is van kinders verwag om hulle ouers te gehoorsaam selfs na meerderjarigheid, en word gesien as ŉ nadeel van die betrokke stelsel. Aanneming is ook nie erken nie.

117 Vaders het nie meer absolute regte teenoor hulle kinders gehad nie en was ook verantwoordelik vir die onderhoud van hulle buite-egtelike kinders. Aanneming is egter nie erken nie en was beslis ŉ nadeel van die betrokke stelsel asook die verwagting van kinders om gehoorsaam aan hulle ouers te wees selfs met bereiking van meerderjarigheidstatus.

118 Van Leeuwen 1708 *THRHR* 1 13 5. Ouerlike gesag is soos volg beëindig:
a) die dood van ŉ ouer
b) huweliksluiting van ŉ kind
c) bereiking van meerderjarigheidsouderdom
d) emansipasie
Human *Die invloed van die begrip kinderregte*.

119 Voet 25 3 4-5.

120 Van Leeuwen 1708 *THRHR* 1 10 1.

121 Voet 25 3 8.

122 Maré 1998 *PER* 3-4.

het die funksionering van die multikulturele gemeenskap en die besluitnemingsproses in die ouer-kind-verhouding bepaal.[123]

Die Romeins-Hollandse reg is as gemenereg in Suid-Afrika aanvaar. Dit is deur statutêre bepalings gewysig. Die juridiese aard van die ouer-kind-verhouding is wesenlik ŉ spieëlbeeld van die posisie in die Romeins-Hollandse reg. Die mees ingrypende wysiging rondom die ouer-kind-verhouding op die gemenereg was die *Wet op Voogdy*[124] wat onder andere bepaal het dat ŉ vrou die voog van haar minderjarige kinders gebore uit ŉ huwelik sou wees. Sodanige voogdy was kragtens die gemenereg soortgelyk aan die voogdy van die vader ten aansien van sy kinders.

Die ouer-kind-verhouding is inhoudelik steeds vanuit die ouers se posisie bepaal; dit was ongekwalifiseerd op 'n *kiddie saver* benadering geskoei.[125] Die klem was op die ouers se gesag[126] binne ŉ raamwerk van regte, verpligtinge en verantwoordelikhede[127] wat in die belang van die kind uitgeoefen moes word.[128] Vanuit die gemenereg het die ouer-kind-verhouding gehoorsaamheid van kinders en tugbevoegdhede van ouers ingesluit.

---

123 Maré 1998 *PER* 3-4.

124 A 1(1) van Wet 192 van 1993.

125 McQuoid-Mason *Street Law* 2. Die tradisionele gesin, naamlik die kerngesin, het bestaan uit ŉ vader wat gewerk het, ŉ moeder as tuisteskepper en afhanklike kinders. McQuiod-Mason is van mening dat ŉ aantal faktore die aard en inhoud van die gesinstipe verander het. Die gesin was ongeag die verskillende tipes gesinne steeds die basiese eenheid in die gemeenskap. Die aard van ouerlike gesag is steeds ŉ oop debat met uiteenlopende standpunte. Sien Maré 1998 *PER* 94-95.

126 Die totstandkoming van ouerlike gesag kan op verskillende wyses tot stand kom. Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 595; Barnard, Cronjé en Olivier *Persone- en familiereg* 281; Van Heerden (red) ea *Persons and the family* 315-316; Visser en Potgieter *Familiereg* 179-185. Beide ouers het ouerlike gesag in geval van die binne-egtelike geboorte van hulle kind gekry. Sou die kind buite die eg gebore word sou die moeder alleen gesag verkry. Eweneens verkry die vader saam met die moeder ouerlike gesag in die geval van die wettiging van ŉ buite-egtelike kind asook by aanneming. Die reg plaas egter nie die vader en moeder op gelyke voet in die besluitnemingsproses van die ouer-kind-verhouding nie. Sien *Calitz v Calitz* 1939 AD 56.
Die buite-egtelike kind het onder die gesag van die moeder geval en die biologiese vader het geen ouerlike gesag oor die kind gehad nie.Die biologiese vader kon egter by die hof aansoek doen om ŉ bevel wat aan hom toegang tot sy kind sou verleen. Sien *Van Erk v Holmer* 1992 2 SA 636 (W); *S v S* 1977 3 SA 305 (O).

127 Robinson 2002 *Stell LR* 309. Sien ook Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg* 592, 595.

128 Human 2000 *THRHR* 200-216; Van Heerden (red) ea *Persons and the family* 457-458. Sien ook Visser en Potgieter *Familiereg* 178.

Van regsweë is ŉ traagheid getoon om met die uitoefening van ouerlike gesag in ŉ funksionerende gesin in te meng[129] en voldoende gronde ter regverdiging vir inmenging is vereis.[130] Die ouerlike gesag en gesinsprivaatheid was belangrike gemeenskapswaardes wat gegeld het. Die hooggeregshof as oppervoog[131] van minderjarige kinders[132] se rol was primêr beskermend van aard.[133] Die klem het egter met verloop van tyd van voldoende gronde na die belang van die kind verskuif.[134] Die hof se bevoegdheid om met spesifieke besluite van ouers in te meng is beperk tot gevalle waar daar konflik tussen ouers of tussen ouers en ŉ derde party bestaan het.[135] Ten spyte van die erkenning van die beste belang van die kind voor die inwerkingtrede van die *Grondwet* het die Suid-Afrikaanse familiereg steeds tot minimale inmenging deur die staat geneig.[136] Kinders is steeds nie as selfstandige lede van ŉ familie met regte erken nie. Hierdie ontkenning het tot vaagheid rondom die aard van die beste belang van die kind bygedra en die erkenning van die regte van ouers is gerespekteer.[137] Die beste belang van die kind manifesteer so vroeg as 1948 met die uitspraak in Fletcher[138] en is deurgaans sentraal tot die ouer-kind-verhouding.

2.7 Gevolgtrekking

> What say you, Hermia? Be advised, fair maid:
> To you your father should be as a god,
> One that composed your beauties, yea, and one
> To whom you are but as a form in wax,
> By him imprinted and within his power
> To leave the figure or disfigure it – William Shakespeare

---

129 Sien *Calitz v Calitz* 1939 AD 56; *Short v Naisby* 1955 3 SA 572 (D) en *Ex Parte D* 1958 2 SA 91 (GW).

130 Clark 2001 *THRHR* 615. Later is ŉ meer toeganklike benadering gevolg wat inmenging deur die staat behels het. Sien *Horsford v De Jager* 1959 2 SA 152 (N); *September v Karriem* 1959 3 SA 687 (K) asook *Pietersen v Kruger* 1975 4 SA 171 (K).

131 *S v L* 1992 3 SA 713 (E) 701 721E-J. Die hof as oppervoog se reg tot inmenging was egter nie onbeperk nie en moet toegepas word in gevalle waar ouers nie instaat is om hulle ouerlike verantwoordelike na te kom nie. Die reg tot inmenging sal nie toegepas word waar die hof bloot nie saamstem met die besluit/besluite van ouers nie. Sien ook Kruger 1994 *THRHR* 304.

132 *Calitz v Calitz* 1939 AD 56.

133 *Wet op Voogdy* a 1(2)(a).

134 Kruger *Judicial interference with parental authority* 133.

135 Kruger 1994 *THRHR* 304.

136 Kruger *Judicial interference with parental authority* 497.

137 Human 2000 *THRHR* 393-397.

138 *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A).

Die volgende gevolgtrekkings kan uit hoofde van die historiese agtergrond gemaak word:

Daar het merkbare ontwikkeling rondom die gesag van ouers binne die ouer-kind-verhouding plaasgevind. Die ontwikkeling het gestrek van die rigiede Romeinse *potestas* van die *pater* tot die gesag wat albei ouers in die Romeins-Hollandse reg kon uitoefen. Ouerlike gesag is hier deur ŉ kombinasie van ouerlike regte en verpligtinge gekenmerk.

Kinders se natuurlike hulpbehoewendheid het hulle later as subjekte van ouerlike versorging tipeer. Dit het tot ŉ paternalistiese benadering teenoor kinders gelei waarin ouers of persone in gesagsposisies geag was eerder te weet wat in die kind se belang is. Die aanvanklike paternalistiese benadering, oftewel die *kiddie saver* benadering, verteenwoordig die sogenaamde drie p's van kinderregte soos in hoofstuk 1 paragraaf 3 hierbo bespreek.

Die beskouing van kinders binne die ouer-kind-verhouding vergestalt geldende *mores*. Sodanige beskouing word sosio-juridies bepaal aangesien van die vertrekpunt uitgegaan word dat kinders "[m]ost vulnerable" en gevolglik besondere juridiese beskerming behoef.[139] Die aanhaling van Thomas dat "[c]hange and progress will always and everywhere take place ..." vind inderdaad besondere toepassing wat die ontwikkeling van die ouer-kind-verhouding betref.

Die ouer-kind-verhouding na 1994 sal voorts in hoofstuk 4 aan die orde kom.

---

139 Human ??? beklemtoon drie kernelemente van die ouer-kind-verhouding. "Die eerste element behels die respek vir ŉ privaatsfeer van gesinsverhoudinge. Die tweede element sentreer om ouers van wie daar verwag word om uit hoofde van hul ouerskap ouerlike gesag in die beste belang van die kind uit te oefen. ŉ Derde element is gebaseer op die status van ŉ kind as onafhanklike en onvolwasse persoon wat beskerm moet word."

Hoofstuk 3

Ouerlike regte en verantwoordelikhede in die lig van resente internasionale ontwikkeling

3.1 Inleiding

Dit blyk dat daar internasionaal tans ŉ beduidende fokus op die regte van kinders en meegaande verpligtinge en regte van die ouers is. Die Verklaring van die Regte van die Kind 1924 (hierna die 1924-Verklaring) was die eerste stap in die erkenning van internasionale standaarde rakende die beskerming van kinders.[140] Die Verklaring van die Regte van die Kind 1959 (hierna die 1959-Verklaring)[141] het die beginsels[142] van die 1924-Verklaring bevestig en uitgebrei. Die 1959-Verklaring sou as ŉ belangrike hoeksteen van die KRK dien.[143]

---

140 Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 8. Volgens Van Bueren het die Verklaring internasionaal die idee van die regte van kinders gevestig.

141 Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 12. Die kritiek oor die 1959-Verklaring het grotendeels behels dat kinders op die oog af slegs morele aansprake verkry het. Die kind is as regsubjek erken maar die kind se bevoegdheid om sy/haar regte onafhanklik uit te oefen was nie erken nie. Kinders kon steeds op volwassenes steun om na hulle belange om te sien. Soos De Villiers tereg opmerk, is die betrekking van ouers by die Verklaring se implementering, juis die rede hoekom die Verklaring deur ouers as ŉ bedreiging beskou is.

142 Die 1924 Verklaring se oogmerk was om ŉ kind se ekonomiese, psigologiese en sosiale behoeftes te voorsien. Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 7.

143 Human *Die invloed van die begrip kinderregte*.
Human gee ŉ aantal redes vir die behoefte en ondersteuning van die KRK naamlik:
a) Groot aantal state het self fundamentele veranderings ingevolge nasionale reg ten opsigte van hul benadering teenoor kinders ondergaan.
b) Die toenemende besef dat daar ook pro-aktief opgetree moes word om kinders teen diskriminasie te beskerm. Dat spesifieke regte aan kinders as ŉ groep verleen moes word.
c) As gevolg van kinders se kwesbaarheid vereis hulle ŉ groter mate van beskerming.
d) Beste belange van die kind as maatstaf vir die beskerming van kinders was nie meer voldoende om die regte van kinders te implementeer nie.
e) ŉ Behoefte aan eenvormige internasionale standaarde.
f) Die lidlande was van mening dat die bestaande internasionale dokumente nie voldoende was vir die verlening van regte aan kinders nie.
g) Die emosionele inpak van die Verenigde Nasies se verklaring van 1979 as Internasionale Jaar van die Kind. Dit was die begin van kinders se aansprake ingevolge die volkereg.

Suid-Afrika het na 1994 verskeie verdrae[144] geratifiseer wat op ouerlike regte en verpligtinge van toepassing is, onder andere die KRK[145] en die AVRWK. Die fokus van hierdie hoofstuk is gevolglik ŉ uiteensetting van relevante voorskrifte en bepalings met betrekking tot ouerlike verpligtinge en regte soos dit in die onderskeie konvensies aan die orde is. Die raamwerk waarbinne die ouer-kind-verhouding uiteengesit word sal verder in hoofstuk 4 bespreek word. Vir doeleindes van hierdie hoofstuk word daar slegs op relevante bepalings van die KRK en die AVRWK gefokus en wel met die oog daarop om as grondslag vir ŉ bespreking van ouerlike regte en verantwoordelikehede ooreenkomste en ouerskapsplanne te dien. Beide die bogemelde konvensies staan geslagsneutraal teenoor die konsep van ouers en die fokus is nie op die vader of die moeder van die kinders nie.

3.2 Internasionale en regionale instrumente

3.2.1 Inleiding

Suid-Afrika volg ŉ dualistiese[146] benadering met betrekking tot die ratifisering van internasionale reg. Dit beteken dat internasionale reg,[147] met die uitsondering van

---

144 ŉ Verdrag is ŉ geskrewe ooreenkoms tussen state of tussen state en internasionale organisasies wat binne die internasionale reg werk. Dugard *International Law* 23. Die Internasionale reg aangaande die regte van kinders is ŉ waardevolle instrument vir die bevordering en verbetering van die lewe van kinders. Die ontwikkeling van die internasionale regte van kinders is in pas met die ontwikkeling van internasionale menseregte.

145 Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 401.

146 ŉ Dualistiese sisteem is die teenoorgestelde van ŉ monistiese stelsel. In ŉ monistiese stelsel word die internasionale en nasionale sisteem as een geïntegreerde stelsel beskou (Dugard *International Law* 43). Internasionale verdrae word dus in hierdie stelsels op gelyke voet of selfs bo die nasionale grondwet geag, gewoonlik ingevolge ŉ spesifieke grondwetlike bepaling (Nowak *Introducing the International Human Rights Regime* 36). Die dualistiese karakter het vir vyftig jaar ŉ invloed gehad op elke aspek van die Suid-Afrikaanse gemeenskap en was veral merkbaar in die familiereg.

147 Daar kan ŉ wye verklaring gegee word van die term "internasionale reg", sodat dit internasionale menseregteverdrae, -deklarasies, -konvensies en besluite van internasionale instansies soos kommissies en howe insluit. Sien *S v Makwanyane* [1995] ZACC 3; 1995 3 SA 391 (KH) (hierna Makwanyane) par. 35. Sien ook Mbazira *Litigating Socio-economic Rights* 54 vn 6, waar hy van mening is dat alhoewel Suid-Afrika byvoorbeeld nie die Internasionale Konvensie oor Ekonomiese, Sosiale en Kultuurregte (IKESKR) geratifiseer het nie, die Konvensie steeds as ŉ uitlegmiddel gebruik kan word. Sien verder in die algemeen Dugard *International Law* 13-17 en Dugard 1994 *SAJHR* 208. Dit beteken nie dat

internasionale gewoontereg nie deel van die reg van die Republiek is nie tensy dit aan die vereistes van artikel 231(2) van die *Grondwet* voldoen.[148] Dit bring mee dat dit eers deur ŉ besluit van die Nasionale Vergadering en die Nasionale Raad van Provinsies goedgekeur moet word alvorens dit geldende reg sal wees; of indien dit ŉ internasionale ooreenkoms van tegniese, administratiewe of uitvoerende aard is, dit aan die vereistes in artikel 231(3)[149] van die *Grondwet* voldoen.

Internasionale reg[150] is verder ŉ uitlegmiddel[151] by die vasstelling van die betekenis en inhoud van wetgewing. Ingevolge artikel 233[152] van die *Grondwet* moet howe, wanneer hulle wetgewing uitlê, voorkeur gee aan enige redelike uitleg van wetgewing wat met internasionale reg bestaanbaar is, eerder as aan ŉ uitleg wat nie daarmee bestaanbaar is nie.[153] Artikel 39(1)(b) van die *Grondwet* vereis dat wanneer die Menseregtehandves in die Grondwet[154] uitgelê word ŉ hof, tribunaal of forum internasionale reg in ag moet neem.[155] Internasionale reg is dus ŉ middel om sowel wetgewing as die bepalings vervat in die Menseregtehandves[156] uit te

---

howe daaraan gebonde is nie. Sien *Dawood v Minister of Home Affairs*; *Shalabi v Minister of Home Affairs*; *Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 1 SA 997 (K) par 35.

148 *S v Kwalase* 2002 2 SACR 35 (CPD); *Flitchen v Flitchen* 1997 JOL 1612 (K) par 62. *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 10 BCLR 1051 (KH); *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 (6) BCLR 708 (KH). Sien ook 2+2=5? Exploring the Domestication of the CRC in South African Jurisprudence (2002-2006) The International Journal of Children's Rights 16 (2008) 3.

149 Sien Olivier 1997 *SAYIL* 63; Olivier 2002 *SAYIL* 99.

150 Die Engelse teks van die Grondwet gebruik die term "international law", wat ŉ wyer term is as "public international law" wat in die interim *Grondwet* gebruik is en wat ook private internasionale reg sal insluit.

151 Nowak *Introducing the International Human Rights Regime* 37.

152 Sien ook Sloth-Nielsen 2002 *IJCR* 137, 139. A 233 bepaal: "By die uitleg van wetgewing moet elke hof aan die redelike uitleg van die wetgewing wat met die volkereg bestaanbaar is voorkeur gee bo enige alternatiewe uitleg wat met die volkereg onbestaanbaar is."

153 Nienaber 2012 *PER* 4.

154 Aa 39(1)(b) en 39(1)(c) van die Grondwet bepaal dat Howe by die interpretasie van die Handves van Regte internasionale reg in ag moet neem en buitelandse reg in ag kan neem. In *S v Makwanyane* 1995 6 BCLR (KH) par 35 het die Konstitusionele Hof besluit dat dit niebindende en bindende instrumente insluit.

155 Du Plessis 2013 *LitNet Akademies* 3-4*.* Gerdus Senekal (Taal- en Literatuurstudie Hons) Redaksionele bestuurder Naomi Bruwer (MA in Afrikaans-Nederlands), Senior inhoudsbestuurder by LitNet Taaladviseur 1.

156 A 39(2) van die Grondwet: "When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit purpose and objects of the Bill of Rights."

lê.[157] Die KRK sowel as die AVRWK het as grondslag vir latere ontwikkeling van die kinderregteklousule[158] van die *Grondwet* gedien en is steeds ŉ waardevolle bron by die uitleg van die artikel 28 van die *Grondwet.*

3.3 Die KRK

3.3.1 Inleiding

Suid-Afrika se ondertekening van die KRK in 1993[159] en die ratifikasie[160] daarvan op 16 Junie 1995[161] het ŉ nuwe benadering insake die regte van kinders ingelui.[162] Die KRK[163] bevat belangrike bepalings ten opsigte van die reg op selfbeskikking[164]

---

157 Dit beteken nie dat howe daaraan gebonde is nie. Sien *Dawood v Minister of Home Affairs*; *Shalabi v Minister of Home Affairs*; *Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 1 SA 997 (K) par 35

158 Verskeie uiteenlopende teoretiese perspektiewe rakende die regte van kinders het deur die jare steeds onversoenbaar gebly en die soeke na een aanvaarbare teorie duur steeds voort. Kinderregte is nie ŉ eenvormige konsep nie en sluit juridiese sowel as morele aansprake in. Kinderregte word binne die raamwerk van menseregte geregverdig en die kind behoort as draer van fundamentele menseregte erken en gerespekteer te word. Sien Fortin *Children's rights* 3; *The theory of children's rights* in Davel (red) ea *Introduction to Child Law in South Africa* 150.

159 Die eerste internasionale konvensie wat deur Suid-Afrika na 1994 Grondwet geratifiseer is.

160 ŉ Staat sal eers die verdrag onderteken en daarna ratifiseer. Ondertekening van die verdrag beteken dat die Staat nie in teenstelling met die bepalings van die verdrag mag optree nie. Ratifikasie bring mee dat ŉ lidland regtens daartoe verbind is om die inhoud van die Konvensie te implementeer. Weense Konvensie op die Reg van Ooreenkomste van 1969 – handel o.a.met die prosedures wat gevolg moet word om verdrae te sluit, die interpretasie daarvan en die beëindiging van verdrae.

161 Suid-Afrika het ook die Afrika Handves oor die Regte en Welvaart van die Kind (1990) op 7 Januarie 2000 geratifiseer. Neem kennis dat dié studie nie die Afrika Handves oor die Regte en Welvaart van die Kind (1990) bespreek nie. Vir ŉ bespreking van hierdie instrument sien bv. Viljoen 1998 *CILSA* 199 en Mezmur 2008 *SAPR/PL* 1.

162 Die Verenigde Nasies het in 1979 die Internasionale Jaar van die Kind verklaar. Die Poolse regering het na aanleiding hiervan 'n voorstel aan die Verenigde Nasies se Menseregtekomitee gemaak om die totstandkoming van 'n konvensie vir kinderregte te oorweeg. Die KRK is deur die algemene vergadering van die Verenigde Nasies aangeneem op 20 November 1989 en het in werking getree op 2 September 1990. In die KRK word siviele, sosiale en kulturele regte aangespreek. Ondertekening van die konvensie bind nie ŉ staat regtens nie, maar beteken wel dat die staat nie in teenstelling met die bepalings van die spesifieke konvensie mag optree nie. Die KRK word beskryf as "a total break from previous international approaches to children's rights." Bykans twintig jaar na die aanvaarding van die Verklaring van die Regte van die Kind 1959 (hierna die 1959-Verklaring) was die tyd nou reg om pro-aktief op te tree om kinders teen diskriminasie te beskerm. Spesifieke regte moes aan kinders as ŉ unieke groep persone verleen word. Sien ook Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 13.

163 Mahery *The United Nations convention on the rights of the child: Maintaining its value in international and South African child law. Child Law in South Africa* 309-330.

164 Robinson 2002 *THRHR* 604; Robinson 2002 *Stell LR* 314; Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 403.

van kinders asook die erkenning van die beste belang[165] en die ontwikkelende vermoëns van die kind.[166] Na ratifikasie[167] van die KRK[168] het die Suid-Afrikaanse regering gepoog[169] om nasionale wetgewing[170] en beleid in pas met die bepalings van die KRK[171] te bring[172] en om beskerming[173] aan kinders te bied soos dit in die KRK vereis word.[174] Alhoewel die KRK nie afdwingingsmeganismes[175] bevat nie, word die verpligtinge[176] van lidlande wel uiteengesit terwyl die implementering daarvan deur lidlande se eie interne wetgewing gereguleer word.[177]

---

165 Die beste belange van die kind as maatstaf van beskerming aan kinders was nie meer voldoende nie. Alle regte van kinders sou nie effektief deur die maatstaf geïmplementeer kon word nie. Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 14. A 3 van die KRK maak voorsiening vir die beste belange van die kind beginsel as maatstaf waarop die regte in die 1989-Konvensie realiseer.

166 Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 401.

167 *S v Kwalase* 2002 2 SACR 135 (CPD) 138 G – het die hof beslis dat Suid-Afrika deur die verdrag te ratifiseer "assumed an international obligation to put into effect in its domestic law the provisions of this Convention".

168 Ingevolge a 2 van die KRK het lidlande ŉ verpligting om die doel, waardes en regte soos vervat in die KRK te respekteer en te bevorder. Die term "respekteer" hou verband met 'n verpligting van goeie trou. Die lidland moet hom dus weerhou van enige handelinge wat die KRK mag skend. Die term "bevorder", daarenteen, vereis van lidlande om wetgewende, administratiewe en ander maatreëls in te stel wat noodsaaklik is om kinders in staat te stel om hulle regte te kan uitoefen.

169 Die insluiting van die kinderregte klousule in die Menseregte Handves. Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 417.

170 Sou nasionale wetgewing in konflik met die bepalings van die Konvensie wees, of nie aan die standaarde daarvan voldoen nie, behoort die nodige wysigings deur die lidland aangebring te word.

171 Sleutelartikels in die Konvensie wat die waardesisteem waarop die KRK berus, verwoord: a 2 (nie-diskriminasie), a 3 (beste belange van die kind), a 5 (regte van ouers), a 6 (oorlewing en ontwikkeling), a 12 (vryheid van uitdrukking). Van Bueren "The United Nations Convention on the rights of the child" 202. Sien ook Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 408-411.

172 Nowak *Introducing the International Human Rights Regime* 37. Oor lidlande se verpligtinge soos verwoord deur die KRK, sien Komitee oor die Regte van die Kind 2003 daccess-dds-ny.un.org.

173 McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family* 135. Lidlande moet pro-aktief optree ten einde beskerming aan kinders te verleen.

174 Kassan 2003 *De Jure* 167.

175 Die VN beskik oor geen meganisme of infrastruktuur om die bepalings van die KRK direk af te dwing nie. Daar is egter ŉ paar meganismes waarop gesteun word in die verband: klagteprosedure, morele dwang deur die internasionale gemeenskap en opvoeding oor die KRK. King se kritiek insake kinderregte en meer spesifiek die KRK se inkorporasie in lidlande se interne wetgewing, en spesifiek die rede daarvoor is ŉ vraag wat moeilik beantwoord kan word. Alhoewel King se kritiek dat die KRK teleurstel weens die gebrek aan afdwingingsmeganismes blyk nie nou meer in pas te wees met die uitbreiding van kinderegte in die laaste dekade nie. King 1994 *Modern Law Review* 57 385-401.

176 Lidlande wat die Konvensie ratifiseer onderneem om periodieke veslae by die Komitee in te handig aangaande maatreels wat geimplementeer is om aan die regte in die Konvensie gevolg te gee. A 44. Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 402. Dugard *International Law* 31*.*

177 Mower *The Convention on the rights of the child*.

3.3.2 Relevante bepalings rondom die ouer-kind-verhouding

> The 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 … the child for the full and harmonious development of his or her personality should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding.[178]

Artikel 28 van die *Grondwet* volg die benadering van die KRK deur erkenning aan die vierde *p* te gee naamlik "*p*articipation";[179] die reg van die kind tot deelname in aangeleenthede wat hom/haar raak.[180]

Die KRK[181] verwoord internasionale erkenning van kinders se eiesoortige behoeftes en belange wat regtens beskerm behoort te word. Dit slaan ook op die verpligtinge en regte van die gesin, die plaaslike en die internasionale gemeenskap ten aansien van die versorging van kinders.[182]

3.3.3 Uitleg van artikel 5

Artikel 5[183] van die KRK ondersteun ŉ uitgebreide omskrywing van die begrip van familie en sluit ouers, lede van ŉ uitgebreide gesin of gemeenskap, voogde of ander persone wat juridies vir die kind verantwoordelik is by die begrip in. Die voorwoord van die KRK gelees met artikel 5[184] bepaal duidelik dat kinders die

---

178 Voorwoord van die KRK. Die voorwoord maak dit duidelik dat kinders die beste versorging kry in familieverband en die rol van die ouers word gerespekteer. Geen definitiewe omskrywing vir die begrip "gesin" word deur die KRK gegee nie. Die inhoud van die KRK kan egter in twee kategorieë verdeel word. Die kategorie van burgerlike en politieke regte en die kategorie ekonomiese, sosiale en kulturele regte. De Villiers 1993 *Stell LR* 296-304.

179 Aa 12 en 13 van die KRK.

180 Sien ook Bainham *Children* 59; Davel (red) ea *Introduction* 203.

181 Van Bueren "The United Nations Convention on the rights of the child" 203.

182 McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the F*amily 158.

183 "State 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 the 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."

184 Aa 5 en 18 van die KRK handel met die regte, verantwoordelikhede en verpligtinge van ouers. Van Bueren *International Law on the Rights of the Ch*ild 73.

beste in familieverband versorg kan word[185] en dat die rol van ouers gerespekteer behoort te word. Ouers se bevoegdhede is egter nie rigied vasstelbaar nie; dit wissel in ooreenstemming met die kind se bevoegdhede en behoeftes wat deurlopend verander.[186] Robinson[187] dui aan dat artikel 5 met die welbekende benadering in die Engelse uitspraak in *Gillick v West Norfolk Health Authority and the DHSS*[188] (hierna verwys as *Gillick*), ooreenstem en dat kinders aan ouerlike leiding en beskerming in ooreenstemming met hulle emosionele en liggaamlike ontwikkeling behoefte het. Ouers beskik nie oor ongebreidelde gesag[189] ten aansien van hulle kinders se opvoeding nie en *Gillick* het juis 'n raamwerk verskaf waarbinne toekomstige ontwikkeling van ouerlike gesag sou plaasvind. Die regsvraag in *Gillick* was of dokters aan die eiseres se dogters – almal jonger as sestien jaar – sonder haar medewete of toestemming voorbehoedmiddels of advies daaroor kon verskaf. Die hof neem die aard en omvang van ouerlike gesag in heroorweging en plaas dit binne moderne perspektief.

Die hof stel dit onomwonde dat ouerlike gesag geensins absoluut is nie. Lord Scarman beklemtoon trouens dat ouerlike gesag wel tot voordeel van die kind en nie die ouer nie uitgeoefen moet word.

---

185 Die Grondwet bied egter nie dieselfde direkte beskerming vir die familie nie. Robinson in "Some remarks on the Constitution of the Republic of South Africa Concerning the Protection of Families and Children" in Louw en Douglas (reds) *Families Across Frontiers* (1996) 229-330 het reeds in 1996 aangedui dat familie as instelling nie in die Grondwet beskerm word nie en dat dit 'n tekortkoming in die Grondwet is.

186 Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 73. Ouers het dus regte vir doeleindes van nakoming van hulle verantwoordelikhede teenoor hulle kind/ers. Sien ook a 14 van die KRK. Ouers het 'n reg asook 'n plig om die wyse waarop hulle kinders grootword te bepaal.

187 2002 *Stell LR* 310.

188 1986 AC 112. In die saak van Gillick het 'n Rooms Katolieke moeder, met vyf dogters onder die ouderdom van 16 jaar, die regmatigheid aangeveg van 'n memorandum soos uitgereik aan gesondheidsowerhede wat aan dokters die diskresie verleen het om voorbehoed-middels aan dogters onder 16 jaar voor te skryf sonder dat hulle die ouers in die verband geken is. In die betrokke saak is voorgehou dat ouerlike regte nie tot voordeel van die kind is nie, maar wel tot voordeel van die ouer en dat sodanige reg ondergeskik sou wees met betrekking tot die kind se regom sy/haar eie besluite te neem wanneer die kind die nodige volwassenheid bereik. Human 2000 *Stell LR* 71.

189 Robinson is van mening dat die invloed en rigtingwysing van die ouer afneem namate die kind selfversorgend en meer volwasse raak – 2002 *Stell LR* 313-314. Human 2000 *Stell LR* 71. Human is van mening dat *Gillick* 'n voorbeeld is waar die hof 'n besluit moes maak oor die balansering van mag in konteks van 'n familie. Die konsep van ouerlike gesag is herevalueer en daar is gepoog om 'n balans te vind tussen die botsende belange van die onderskeie familielede. Die beslissing in Gillick is aanduidend dat ouerlike gesag beëindig word namate die kind oor die vermoë beskik om sy eie besluite te kan neem.

Hy redeneer dat ŉ ouer nie sy mening kan afdwing op ŉ kind wat oor die ontwikkelde en intellektuele vermoë beskik om self besluite te neem nie – selfs al is die ouer se keuse eerder voordelig vir die kind. Lord Fraser wys daarop dat ŉ kind se vermoë om self besluite te neem nie ouerlike gesag summier beëindig nie. Sy uitgangspunt bied ruimte vir ouerlike betrokkenheid welke betrokkenheid toenemend afneem namate die kind se emosionele en intellektuele vermoë toeneem.[190] Hierdie verduideliking van die hof staan enigsins ongekwalifiseerd as die sogenaamde '*Gillick competence test*' bekend.[191]

Bogenoemde, enigsins oorsigtelike, verwysing na *Gillick* dien ter agtergrond van die moderne benadering wat deur die KRK gevolg word. Ouers word ingevolge die KRK as die primêre versorgers van hulle kinders gesien. Die KRK gaan van die vertrekpunt[192] uit dat ouerlike regte[193] tot voordeel van kinders bestaan.[194] Artikel 5 asook artikel 14[195] van die KRK verwys na die verantwoordelikhede, regte en verpligtinge van ouers om leiding aan hulle kinders in ooreenstemming met die kinders se ontwikkelende vermoëns te verleen. Ofskoon die KRK regte van ouers erken, word daar ook sterk klem op ouerlike verantwoordelikhede gelê.

Artikel 3 van die KRK handel oor die erkenning van die beste belang van die kind en dien as pilaar waarop die KRK gegrond is; dit geld as algemene standaard by

---

190 Kruger 2005 *Codicillus* 1-14. Die dinamiek van die benadering tot die regte van kinders word beklemtoon in *Soller v G* 20035 SA 430 (W) asook in *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health* 2004 10 1086 BCLR (T) en op ŉ praktiese wyse geïllustreer. Sien ook Bainham 1998 *The Modern Law* 270; Eekelaar 1986 *Law Quaterly Review* 4; Eekelaar 1986 *New Law Journal* 220-221; Human 2000 *Stell LR* 71; Robinson 1993 *TRW* 52.

191 Kruger 2005 *Codicillus* 1-14.

192 Human 2000 *Stell LR* 83-84.

193 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311 is van mening dat alhoewel die Konvensie nie spesifiek voorsiening maak vir die definisie van ouerlike verantwoordelikhede nie dat die Konvensie in geheel relevant is in die verband. Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311 bevraagteken ook of ouers se gemeenskaplike verantwoordelikhede beteken dat hulle gelyke verantwoordelikhede het. Human *Grondwetlike Erkenning van Regte* 310.

194 Aa 5 en 14 toon duidelik aan dat ouers regte het, maar uitsluitlik vir doeleindes van die nakoming van hulle verpligtinge teenoor die kind. A 14 plaas klem op die regte en verpligtinge van ouers om riglyne te verskaf by die uitoefening van die kind se reg op vryheid van denke, gewete en geloof. Beide bogemelde artikels dui aan dat ouers 'n reg maar ook 'n plig het om die wyse waarop hulle kinders groot word te bepaal.

195 A 14: "The rights and duties of parents ...to provide direction to the child in the exercise of".

die toepassing van die KRK.[196] Artikel 3(1)[197] bepaal dat die beste belang van die kind ŉ primêre oorweging[198] is waar openbare of privaat instellings besluite aangaande kinders neem. Artikel 18[199] van die KRK verleen aan ouers die primêre verantwoordelikheid om hulle kind op te voed en te versorg. Ingevolge die artikel behoort ouers na die beste belang van hulle kinders om te sien. Artikel 3(2)[200] maak dit duidelik dat die regte asook die verpligtinge van ouers eweneens by die versorging van hulle kinders in ag geneem moet word. Die hof[201] kan egter sy diskresie uitoefen om beide regte en verpligtinge van ouers te negeer in gevalle waar dit in die beste belang[202] van die kind sal wees.[203] Ingevolge die uitleg van artikel 3[204] word daar van die hof[205] verwag om te verseker dat die kind beskerm

---

196 Die beginsel van die "beste belange" word nie in die KRK uiteengesit of verwoord nie. Dit bring mee dat alhoewel die begrip 'n standaard is wat algemeen in nasionale reg gebruik word, daar tog ŉ vaagheid en gebrek aan eenvormigheid op nasionale vlak sowel as internasionale vlak heers. Die KRK het ook geen bydrae gelewer om inhoud en betekenis aan die begrip te verleen nie. Alston *The best interests of the chil*d 17-18. Sien ook *Bannatyne v Bannatyne and Another* 20032 SA 363 (KH).

197 Art 3(1). Alen en Pas 1996 *Monitoring Children's Rights* 183: "the rule whereby the 'best interests of the child' must be a primary consideration can be looked at in two ways: as an objective which the state undertakes to pursue (a 21) but also as a negative obligation, i.e not to do anything which could go against the best interest of the child".

198 Eie kursivering en beklemtoning. Robinson 2002 *Stell LR* 316; Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 408.

199 A 18 bepaal: "State 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 interest of the child will be their basic concern".

200 A 3(2) bepaal: "State 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 guardians race, colour, sex, language, religion, notional, ethnic or social origin, property, disability, birth or any other status"; Sloth-Nielsen en Mezmur 2008 *Int'l J Child Rts*16, 1.

201 Die fokus op die regte van kinders plaas ook klem op die rol van die staat om ook die verhouding tussen ouers en kinders te reël. Die staat verrig ŉ beskermings- asook toesighoudende funksie. Die staat is ook verplig om die nodige maatreëls te tref ten einde kinders teen ekonomiese uitbuiting te beskerm. Van Bueren *International Law on the Rights of the Child* 86-90.

202 *Bannatyne v Bannatyne and Another* 2003 2 SA 363 (KH). Sien ook *Jackson v Jackson* 2002 2 SA 303 (KHA).

203 Die moontlikheid van staatsbetrokkenheid doen geensins afbreuk aan die uitgangspunt dat ouers die primêre versorgers van hulle kinders is nie. Die regte van kinders en die suksesvolle verwesenliking daarvan kan nie deur die gesin alleen verwesenlik word nie en die staat se rol en verantwoordelikheid in die verband is van wesenlike belang.

204 Boezaart (red) *Child Law in South Africa* 318.

205 A 3(2) bepaal soos volg: "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 appropriate legislative and administrative measures."

en versorg word met inagneming van die regte en verpligtinge[206] van die ouers. Deelname van kinders aan besluitneming in aangeleenthede wat hulle raak tesame met die beginsel van die beste belange van die kind vorm die grondslag waarop die KRK berus.[207]

3.3.4 Artikel 12

3.3.4.1 Inleiding

Vanuit die perspektief van die regte van kinders is die erkenning van kinders as individue met eie belange en ontwikkelende vermoëns wesenlik. ʼn Aspek hiervan is die verlening van selfbeskikking ten opsigte van die uitoefening van bepaalde regte.[208] Artikel 12 vestig en verwoord die kind se reg op deelname in aangeleenthede wat hom/haar raak.

3.3.4.2 Uitleg van artikel 12

Artikel 12 kan nie in isolasie en buite verband gelees word nie – die KRK is juis ʼn instrument wat die belange van die kind en as selfstandige individu en as lid van die gesin en samelewing bevorder.

---

206 Alhoewel die KRK nie spesifiek voorsiening maak vir die definisie van ouerlike verantwoordelikhede nie, kan a 18 beklemtoon word in die verband, en blyk die KRK in sy geheel relevant te wees.
A 18 bepaal: "State 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 interest of the child will be their basic concern."
Die duidelike verskil in formulering van aa 3 en 18 verklaar Hodgson soos volg:
"To the extent that Article 3(1) appears to contemplate the co-existence of a number of possibly competing primary considerations, the formulation adopted by Article 18(1) seems stronger from the standpoint of the child's protection. This is understandable and reasonable considering the respective contexts of the two provisions."

207 Sloth-Nielsen en Mezmur 2008 *Int'l J Child Rts*16 1.

208 A 12 se formulering is wyd en is nie net van toepassing in gevalle waar die kind se deelname beperk word nie. Die gebruik van die term 'verteenwoordiger' in die bewoording van a 12(2) word beskou as 'n leemte en word alternatiewe tot 'n regsverteenwoordiger toegelaat, asook die moontlikheid dat die kind hom/haarself moet verteenwoordig. A 28(1)(h) van die Suid-Afrikaanse Grondwet bied egter beter beskerming aan die kind deurdat slegs 'n regsverteenwoordiger toegelaat sal word om namens die kind op te tree. Zaal en Skelton 1998 *SAJHR* 541.

Artikel 12 van die KRK bepaal soos volg:

> (1) States 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[209] affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age[210] and maturity[211] of the child.[212]
>
> (2) For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial or administrative proceedings affecting the child, either directly, or through *a representative*[213] or an appropriate body, in a manner consistent with the rules of national law. (eie kursivering).

Dit behoef geen betoog nie dat die kind ingevolge hierdie bepalings as deelnemende subjek aan die regsproses, eerder as objek van beskerming gesien word.[214] Daar word as uitgangspunt aanvaar dat hulle aktiewe deelnemers is aan besluitneming wat hulle raak terwyl daar regtens erkenning aan hulle toenemende verstandelike en emosionele volwassenheid geheg word. Daarmee saam rus daar ŉ verpligting op die staat om te verseker dat die kind die geleentheid sal hê om in alle regs- en administratiewe verrigtinge wat hom/haar raak gehoor[215] te word.[216]

---

209 Daar word dus weggedoen met die uitsluitlike ouerlike besluitneming.

210 Ouderdom: onder 18 jaar. Die KRK plaas egter nie op state ŉ verpligting nie. Daar is dus geen internasionale regsbasis om 'n sekere ouderdom voor te stel by die bepaling van minderjarigheid nie en veral gesien in die lig van die volkereg. Die spesifieke ouderdomsperk sal egter in ooreenstemming met gewoontes en norme wees. Eekelaar 1986 *Law Quaterly Review* 9.

211 Lidlande het ook nie meer ŉ diskresie oor wanneer die siening van die kind oorweeg sal word nie. Dit blyk dat die deelnemende regte van die in ooreenstemming is met die ideologiese basis van die KRK, wat op die beginsel gebaseer is dat kinders regte het wat "that transcend those of the family of which they are a part".

212 In a 12(1) word die kind se reg om sy/haar opinie te vorm en vrylik uit te druk behandel. Sloth-Nielsen "the provision which recognises that the best interest of the child is not merely to be read off from what adults think is the best for the child, but that children as bearers of rights have a right to a say as well" Sloth-Nielsen 1995 *SALJ* 401 406.

213 Eie kursivering en beklemtoning.

214 A 12 verleen aan die kind die reg tot deelname en reflekteer ŉ paradigmaskuif in die reg se benadering tot kinders. De Villiers is van mening dat die insluiting van die reg die filosofiese benadering van die Konvensie openbaar ten opsigte van die regte van kinders en die beklemtoning daarvan dat kinders as individue en nie as objekte behandel behoort te word nie. De Villers 1993 *Stell LR* 410.

215 Davel is van mening dat volgens die Konvensie kinders op twee wyses hulle opinies kan laat hoor naamlik deur deelname en deur verteenwoordiging. Landsdown "The Evolving Capacities of Children – Implications for the Execise of Rights' Draft Discussion Paper" soos aangevra deur UNICEF, Innocenti Research Centre. May 2003.

216 De Villiers 1993 *Stell LR* 298 is van mening dat die reg om gehoor te word die sluitsteen van die KRK is. Hierdie reg erken die belangrikheid daarvan dat kinders as "people and not objects" behandel word.

Die twee bepalende faktore is egter die ouderdom en die emosionele volwassenheid van die kind.

Die kind se reg om gehoor te word, is nie onderhewig aan ouerlike leiding soos vermeld in artikel 14 van die KRK nie.[217] *Gillick-competent* kinders word dusdoende teen die onbillike voorskriftelike sieninge van hulle ouers beskerm[218] deur aan hulle die reg te verleen om gehoor te word en hulle eie opinies sonder ouerlike voorskriftelikheid te vorm. Die reg om gehoor te word in die privaatregtelike sfeer beteken spreekwoordelik dat die kind ŉ mens in eie reg is wat op sy/haar eie standpunt geregtig is en dat sy/haar opinie deur ander gerespekteer moet word.[219] In die publiekregtelike sfeer handel dit oor die reg van die kind om in geregtelike en administratiewe verrigtinge gehoor te word en dat sy/haar beste belang[220] in alle aangeleenthede wat hom/haar raak deurslaggewend sal wees.[221] Artikel 12[222] verleen egter nie aan kinders ŉ reg[223]

---

217 Die verband tussen aa 12 en 14 word egter nie deur die KRK behandel nie. Die vraag is dus: Wanneer geniet die kind se opinie voorrang bo die plig van die ouer om leiding te verskaf ten opsigte van ŉ kind se intellektuele vryheid?

218 In sekere gevalle is dit noodsaaklik om kinders teen hulle ouers se sieninge te beskerm – Toope in Freeman (red) *Children's Rights: A comparative Perspective* 48.

219 Robinson en Ferreira 2005 *De Jure* 54-67; Robinson 2002 *Stell LR* 309.

220 Op ŉ deurlopende basis is deur wetgewing gepoog om sekere riglyne m.b.t. die beste belange van die kind daar te stel. *Van Deijl v Van Deijl*1996 4 SA 206 (R) plaas klem op die ekonomiese, sosiale, morele en religieuse oorwegings. In *French v French*1971 4 SA 298 (W) plaas die hof klem op die kind se gevoel van sekuriteit, die geskiktheid van die voog, asook die belange van die kind. Die riglyne soos vervat in *McCall c McCall* 1994 3 SA 201 (K) 204J-205G word steeds as omvattend beskou. Regter King stel dit duidelik dat die beste belange van die kind slegs bepaal kan word inbegrepe te besluit wie die beste kan omsien na die kind se fisieke, morele, emosionele asook spirituele versorging. Die kriteria soos vervat in McCall is in verkeie sake as die norm aanvaar. Sien *Bethell v Bland* 1996 2 SA 194 (W) 208F-209F; *Krasin v Ogle* 1997 1 All SA 557 (W) 567F-569C; *Madiehe (born Ratlehogo) v Madiehe* 1997 2 All SA 153 (B) 157G-158C; *Ex parte Critchfield* 1999 3 SA 132 (W) 142E-F; *Meyer v Gerber* 1999 2 SA 650 (O) 655H-I; *Flitchen v Flitchen* 1997 JOL 1612 (K) par 6-7, 34-37.

221 Robinson en Ferreira 2000 *De Jure* 54.

222 Lansdown (no 39) 4. Kinders benodig verskillende grade van beskerming, deelname en die geleentheid op selfbeskikking na aanleiding van die omstandighede of situasie. Met betrekking tot a 12 van die KRK is Lansdown van mening dat daar vier vlakke van besluitneming is:
to be informed
to express an informed view
to have that view taken into account
to be the main decisionmaker.

223 Eekelaar 1994 *Internationmal Journal of law and the family* 221-247.
Eekelaar is van mening dat met verwysing na "self-beskikking": "The goal of this is to bring a child to the threshold of adulthoodwith the maximum opportunities to form and pursue life-goals which reflect as closely as possible an autonomous choice". Die deelnemende regte

wat swaarder weeg as dié van ouers of familie nie.[224] Dit verleen bloot ŉ geleentheid aan kinders om gehoor te word in aangeleenthede wat hulle raak.[225]

3.3.5 Gevolgtrekking

Die KRK is verteenwoordigend van die paradigmaskuif van vorige tradisionele benaderings tot die regte van kinders en bevat ŉ stel maatreëls waarbinne regsontwikkeling in staatlike verband behoort te volg. Die KRK het as basis vir die ontwikkeling van die kinderregte klousule in die Grondwet gedien.

Kinders word ingevolge die KRK as deelnemers in besluitneming in konflikberedderingsprosesse en die regsproses gesien. Die KRK verteenwoordig 'n voortsetting van moderne perspektiewe ten aansien van die ouer-kind-verhouding. As sodanig wyk dit af van geykte benaderings wat primêr *kiddy saver* georiënteerd was.

Beperkings wat ten aansien van kinders se deelnemingsvermoë bestaan as gevolg van ouderdom of onvolwassenheid kan wel in mindere of meerdere mate opgehef word.

In *Gillick* word ŉ persepsie van ouerlike gesag wat die balans tussen die belange tussen ouer en kind veronderstel vooropgestel. Daar kan sonder vrees vir teenspraak gesê word dat *Gillick* internasionaal geag word die weg vir die erkenning van die regte van kinders te gebaan het.[226] Die KRK is bloot ŉ

---

van kinders in die gesinsverband is egter ondersteunend en ŉ aktiewe vorm van deelname, en moet nie verwar word met "self-beskikking" nie. Die term "self-beskikking" impliseer dat die kind die reg het tot aktiewe deelname in besluitneming asook dat die opinie van die kind gevolg moet word.

224 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH); *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH). Beste belang is ŉ grondwetlik verskansde reg.

225 Sloth-Nielsen 1995 *SALJ* 401 406.
"In sum, therefore, the Convention cannot be said to be supportive of an anti-family stance. It should rather be seen to be striking a tenuous balance between establishing children as independent bearer of rights, not mere possessions of their guardians, yet at the same time acknowledging the importance of families and the difficulties occasioned by the child's temporary inability to exercise many of those rights him/herself."

226 Alhoewel die Duitse reg lank reeds internasionaal die toon aangegee het ten opsigte van die erkenning van die regte van kinders. *SA Publiekreg* Vol 7 no 2 1992. Die

instrument wat die beste belang van die kind as individu beklemtoon en bevorder.[227] Die beste belang van die kind as maatstaf vir beskerming en deelname is nou sleutelkonsepte[228] en *'n primêre oorweging* in die ontwikkeling en die implementering van die regte van kinders.

Die ouer moet die kind ken in besluite wat geneem word en wat die kind raak.[229]

Die aanvaarding van die KRK het ŉ nuwe era beteken wat as basis sou dien vir die beskouing van die reg waarvolgens die ouer-kind-verhouding tans gereël word.

3.4 AVRWK

3.4.1 Inleiding

Kort na die inwerkingtrede van die KRK het Suid-Afrika in Januarie 2000 die AVRWK[230] geratifiseer.[231] Daardeur het die Suid-Afrikaanse regering ŉ verdere verbintenis gemaak om ook alle regte in hierdie verdrag te erken en te implementeer. Die KRK asook die AVRWK beklemtoon die verbintenis tot kinderwelsyns- en beskermingsmaatreëls[232] onder andere deur middel van spesifieke bepalings rondom die kind se reg om in geregtelike en administratiewe verrigtinge gehoor te word. Alhoewel die AVRWK nie so bekend is soos[233] die KRK

---

familieregtelike verhouding in die Duitse reg as ouerlike sorg en die daarmee saam die uitleg van die grondwetlike voorskrifte as ŉ plig-reg is aanduidend van die moderne regsdenke reeds voor Gillick. Daar word sterk klem geplaas op die feit dat ouerlike bevoegdhede wat uit ouerlike gesag spruit, en in die belang van die welsyn van die kind uitgeoefen moet word – in ooreenstemming met die bevoegdheidstoets van Gillick.

227 S Human. Sien ook Lücker-Babel 1995 *IJCR* 391.

228 "[t]hat the right to self-determination should be balanced by the child's inability to choose what is in fact in his or her best interests, and that the child's notional independence should be countered by the enjoyment of a happy childhood as a child". Sloth-Nielsen 1995 *SALJ* 401, 406.

229 Van Bueren "The United Nations Convention on the rights of the child" 205.

230 Boezaart (red) *Child Law in South Africa* 331-350.

231 OAU Doc CAB/LEG/24.9/49 (1990), in werking getree op 29 November 1999. Suid-Afrika het die verdrag op 7 Januarie 2000 geratifiseer en daarom regionale verpligtinge op Suid-Afrika geplaas.

232 Kassan 2003 *De Jure* 166.

233 Viljoen 2009 *Child Law in South Africa* 331-350 – verleen agtergrond tot en motivering vir die ratifikasie van die AVRWK.Davel merk: "perhaps a less wellknown international treaty with mere regional application, but nevertheless a supra-national document aimed at reconciling Western juristic thought and African traditional values.

nie het dit regionale belang. Dit dien ter aanvulling van die KRK.[234] Die KRK dien as vertrekpunt vir die AVRWK juis teen die agtergrond daarvan dat dit 'n behoefte aan die aanvaarding van 'n regionale instrument illustreer. Die KRK het 'n behoefte vir die oprigting en aanvaarding van ŉ regionale instrument geïdentifiseer wat juis die posisie van kinders in Afrika [235] onder die loep sou neem.[236]

Die beginsels[237] van die AVRWK skep ŉ nuwe benadering tot die tradisionele Afrika-beskouing van die kind[238] en sy/haar rol in die samelewing.[239] Die AVRWK

---

234 Olowu 2002 *IJCR* 128.

235 Apartheid het ŉ besliste invloed gehad op die lewe van kinders in Afrika en die suksesvolle implementering van die AVRWK sou juis die invloed behandel. Die kritieke toestand waarin die kinders van Afrika hulle bevind word vermeld in die aanhef van die AVRWK asook die feit dat kinders versorging as gevolg van hulle fisieke en geestelike onvolwassenheid en beskerming nodig het. Verder word die kind se posisie in die gemeenskap erken en die kind behoort in ŉ atmosfeer van liefde, geluk en begrip te ontwikkel. Daar word twee vereistes erken vir die kind se fisieke en geestelike ontwikkeling:
Eerstens word ŉ besondere mate van sorg vereis ten opsigte van die kind se gesondheid en die fisieke, geestelike, morele en sosiale ontwikkeling.
Tweedens word beskerming vereis deur die reg in ŉ omgewing van vryheid, waardigheid en sekuriteit. Die gesin in die tradisionele Afrika agtergrond en opset word beklemtoon en alhoewel ŉ definisie van gesin ontbreek is die benadering dieselfde as in ander internasionale en streeksgebonde instrumente.
ŉ Tipiese ouer-kind-verhouding in die tradisionele Afrikagemeenskap verskil van die in ŉ tipiese Westerse gemeenskap. In die Afrika gemeenskap sal ŉouer-kind-verhouding ŉ uitgebreide gesin insluit. Lede van die uitgebreide gesinsgroep sal dus ŉ legitieme aanspraak hê op die versorging van die kind en die noue verweefdheid van regte en verpligtinge geskoei op die Afrikakultuur vorm ŉ netwerk in die funksionering van die uitgebreide gesin. Die sosiale praktyke van Afrika asook die kultuur sou dus die idee dat ŉ kind as onafhanklike gesinslid beklee met regte as vreemd beskou. Sien Armstrong ea 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333-368.

236 Die AVRWK is in twee dele verdeel. Die eerste deel bestaan uit een en dertig artikels wat sekere regte, vryhede en verantwoordelikhede vir die kind daarstel en die tweede helfte hanteer die organisatoriese faset van die Komitee wat oor die volmag beskik om die regte soos gewaarborg deur die AVRWK te bevorder en beskerm. Opsomming van die AVRWK sien Thompson 1992 *ICLQ* 434-438 asook Davel 2002 *De Jure* 281-296.

237 Die voorwoord van die AVRWK "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" – aanduidend van ŉ meer tradisionele benadering wat in pas gebring moet word met die konsep van die kind as onafhanklike individu met regte. Thompson 1992 *ICLQ* 432-435.

238 A 2 definieer ŉ kind as ŉ persoon onder die ouderdom van agtien jaar, en daar word geen voorsiening gemaak vir enige uitsonderings nie; in teenstelling met a 1 van die KRK soos bespreek. Die AVRWK is van toepassing op alle individue onder die ouderdom van agtien jaar. Die definisie is egter teenstrydig met die tradisionele Afrika kultuur waar ouderdom weinig invloed het op die bepaling van volwassenheid. Ncube "The African Cultural Footprint" in Ncube (red) *Law, Culture, Tradition and Children's Rights in Eastern and Southern Africa* 18.

239 Viljoen *Child Law in South Africa* 336 – beklemtoon die beginsels van die beste belange van die kind, die beginsel van diskriminasie, en die hantering van kulturele rituele en praktyke. Hy beklemtoon ook sekere beginsels wat tot die interpretasie van die AVRWK

verleen nie net regte aan die kind nie, maar plaas ook sekere verpligtinge op die staat en die ouers.[240] Vir doeleindes van die studie sal daar op artikel 4[241] en artikel 20 gefokus word aangesien laasgenoemde artikels die regte van kinders asook die deelname van kinders op die voorgrond plaas.

3.4.2 Artikel 4 en artikel 20

Artikel 4 van die AVRWK bepaal soos volg:

> (1) In all actions concerning the child undertaken by any person or authority, the best interest of the child shall be *the primary*[242] consideration.
>
> (2) In all judicial or administrative proceedings affecting a child who is capable of communicating his/her own views, an opportunity shall be provided for the views of the child to be heard either directly or through an impartial representative as a party to the proceedings and those views shall be taken into consideration by the relevant authority with the provisions of the appropriate law.

In artikel 4 word twee van die vier hoekstene van die regte van kinders[243] gekombineer, naamlik die beste belange van die kind en die kind se reg om gehoor te word.

Artikel 20(1) van die AVRWK bepaal:

> 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 the domestic discipline is administered with humanity and in a manner consistent with theinherent dignity of the child (eie beklemtoning).

---

bydra en die effek van die implementering van die beginsels op die verandering van die tradisionele siening van kinders.

240 Met betrekking tot die ouers se verantwoordelikhede, word daar na "parents or other persons responsible for the child" verwys. AVRWK – A 20. Dit is die staat se verpligting om te verseker dat gade oor gelyke regte en verantwoordelikhede beskik – A 18(2).

241 Thompson 1992 *ICLQ* 435; Davel 2002 *De Jure* 283.

242 Eie kursivering en beklemtoning.

243 *Committee of the Rights of the Child* (1994) par.2.

Daar word dus uit hoofde van artikel 20 ŉ primêre verpligting op ouers of persone verantwoordelik vir kinders geplaas om toe te sien dat die regte van kinders inbegrepe die kind se opvoeding en ontwikkeling realiseer.[244] Ouers word betrek by die wyse waarop hulle kind die reg op vryheid van denke, gewete en geloof uitoefen[245] is verantwoordelik om leiding in ooreenstemming met hulle kind se vermoënsontwikkeling te gee.

Artikel 20(1)(a) verwys ook na die beste belange van die kind en saamgelees met artikel 4 word daarvoor voorsiening gemaak dat die beginsel toegepas word in alle aangeleenthede wat die kind raak.[246] Die primêre verpligting om ŉ kind se opinie te laat hoor word berus op ouers of persone verantwoordelik vir die kind.

Artikel 4(2) van die AVRWK[247] maak voorsiening vir onpartydige verteenwoordiging van ŉ kind wat sy eie opinie in regs- en administratiewe aangeleenthede kan kommunikeer.

Kinders het kragtens die AVRWK ook sekere verpligtinge[248] teenoor die gesin, die gemeenskap, die staat en ook die internasionale gemeenskap.

Dit is dus duidelik dat Suid-Afrika onder ŉ internasionale en regionale verpligting staan[249] om die reg van kinders om gehoor te word gestand te doen.[250]

---

244 Stewart "The Nature and extent of a child's constitutional right to legal assistance in civil matters at the state expense"

245 As deel van ouers se uitoefening van hulle verantwoordelikhede. A 9(1).

246 A 18(2) bepaal dat dit een van die verpligtinge van die staat is om die nodige te doen ten einde gelyke regte en verantwoordelikhede van gades te verseker.

247 "In all judicial and administrative proceedings affecting a child who is capable of communicating his/her own views, an opportunity shall be provided for the views of the child to be heard either directly or through an impartial representative as a party to the proceedings and those views shall be taken into consideration by the relevant authority in accordance with the provisions of appropriate law."

248 A 31 van die AVRWK – Responsibilities of the Child. Die doel van die verpligtinge is om die kinders verantwoordelikheid te leer en om ŉ bydrae te lewer tot die samelewing.

249 A 39(1)(b) van die Grondwet.

250 Om die aard en omvang van die verpligtinge wat op Staats partye geplaas in konteks te verstaan behoort a 4(2) in samehang met a 1(1) van die AVRWK gelees te word. A 1(1) plaas ŉ verpligting op die staatspartye om die regte, vryhede en verpligtinge soos vervat in die AVRWK te erken, en plaas ŉ verpligting op die staatspartye om die nodige maatreëls in plek te kry om te kan voldoen aan die vereistes van die AVRWK. Daar word geen onderskeid getref ten opsigte van siviele en politieke regte aan die een kant en sosiale, ekonomiese en kulturele regte aan die ander kant nie. Die KRK plaas verskillende

3.4.3 Gevolgtrekking

Daar word sonder veel teenspraak aanvaar dat kinders in Afrika hulleself in besonder negatiewe omstandighede bevind sodat beskermingsmaatreëls dringend noodsaaklik is. Die nood word op die spits gedryf deur kinders se liggaamlike en geestelike hulpbehoewendheid. Die AVRWK beklemtoon daarom dat kinders binne ŉ atmosfeer van geluk, liefde en begrip opgevoed moet word. Daar word egter sekere vereistes vir die kind se fisieke en geestelike ontwikkeling gestel; hy/sy vereis 'n besondere mate van sorg asook beskerming deur die reg in ŉ omgewing en omstandighede van vryheid. Ouers word as primêre versorgers van kinders erken om toe te sien dat die regte van kinders realiseer. Die beste belang van die kind as maatstaf vir beskerming is die primêre oorweging in die ontwikkeling en die implementering van die regte van kinders.

Die AVRWK maak egter voorsiening dat ŉ kind in staat moet wees om sy/haar opinie te kommunikeer.

verpligtinge op staatspartye afhangend van die kategorie van die spesifieke reg ter sprake, terwyl die AVRWK op staatspartye ŉ verpligting plaas om die nodige maatreëls in plek te kry ten einde al die regte soos in die AVRWK te realiseer.

Hoofstuk 4

Die ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg na 1994: die invloed van die *Grondwet*

4.1 Inleiding

Met die inwerkingtrede van die tussentydse *Grondwet,* 200 van 1993 op 27 April 1994 het 'n nuwe regsbestel in Suid-Afrika in aanvang geneem. Die Republiek sou voortaan ingevolge 'n demokraties grondwetlike bestel regeer word ingevolge waarvan die *Grondwet (lex fundamnetalis)* sou wees. Geslag- en rasgelykheid sou voortaan verseker word om alle burgers in staat te stel om hulle fundamentele regte en vryhede te geniet en uit te oefen. Die tussentyde *Grondwet* was *ab initio* 'n oorgangsdokument en dit is op 4 Februarie 1997 deur die finale *Grondwet* van 1996 vervang. In regsbestel in hierdie periode word deur fundamentele regte van die individu gekenmerk. Die reg op gelykheid wat meebring dat elkeen gelyk voor die reg is en 'n reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg het, is nou konstitusioneel verskans. Hierdie fundamentele vetrekpunt sou 'n beduidende effek op die ouer-kind-verhouding uitoefen.

Die posisie rakende die ouer-kind-verhouding na 1994 is duidelik in pas met moderne regsontwikkeling soos wat dit onder andere uiteengesit word in die KRK en die AVRWK asook in die Engelse uitspraak in *Gillick* beslag gekry het. Artikel 28 van die *Grondwet* plaas die reg insake kinders in 'n moderne raamwerk. Die regte in die Handves (hierna die Handves genoem) het nie absolute gelding nie en is aan die beperkings van artikel 36 onderhewig.[251] Die *Kinderwet* 38 van 2005 wat gestalte aan grondwetlike voorskrifte gee bied duidelike erkenning aan die regte van kinders in die ouer-kind-verhouding. Soos in die vorige hoofstuk hierbo uiteengesit is die beste belang van die kind so vroeg as 1948 reeds in die Suid-Afrikaanse reg toegepas in aangeleenthede waar kinders betrokke is.[252] Die

251 Currie en De Waal *Bill of Rights Handbook* 145.
252 *French v French* 1971 4 SA 298 (W).

beginsel die tussentydse Grondwet, artikel 28(2) van die *Grondwet* asook die *Kinderwet* verskans.

Die implementering van die Handves[253] van Regte, eerstens in die interim *Grondwet* en later in die finale *Grondwet*[254] het ŉ belangrike invloed op die ouer-kind-verhouding gehad.[255] Ingevolge die bepalings van artikel 8(1)-(2) van die *Grondwet* is dit op alle reg en gevolglik ook op die reg aangaande die ouer-kind-verhouding van toepassing.[256] Dit bring onder andere mee dat konstitusioneel verskansde regte van kinders, onder andere erkenning van kinders se beste belang *qua* fundamentele reg binne die ouer-kind-verhouding afdwingbaar sou wees.[257]

Ofskoon die Konstitusionele Hof by ten minste twee geleenthede te kenne gegee het dat die beste belang van die kind ŉ grondwetlike verskansde reg is, bestaan

---

253 Daar word dikwels verwys na die vertikale en horisontale toepassing van die Handves. Die vertikale toepassing van die voorskrifte van die Handves verwys na die verhouding van die staat en die burgers, terwyl die horisontale toepassing aanduidend is van die verhoudings tussen individue. Horisontale toepassing kan direk of indirek wees. Van Aswegen 1995 *SAJHR* 51-53. Sien ook Bekink 2003 *THRHR* 253*; Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 SA 46 (CC); *Minister of Heath v Treatment Action Campaig*n 2 2002 5 SA 721 (CC).

254 Die Suid-Afrikaanse regsisteem het dramaties verander met die inwerkingtrede van die 1993 *Grondwet* asook die 1994 *Grondwe*t – van ŉ sisteem van "parliamentary sovereignty" na "constitutional supremacy". Met uitsluiting van die reg om te stem, is kinders geregtig op al die regte soos in die Handves vervat.Hierdie regte sluit *inter alia* in: die reg tot gelykheid, lewe, vryheid, behuising en mediese behandeling. Sien hoofstuk 2 van die *Grondwet* vir ŉ volledige uiteensetting.

255 Die Handves van Regte word as hoofstuk 2 in die *Grondwet* geïnkorporeer.

256 A 7(2) van die *Grondwet*– Verpligtinge op die staat om die regte van kinders te beskerm, te laat realiseer en te bevorder.

257 Die Konstitusionele Hof bevestig die beste belang van die kind as geldende standaard in the *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH) par 18. Sloth-Nielson 2002 *IJCR* 141 verduidelik die dat die Konstitusionele hof fokus op die beste belang van die kind as standaard in aangeleenthede waar kinders betrokke is.
S v M (Centre for Child law as Amicus Curiae) 2008 3 SA 232. Die Hof bespreek die betekenis van die inhoud van a 28(2) wat bepaal dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is ten opsigte van aangeleenthede wat kinders raak. Wetgewing en die gemenereg moet egter ontwikkel om die beste belang van kinders te beskerm en te bevorder. Die howe moet toesien dat die regte van kinders ten alle tye gerespekteer word. A 28(2) is in pas met ons verpligting as Staatsparty tot die KRK. Die hof beklemtoon dat a 28(2) ŉ reg is. Alhoewel die kind ŉ reg op kontak mag hê, mag dit dalk nie in die beste belang van die kind wees om die reg op kontak te vestig nie.Indien ŉ ouer dalk nie met die kind wil assosieer nie, mag die reg op kontak dalk nie in die beste belang van die kind wees nie.

daar steeds onduidelikheid oor die ware juridiese aard daarvan.[258] Vir doeleindes hiervan, en in pas met uitsprake van die Konstitusionele Hof word aanvaar dat die beste belang van die kind wel ŉ grondwetlik verskansde reg is en word hier geen verdere aandag daaraan gegee nie.[259] Die voorskrifte van die Handves met betrekking tot die regte[260] van kinders sal met spesifieke fokus op artikel 28(1)(b) van die *Grondwet* bespreek word.[261] Hierdie artikel lui dat elke kind die reg op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg het wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word. Uiteraard sal die mate van navolging van voorskrifte van die KRK en die AVRWK[262] ook bespreek word.

4.2 Uitleg van artikel 28(1)(b) van die Grondwet

4.2.1 Inleiding

Kinders se regte word nie tot die regte soos vervat in artikel 28[263] beperk nie. Alle regte soos verskans in die Handves (met uitsluiting van die reg om te stem) is ook

---

258 Bonthuys 2006 *International journal of law, policy and the family* 23-43. Robinson 1998 *Obiter* 329-339 at 333.

259 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH); *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH).

260 Die regte soos verskans in die Handves word egter beperk en is onderhewig aan die beperkings soos vervat in a 36 van die *Grondwet.* Currie en De Waal *Bill of Rights Handbook* 145.

261 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH). Sien ook Sloth-Nielsen J 'Children's rights in the South African Courts: An overview since ratification of the UN Convention on the Rights of the Child 2002 *The International Journal of Children's Rights* 137-156.

262 Sloth-Nielsen en Mezmur 'Surveying the research landscape to promote children's legal rights in an African context' 2007 *African Human Rights LJ* 330.A 28 word gesien as die manifestasie van die Suid-Afrika se verpligting om die KRK asook die AVRWK te implementeer, te respekteer en prakties uitvoerbaar te maak.

263 A 28 bepaal:

(1) Elke kind het die reg –
- (a) op ŉ 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, skuiling, 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 –
  - (i) onvanpas is vir ŉ persoon van daardie kind se ouderdom; of

op kinders van toepassing. Die grondwetlike begrip van ouerlike sorg en die beste belang van die kind gee aanleiding tot 'n klemverskuiwing in die ouer-kind-verhouding. Die klem verskuif van ouerlike gesag en die verpligting tot onderhoud na regte[264] van kinders wat ouerlike en familiesorg insluit.[265] Subartikels (1)(b) en (2) is veral van belang en die betekenis en inhoud van hierdie bepalings sal hieronder aan die hand van regspraak onder die loep geneem word.

4.2.2 Die doel van artikel 28(1)(b)

In *Bhe v Magistrate*; *Khayelitsha* (*Commission for Gender Equality as Amicus Curiae)*; *Shibi v Sithole*; *South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa*[266] vermeld die hof in die meerderheidsuitspraak die doel van artikel 28:[267]

(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 aa 12 en 35 geniet, die kind slegs vir die kortste gepaste tydperk aangehou mag word, en die reg het om –

(i) afsonderlik van aangehoudenes 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 aak.

(3) In hierdie artikel beteken "kind" iemand onder die ouderdom van 18 jaar.

264 *B v S* 1995 3 SA 571 (A). Die kwessie rakende ouerlike gesag word ondergeskik gestel aan of kontak in die beste belang van die kind is. Ongeag of die kind se vader oor ouerlike gesag beskik. Die fokus het dus geskuif na die kind se reg op kontak wat in sy/haar beste belang moet wees.

265 *Heystek v Heystek* 2002 2 SA 754 (T) 757.In *Krugel v Krugel* 2003 6 SA 220 (T) handhaafregter De Vos die bevel van gesamentlike sorg soos by egskeiding toegestaan. Sy sluit af met die volgende: "In view of the fact that in this day and age more emphasis is placed on the rights and interests of the children than on those of the parent, the term 'parental power' should be replaced by 'parental responsibility'."

266 *Bhe v Magistrate of Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae)* 2005 1 SA 580 (KH); *Shibi v Sithole*; *South African Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 1 SA 580 (KH).

267 *Bhe v Magistrate of Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae);Shibi v Sithole*; *South African Rights Commission v President of the Republic of South Africa* 2005 1 SA 580 (KH). Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311.

> [52] Section 28 of the Constitution provides specific protection for the rights of children.[268] Our constitutional obligations in relation to children are particularly important for we vest in our children our hopes for a better life for all. The inclusion of this provision in the Constitution marks the constitutional importance of protecting the rights of children, not only those rights expressly conferred by s 28 but also all other rights in the Constitution which, appropriately construed, are also conferred upon children.[269]

Dit blyk uit bovermelde verwysing dat artikel 28(1)(b) ten doel het om voldoende versorging van kinders te verseker[270] en om regs- of administratiewe optrede wat willekeurige skeiding van kinders van hulle ouers of voogde mag meebring, te verhoed.[271] In Du Toit[272] het die Konstitusionele Hof bevind dat die kind ŉ reg en behoefte aan kontak met albei ouers het.[273]

Verskeie uitsprake lig die doelstellings van artikel 28(1)(b) verder toe. Volgens Van Dijkhorst R in *Jooste v Botha*[274] is die primêre doel van artikel 28(1)(b) die volgende:[275]

> Primarily section 28(1)(b) is aimed at the preservation of a healthy parent-child relationship in the family environment *against unwarranted executive, administrative and legislative acts*.[276] It is to be viewed against the background of a history of disintegrated family structures caused by governmental policies. (eie kursivering).

---

268 Eie beklemtoning.

269 Sien *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 1 SA 46 (KH) 81D-E. Die hof is van mening dat een van die doelstellings van die Konvensie oor die Regte van die Kind is om die Staatspartye te dwing om die regte van kinders te erken en te beskerm. A 28 word beskou as een van hierdie meganismes om hierdie doelstelling of verpligting na te kom.

270 In *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) die hof het bevind dat a 28(1)(b) nie vir die kind ŉ outomatiese reg tot verhouding met die vader verseker nie.

271 *B v M* 2006 9 BCLR 1034 (W). Regter Satchwell verwys na a 28(1)(b) en die kind se reg tot familie- of ouerlike sorg en dat die bedoeling is dat die familie-eenheid sover moontlik nie geskei behoort te word nie en juis om die rede moet permanente hervestiging ontmoedig word. Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311.

272 *Du Toit v Minister of Welfare and Population Development* 2003 SA 198 (KH). Die uitspraak het gefokus op die kind se behoefte aan ouerlike versorging deur beide ouers. Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311.

273 Die reg om kontak en versorging van beide ouers te ontvang is die onderliggende gedagtegang in aangeleenthede waar ouers verhoed word om te hervestig. In *F v F* 2006 3 SA 42 (KHA) is die moeder se appèl van die hand gewys aangesien dit nie in die beste belang van die kind was dat sy na Engeland verhuis nie.

274 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).

275 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 207I.

276 Eie kursivering.

In *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[277] verwys die Hof na een van die doelstellings en Sachs R beslis dat ŉ kind ŉ fundamenteel verskansde reg op sorg teenoor sy/haar sorggewer het:

> Indeed, *one of the purposes* of s 28(1)(b) is to ensure that parents serve as the most immediate moral exemplars of their offspring. Their responsibility is not just to be with their children and look after their daily needs. It is certainly not simply to secure money to buy the accountrements of the consumer society, such as cellphones and expensive shoes. It is to show their children how to look problems in the eye. It is to provide them with guidance on how to deal with setbacks and make difficult decisions. Children have a need and a right to learn from their primary caregivers that individuals make moral choices for which they can be held accountable. (eie kursivering).

Dit is duidelik dat die reg op ouerlike en/of familiesorg waarvoor artikel 28(1)(b) voorsiening maak verskillende doelstellings nastreef.[278] Een van die doelstellings is die beskerming van die ouer-kind-verhouding teen willekeurige regs- of administratiewe optrede. ŉ Ander doelstelling is dat ouers vir hulle kinders as voorbeeld op morele vlak moet dien. Laasgenoemde doelstelling kan slegs verwesenlik word deur onder andere ŉ reg op kontak met die ouers te erken.[279]

4.2.3 Sorg vir kinders

In *Jooste v Botha*[280] verduidelik die hof dat artikel 28(1)(b) vir drie soorte sorg voorsiening maak naamlik familiesorg,[281] ouerlike sorg[282] en alternatiewe sorg.[283] Die hof meld verder dat al drie hierdie soorte sorg veronderstel dat ŉ kind in die sorg van iemand is wat fisieke bewaring/sorg oor die kind het[284] en dat elke kind

---

277 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH).
278 Van der Linde en Van Schalkwyk 2011 *PER* 68-103.
279 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311 is van mening dat die kind se reg op kontak met sy/haar ouer(s) uit ŉ reg op afkomskennis voortvloei.Sien ook verder Van der Linde 2002 *Obiter* 338.
280 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
281 "Family care" – dit is die geval waar die kind deel van ŉ familie is. Dit verwys óf na die kernfamilie – "nuclear family" – wat bestaan uit die vader, moeder en kind(ers) óf na die uitgebereide familie – "extended family" – wat grootouers, ooms en tantes insluit. Sien *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208D-E.
282 "Parental care" – dit is die geval waar ŉ enkele ouer die sorg verskaf – *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208E.
283 "Alternative care" – dit is die geval waar die kind van die familie-omgewing verwyder is en in alternatiewe sorg geplaas is – sien *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208E.
284 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F.

hierop geregtig is.[285] Ouerlike sorg ingevolge artikel 28(1)(b) verwys volgens die hof slegs na die ouer wat sorg van die kind het:[286]

> Thus interpreted the non-custodian legitimate parent and the natural father of an illegitimate child (who does not have custody) *fall outside the scope*[287] of s 28(1)(b). (eie kursivering).

Foxcroft R verduidelik hierteenoor dat artikel 28(1)(b) ʼn regsplig ook teenoor die ouer sonder fisieke sorg skep om ook ouerlike sorg te verleen:[288]

> What is also important, in my view, is that s 28 of the Constitution provides that children have the right to parental care (ss (1)(b)) ... The non-custodian parent has in terms of the consent paper in this case, and the Constitution, not only a duty to provide parental care to the child, but the child has a right to receive that parental care.

Dit blyk dus dat Foxcroft R se mening in stryd is met dié van Van Dijkhorst R in *Jooste v Botha*.[289] Van Zyl en Bekker[290] stem saam dat ouerlike sorg nie beperk is tot die ouer in wie se (fisieke) sorg die kind is nie, maar dat die kind se reg op ouerlike sorg teenoor beide ouers afdwingbaar is.[291] Laasgenoemde verduideliking hou in dat die kind ingevolge artikel 28(1)(b) ook op ouerlike sorg van die niesorggewende ouer geregtig is. Hierby inbegryp is die reg op onstoflike[292] aspekte van sorg. Dit sou tipies ook kontak insluit.

Daar kan dus tot die gevolgtrekking geraak word dat die reg tot kontak met albei ouers grondwetlik onderlê word.[293] Daar word met respek aan die hand gedoen dat die sorg van kinders nie slegs die natuurlike ouers van die kind toekom nie; dit is juis die bepalings van artikel 28(1) wat hierdie submissie regverdig. Hierdie aspek sal hieronder by die bespreking van die *Kinderwet* verder toegelig word.

---

285 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F.
286 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F-G.
287 Eie kursivering.
288 *Allsop v McCann* 2001 2 SA 706 (K) 713F-H.
289 2000 2 SA 199 (T).
290 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 152.
291 Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* 178.
292 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.
293 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311.

4.2.4 Die aard en inhoud van artikel 28(1)(b)

Artikel 28(1)(b) van die Handves beskerm die kind se regte opgesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word. Skweyiya[294] maan teen ŉ eng uitleg van "gesin". Hy toon aan dat die juridiese aard van die gesin deur sosiale praktyke en tradisies beïnvloed word. Gesinsorg sou dus lede van die uitgebreide familie kan insluit.[295]

Die bewoording van die interim *Grondwet* was nie so omvattend soos die finale *Grondwet* nie en het slegs voorsiening gemaak vir die kind se reg tot ouerlike sorg. Die benadering in die *Grondwet* is in pas met die uiteensetting in artikel 7(1) van die KRK en artikel 19(1) van die AVRWK. Nieteenstaande die minder omvattende beskrywing is die konsep steeds buigbaar soos *SW v F*[296] waar beslis is dat sowel die sorg van ŉ aanneem ouer[297] as ŉ pleegouer onder ouerlike sorg tuisgebring kan word.[298]

Van Dijkhorst R is daarteenoor van mening dat ouerlike sorg slegs op die "custodian parent" slaan. Hiervolgens sou beide die nietoesighoudende ouer en die biologiese vader van ŉ kind wat buite die eg gebore is buite die trefwydte van artikel 28(1)(b) val.[299] Van Dijkhorst R se mening is gekritiseer[300] en Patel R het tot ŉ teenoorstaande bevinding gekom in *Heystek v Heystek.*[301] Hy beperk ouerlike sorg soos dit in artikel 28(1)(b) vervat word nie tot biologiese ouers nie, maar sluit stiefouers, aanneem- ouers en pleegouers daarby in.

---

294 *Du Toit v Minister of Welfare and Population Development* 2003 2 SA 198 (KH).

295 Bennet *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution* (1995) 101.

296 1997 1 SA 796 (O).

297 Verskeie uitsprake beklemtoon dat aanneming ŉ belangrike rol speel in die verskaffing van "gesinsorg of ouerlike sorg" aan kinders.*Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH)*. Du Toit v Minister of Welfare and Population Development* 2003 2 SA 198 (KH).

298 Regter Malherbe J dui aan dat dit nie sin maak dat ŉ kind se reg tot "ouerlike sorg" beperk sou word deur sorg deur ŉ biologiese ouer uitsluitlik nie. ŉ Aanneemouer sou tog immers ook ouerlike sorg kon voorsien in die beste belang van die kind.

299 *Allsop v Mcann* 2001 2 SA 706 (K).

300 Cronjé en Heaton *South African Family Law* (3de uitgawe, 2010) 274.

301 2002 2 SA 754 (T).

Die regte soos in artikel 28(1)(b) vestig in die kind en nie in sy/haar ouers of ander familielede nie. Dit is om hierdie rede dat die uitoefening van ouerlike diskresie binne die ouer-kind-verhouding nie staatsinmenging in die beste belang van die kind uitsluit nie. Hierdie subartikeldien meteen as grondslag vir die erkenning van die kind se toenemende vermoë tot selfbeskikking ten aansien waarvan ouerlike besluitneming toenemend afneem.[302]

Van Dijkhorst R vermeld verder in *Jooste v Botha*[303] dat die ouer-kind-verhouding uit twee aspekte bestaan;[304] die ekonomiese aspek, wat aan die kind se fisieke behoeftes voorsien,[305] en die onstoflike aspek wat aan die kind se sielkundige/psigiese, emosionele en ontwikkelingsbehoeftes voorsien.[306] Hy maak melding van die primêre doelwit van artikel 28(1)(b) naamlik die beskerming van 'n gesonde ouer-kind-verhouding.[307] Gesien in konteks het artikel 28(1)(b) tot inhoud die beskerming van die ouer-kind-verhouding en dit sluit ekonomiese sowel as onstoflike aspekte in.[308]

In *P v P*[309] word artikels 28(1) en (2) aangehaal en die volgende opmerking gemaak:[310]

> The first aspect which emerges from the Constitution is that it is the child'srights which are defined and not those of the parents.In law the existence of a right is paramount to the creation on the part of another of a duty to fulfil that right.Guardianship and custody should not be viewed as rights vesting in the parent, but as duties imposed upon the parent.The section in the Constitution (and the common law, for many years) has required those duties to be exercised in the interests of the child.

---

302 *Christian Lawyers' Association v Natal Minister of Health* 2005 1 SA 509 (T). Die kind se reg tot aborsie sonder die medewete of toestemming van haar ouers is nie teenstrydig met die bepalings van a 28 (1)(b) nie.
303 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
304 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.
305 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.
306 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201 E.
307 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 207L.
308 Van der Linde en Van Schalkwyk 2011 *PER* 68-103.
309 In *P v P* 2002 6 SA 105 (N) ken die Hof voogdy en sorg aan die oom en tante van 'n minderjarige kind toe, ten spyte daarvan dat die biologiese moeder van die kind, die tweede verweerder, daarop aanspraak maak dat sy as biologiese moeder outomaties 'n reg op voogdy en sorg van die minderjarige kind het.
310 *P v P* 2002 6 SA 105 (N) 107H-108A.

Die Hof maak daarvan gewag dat die kind ʼn reg op voogdy en sorg het. Hierdie reg kom nie aan ouers toe nie – hulle het wel ʼn verpligting om dit te verskaf. Die reg van die kind op voogdy en sorg word deur artikel 28 van die *Grondwet* verleen.[311] Die afleiding dat die kind ʼn reg het op kontak, word sekerlik ook hierdeur bevestig al word dit nie uitdruklik vermeld nie. *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[312] bevestig dat artikel 28(1)(b) nie tot ekonomiese aspekte beperk is nie, maar ook onstoflike aspekte insluit wat as ouerlike leiding tipeer kan word. Die onstoflike aspek van die ouer-kind-verhouding het veral op die kind se emosionele ontwikkeling betrekking. Kontak met die ouer sal tot gevolg hê dat hierdie onstoflike aspek behandel word en by die kontak ingesluit sal wees.

Die reg van kinders op sorg deur sy/haar primêre sorggewers is dus grondwetlik verskans. Die KRK skep in artikel 9(3) ook vir die kind ʼn reg op kontak[313] met beide ouers op ʼn gereelde basis behalwe[314] as dit nie in die *beste belang van die kind*[315] is nie. Dusdoende is die grondwetlike voorskrif rondom die sorg van kinders in pas met die filosofie van die KRK ten opsigte van die erkenning van kinderregte.

4.3 Grondwetlike perspektiewe op die beste belang van die kind

4.3.1 Inleiding

Artikel 28(2) van die Handves van Regte in die *Grondwet* bepaal soos volg:

> ʼn Kind se beste belang is van deurslaggewende belang in elke aangeleentheid wat die kind raak.

---

311 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 152 is ook van mening dat a 28(1)(b) oa "custody and care" reguleer en waarborg.

312 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH) [34].

313 *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal Dawkins v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 754 (T) 2 SA (W). Aksentueer die reg op kontak wat as ʼn wederkerige reg beskou word. Hierdie reg vorm deel van die ouer-kind-verhouding.

314 Eie beklemtoning.

315 Eie beklemtoning.

Bogemelde bepaling is aanvanklik as aanvullend[316] tot artikel 28(1) beskou, maar die Konstitusionele Hof by monde van Goldstone R oordeel dat artikel 28(2) ŉ grondwetlik verskansde reg daarstel.[317]

> Section 28(1) is not exhaustive of children's rights. Section 28(2) requires that a child's best interests have paramount importance in every matter concerning the child. The plain meaning of the words indicates that the reach of s 28(2) cannot be limited to the rights enumerated in s 28(1) and s 28(2) must be interpreted to extend beyond those provisions. It creates a right that is independent of those specified in s 28(1).[318]

Foxcroft R verduidelik die veranderde siening aangaande die gesag in die ouer-kind-verhouding soos volg in *V v* V:[319]

> There is no doubt that over the last number of years the emphasis in thinking in regards to questions of relationships between parents and their children has shifted from a concept of parental power of the parents to one of parental responsibility and children's rights. Children's rights are no longer confined to the common law, but also find expression in s 28 of the Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996, not to mention a wide range of international conventions.[320]

Artikel 28(2) is op internasionale reg gebaseer[321] en het wye trefwydte. Dit gee gevolg aan die Staat se verpligtinge as ŉ deelnemer aan die KRK en die AVRWK. Artikel 4 van die AVRWK bepaal:

> In all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be *the* primary consideration (eie kursivering).

---

316 Op sigwaarde blyk dit asof a 28(2) slegs die beginsel herbevestig soos in die Suid-Afrikaanse gemenereg sedert 1948 gevolg is. Sien *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A). Aanvanklik is a 28(2) slegs as verklarend van die gemenereg beskou. Sien *J v Commissioner of Child Welfare* 1996 2 ALL SA 259 (W).A 28(2) moet geïnterpreteer word op so ŉ wyse dat gelykheid, vryheid en selfrespek bevorder word. Sien *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister for Justice and Constitutions Development* 2009 4 SA 222 (K) par 72.

317 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzp*atrick 2000 3 SA 422 (KH).

318 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 3 SA 422 (KH) 428. Die artikel skep ŉ raamwerk waarbinne etlike aspekte wat kinders raak, behandel kan word. Sien *B v M* 2006 9 BCLR 1034 (W) PAR 141.

319 1998 4 SA 169 (K). Die eiser eis uitsluitlike sorg as gevolg van die seksuele oriëntering van die verweerderes. Sien ook *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 4 SA 757 (KH).

320 1998 4 SA 176 (K).

321 A 3(1) van die KRK asook a 4(1) van die AVRWK.

Artikel 3 van die KRK bepaal daarteenoor dat:

> In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interest of the child shall be *a* primary consideration.[322] (eie kursivering).

Ten besluite kan gemeld word dat die reg van kinders om gehoor te word soos dit uit artikel 28(2) afgelei kan word ten nouste by die bepalings van die KRK en die AVRWK aansluit soos dit in hoofstuk 3 verduidelik word.

4.3.2 Die juridiese aard van die beste belang van die kind

Die beste belang van die kind se regte is inherent 'n problematiese konsep. Dit is juis die inherente vaagheid onderliggend daaraan wat tot kritiek lei.[323] In 'n poging om gestalte aan die konsep te gee bied *McCall v McCall*[324] 'n volledige indeks van faktore om in aanmerking te neem. Artikel 7 van die *Kinderwet* het egter op die lys soos uiteengesit in *McCall* uitgebrei. Laasgenoemde lys behels 'n reeks faktore wat deur elke besluitnemer in bepaalde situasies toegepas moet word.[325]

Die Konstitusionele Hof bespreek in *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[326] die betekenis en inhoud van artikel 28(2) van die *Grondwet* en hoe die beste belang van die kind toegepas behoort te word.[327] Die hof bevestig vorige uitsprake[328] dat die beste belang van die kind wel onderhewig aan sekere

---

322 Eie kursivering.

323 Mnookin 1975 *Law and Contemporary Problems* 206; Barratt en Burman 2001 *SALJ* 556. Regter Flemming J maak egter die opmerking in *Greenshields v Wyllie* 19894 SA 898 (W) dat hy self die vader van vier dogters is. Daarom word tereg opgemerk dat die beste belang van die kind verband hou met wie die vraag vra. Subjektiwiteit behoort egter vermy te word.

324 1994 3 SA 201 (K). *McCall* is as toonaangewend beskou in dié verband. Sien ook *Bethell v Bland* 1996 2 SA 194 (W); *Madiehe (gebore Rathlogo) v Madiehe* 2 ALL SA 153 (B); *Krasin v Ogle* (1997) 1 ALL SA 557 (W).

325 *Govender v Moodley* 'n ongerapporteerde beslissing 4889/2008; 5874/2008 (2008, D) par 15.

326 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH).

327 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH) [12]-[27].

328 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422 (KH); *Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 (KH); *De Reuk v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Plaaslike Afdeling) and Others* 2004 1 SA 406 (KH).

beperkings is en nie noodwendig[329] oorheersend[330] ten opsigte van ander grondwetlike regte beskou moet word nie. Die hof is van mening dat:

> Section 28(2) read with 28(1) establishes a set of children's rights that courts are obliged to enforce … [and that] statutes must be interpreted and the common law developed in a manner which favours protecting and advancing the interest of children; and that courts must fuction in a manner which at all times shows due respect for children's rights.[331]

Artikel 28(2) skep 'n standaard waaraan wetgewing en formele beleid getoets moet word. Dit roep ŉ nuwe struktuur in die lewe, gevestig op kinderregte waaraan tradisionele teorieë ten opsigte van kinderregspleging gemeet moet word.[332] Die Hof beklemtoon dat artikel 28(2) nie bloot ŉ rigtinggewende aanwysing is nie, maar bevestig die uitspraak in *Fitzpatrick*[333] dat dit ŉ grondwetlik verskansde reg is.[334]

In die lig van artikel 28(1)(b) beteken dit dat ten spyte van die kind se reg op kontak dit nie noodwendig in sy/haar beste belang is om die reg op kontak uit te oefen nie.[335] Indien ŉ ouer byvoorbeeld nie met die kind wil assosieer nie mag die ouer se reg op vryheid van assosiasie ingevolge artikel 18 van die *Grondwet,* of sy weiering om te assosieer nie in die beste belang van die kind wees nie en tot gevolg hê dat die kind se reg op kontak nie as dominant beskou sal word en dus nie bevestig sal word nie.[336]

Die Hof dui aan hoe die beste belang toegepas behoort te word[337] en vermeld die volgende:[338]

---

329 *De Reuk v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division)* 2004 1 SA 406 (KH).
330 *S v RB*; *S v DK* 2010 1 SACR 447 (NCK).
331 Sien verder Friedman, Pantazis en Skelton 'Children's Rights' 47.
332 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH) [16].
333 *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 3 SA 422.
334 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae*) 2008 3 SA 232 (KH) [22].
335 *Fraser v Children's Court, Pretoria North and Others* 1997 2 SA 261 (KH). Die uitspraak ondersteun die konsep van minimale inmenging in ŉ kind se lewe. Die hof ondersoek die wederkerige regte en verpligtinge en die effek van die aannemingsbevel daarop. Sien ook *Naude v Fraser* 1998 4 SA (KHA).
336 *P v P* 2002 6 SA 105 (N) veral 108B.
337 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH) [25].
338 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH) [26].

> [26] This court, far from holding that s 28 acts as an overbearing and unrealistic trump of other rights, has declared that the best-interests injunction is capable of limitation.[339] Accordingly, the fact that the best interests of the child are paramount does not mean that they are absolute.Like all rights in the Bill of Rights their operation has to take account of their relationship to other rights, which might require that their ambit be limited.

Daar kan na aanleiding van bogemelde uiteensetting met veiligheid tot die gevolgtrekking geraak word dat die beste belang van kinders soos vervat in artikel 28(2) inderdaad beperk kan word.[340] Daar dien voorts op gewys te word dat ten spyte daarvan dat daar heelwat regsonsekerheid oor die aard en die inhoud van die beste belang van die kind bestaan[341] daar betreklik eenstemmigheid daaroor heers dat dit nie tot die korttermyn belang beperk is nie.[342]

4.3.3 Gevolgtrekking

In die lig van die bespreking hierbo van artikels 28(1)(b) en (2) van die *Grondwet* kan die volgende gevolgtrekkings gemaak word:

In *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)*[343] word die doelstelling verwoord dat ŉ kind ŉ fundamenteel verskansde reg op sorg teenoor sy/haar primêre sorggewer het. Die verpligting tot ouerlike sorg rus egter op beide die ouer in wie se sorg die kind is en die ouer sonder sodanige fisieke sorg.

In *P v P*[344] word beslis dat die kind ŉ reg op voogdy en sorg het en dat ouers ŉ verpligting het om dit te verskaf.

---

339 Die hof verwys na a 36 van die *Grondwet* en die beperking wat dit op a 28(2) plaas.

340 *De Reuk v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Plaaslike Afdeling)* 2004 1 SA 406 (KH).

341 Friedman, Pantazis en Skelton argumenteer dat a 28(2) egter selfbeskikkingsregte van die kind insluit. Sien *MEC for Education, KwaZulu Natal v Pillay* 2008 1 SA 474 (CC). Sien ook *Christian Lawyers' Association v Natal Minister of Health 2005* 1 SA 509 (T) 528. Friedman, Pantazis en Skelton 'Children's Rights" 47-4–47-5.

342 *Sonderup v Tondelli* 2001 1 SA 1171 (CC). Regter Goldstone J bevind dat die onmiddellike beste belang van die kind nie noodwendig aanduidend en bepalend sal wees wat op die lang duur in die beste belang van die kind sal wees nie. Sien ook *AD v DW* 2008 3 SA 183 (KH).

343 *S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 3 SA 232 (KH).

344 In *P v P* 2002 6 SA 105 (N) ken die Hof voogdy en sorg aan die oom en tante van ŉ minderjarige kind toe, ten spyte daarvan dat die biologiese moeder van die kind, die tweede verweerder, daarop aanspraak maak dat sy as biologiese moeder outomaties ŉ reg op voogdy en sorg van die minderjarige kind het.

Die Konstitusionele Hof[345] bevind dat die kind ŉ reg en behoefte aan kontak met albei ouers het.

Ouers behoort vir hulle kinders as voorbeelde op morele vlak te dien. Hierdie benadering kan slegs verwesenlik word deur onder andere ŉ reg op kontak met die ouers te erken.[346] Die reg tot kontak met albei ouers word grondwetlik onderlê.

Gesinsorg en ouerlike sorg sluit pleegsorg, aanneming asook sorg deur die uitgebreide familie in.

Die beste belang van die kind is onderhewig aan sekere beperkings en word nie noodwendig as dominant ten opsigte van ander grondwetlike regte beskou nie.

Artikel 28(2) plaas ŉ tweeledige beperking op die kind se reg op kontak, Indien kontak met die ouer/s nie in die kind se beste belang is nie, sal die Hof nie die reg afdwing nie. Nieteenstaande kontak wat wel in die beste belang van die kind mag wees mag die kind se reg ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* beperk word.[347]

4.4 Die ouer-kind-verhouding ingevolge die Kinderwet

4.4.1 Inleiding

Grondwetlik verskansde regte is van geen waarde indien dit nie uitdrukking vind op wetgewende, uitvoerende en geregtelike vlak nie.[348] Daarom is die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie[349] (hierna die Kommissie genoem) in 1997 deur die Minister van Maatskaplike Ontwikkeling genader om die *Wet op Kindersorg*[350] en ander wetgewing rakende kinders te hersien.[351] Die Kommissie sou sekere

345 *Du Toit v Minister of Welfare and Population Development* 2003 SA 198 (KH).
346 Van der Linde en Van Schalkwyk 2011 *PER* 68-103.
347 Van der Linde en Van Schalkwyk 2011 *PER* 68-103.
348 Brand 'Introduction' in Brand en Heyns (reds) *Socio-Economic Rights* 12-18.
349 Die Kommissie ontleen sy magte van die *Wet op die Suid-Afrikaanse Regskommissie* 19 van 1973.
350 *Wet op Kindersorg* 74 van 1983 – Die produk van die hersiening was die *The Review of the Child Care Act.*Discussion paper 103 Project 110 hfst 24 9.
351 Onder andere die *Wet op Status van Kinders* 82 van 1987; *Wet op Voogdy* 192 van 1993. ŉ Konsep van die wetsontwerp is gepubliseer op 17 Oktober 2002. Die bewoording van die konsep het die voorstelle van die kommissie geïnkorporeer. Die oogmerk van die wetsontwerp was "to provide a single comprehensive statute dealing with a wide range of issues affecting children, and to ensure that children's constitutional and international

voorstelle tot hervorming maak. In Augustus 2003 is ŉ weergawe van die wetsontwerp aan die Parlement vir goedkeuring voorgelê. ŉ Konsep *Kinderwet*[352] is in Junie 2006[353] deur die Staatspresident onderteken en gedeeltes van die *Kinderwet* 38 van 2005 het op 1 Julie 2007 in werking getree. Die konsepregulasies is in 2008 vir kommentaar in die Staatskoerant gepubliseer en in Maart 2009 deur die Parlement goedgekeur. Die *Kinderwet*[354] is ŉ uitsonderlike voorbeeld van erkenning van die regte van kinders[355] en staan deurlopend in die teken van die norme en waardes van die *Grondwet* en die verskillende konvensies wat hierbo bespreek is.

---

human rights guide all legal proceedings that involve children". Die konsepwetsontwerp maak voorsiening vir die deelname van beide ouers en kinders in aangeleenthede wat kinders raak en hulle die geleentheid sal gun om hulle opinie te gee. Die beste belang van die kind word beskerm en in ag geneem wanneer die beste belang van die kind ter sprake is .Die wetsontwerp verwys na "custody" as "care" en na "access" as "contact".

352 Die konsepwet is in twee "dele" verdeel as gevolg van die tweeledige karakter van die wet. Die eerste deel het gehandel oor sake wat betrekking het op kinders wat binne die jurisdiksie van die nasionale regering val. Die tweede deel te wete oor sake waar beide provinsiale en plaaslike regering jurisdiksie het. Sien a 76 van die *Grondwet.*

353 Jamieson en Proudlock 'Key Legislative developments affecting children 2007' in South African Child Gauge 2007/2008 10.

354 *Kinderwet* 38 van 2005.

355 A 2 van die *Kinderwet* handel met die oogmerke van die wet en is in pas met a 28 van die *Grondwet*.

(*a*) om die bewaring en versterking van gesinne te bevorder;

(*b*) om uitvoering te gee aan die volgende grondwetlike regte van kinders, naamlik –

  (i) gesinsorg of ouerlike sorg of toereikende alternatiewe sorg wanneer verwyder uit die gesinsomgewing;

  (ii) maatskaplike dienste;

  (iii) beskerming teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering; en

  (iv) dat die beste belange van ŉ kind van grootste belang is in elke aangeleentheid betreffende die kind;

(*c*) om uitvoering te gee aan die Republiek se verpligtinge betreffende die welsyn van kinders ingevolge internasionale instrumente wat bindend is op die Republiek;

(*d*) om voorsiening te maak vir strukture, dienste en middele vir die bevordering en monitering van die gesonde fisiese, sielkundige, intellektuele, emosionele en maatskaplike ontwikkeling van kinders;

(*e*) om gemeenskapstrukture wat kan help in die voorsiening van sorg en beskerming van kinders te versterk en te ontwikkel;

(*f*) om kinders te beskerm teen diskriminasie, eksploitasie en enige ander fisiese, emosionele of morele leed of gevaar;

(*g*) om versorging en beskerming te voorsien aan kinders wat versorging of beskerming benodig;

(*h*) om die spesiale behoeftes wat kinders met gebreke mag hê te erken;

(*i*) om in die algemeen die beskerming, ontwikkeling en welsyn van kinders te bevorder.

Die aanhef van die *Kinderwet* lui soos volg:

> Om voorsiening te maak vir sekere regte van kinders soos vervat in die Grondwet; om beginsels betreffende die versorging en beskerming van kinders uiteen te sit; ouerlike regte en verantwoordelikhede te omskryf; verdere voorsiening te maak rakende kinderhowe; om voorsiening te maak vir die uitreiking van kontribusie orders; opnuut voorsiening te maak vir die aanneming van kinders; om voorsiening te maak vir interstaatlike aanneming; om uitvoering te gee aan die Haagse Konvensie oor Interstaatlike Aanneming; om kinderontvoering te verbied en uitvoering te gee aan die Haagse Konvensie oor Internasionale Kinderontvoering; om voorsiening te maak vir surrogaat moederskap; om sekere nuwe oortredings te skep betreffende kinders; en om voorsiening te maak vir aangeleenthede wat daarmee in verband staan.

Die aanhef is in pas met sowel die sogenaamde vier "p's" van die KRK en artikel 28 van die *Grondwet*.[356] Die *Kinderwe*t bied egter ŉ praktiese vergestalting van die regte wat in artikel 28 vervat word.[357] Die klem word op ŉ bewustheid van die kwesbaarheid van kinders geplaas en is op toepaslike en spoedige remedies in aangeleenthede waar die regte van kinders ter sprake is gerig. Die *Kinderwet* word gevolglik deur regs- en ander prosesse van konsiliasie en probleemoplossing eerder as konfrontasie, gekenmerk.

4.4.2 Ouerlike gesag soos dit voor die inwerkingtrede van die Kinderwet bestaan het

Die definisie van ouerlike gesag[358] word as die somtotaal van regte en verantwoordelikhede van ouers rakende ŉ minderjarige kind uit hoofde van hul ouerskap gesien.[359] Spiro maak die volgende opmerking:

---

356 Skelton and Proudlock in *Commentary on the Children's Act* 1-21. Heaton *Law of Persons* 87.

357 Mosikatsana "Children" 456.

358 Spiro *Law of parent and child* 36.Sien ook Cronjé en Heaton *Family* 197 – ouerlike gesag word gedefinieer as die somtotaal van regte en verpligtinge van ouers met betrekking tot hul minderjarige kinders. Sien ook Van der Vyver en Joubert *Persone en Familiereg* 592 regte word geag as bevoegdhede. Visser en Potgieter *Familiereg* verleen erkenning aan die skuif van die fokuspunt van die regsreëls wat die ouer-kind-verhouding reël. Die fokus het verskuif wêreldwyd van die regte en magte van ouers na die regte van kinders. Visser en Potgieter *Familiereg* se definisie verleen erkenning daaraan: ouerlike gesag is die somtotaal van regte, verantwoordelikhede en pligte van hulle minderjarige kinders, welke regte, verantwoordelikhede en pligte in die belang van die kind uitgeoefen moet word. Kruger 2003 *THRHR* 277.

> The parental power involves, it is considered, a *vinculum iuris* between parent(s) and child, containing as it does rights of the parent(s) with corresponding duties of the child and duties of the parent(s) with corresponding rights of the child.

Ouerlike gesag het tipies nie die verhouding tussen ouers en kinders omvattend beskryf nie. Die ouer-kind-verhouding was omvattender as ouerlike gesag en die gesagsaspek was slegs een deel van die verhouding. Die verhouding kon bestaan sonder dat een van die ouers van die kind noodwendig oor ouerlike gesag beskik het.

Soos hierbo aangetoon was ouers primêr vir die sorg van hulle kinders verantwoordelik.[360] Ouers kon egter slegs die verantwoordelikheid ten uitvoer bring indien hulle oor die nodige gesag beskik het. Soos blyk uit die bespreking in hoofstuk 2 is ouerlike gesag[361] ook as juridiese konsep erken. Dit het reeds in die Romeinse tydperk bestaansreg gekry en het tot onlangs die posisie in Suid-Afrika bepaal. Die basis van ouerlike gesag het egter weinig verander vanaf die 17de eeu; alle moeders[362] asook vaders van binne-egtelike kinders het oor ouerlike gesag beskik.[363] Ongetroude vaders het oor geen ouerlike gesag beskik nie, maar kon ouerlike gesag verkry deur met die moeder[364] van die kind in die huwelik te tree.[365] Teen 1948 het die beste belang van die kind op die voorgrond getree.[366] Die rigiede gemeenregtelike konsep van ouerlike gesag sou beslis nie die toets van die moderne uiteensetting van die ouer-kind-verhouding deurstaan nie. Dit is

---

359 Cronjé en Heaton *Die Suid-Afrikaanse familiereg* (1999) 203; Robinson (red) ea *The law of children and young persons in South Africa* (1997) 51-59; Davel (red) *et al Introducion to child law in South-Africa* 68; Cockrell "The law of persons and the Bill of Rights compendium" par 3E 21; Van Heerden (red) ea *Persons and the family* 313.

360 A 28(1)(b) van die *Grondwet*.

361 Ook bekend as "ouerlijke macht". Roos en Reitz *Principles of Roman-Dutch Law* 21-22. *Aquilius*– insake *Cook v Cook* 1937 AD 154; Studiosus "Die aard van die gesagsregte van ouers ten opsigte van hulle minderjarige kinders" 1946 *THRHR* 32.

362 Van der Linden *Koopmans handboek*.

363 De Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleertheyd*.

364 Howe was nie geneig om met die moeder se regte as voog van buite-egtelike kind in te meng nie. Sien *W v S* 1988 1 SA 948. Na 1990 meer judisiële en statutêre bevestiging van die regte van buite-egtelike vaders – sien *B v S* 1995 3 SA 571 (A) asook *T v M* 1997 1 SA 54 (A).

365 Voet *Commentarius ad Pandectas* (1998-1704).

366 *Fletcher v Fl*etcher 1948 1 SA 130 (A). Suid-Afrikaanse howe egter nie geneë om ouerlike gesag in die lig van die beste belang van die kind op die agtergrond te skuif nie. Sien *Ex parte Van Dam* 1973 2 SA 182 (W); *Ex parte Kedar* 1993 1 SA 475 (N).

gevolglik ŉ *sine qua non* dat die *Kinderwet* nie die gesagskomponent sou handhaaf nie; ouerlike verpligtinge en regte sou voortaan die aspek van die ouer-kind-verhouding tipeer.

4.4.3 Ouerlike regte en verantwoordelikhede uit hoofde van die Kinderwet

Die Kommissie het twee redes aangevoer waarom die konsep van ouerlike gesag deur ouerlike verpligtinge en regte vervang moes word:

- die konsep was van ouerlike gesag was uitgedien; en
- verandering was nodig ten einde die ouer-kind-verhouding in pas met artikel 18 van die KRK te bring.

In *V v V*[367] meld Foxcroft R:

> [t]he emphasis in thinking in regard to questions of relationships between parents and their children has shifted from a concept of parental authority of the parents to one of parental responsibility and children's rights.Children's rights is no longer confined to the common law, but also find expression in s 28 of the Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996, not to mention a wide range of international conventions.

4.4.4 Definisie van ouerlike regte en verantwoordelikhede

Die *Kinderwet* se definisie met betrekking tot ouerlike regte en verantwoordelikhede word soos volg in artikel 18 uiteengesit:

> Artikel 18 – Ouerlike regte en verantwoordelikhede.
>
> (1) ŉ Persoon kan volle of spesifieke ouerlike regte en verantwoordelikhede hê met betrekking tot ŉ kind.
>
> (2) Die ouerlike regte en verantwoordelikhede wat ŉ persoon met betrekking tot ŉ kind kan hê sluit die reg en verantwoordelikheid in -
>
> *(a)* om die kind te versorg;
>
> *(b)* om kontak met die kind te hou;
>
> *(c)* om op te tree as voog van die kind; en
>
> *(d)* om by te dra tot die onderhoud van die kind.

367 1998 4 SA 169 (K).

Die *Kinderwet* wyk in sommige aspekte wesenlik van sy voorganger, die *Wet op Kindersorg* 24 van 1983 (hierna die *Kindersorgwe*t) en die gemenereg af. Desnieteenstaande word daar op soortgelyke wyse as die omskrywing van ouerlike gesag na ouerlike verpligtinge en regte verwys. Dit bestaan uit die somtotaal van voogdy, sorg (voorheen beheer en toesig), kontak (voorheen toegang)[368] uit hoofde van ouerskap. Daar word nou ook 'n vierde komponent, naamlik die onderhoudsplig toegevoeg.[369]

4.4.5 Elemente van ouerlike verpligtinge en regte

In die lig daarvan dat sorg en kontak noue ooreenkoms met die gemeenregtelike konsepte van beheer en toesig enersyds en toegang andersyds toon, word met 'n breë omskrywing van die konsepte volstaan.

4.4.5.1 Sorg (voorheen beheer)

Die Kommissie het twee redes[370] aangevoer waarom die konsep van beheer en toesig gewysig moes word:

- dit het volgens die Kommissie 'n negatiewe konnotasie aangesien dit met die polisie en gevangenis geassosieer was; en
- die verandering na meer neutrale terminologie sou ouers aanmoedig om meer op hulle verpligtinge as op hulle regte ten opsigte van hulle kinders te fokus. Teen hierdie agtergrond wou die Kommissie juis wegbeweeg van 'n adversiewe benadering jeens kinders in litigasie prosesse.

Verskeie besware is teen die verandering van beheer na sorg geopper.[371] Eerstens is die gebruik van die woord sorg as verwarrend beskou. Die begrip leen hom tot 'n gevolgtrekking dat daar eerder na 'n kinderhofondersoek as na 'n kind se reg op sorg en beskerming verwys word. Soortgelyk kan daar na 'n kind wat

---

368 Schäfer *Child law in South Africa* 220.
369 Schäfer *Child law in South Africa* 220.
370 South African Law Commission, *The Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103, Project 110, 2001) par 8.4.5.2.
371 Schäfer *Child law in South Africa* 221-222.

sorgbehoewend is verwys word as 'n kind wat onder staatsbeskerming geplaas moet word.[372]

Tweedens word aangevoer dat alhoewel die meeste mense bedagsaam teenoor kinders nie almal verantwoordelik is vir die sorg van kinders in regstegniese konteks is nie. Derdens was die dilemma oor die regte benaming vir die persoon wat verantwoordelik sou wees vir die sorg van die minderjarige kind.[373]

Sorg is nie prakties uitvoerbaar beskou nie en as repliek op die kritiek teen die onpraktiese konsep word daar in die howe[374] toenemend na primêre plek van woning of "shared residence" eerder as sorg verwys.[375] Ten spyte van laasgenoemde besware het die wetgewer dit steeds goed geag om met sorg te volstaan.

4.4.5.2 Definisie van sorg

Die woordomskrywing van sorg in artikel 1(1) lui soos volg:

> "sorg" of "versorging", met betrekking tot 'n kind, ook, waar van toepassing –
>
> *(a)* die voorsiening aan die kind binne beskikbare middele, van
>
> (i) 'n paslike plek om te woon;
>
> (ii) lewensomstandighede wat bevorderlik is vir die kind se gesondheid, welstand en ontwikkeling; en
>
> (iii) die nodige finansiële bystand;
>
> *(b)* die beskerming en bevordering van die welstand van die kind;
>
> *(c)* beskerming van die kind teen mishandeling, misbruik, verwaarlosing, degradering, diskriminasie, eksploitasie enige ander fisieke, emosionele of morele leed of gevaar;
>
> *(d)* die respektering, beskerming, bevordering en versekeringvan die vervulling van, en waking teen enige inbreukmaking van die kind se regte

---

372 Schäfer *Child law in South Africa 222.*

373 Schäfer *Child law in South Africa 222.*

374 Dit blyk egter of die howe steeds teensinnig is om weg te beweeg van die konsep van "beheer en toesig". Sien *Cunningham v Pretorius* – ongerapporteerde beslissing 31187/08 (2008 T); *Silva v Silva* – ongerapporteerde beslissing 318/2008 (2008 WC); *Schneider NO v Aspeling* – ongerapporteerde beslissing 8675/09 (WCH 2010). Brassey AJ verwys in *MB v NB* 2010 3 SA 220 (GSJ) steeds na "access" in egskeidingsaangeleenthede.

375 Skelton "Parental Responsibilities and Rights" 66.

uiteengesit in die Handves van Regte en die beginsels uiteengesit in Hoofstuk 2 van hierdie Wet;

(e) leidinggewing, rigtinggewing en versekering van die kind se opleiding en opvoeding, insluitende godsdienstige en kulturele opleiding en opvoeding, op 'n wyse wat paslik is by die kind se ouderdom, volwassenheid en stadium van ontwikkeling;

(f) die leidinggewing, advisering en bystaan van die kind inbesluite wat deur die kind geneem moet word op 'n wyse wat paslik is by die kind se ouderdom, volwassenheid en stadium van ontwikkeling;

(g) leiding van die kind se gedrag op 'n mensliewende wyse;

(h) handhawing van 'n gesonde verhouding met die kind;

(i) akkommodering van enige spesiale behoeftes wat die kind mag hê; en

(j) om in die algemeen te verseker dat die beste belange van die kind die oorheersende oorweging is in alle aangeleenthede wat die kind aangaan.

Die inhoudsbevoegdhede van sorg is meer omvattend as toesig en beheer.[376] Daar word nou vir gesamentlike sorg van ouers oor kinders voorsiening gemaak ongeag of die ouers steeds saamwoon. Die aanvaarde uitgangspunt[377] voorheen was dat gesamentlike sorg tot meer konflik sou lei. Die *Kinderwet* bied egter verskeie redes ter stawing van die toekenning van sorg aan albei ouers en maak voorsiening vir "multiple holders" van ouerlike regte en verantwoordelikhede. Op soortgelyke wyse as wat deur artikel 18(1) van die KRK omskryf word, word ook vir gesamentlike ouerskap voorsiening gemaak.

4.4.5.3 Kontak (voorheen toegang)

Die *Kinderwet* definieer kontak ten opsigte van ouerlike regte en verantwoordelikhede as die reg en verpligting om kontak met die kind te behou.[378] Kontak word soos volg in artikel 1(1) in die *Kinderwet* gedefinieer:

"kontak" met betrekking tot 'n kind -

(a) handhawing van 'n persoonlike verhouding met die kind; en

---

376 *Wheeler v Wheeler* ongerapporteerde beslissing 9746/07; 7774/09; 6995/09; 8292/09; 7843/09; 5117/08 (23 Februarie 2012 KZN) par. 21.

377 *Heimann v Heimann* 1948 4 SA 926(W); *Pinion v Pinion* 1994 2 SA 725 (D) asook *Schlebusch v Schlebusch* 1988 4 SA 548 (E).

378 A 18(2)(b) van die *Kinderwet.* Die reg ten opsigte van die definisie is nie baie duidelik nie. Wie almal ingesluit word by die reg op kontak is ook nie duidelik nie. Daar sal egter ten alle tye steeds voorkeur gegee moet word aan a 28(2) – die beste belang van die kind.

(*b*) indien die kind by iemand anders bly -

(iii) kommunikasie op ŉ gereelde basis met die kind in persoon, insluitende -

(aa) om die kind te besoek; of

(bb) om deur die kind besoek te word; of

(iv) kommunikasie op ŉ gereelde basis met die kind op enige ander manier, insluitende -

(aa) deur die pos; of

(bb) deur telefoniese of enige ander vorm van elektroniese kommunikasie.

Kontak sluit by wyse van implikasie indirekte kontak in.[379] Die Kommissie verduidelik dat met die uitsondering van buitengewone omstandighede dit nie in die beste belang van die kind is om algehele kontak met sy/haar ouers te verbreek nie.[380] Hierdie benadering is duidelik in pas met sowel die KRK en AVRWK enersyds en artikel 28 van die *Grondwet* andersyds dat ŉ kind ŉ reg op ouerlike sorg het.

Die *Kinderwet* gee nuwe betekenis aan toegang soos dit gemeenregtelik ontwikkel het, en ten spyte van konsensus in die verlede dat ouers se gemeenregtelike reg tot toegang inhoudelik weinig toepassing gevind het.[381]

4.4.5.4 Voogdy

Voogdy vertoon in beduidende mate ooreenstemming met die begrip in die gemenereg. Artikel 18(3) bepaal soos volg:

(3) Behoudens subartikels (4) en (5) moet ŉ ouer of ander persoon wat optree as voog van ŉ kind —

---

379 South African Law Commission *The Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103, Project 110, 2001) par 8.4.5.2. In *Haskins v Wildgoose* 1996 3 All SA 446 (T) word die moontlikheid van kontak na aanneming erken alhoewel dit egter op die stadium as regstegnies onmoontlik was. Die *Kinderwet* maak egter nou spesifiek voorsiening vir die moontlikheid tot kontak, sou die partye so ooreenkom alvorens die aanneming afgehandel is en dan ook ŉ bevel van die hof gemaak moet word.

380 Beide die Menseregte Komitee en die Europese Hof van Menseregte het bevind dat waar die Staat nie daarin slaag om voldoende beskerming te verleen nie daar op sekere regte inbreuk gemaak kan word.Sien *Hansen v Turkey* (2004) 39 EHRR 18 (ECHR) waar ŉ Turkse hof versuim het om die regte van ŉ moeder tot kontak met betrekking to haar dogters af te dwing.(Die vader het die dogters wederegtelik uit Ysland uitgeneem.)

381 *B v S* 1995 3 SA 571 (A); *T v M* 1997 1 SA 54 (A).

(a) die kind se eiendom en eiendomsbelange administreer en beveilig;

(b) die kind bystaan of verteenwoordig in administratiewe, kontraktuele en ander regsaangeleenthede; of

(c) enige toestemming wat regtens vereis word met betrekking tot die kind gee of weier, insluitende —

(i) toestemming tot die huwelik van die kind;

(ii) toestemming tot die aanneming van die kind;

(iii) toestemming tot die kind se vertrek of verwydering vanuit die Republiek;

(iv) toestemming tot die kind se aansoek vir 'n paspoort; en

(v) toestemming tot die vervreemding of beswaring van enige onroerende eiendom van die kind.

Die begrip voogdy in die eng betekenis[382] daarvan sluit die gesag om 'n kind se boedel te administreer asook die kind by te staan of te verteenwoordig in die uitoefening van juridiese aksies in.[383] Artikel 18(3)(c) bied 'n lys van regshandelinge waarvoor toestemming deur die voog benodig word. Buiten laasgenoemde is die algemene reël dat waar meer as een persoon voogdy oor die kind het, elkeen onafhanklik sy/haar regte of verantwoordelikhede sonder die ander se toetstemming kan uitoefen.[384] Uit hoofde van die *Kinderwet* moet persone wat oor voogdy beskik ook die kind betrek ten opsigte van belangrike besluite wat hom/haar raak.[385]

4.5 Gesamentlike besluitneming aangaande kinders

Ongeag die feit dat die definisie van ouerskap soos vervat in die *Kinderwet* op die oog af soortgelyk aan die definisie daarvan in die *Wet op Voogdy*[386] is, is daar wesenlike verskille in die toepassing daarvan. Artikel 18(3)(c)(iii) bepaal dat

---

382 Die begrip voogdy vind toepassing op twee verskillende wyses. Eerstens die wyer uitleg wat voogdyskap of natuurlike voogdy as sinoniem met ouerlike gesag beskou.*Simey v Simey* 1881 1 SC 171; *Van Rooyen v Werner* 1892 9 SC 425; *Calitz v Calitz* 1939 AD 56. Voogdyskap is egter van die Engelse gemenereg oorgeneem. Anders as die Romeins-Hollandse reg, het die Engelse gemenereg nie 'n eenvormige definisie vir ouerlike gesag gehad nie. Natuurlike voogdy was die begrip wat regte inbegrepe beheer en toesig ingesluit het. Daar is egter deur die *Children Act* 1989 (UK) artikel 2(4) weggedoen met die begrip van natuurlike voogdy.

383 Robinson *Familiereg* 57.

384 A 18(4).

385 Heaton *Family Law* 283

386 192 van 1993.

toestemming van alle voogde vir die kind se verwydering asook vertrek uit Suid-Afrika benodig word. Die *Wet op Voogdy*[387] het egter slegs vir die kind se verwydering uit Suid-Afrika voorsiening gemaak. Soos hierbo in paragraaf 4.4.5.3 uiteengesit word daar op soortgelyke wyse vir ander situasies voorgeskryf dat alle voogde se toestemming vereis word.

In gevalle waar die kind oor meer as een voog beskik is die algemene reël steeds soortgelyk aan posisie soos deur die *Wet op Voogdy*[388] uiteengesit. Alle voogde kan as algemene vetrekpunt onafhanklik en sonder mekaar se toestemming handel onderhewig aan die voorbehoude waar wedersydse toestemming vereis word.

4.6 Onderhoudsplig

Die onderhoudsplig soos ingesluit in die definisie van ouerlike regte en verantwoordelikhede wyk wesenlike van die gemeenregtelike betekenis daarvan.[389] Die gemeenregtelike plig tot onderhoud word statutêr uitgebrei om nou ook enige persoon in wat oor ouerlike regte en verantwoordelikhede beskik in te sluit. Grootouers[390] sowel as ongetroude vaders word ook nou statutêr by die versorgingsplig ingesluit. Daar kan sonder vrees vir teenspraak tot die gevolgtrekking geraak word dat daar gemeenregtelik wel ŉ onderhoudsplig op ouers gerus het. Hierdie gemeenregtelike onderhoudsplig word nou statutêr uitgebrei en rus op alle persone wat ouerlike verantwoordelikhede en regte het.

4.7 Die beste belang van die kind

---

387 192 van 1993.

388 192 van 1993.

389 Die onderhoudsplig is in die Romeinse reg onderskei van die ouerlike gesag. Skelton A 2009 Parental responsibilities and rights. *Child Law in South Africa*. Nieteenstaande die insluiting van die onderhoudsplig by ouerlike verpligtinge en regte sou die ongetroude vader ongeag dat hulle nie oor ouerlike gesag beskik het nie steeds aan die onderhoudsplig moes gehoor gee en voldoen. *Ford v Allen* 1925 tpd 5; *S v Mcdonald* 1963 2 SA 431 (K).

390 *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town Maintenance Court* 2004 2 SA 56 (K). Die onderhoudsplig word hier uitgebrei om biologiese grootouers aan vaderskant in te sluit.

Artikel 9 van die *Kinderwet* lui dat:

> Beste belange van kind allesoorheersend–
>
> In alle aangeleenthede betreffende die versorging, beskerming en welsyn van ŉ kind moet die standaard dat die kind se beste belange van oorheersende belang is toegepas word.

Daar is in hoofstukke 3 en 4 hierbo uitvoerig na die beste belang van die kind verwys. Daar word vir doeleindes hiervan gevolglik daarmee volstaan om daarop te wys dat artikel 9 met die *Grondwe*t en internasionale reg[391] in pas is. Die beste belang van die kind is "[v]an deurslaggewende belang" in aangeleenthede rakende die sy/haar versorging, beskerming en welstand. Daar word met respek aan die hand gedoen dat deurslaggewende belang en oorheersende belang soos dit in die verskillende tekste na vore kom versoenbaar is en trouens geredelik as sinonieme gelees kan word.

4.8 Die reg van die kind om gehoor te word

4.8.1 Verband tussen art 10 en die internasionale reg

Artikel 10 van die *Kinderwet* lui soos volg:

> Deelneming van kind –
>
> Elke kind van sodanige ouderdom, volwassenheid en fase van ontwikkeling dat hy of sy in staat is om deel te neem aan enige aangeleentheid betreffende daardie kind het die reg om op enige gepaste wyse deel te neem en behoorlike oorweging moet gegee word aan sienswyses wat deur die kind uitgespreek is.

Artikel 10 verleen ooglopend ŉ reg wat onderhewig aan die vermoë is om dit regtens uit te kan uitoefen. Laasgenoemde artikel is in pas met die reg tot deelname soos in beide artikel 12 van die KRK en artikel 7 van die AVRWK verwoord.[392] Soos in paragraaf 3.3.4.2 in hoofstuk 3 aangetoon, koppel nie een van hierdie instrumente die kind se reg op deelname aan ŉ sekere ouderdom of ŉ

---

391 A 3(1) van die AVRWK en a 4(1) van die KRK soos bespreek in hfst. 3.
392 Davel "The child's right to legal representation in divorce proceedings".

spesifieke stadium van ontwikkeling nie. Die kriterium vir bepaling van deelname is steeds die kind se ouderdom, volwassenheid en mate van ontwikkeling.

4.8.2 Wyse van deelname

Die reg op deelname kan verskeie vorme aanneem.[393] Artikel 28(1)(h)[394] van die Handves identifiseer ŉ vorm van deelname naamlik die reg op regsverteenwoordiging. Laasgenoemde reg word verlang in aangeleenthede waar by gebreke daaraan ŉ wesenlike onreg sal volg.[395] Daar moet met omsigtigheid gehandel word om konflik van belange te vermy.[396] Die *Kinderwet* maak in besonder voorsiening vir die gevalle waar die kind se reg tot deelname uitgeoefen word.[397]

---

393 A 10 van die *Kinderwet* maak voorsiening dat die kind die reg het om op ŉ gepaste wyse deel te neem.

394 A 28(1)(h) om, in siviele verrigtinge wat die kind raak, deur die staat op staatskoste van ŉ regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei;

395 Stewart en Feldhaus "The nature and extent of the duty to provide legal assistance to children *at state expense* in civil matters".

396 Committee on the Rights of the Child, General Comment No 12, *The right of the child to be heard* CRC/C/GC/12 (2009) par. 36.

397 A 60(3) moontlik, in ŉ ontspanne en nie-opponerende atmosfeer gevoer word wat bevorderlik is tot die verkryging van die samewerking van elkeen wat betrokke is by die verrigtinge.

Asook aa 61(1)(a) en (b)

(1) Die voorsittende beampte in ŉ aangeleentheid voor ŉ kinderhof moet —

(a) ŉ kind wat betrokke is by die aangeleentheid toelaat om ŉ sienswyse en voorkeur in die aangeleentheid weer te gee indien die hof bevind dat die kind, gegewe die kind se ouderdom, volwassenheid en fase van ontwikkeling en enige spesiale behoeftes wat die kind mag hê, in staat is om deel te neem aan die verrigtinge en die kind verkies om dit te doen;

(b) die redes notuleer indien die hof bevind dat die kind nie in staat is om deel te neem aan die verrigtinge nie, of onwillig is om ŉ sienswyse of voorkeur weer te gee in die aangeleentheid; en

55. Regsverteenwoordiging van kinders —

(1) Waar ŉ kind wat betrokke is by ŉ aangeleentheid voor die kinderhof nie verteenwoordig is deur ŉ regsverteenwoordiger nie, en die hof van mening is dat dit in die beste belang van die kind sal wees omregsverteenwoordiging te hê, moet die hof die aangeleentheid verwys na die Regshulpraad in a 2 van die Wet op Regshulp, 1969 (Wet 22 van 1969).

(2) Die Raad hanteer ŉ aangeleentheid in subartikel (1) bedoel ooreenkomstig a 3B van daardie Wet saamgelees met die veranderinge deur die konteks vereis.

4.9 Gevolgtrekking

Ooreenkomste in terme van artikels 22 en 33 is soos dit in hoofstuk 5 hieronder aan die orde is, in beduidende mate op die uiteensetting van die ouer-kind-verhouding soos in hierdie hoofstuk uiteengesit geskoei. Aspekte wat in hierdie hoofstuk behandel is en wat in hoofstuk 5 onder die loep geneem sal word, sluit die verantwoordelikheid van sorg, kontak met en voogdy oor, en die beste belang van kind in.

In hierdie hoofstuk is daar ook op daarop gewys dat artikel 18(3) vir die gesamentlike besluitneming deur voogde voorsiening maak.

Dit is juis hierdie aspekte is wat by ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste ingevolge artikel 22 sowel as ouerskapsplanne uit hoofde van artikel 33 aan die orde is. Die konstitusionele verpligting om die beste belang van die kind te handhaaf en bevorder in vanselfsprekend 'n kern oorweging by sodanige ouerskapsplanne en ooreenkomste.

Hoofstuk 5

Ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne

5.1 Inleiding

Uit die voorafgaande hoofstukke blyk dit ten oorvloede toe dat die ouer-kind-verhouding merkbaar ontwikkel het. Die gesag van ouers binne die ouer-kind-verhouding het ontwikkel van die rigiede Romeinse *potestas* van die *pater* tot die gesag wat albei ouers in die Romeins-Hollandse reg kon uitoefen.[398] Ouerlike gesag was hier deur ŉ kombinasie van ouerlike regte en verantwoordelikhede gekenmerk. Die gesag het tipies ook die verpligting van ouers onderlê om in die belang van hulle kinders op te tree.[399] Die vader se voogdy was gemeenregtelik sterker gevestig as dié van die moeder wat meegebring het dat hy alléén regshandelinge ten aansien van kinders waargeneem het. Die posisie is later in die *Wet op Voogdy* opnuut heroorweeg en die moeder se voogdy ten aansien van kinders was inhoudelik gelyk aan dié van die vader gestel. Onder druk van veranderende *mores* was dit gevolglik onafwendbaar dat die posisie van ouers ten aansien van kinders verder gewysig sou word om sosiologiese werklikhede beter te weerspieël. Ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkomste en ouerskapsplanne om sodanige regte en verantwoordelikhede te vestig in gevalle waar dit nie ten aansien van ŉ ouer bestaan nie is 'n vanselfsprekende ontwikkeling om gestalte aan die veranderende *mores* te gee.

Ter inleiding van die bespreking van ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkomste en ouerskapsplanne word die aandag op die uiteensetting daarvan in hoofstuk 1 verwys waar op die verskil in die Afrikaanse en Engelse teks van die *Kinderwet* gewys word.

---

398 Boezaart (red) *Child Law in South Africa* 62. Daar word by wyse van herhaling dat ter wille van gerief daar met die uiteensetting in die afrikaanse teks van die wet volstaan word.

399 Spiro *Law of parent and child* 36 42.

5.2 *Wie het ouerlike regte en verantwoordelikhede?*

5.2.1 Die moeder

Moederskap is selde in geskil; in die Romeinse reg is dit as ŉ gegewe aanvaar: *mater semper certa est*.[400] Die ontwikkeling van kunsmatige inseminasie en prosesse om proefbuisbabas in die lewe te bring het dit onder andere genoodsaak om tussen surrogaat- en biologiese moeders te onderskei. In die Suid-Afrikaanse reg is die biologiese moeder regtens die moeder van die kind en sy het gevolglik volle ouerlike regte en verantwoordelikhede.[401] Selfs al het sy as gevolg van kunsmatige inseminasie swanger geword is sy regtens steeds die moeder van die kind. Daar is egter twee uitsonderings op die reël. Ingevolge artikel 19 van die *Kinderwet v*erkry die lasgewende ouer die regte en verantwoordelikhede ingevolge ŉ regsgeldige surrogaatooreenkoms en nie die biologiese moeder nie.[402] Aanneming beëindig die ouer-kind-verhouding en volle ouerlike regte en verantwoordelikhede ingevolge hoofstuk 15 van die Kinderwet word uit hoofde van ŉ aannemingsbevel aan die aanneemouer toegeken.[403]

5.2.2 Die vader

Vaderskap is dikwels in dispuut. Enersyds blyk dit dat betwiste vaderskap gereeld dispute oor onderhoud onderlê. Andersyds is vaderskap soms die grondslag van litigasie of ander konflikberedderingsprosesse, waaronder verkryging van kontak en/of ouerlike regte en verantwoordelikhede. Vanselfsprekend geld die geykte voorskrif dat hy wat beweer, moet bewys.[404] Vaderskap kan bewys word deur feite wat tot ŉ (weerlegbare) vermoede van vaderskap aanleiding kan gee.[405] Die

---

400 Spiro *Law of parent and child* 2-5.

401 Gemeenregtelik word daar geleer dat "[e]en moeder maakt geen bastaard". Sien bv Spiro *Law of parent and child* 14.

402 A 299 van die *Kinderwet.*

403 A 242 van die *Kinderwet.*

404 Schäfer *Child law in South Africa* 231.

405 Schäfer *Child law in South Africa* 231-232. Daar is twee vermoedens tot swangerskap nl. Die gemeenregtelike beginsel van *Pater est quem nuptiae demonstrant*: ŉ Vrou se man word geag die vader van die kind te wees wat gebore word tydens die huwelik. Die vermoede geld ook ten opsigte van kinders verwek voor huweliksluiting, maar gebore word tydens die huwelik en kinders verwek tydens die huwelik, maar gebore

bewyslas word bepaal na gelang van die vraag of die verrigtinge siviel[406] of krimineel van aard is.[407]

5.3 Die verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede

5.3.1 Outomatiese verkryging by geboorte

Wettig getroude biologiese ouers het steeds gelyke regte en verantwoordelikhede met betrekking tot minderjarige kinders.[408]

5.3.1.1 Moeders

Artikel 19(1) bepaal soos volg:

Ouerlike regte en verantwoordelikhede van moeders -

(1) Die biologiese moeder van 'n kind, hetsy getroud of ongetroud, het volle ouerlike regte en verantwoordelikhede met betrekking tot die kind.

Artikel 19(1) van die *Kinderwet* is in pas met die gemeenregtelike beginsel dat alle biologiese moeders draers van volle regte en verantwoordelikhede rakende hulle kinders is. Voor die inwerkingtrede van die *Kinderwet* was die posisie waar die

---

daarna. Die vermoede kan weerlê word deur getuienis, op 'n oorwig van waarskynlikheid, dat die man nie die vader is nie of dat hy steriel was ten tyde van die tyd van verwekking. Bewys van geen seksuele omgang op die relevante tyd is voldoende bewys. Bewys dat voorbehoedmiddelsgebruik is, is nié. Die tweede vermoede spruit voort uit die bepalings van a 36 van die *Kinderwet* waar die aanname van vaderskap gemaak word uit hoofde van seksuele omgang met die moeder ten tyde van moontlike konsepsie.

406 Van Heerden (red) ea *Persons and the family* 361.

407 In onderhoudsaangeleenthede is vaderskap egter wesenlik van belang. *R v Swanepoel* 1954 4 SA 31 (O); *S v Sambo* 1962 4 SA 93 (E); *Moodley v Gramani* 1967 1 SA 118 (N).

408 Die Kommissie het voorgestel dat enige sorggewer (wat nie die biologiese ouer van die kind is nie) wat verantwoordelik is vir die welsyn en ontwikkeling van die kind, op ouerlike verpligtinge en regte, of sekere komponente daarvan, kan aanspraak maak. Die aansoek sou egter in die beste belang van die kind ter sprake wees en 'n bevel van die hof gemaak word. Die blote sluit van 'n ooreenkoms tussen die sorggewers en die biologiese ouers sou nie genoegsaam wees aanspraak om verpligtinge en regte te maak nie. Die toestemming van die toepaslike forum en/of die van die ouer wat die draer van verpligtinge en regte was sou nie 'n voorvereiste wees om die aansoek te bring nie.
Sien ook JMT Labuschagne 'Recent case law: *SF v MD* 751 A2s 9 (Md App 2000)' (2001) 34 *De Jure* 210 par 213.
Die verskillende kategorieë sorggewers sou almal dieselfde prosedure moes volg ten opsigte van die verkryging van ouerlike verpligtinge en regte. Geen onderskeid sou gemaak word nie.

moeder ongetroud en self ook minderjarig was dat die voogdy van die kind die moeder se voog sou toeval.[409] Beheer en toesig het egter steeds in die biologiese moeder gevestig.[410] Ongeag die gewilligheid en bevoegdheid van die kind se vader het hy geen ouerlike gesag gehad nie.[411]

Artikel 19(2) van die *Kinderwet* lui soos volg:

> Indien -
>
> *(a)* die biologiese moeder van 'n kind 'n ongetroude kind is wat nie voogdyskap ten aansien van die kind het nie; en
>
> *(b)* die biologiese vader van die kind nie voogdyskap ten aansien van die kind het nie, is die voog van die kind se biologiese moeder ook die voog van die kind.

Die voog van die biologiese moeder is hiervolgens ook die voog van die kind in gevalle waar die biologiese moeder van 'n kind 'n ongetroude kind is en waar beide sy en die biologiese vader nie voogdy van die kind het nie. Daar word aan die hand gedoen dat artikel 19 effektief die gemeenregtelike posisie bevestig.

5.3.1.2 Vaders[412]

Getroude vaders het outomaties volle regte en verantwoordelikhede vanaf die geboorte van hulle kinders.[413]

Artikel 20 bepaal soos volg:

> Ouerlike regte en verantwoordelikhede van getroude vaders. Die biologiese vader van 'n kind het volle ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind -
>
> *(a* indien hy getroud is met die kind se moeder; of
>
> *(b)* indien hy getroud was met die kind se moeder -
>
> (i) tydens die kind se konsepsie;
>
> (ii) tydens die kind se geboorte;

409 A 3(1)(a) *Wet op die Status van Kinders* 82 van 1987.
410 A 3(1)(b) *Wet op die Status van Kinders* 82 van 1987.
411 Bosman-Sadie, Corrie en Swanepoel *A practical approach to the Children's Act* 25.
412 Sien ook *HG v GG* 2010 3 SA 352 (ECP).
413 A 20 van die *Kinderwet.*

(iii) op enige tyd tussen die konsepsie en geboorte van die kind.

Getroude vaders is hiervolgens mans wat met die kind se moeder ten tyde van die kind se konsepsie[414] of geboorte[415] of op enige tyd tussenin getroud was.[416] Die statutêre bepaling is in pas met die gemeenregtelike posisie waar die ouerlike gesag van vaders aan hulle getroude status gekoppel is. Die status van die vader is bepalend vir die vraag of 'n kind binne of buite 'n regsgeldige huwelik gebore word.[417]

5.3.1.3 Ongetroude vaders[418]

Die biologiese vader kan voogdy uit hoofde van die ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms met die biologiese moeder bekom.[419] Die moontlikheid is egter nie van toepassing nie in gevalle waar ’n kind uit hoofde van ’n

---

414 A 20((i).

415 A 20(b(ii).

416 A 20(b(iii).

417 Schäfer *Child law in South Africa* 236-237.

418 A 21. Ouerlike regte en verantwoordelikhede van ongetroude vaders.

(1) Die biologiese vader van ’n kind wat nie ingevolge artikel 20 ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind het nie, verkry volle ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind –

(a) indien hy tydens die kind se geboorte saam met die moeder woon in ’n permanente lewensdeelgenootskap; of

(b) indien hy, ongeag of hy saam met die moeder woon of gewoon het –

(i) daartoe toestem om geïdentifiseer te word of ingevolge artikel 26 suksesvol aansoek doen om geïdentifiseer te word as die kind se vader of skade betaal ingevolge die inheemse reg;

(ii) bydra of in goeie trou gepoog het om by te dra tot die kind se grootmaak vir ’n redelike tydperk;

(iii) bydra of in goeie trou gepoog het om by te dra tot uitgawes in verband met die onderhoud van die kind vir ’n redelike tydperk.

(2) Hierdie artikel affekteer nie die plig van ’n vader om by te dra tot die onderhoud van die kind nie.

(3) (*a*) Indien daar ’n dispuut is tussen die biologiese vader bedoel in subartikel (1) en die biologiese moeder van ’n kind met betrekking tot die voldoening deur daardie vader aan die voorwaardes uiteengesit in subartikel (1)(a) of (b) moet die aangeleentheid vir mediasie verwys word na ’n gesinsadvokaat, maatskaplike werker, maatskaplike diensprofessioneel of ander gepaste gekwalifiseerde persoon;

(*b*) Enige party tot die mediasie kan die uitslag van die mediasie laat hersien deur ’n hof.

(4) Hierdie artikel is van toepassing ongeag daarvan of die kind gebore is voor of na die invoering van hierdie Wet.

419 Aa 22 en 24 van die *Kinderwe*t. Deur die sluit van ’n ouerlike verantwoordelikhede en regte ooreenkoms met die moeder of deur ’n hofbevel.

surrogaatooreenkoms gebore word.[420] Die totstandkoming, aard en inhoud van hierdie ooreenkomste word in paragraaf 5.3.2.1.2 hieronder bespreek.

5.3.2 Nie-outomatiese verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede na geboorte

Die *Kinderwet* het ingrypende wysigings teweeggebring ten aansien van die moontlikhede wat dit skep vir die verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede na die geboorte van die kind vir sowel ongetroude vaders as vir persone in die *Kinderwet* geïdentifiseer.

5.3.2.1 Ouerlike verantwoordelikhede en regte-ooreenkomste

5.3.2.1.1 Inleiding

Die ontwikkeling van die ouer kind verhouding vertoon internasionaal gelykvormige dimensie. John Dewar[421] beskryf die ontwikkeling in die Engelse reg soos volg:

> "[S]tatutory alterations to the common law have progressively extended the rights of the a mother and the formal position now is that the mother and father execise parental rights equally with each other"

Daar word met respek aan die hand gedoen dat die ontwikkeling binne die Suid-Afrikaanse *holus bolus* binne hierdie uiteensetting tuisgebring kan word.

Soos in paragraaf 5.3.1.3 uiteengesit, kan regte en verantwoordelikhede deur middel van ŉ ooreenkoms deur ŉ ongetroude biologiese vader uit hoofde van artikel 21 verkry word.[422] Ofskoon daar geen duidelike rede vir die skep van

---

420 A 19(3): Hierdie artikel is nie van toepassing ten opsigte van ŉ kind wat die onderwerp is van ŉ surrogaatooreenkoms nie. Sien ook *D v L* 1990 1 SA 894 (W).

421 Dewar en Parker *Law and the family*

422 Nuwe bepaling in die *Kinderwet.* Voor die inwerkingtreding van die bepaling is die partye genoodsaak om die hof te nader vir ŉ hofbevel in gevalle waar ouerlike gesag in dispuut

ooreenkomste in die verslag van die Regshervormingskommissie[423] gebied word nie kan nietemin in hierdie verband met vrug na die benadering in die Engelse reg verwys word. Eekelaar merk byvoorbeeld op dat 'n ongetroude vader aansoek kan doen vir 'n bevel van "parental responsibility" maar waarsku dat "[t]his might be a costly and cumbersame procedure". Daar word gevolglik daarvoor voorsiening gemaak dat ongetroude ouers 'n ooreenkoms kan sluit ingevolge waarvan die vader ouerlike verantwoordelikhede met die moeder deel. Dit spreek vir sigself dat sodanige ooreenkoms tot stand sal kom waar die ouers dit met mekaar eens is. Daar moet egter daarop gewys word dat daar geen veiligheidsmeganismes daarteen bestaan dat moeder deur vaders gedwing of beïnvloed kan word om sodanige ooreenkomste te sluit nie behalwe dat dit in voorgeskrewe formaat moet wees.

In die geval van ouers wat nie getroud is nie en waar beide ouers nie outomaties ingevolge artikel 19 en 20 ouerlike regte en verantwoordelikhede het nie, en ook nie aansoek uit hoofde van artikel 21 kan doen nie word die posisie deur artikel 22 gereël. In wese maak dié artikel daarvoor voorsiening dat ŉ ooreenkoms tussen bepaalde persone aangegaan kan word om voorsiening vir die verkryging van ouerlike regte en verantwoordelikhede te maak.

5.3.2.1.2 Artikel 22

Artikel 22 handel oor ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkomste:[424]

> (1) Behoudens subartikel (2) kan die moeder van ŉ kind of ander persoon wat ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van ŉ kind het ŉ ooreenkoms aangaan wat voorsiening maak vir die verkryging van sodanige ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind as wat in die ooreenkoms uiteengesit is, met – *(a)* die biologiese vader van ŉ kind wat nie ingevolge artikel 20 of 21 of deur ŉ hofbevel ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind het nie; of – *(b)*

---

was. Hierdie ooreenkomste word nie beperk tot die biologiese moeder en vader nie. A 22(7) bepaal egter dat slegs die Hoë Hof ŉ ooreenkoms kan bekragtig insake voogdy.

423 Die Kommissie ontleen sy magte van die *Wet op die Suid-Afrikaanse Regskommissie* 19 van 1973.

424 Sien ongepubliseerde artikel Robinson T "Professional views relating to the divorcing family and parenting plans" 2010 1.

enige ander persoon wat ŉ belang het by die versorging, welsyn en ontwikkeling van die kind.

(2) Die moeder of ander persoon wat ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van ŉ kind het, kan by ooreenkoms alleenlik daardie regte en verantwoordelikhede wat sy of daardie ander persoon ten opsigte van die kind het ten tye van die sluiting van sodanige ooreenkoms aan ŉ persoon bedoel in subartikel (1) toeken.

(3) ŉ Ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms moet in die voorgeskrewe formaat wees en die voorgeskrewe besonderhede bevat.[425]

(4) Behoudens subartikel (6) tree ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms alleenlik in werking indien – *(a)* dit geregistreer is by die gesinsadvokaat; of – *(b)* dit ŉ bevel van die Hoë Hof, ŉ egskeidingshof in ŉ egskeidingsaangeleentheid of ŉ kinderhof gemaak word by aansoek deur die partye tot die ooreenkoms.

(5) Voordat ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms geregistreer word of voordat ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms ŉ hofbevel gemaak word moet die betrokke gesinsadvokaat of hof tevrede wees dat die ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms in die beste belang van die kind is.

Dit is opvallend dat hierdie artikel in pas met die uiteensetting in die sogenaamde *Second Certification*-uitspaak is wat lui dat "[f]amilies come in different shapes and sizes" soos hierbo in hoofstuk 1 paragraaf 3 uiteengesit. Artikel 22 gaan van die vertrekpunt uit dat daar verskillende gesinsmodelle in die Suid-Afrikaanse multikulturele gemeenskap aan die orde is. Die *Kinderwet* laat beide die ongetroude vader van die kind en ook enige belanghebbende persoon wat ŉ belang by die sorg, welsyn en ontwikkeling van die kind het, toe om ouerlike regte en verantwoordelikhede by wyse van ooreenkoms te bekom.[426] Gewoonlik sal die moeder die ander party tot die ooreenkoms wees, maar haar betrokkenheid is nie ŉ gegewe nie; as daar ander houers van regte en verantwoordelikhede is, is hulle regtens bevoeg om sodanige ooreenkoms te sluit. Dit is derhalwe moontlik, ofskoon onwaarskynlik, dat die biologiese vader regte en verantwoordelikhede ten spyte van die moeder se teenkanting kan bekom.[427]

---

425 Die formaat en voorgeskrewe inhoud word voorgeskryf deur die regulasies van die *Kinderwet*. Sien ook die definisie van "voorgeskryf" in a (1)(1).

426 Aa 22(1)(a) en (b)

427 *Nemo dat quod non habet* word statutêr vergestalt in a 22(2). Dit volg dus dat niemand ken meer regte en verantwoordelikhede oordra as waaroor hy besit nie. ŉ Belangrike aspek van laasgenoemde is dat die moeder sonder voogdy nie voogdy kan oordra nie.

Die ooreenkoms moet aan die vereistes van artikel 7[428] insake die beste belange van die kind voldoen. Vanselfsprekend moet die voorskrifte van die gelykheidsklousule in artikel 9 van die *Grondwet* steeds voor oë gehou word sodat daar nie op ongrondwetlike wyse teen die betrokke kind gediskrimineer word nie.[429] Dit behoef geen verdere betoog nie dat die beste belang van die kind hier eweneens deurslaggewend sal wees. Daarbenewens vind die reg van die kind om uit hoofde van artikel 10 van die *Kinderwet* gehoor te word *mutatis mutandis* ook hier toepassing.

---

428 A 7(1) Wanneer 'n bepaling van hierdie wet ook al vereis dat die beste belange van die kind standaard toegepas moet word, moet die volgende faktore, wanneer relevant, in aanmerking geneem word, naamlik:

(a) die aard van die persoonlike verhouding tussen – (i) die kind en die ouers, of enige spesifieke ouer; en (ii) die kind en enige ander versorger of relevante persoon in daardie omstandighede;

(b) die houding van die ouers, of enige spesifieke ouer jeens – (i) die kind; en – (ii) die uitoefening van ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind;

(c) die kapasiteit van die ouers, of enige spesifieke ouer, of van enige ander versorger of persoon om voorsiening te maak vir die behoeftes van die kind, insluitende emosionele en intellektuele behoeftes;

(d) die waarskynlike effek van enige verandering in die kind se omstandighede op die kind, insluitende die waarskynlike effek op die kind van enige skeiding van – (i) beide of enige van die ouers; of (ii) enige broer of suster of ander kind, of enige ander versorger of persoon by wie die kind gewoon het;

(e) die praktiese moeisaamheid en uitgawe verbonde daaraan vir 'n kind om kontak te hê met die ouers of enige spesifieke ouer en of daardie moeisaamheid of uitgawe die kind se reg om persoonlike verhoudings en direkte kontak met die ouers of enige spesifieke ouer op 'n gereëlde basis vol te hou substansieel sal beïnvloed;

(f) die behoefte van die kind – (i) om in die sorg van sy of haar ouer, familie of uitgebreide familie te bly; en (ii) om 'n verbinding met sy of haar familie, uitgebreide familie, kultuur of tradisie te behou;

(g) die kind se – (i) ouderdom, volwassenheid en fase van ontwikkeling; (ii) geslag; (iii) agtergrond; en (iv) enige ander karaktertrekke van die kind;

(h) die kind se fisieke en emosionele sekerheid en sy of haar intellektuele, emosionele, sosiale en kulturele ontwikkeling;

(i) enige gebrek wat 'n kind mag hê;

(j) enige chroniese siekte waaraan 'n kind mag lei;

(k) die behoefte van 'n kind om groot te word in 'n stabiele gesinsomgewing en waar dit nie moontlik is nie, in 'n omgewing wat so nou as moontlik ooreenkom met 'n versorgende gesinsomgewing;

(l) die behoefte om die kind te beskerm teen enige fisieke of sielkundige leed wat veroorsaak mag word deur – (i) die onderwerping van die kind aan mishandeling, misbruik, verwaarlosing, eksploitasie of vernedering of die blootstelling van die kind aan geweld of eksploitasie of ander skadelike optrede; of (ii) die blootstelling van die kind aan mishandeling, misbruik, vernedering, slegte behandeling, geweld of skadelike optrede jeens 'n ander persoon;

(m) enige gesinsgeweld wat die kind of familielid van die kind betrek; en

('n) welke aksie of beslissing verdere regs- of administratiewe verrigtinge met betrekking tot die kind sal vermy of verminder.

429 A 9(1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.

5.3.2.1.3 Formaliteite

Die ooreenkoms word eers afdwingbaar nadat dit by die kantoor van die gesinsadvokaat[430] geregistreer is of ŉ bevel van die Hoë Hof, egskeidingshof of kinderhof gemaak is.[431] Die ooreenkoms moet dus skriftelik wees en besonderhede rakende die sorg, kontak en onderhoud van die kind asook ander verwante aangeleenthede met betrekking tot die welsyn van die kind bevat. Dit moet die gesamentlike regte en verantwoordelikhede van die belanghebbendes uiteensit.[432] In die geval van meerdere kinders moet ŉ addisionele ooreenkoms ten aansien van elke kind opgestel word.[433] Die ooreenkoms/te moet tesame met die aansoek om registrasie daarvan by die kantoor van die gesinsadvokaat ingedien word.[434] Afskrifte daarvan moet by die kantoor van die gesinsadvokaat, kinderhof of Hoë Hof geliasseer word.[435] Dit is gevolglik duidelik dat alle betrokkenes ŉ geregistreerde afskrif van die ooreenkoms moet ontvang.

Bevestigingsverrigtinge in enige van die howe deur artikel 29[436] van die *Kinderwet* gereël. Soos herhaaldelik reeds hierbo verduidelik het die kind ook hier die reg om

430 A 22(4)(a).
431 A 22(4)(b).
432 A 22(3).
433 Regulasie 7(4).
434 Regulasie 7(2).
435 Regulasie 7(5).
436 ŉ Aansoek ingevolge aa 29(1)22(4)(b), 23, 24, 26(1)(b) of 28 kan voor die Hoë Hof, ŉ egskeidingshof in ŉ egskeidingsaangeleentheid of ŉ kinderhof, wat die geval ook al mag wees, in welke hof se jurisdiksiegebied die betrokke kind gewoonlik woonagtig is, gebring word.
Artikel 29 bepaal:
(1) ŉ Aansoek ingevolge artikel 22(4)(b), 23, 24, 26(1)(b) of 28 kan voor die Hoë Hof, ŉ egskeidingshof in ŉ egskeidingsaangeleentheid of ŉ kinderhof, wat die geval ook al mag wees, in welke hof se jurisdiksiegebied die betrokke kind gewoonlik woonagtig is, gebring word.
(2) ŉ Aansoek vir voogdyskap van ŉ kind ingevolge artikel 24 moet die redes bevat waarom die applikant nie aansoek doen vir die aanneming van die kind nie.
(3) Die hof wat ŉ aansoek in subartikel (1) bedoel aanhoor kan die aansoek onvoorwaardelik of onderhewig aan sodanige voorwaardes wat die hof mag vasstel toestaan, of kan die aansoek weier, maar ŉ aansoek mag alleenlik toegestaan word as dit in die beste belange van die kind is.
(4) Wanneer ŉ aansoek in subartikel (1) bedoel oorweeg word moet die hof gelei word deur die beginsels in Hoofstuk 2 uiteengesit tot die mate waartoe daardie beginsels op die aangeleentheid voor die hof van toepassing is.
(5) Die hof kan vir doeleindes van die verhoor beveel dat –
(a) ŉ verslag en aanbevelings van ŉ gesinsadvokaat, ŉ maatskaplike werker of ander gepaste gekwalifiseerde persoon aan die hof voorgelê moet word;

gehoor word. Sy/haar ouderdom en emosionele volwassenheid sal vanselfsprekend van besondere belang wees.[437] Die kind moet oor die inhoud van die ooreenkoms ingelig word en indien hy/sy nie daarmee saamstem nie moet dit so in die ooreenkoms aangeteken word en vir mediasie verwys word.[438] Daar word met respek aan die hand gedoen dat dit onseker is of mediasie in sodanige gevalle enige doel sal dien.

5.3.2.1.4 Wysiging, verandering of beëindiging van ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkomste

By suksesvolle registrasie van die ooreenkoms kan dit op soortgelyke wyse as waarvolgens dit geregistreer is, gewysig of beëindig word. Die aansoek word dus voor die hof gebring wat die ooreenkoms geregistreer het.

> Artikel 22(6)(*b*): ’n Ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms wat ’n hofbevel gemaak is, kan alleenlik gewysig of beëindig word op versoek -
>
> (i) van ’n persoon wat ouerlike regte en verantwoordelikhede het ten opsigte van die kind;
>
> (ii) van die kind wat optree met die toestemming van die hof; of
>
> (iii) van enige ander persoon wat in die kind se belang optree met die toestemming van die hof.

(b) ’n aangeleentheid wat deur die hof gespesifiseer is ondersoek moet word deur ’n persoon deur die hof aangewys;

(c) ’n persoon deur die hof gespesifiseer voor die hof moet verskyn om getuienis af te lê of te lewer;

(d) die applikant of enige party wat die aansoek teenstaan die koste van enige sodanige ondersoek of verskyning moet betaal.

(6) Behoudens artikel 55 kan die hof —

(a) ’n regspraktisyn aanstel om die kind te verteenwoordig by die hofverrigtinge; en

(b) die partye tot die verrigtinge of enige een van hulle of die staat indien dit andersins wesenlike ongeregtigheid sou teweegbring beveel om die koste van sodanige verteenwoordiging te betaal.

(7) Indien dit vir ’n hof tydens die verloop van enige verrigting voor die hof blyk dat ’n kind betrokke by of wat geaffekteer is deur daardie verrigtinge sorg en beskerming benodig, moet die hof beveel dat die vraag of die kind sorg en beskerming benodig verwys word na ’n aangewese maatskaplike werker vir ondersoek ingevolge artikel 155(2).

437 Algemene regulasies rakende kinders 2010 – regulasie 8(3)(a).

438 Regulasie 8(3)(b).

Die aansoek kan deur ’n persoon met ouerlike regte en verantwoordelikhede,[439] die kind self (met verlof van die hof)[440] of ’n ander belanghebbende wat in die kind se beste belang optree (met verlof van die hof) gebring word:[441]

> Artikel 22(6)(*a*): ’n Ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkoms wat geregistreer is deur die gesinsadvokaat kan gewysig of beëindig word deur die gesinsadvokaat op versoek -
>
> (i) van ’n persoon wat ouerlike regte en verantwoordelikhede het ten opsigte van die kind;
> (ii) van die kind wat optree met die toestemming van die hof; of
> (iii) van enige ander persoon wat in die kind se belang optree met die toestemming van die hof.

As die ooreenkoms deur die kantoor van die gesinsadvokaat geregistreer is sal die kantoor regtens in staat wees om die ooreenkoms te wysig, te verander of te beëindig. Die aansoek kan eweneens deur ’n persoon met ouerlike regte en verantwoordelikhede,[442] die kind self (met verlof van die hof)[443] of ’n ander belanghebbende wat in die kind se beste belang optree (met verlof van die hof) gedoen word.[444] Schäfer[445] argumenteer dat artikel 22(6)(a) se verwysing na "die" gesinsadvokaat op enige gesinsadvokaat slaan en nie slegs die advokaat wat die oorspronklike ooreenkoms geregistreer het nie. Die ooreenkoms sou gevolglik nie gewysig of beëindig kon word indien die betrokke gesinsadvokaat hetsy nie meer werksaam of oorlede is nie. Daar word met respek aan die hand gedoen dat hierdie siening met omsigtigheid bejeën moet word aangesien vernadering van die lidwoord die na 'n sou kon meebring dat 'n gesinsadvokaat wat nie met die ooreenkoms gemoeid is nie dit sou moes registreer. Die beste belang van die kind kan juis hierdeur in gedrang gebring word aangesien sodanige gesinsadvokaat nie oor voldoende kennis en agtergrond van die betrokke omstandighede beskik nie.

Dit is onduidelik waarom die hof se toestemming in bogenoemde gevalle vereis word waar aansoeke deur kinders of ander belanghebbendes gebring word. Daar word geen duidelike riglyne vir bogemelde aansoeke om verlof gegee nie:

---

439 A 22(6)(b)(i) van die *Kinderwet.*
440 A 22(6)(b)(ii).
441 A 22(6)(b)(iii).
442 A 22(6)(a)(i).
443 A 22(6)(a)(ii).
444 A 22(6)(a)(iii).
445 *Child law in South Africa*.

> Artikel 22(5):Voordat ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms geregistreer word of voordat ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms ŉ hofbevel gemaak word, moet die betrokke gesinsadvokaat of hof tevrede wees dat die ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms in die beste belang van die kind is.

In alle omstandighede is die maatstaf vir registrasie of bevestiging van ŉ ooreenkoms die beste belang van die kind. Die sogenaamde vorm 5[446] moet gebruik word in gevalle waar die gesinsadvokaat homself wil vergewis dat die ooreenkoms wel in die kind se beste belang is. Die gesinsadvokaat kan nie ŉ ouerlike regte en verantwoordelikhede-ooreenkoms rakende voogdy registreer nie.[447] Die Hoë Hof het uitsluitlike jurisdiksie daaroor.[448]

5.3.2.2 Deur hofbevel

Alhoewel geen voorsiening[449] vir die verkryging van volle ouerlike regte en verantwoordelikhede by wyse van ŉ hofbevel gemaak word nie, maak die *Kinderwet* daarvoor voorsiening dat voogdy,[450] kontak[451] of sorg[452] by wyse van ŉ hofbevel[453] bekragtig kan word. Alhoewel daar ooreenkomste bestaan tussen die substantiewe en formele vereistes wat die drie tipes bevele beheers is daar ook sekere verskille. Dit sluit die *locus standi* van die applikant, die jurisdiksie om die aansoek aan te hoor en die sogenaamde beste belang kontrole-lys in.

5.3.2.2.1 *Locus standi*

Oor die algemeen het enige persoon wat ŉ belang in die sorg, welstand of ontwikkeling van die kind het, *locus standi* om aansoek vir ŉ bevel te doen.[454] 'n Belangrike uitsondering is dat ŉ nie-Suid-Afrikaanse burger nie aansoek kan doen

---

446 Aanhangsel A van die Algemene regulasie rakende kinders 2010.
447 A 22(7).
448 A 22(7).
449 Schäfer *Child law in South Africa* 247.
450 A 24(1).
451 A 23(1)(a).
452 A 23(1)(b).
453 A 23.
454 Aa 23(1) en 24.

vir voogdy nie.[455] Hy/sy moet vir interstaatlike aanneming ingevolge hoofstuk 16 van die *Kinderwet* aansoek doen. Die rede daarvoor lê voor die hand; dit sou heel eenvoudig vir ŉ nie-Suid-Afrikaanse burger wees om aansoek te doen vir voogdy, daarna aansoek vir ŉ paspoort vir die kind te doen en dan die kind landuit te neem. Dit egter nie duidelik in welke mate howe hierdie beletsel as absoluut verbiedend sal bejeën nie.[456] Alhoewel dit korrek is soos Heaton[457] argumenteer dat die Hoë Hof steeds die oppervoog van kinders is en daarom enige bevel kan maak wat in die kind se beste belang is, blyk dit inderdaad onwaarskynlik te wees dat ŉ hof ŉ voorskriftelike statutêre bepaling sal ignoreer.[458] Dit sal waarskynlik in die meeste gevalle in belang van langtermyn stabiliteit van die kind wees om eerder die roete van interstaatlike aanneming te volg. ŉ Moontlike uitsondering mag wees waar ŉ permanente of langtermyn buitelander medevoogdy aanvra.[459]

5.3.2.2.2 Jurisdiksie

ŉ Aansoek vir kontak of sorg mag deur ŉ egskeidingshof, kinderhof of Hoë Hof aangehoor word, maar voogdy slegs deur die Hoë Hof. In alle gevalle jurisdiksie deur die kind se primêre plek van verblyf bepaal word. Artikel 29(1) bepaal voorts (in ooreenstemming met artikel 23(1), maar nie artikel 24(1)) nie, dat aansoeke word voor die Hoë Hof, egskeidingshof of kinderhof gebring kan. Artikel 24 handel met aansoeke om voogdy en beperk jurisdiksie tot die Hoë Hof.

5.3.2.2.3 Die beste belang-"kontrolelys"

Die derde aspek van verskil is die kontrolelys met betrekking tot die verskillende aansoeke. Vir aansoeke om sorg of kontak geld die volgende faktore:

---

455 A 25.

456 Heaton "Parental responsibilities and rights" 3-19.

457 Heaton "Parental responsibilities and rights" 3-19.

458 *De Gree v Webb* 2006 6 SA 51(W); *AD v DW* 2008 3 SA 183 (KK).

459 In omstandighede soortgelyk aan die in *Ex Parte Kedar* Sou dit ten tyde van ŉ aansoek om kontak of sorg blyk dat ŉ ander alreeds aansoek gedoen het vir aanneming van die kind, moet die hof ŉ verslag aanvra van ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundigevir ŉ aanbeveling oor wat in die beste belang van die kind sal wees. Die hof mag die verrigtinge opskort, waarskynlik hangende finalisering van die aannemingsaansoek. Die wet swyg oor hoe die Hoë Hof voort moet gaan indien, ten tyde van ŉ aansoek om voogdyskap, dit blyk dat ŉ aansoek om aanneming ook hangend is. Dit wil blyk asof dit in die kind se beste belang sou wees om eers die aannemingsaansoek af te handel.

- die beste belang van die kind;
- die verhouding tussen die applikant en die kind, en enige ander relevante persoon en die kind;
- die graad van toewyding wat die applikant teenoor die kind getoon het;
- tot welke mate die applikant tot die uitgawes met betrekking tot die geboorte en onderhoud van die kind; en bygedra het
- enige ander faktor wat die hof nodig om in aanmerking te neem.[460]

Die kontrolelys in voogdy-aansoeke is:

- die beste belang van die kind;
- die verhouding tussen die applikant en die kind, en enige ander relevante persoon en die kind; en
- enige ander faktor wat die hof nodig om in aanmerking te neem [461]

5.3.2.3 Die effek van die bevel op ander houers van ouerlike regte en verpligtinge

Die *Kinderwet* bepaal dat ŉ sorg en kontak-bevel nie die ouerlike regte en verantwoordelikhede van ŉ ander persoon vervang nie.[462] Dit is egter onseker of dit ook die geval ten opsigte van ŉ bevel met betrekking tot voogdy sou wees. Daar is egter geen rede om aan te neem dat ŉ voogdybevel die ouerlike regte en verantwoordelikhede van ŉ ander sal raak nie.[463] Die wet vereis wel dat die applikant om voogdy moet aantoon waarom ŉ bestaande houer van voogdy nie geskik is om voogdy ten aansien van die kind te hê nie[464] en redes moet aanvoer waarom hy nie vir aanneming aansoek doen nie. Dit blyk gevolglik dat die rede onderliggend aan artikel 24 daarop afgestem is om voogdy te ontmoedig en aanneming aan te moedig.

460 A 23(2).
461 A 24(2).
462 A 23(4).
463 Heaton"'Parental responsibilities and rights" 3-19.
464 A 24(3).

5.3.2.4 Deur testamentêre aanstelling

Artikel 27 stel ŉ ouer wat die alleenvoog van ŉ kind is of wat die alleenversorger van die kind is in staat om iemand aan te wys om hom/haar as voog op te volg. Die aanstelling word in ŉ testament gemaak en tree eers in werking na die dood van die testateur en indien die genomineerde die aanstelling aanvaar. Die vraag of meer as een persoon aangewys kan word, word egter oopgelaat. Artikel 27(4) voorsien die moontlikheid. Dit is onduidelik waarom artikel 27 in die wet opgeneem is aangesien artikel 5 van die *Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953* steeds van krag is.

5.4 Gesamentlike ouerskap

Een van die belangrikste aspekte van die *Kinderwet* is die voorsiening meerdere, gesamentlike draers van ouerlike regte en verantwoordelikhede gelyklopend. Voor die inwerkingtrede van die *Kinderwet* was Suid-Afrikaanse howe nie geneë om oorweging aan die moontlikheid te skenk dat meer as een persoon vir besluitneming rakende kinders verantwoordelik kon wees nie. Die vader se besluite was gewoonlik bepalend[465] in gevalle waar getroude ouers saamgewoon het. Sou daar ŉ dispuut oor ouerskap wees, sou die konsep van gesamentlike ouerskap gewoonlik deur die howe verwerp word. Die Kommissie het vir meer as een wyse voorsiening gemaak waarop verpligtinge en regte na alle sorggewers uitgebrei kon word.[466] Dit is aanduidend van die algemene reël dat meer as een draer van dieselfde regte en verantwoordelikhede sonder toestemming van die ander sy/haar regte mag uitoefen.[467] Hierdie benadering is in pas met die Engelse *Children's Act* 1989 (UK)[468]. Onafhanklike besluitneming word egter aan sekere beperkings gekoppel:

465 Sinclair *The Law of Marraige* (1996) 112-113. ???
466 A 30(1).
467 Aa 30(1) en (2).
468 *Childrens Act* 1989 (UK) aa 2(5) en (7).

5.4.1 Voogdy

Die toestemming van alle sorggewers word in sekere gevalle vereis:

- toestemming tot die kind se huweliksluiting;
- aansoek vir 'n paspoort of sy/haar vertrek of verwydering uit Suid-Afrika, en
- die vervreemding van sy/haar onroerende eiendom.[469]

5.4.2 Die afstanddoening en vervreemding van ouerlike verpligtinge en regte

Sorggewers is regtens nie instaat om van hulle ouerlike verpligtinge en regte afstand te doen of om dit te vervreem nie. Die delegering van ouerlike verpligtinge en regte is wel toelaatbaar alhoewel die persoon wat sy/haar magte delegeer steeds vir enige gebreke by die uitoefening daarvan verantwoordelik sal wees.

5.4.3 Die reg van die kind om gehoor te word

Op die oog af lyk dit asof artikel 31 'n meer gewigtige verpligting as artikel 10 van die *Kinderwet* behels. Eerstens word die kind se reg tot deelname ingevolge artikel 10 beperk tot aangeleenthede wat hom/haar raak. Artikel 31 maak slegs voorsiening vir die kind se deelname in "major decisions". Tweedens is die reg van die kind in artikel 10 voorwaardelik en gekoppel aan die kind se vermoë om sy opinie te lug. Artikel 31 kan geïnterpreteer word dat die kind se voorkeure in alle gevalle in ag geneem moet word met inagneming van die kind se ouderdom, volwassenheid en sy/haar stadium van ontwikkeling. Derdens word daar in artikel 10 verwys na die kind se "view" terwyl artikel 31 "views" en "wishes" insluit.

In *J v J*[470] is dit egter duidelik gemaak dat selfs al sou die uitleg van die twee artikels met mekaar versoen word, sou die beste belang van die kind steeds deurslaggewend wees. Die kind se beste belang sal ook die bepalende faktor

---

469 A 18(3)(c).
470 *J v J* 2008 6 SA 30 (KH).

wees waar daar nie deeglik oorweging geskenk is aan die opinies van die mededraers van ouerlike regte en verantwoordelikhede nie.

5.5 Ouerskapsplanne

5.5.1 Inleiding

Ouerskapsplanne is ŉ statutêre skepping wat uit moderne ontwikkeling rondom die ouer-kind-verhouding voortvloei. Sodanige planne is ook sprekend van die Kommissie se pragmatiese beskouing van die ouer-kind-verhouding. Trouens, dit gee gestalte aan die uitspraak van die Konstitusionele Hof in *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*[471] waar die hof opmerk dat:

> The absence of marriage and family rights in many African and Asian countries reflects the multi-cultural and multi-faith character of such societies. *Families are constituted, function and are dissolved in such a variety of ways, and the possible outcomes of constitionalising family rights are so uncertain, that the constitution makers appear frequently to prefer nor to regard the right to marry or to pursue family life as a fundamental right that is appropriate for definition in constitutionalised terms. They thereby avoid disagreements over whether the family to be protected is a nuclear family or an extended family, or over which ceremonies, rites or practices would constitute a marriage deserving of constitutional protection.* (eie kursivering)

Die statutêre voorsiening vir ouerskapsplanne bied ŉ praktiese erkenning van die veranderende *mores* soos dit deur die Konstitusionele Hof uiteengesit word. Dit weerspieël die moderne sosio-ekonomiese werklikheid wat nie meer geykte beskouings van die familie as geldend aanvaar nie. Dit gaan voorts van die vertrekpunt uit dat ouers tipies in die beste belang van hulle kinders optree.[472]

Artikel 33 van die *Kinderwet* maak voorsiening vir die opstel van ouerskapsplanne as ŉ hulpmiddel aan ouers by die praktiese implementering en uitoefening van

---

471 1994 4 SA 744 (KH).

472 In die aanhef van die *Kinderwet* word byvoorbeeld vermeld dat "die kind moet grootword in ŉ gesinsomgewing en in ŉ atmosfeer van gelukkigheid, liefde en begrip vir die volle en harmonieuse ontwikkeling van sy of haar persoonlikheid;"

hulle verpligtinge en regte jeens kinders. Ingevolge artikel 33(1)[473] is ŉ ouerskapsplan ŉ ooreenkoms tussen medebesitters[474] van regte en verantwoordelikhede jeens kinders waarin ooreengekom word op hoedanige wyse die onderskeie verantwoordelikhede en regte prakties uitgeoefen sal word. Daar dien egter vermeld te word dat artikel 1 (1)(e) nie ŉ definisie[475] van ouerskapsplanne bied nie.

5.5.2 Registrasie van ouerskapsplanne

In beginsel moet ouerskapsplan aan die beste belang van die kind voldoen. Artikel 34 lui soos volg:

> (1) ŉ Ouerskapsplan -
>
> *(a)* moet op skrif wees en geteken wees deur die partye tot die ooreenkoms; en
>
> *(b)* moet, behoudens subartikel (2), geregistreer wees by ŉ gesinsadvokaat of ŉ hofbevel gemaak word

Dit blyk uit die bepaling van subartikel (1)(b) dat partye ŉ keuse gelaat word om die ooreenkoms by òf ŉ kantoor van die gesinsadvokaat te registreer, òf om ŉ hofbevel te dien effek te verkry. Dit staan egter vas dat die plan in skriftelike formaat moet wees en deur al die partye tot die ooreenkoms onderteken moet word. Subartikel (2) vereis dat die aansoek in die voorgeskrewe formaat wees en bepaalde besonderhede moet bevat. Dit moet voorts ingevolge subartikel (2)(b) deur ŉ afskrif van die plan vergesel wees. Subartikel (3) handel met die vereistes vir die

---

473 A 33(1) Die medebesitters van ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van ŉ kind kan ooreenkom op ŉ ouerskapsplan wat die uitoefening van hul onderskeie regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind bepaal.

474 Ter wille van gerief word met die terminologie van die Wet volstaan en word eweneens na "medebesitters" verwys. Daar word egter ter oorweging gegee dat "mededraers" eerder korrek sou wees.

475 A 33(3) is aanduidend van ŉ moontlike definisie van ouerskapsplanne:
ŉ Ouerskapsplan kan enige aangeleentheid in verband met ouerlike regte en verantwoordelikhede bepaal, insluitende
(a) waar en saam met wie die kind moet woon;
(b) die onderhoud van die kind;
(c) kontak tussen die kind en -
(i) enige van die partye; en
(ii) enige ander persoon; en
(d) die skoolonderrig en godsdienstige opvoeding van die kind.

registrasie van ŉ ouerskapsplan, hetsy deur die gesinsadvokaat of deur ŉ hofbevel en lees soos volg:

> 3) ŉ Aansoek deur medebesitters bedoel in artikel 33(2) vir die registrasie van ŉ ouerskapsplan of om dit ŉ hofbevel te maak moet -
>
> *(a)* in die voorgeskrewe formaat wees en die voorgeskrewe besonderhede bevat; en
>
> *(b)* vergesel wees deur
>
> (i) ŉ afskrif van die plan; en
>
> (ii) ŉ verklaring deur -
>
> (aa) ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige in artikel 33(5)(a) bedoel tot die effek dat die plan opgestel is na oorleg met sodanige gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige; of
>
> (bb) ŉ maatskaplike werker of ander geskikte persoon in artikel 33(5)(b) bedoel tot die effek dat die plan opgestel is na mediasie deur sodanige maatskaplike werker of sodanige persoon.

In gevalle waar die ouerskapsplan by ŉ gesinsadvokaatgeregistreer is bepaal artikel 34(4)[476] dat mededraers van ouerlike regte en verantwoordelikhede wat partye tot die ouerskapsplan is aansoek vir ŉ wysiging of beëindiging van die ouerskapsplan kan doen. Geen vereistes vir die aansoek word uiteengesit nie. Sub-artikel (5)(a) bepaal dat ŉ ouerskapsplan wat ŉ hofbevel gemaak is inderdaad gewysig of beëindig kan word. Volgens die subartikel moet die aansoek gebring word deur die mededraers van ouerlike regte en verantwoordelikhede wat partye tot die plan is. Ingevolge subartikel 34 (5) (b) en (c) kan sodanige aansoek deur òf die kind, òf deur enige ander persoon wat in die belang van die kind handel gebring word. Ingevolge hierdie twee subartikels word toestemming van die hof vereis alvorens sodanige aansoek gebring mag word. Daar heers onsekerheid oor die vraag welke hof jurisdiksie het aangesien artikel 34 daaroor swyg. Eweneens werp die woordbepaling in artikel 1(1) ook nie lig op die aangeleentheid nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat die geykte reël dat die Hoë Hof die oppervoog van alle minderjarige kinders in sy jurisdiksiegebied is *ipso facto* meebring dat dit

476 (4) ŉ Ouerskapsplan wat by ŉ gesinsadvokaat geregistreer is, kan op versoek deur die medebesitters van ouerlike regte en verantwoordelikhede wat partye is tot die plan gewysig word of beëindig word deur die gesinsadvokaat.

die korrekte hof is om te nader.[477] Dit is onseker of die kinderhof jurisdiksie uit hoofde van artikel 45(1)(a), (b), en (k) het en die aangeleentheid word daargelaat. Eweneens is daar onduidelikheid of streekhowe *qua* egskeidingshowe jurisdiksie in hierdie aangeleenthede het.

5.5.3 Verpligte ooreenkomste

Artikel 33(2)[478] bepaal dat ouers of ander mededraers van regte en verantwoordelikhede nie die hof mag nader oor uitsluitsel rakende die uitoefening daarvan nie alvorens daar gepoog is om ŉ ouerskapsplan op te stel nie[479] Die sub-artikel vereis bloot dat die partye moet "[p]oog om ooreen te kom op ŉ ouerskapsplan" sonder om nadere beskrywing te bied wat onder poog verstaan moet word. *Prima facie* blyk dit dus dat *ad hoc* anekdoties vasgestel moet word of ŉ poging inderdaad aangewend is sodat selfs by weiering van een of meerdere draers van ouerlike regte en verantwoordelikhede om in gesprek te tree daar steeds bevind mag word dat daar ŉ poging aangewend is. Daar word aan die hand gedoen dat howe in gevalle van hierdie aard na die *bona fides* van die weieraars sal kyk. Hierdie submissie word gestaaf deur die voorskrif waarvan ŉ kostebevel[480] teen ŉ persoon gemaak kan word wat weier om hom/haar aan mediasie te onderwerp wat op die sluiting van ŉ ouerskapsplan gerig is.

Artikel 33(5)(b)[481] vereis dat partye van ŉ gesinsadvokaat,[482] maatskaplike werker of sielkundige, of mediasie deur ŉ maatskaplike werker of "ander gepaste gekwalifiseerde persoon" in die voorbereiding van ŉ ouerskapsplan gebruik moet maak. Die imperatiewe aard van hierdie bepaling word deur die woord "moet"

---

477 Hoë Hof se gesag as oppervoog, sien Kruger 1994 *THRHR* 304.

478 A 33(2): Indien die medebesitters van ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van ŉ kind moeilikheid ondervind in die uitoefening van hul regte en verantwoordelikhede, moet daardie persone eers poog om ooreen te kom op ŉ ouerskapsplan wat die uitoefening van hul onderskeie regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kind bepaal voordat die tussenkoms van ŉ hof opgesoek word

479 Algemene regulasies rakende Kinders 2010 reg 10(1).

480 A 69 van die *Kinderwet*.

481 A 33(5): By die opstelling van ŉ ouerskapsplan soos in subartikel (2) bedoel, moet die partye - (a) die bystand van ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige; of (b) mediasie deur ŉ maatskaplike werker of ander gepaste gekwalifiseerde persoon, aanvra.

482 Sien a 1(1) vir die definisie van "familieadvokaat".

geïllustreer. Daar word aan die hand gedoen dat daar ŉ mate van onsekerheid deur die saamlees van hierdie bepaling met dié in artikel 34(3)(b)(ii)(bb) geskep word. In artikel 33 (5)(b) word daar na ŉ "ander gepaste gekwalifiseerde persoon" verwys. Daarteenoor verwys artikel 34(3)(b)(ii)(bb) na ŉ "geskikte persoon" soos dit in artikel 33(5)(b) bedoel word. Die wet bevat geen aanduiding wat met "gepaste gekwalifiseerde persoon" of "geskikte persoon" bedoel word nie.

Na sluiting van ŉ ooreenkoms waarin die ouerskapsplan vervat is kan die ooreenkoms òf by wyse van ŉ aansoek ŉ bevel van die hof gemaak word òf by die kantoor van die gesinsadvokaat geregistreer word.[483]

5.5.4 Vrywillige ooreenkomste

Die *Kinderwet* maak ook voorsiening vir gevalle waar ouers en ander mededraers van ouerlike verantwoordelikhede en regte die keuse kan uitoefen om vrywillig ŉ ouerskapsplan op te stel.[484] In hierdie geval is die voorvereistes nie so rigied as in die geval van verpligte ooreenkomste nie. Die betrokkenheid van ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker, sielkundige of mediator by die opstel van die plan is byvoorbeeld nie ŉ voorvereiste nie. Voorts het die partye ŉ keuse om die ouerskapsplan by ŉ gesinsadvokaat te registreer of in ŉ bevel van die hof te laat vervat.[485] Die aansoek moet egter steeds in die voorgeskrewe formaat[486] wees en van ŉ kopie van die ouerskapsplan vergesel gaan.[487] Die ouerskapsplan moet uiteraard deur al die partye onderteken word.[488] ‘n Bestaande egskeidingsbevel kan gewysisig word wanneer ‘n ouerskapsplan ŉ bevel van die hof gemaak word.

483 Algemene regulasies rakende Kinders 2010 reg 10(1). Vorm 9 as die ouerskapsplan met behulp van ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige voltooi is. Vorm 10 is van toepassing as die ouerskapsplan die produk van mediasie is. Die betrokke vorm moet ingedien word tesame met ŉ kopie van die ouerskapsplan; asook ŉ verklaring wat aandui dat die plan na aanleiding van konsultasie, of as alternatief mediasie, bereik is.

484 A 33(2).

485 A 34(1)(b).

486 A 34(2)(a).

487 A 34(2)(b).

488 A 34(1(a).

5.5.5 Jurisdiksie

Artikel 34(6) van die *Kinderwet* gelees met artikel 29 wat voorsiening maak vir jurisdiksie in ŉ Hoë Hof, ŉ egskeidingshof of ŉ kinderhof vind ook toepassing in aangeleenthede soos in artikel 33(1) uiteengesit word. Daar word nie melding gemaak van aansoeke ingevolge artikel 33(2) bespreek nie. Die *Kinderwet* gee ook geen aanduiding of die gesinsadvokaat of die hof by magte sal wees om die registrasie van ŉ ouerskapsplan te weier nie. Daar word aan die hand gedoen dat die sluitsteen ook sal wees of die ouerskapsplan in die beste belang van die kind is.[489]

5.5.6 Die kind

Die kind ten opsigte van wie die ouerskapsplan opgestel word, moet die geleentheid gegun word om sy/haar opinie uit te spreek. Soos reeds bespreek moet sy/haar ouderdom, emosionele en liggaamlike volwassenheid stteds voor oë gehou word[490] By die suksesvolle opstel van ŉ ouerskapsplan moet die kind word oor die inhoud daarvan ingelig word.[491]

5.6 Gevolgtrekking

Daar word aan die hand gedoen dat ouerlike regte- en verantwoordelikhede ooreenkomste asook ouerskapsplanne regtens ten doel het om erkenning aan moderne gesinstrukture te gee en om die beste belang van die kind te bevorder Daar word van rigiede en adversatiewe[492] juridiese prosesse met betrekking tot die ouer-kind-verhouding wegbeweeg en gepoog om gesinsproblematiek wat eiesoortige biologiese en etiese momente vertoon op ‘n alternatiewe wyse te beredder. Die adversatiewe prosesse wat gevolg word is nie met artikel 6(4)(a) van die Kinderwet of met artikel 28(2) van die *Grondwet* versoenbaar nie. Selfs in die gevalle waar die bemiddelingsproses verpligtend van aard is word die resultaat van

---

489 A 33(4).

490 Algemene regulasies rakende Kinders 2010 reg 10(1).

491 Regulasie 11(2) – deur ŉ gesinsadvokaat, maatskaplike werker, sielkundige, of ŉ toepaslike gekwalifiseerde person.

492 *Clemson v Clemson* (2002) 1 All SA 622 (W).

die bemiddeling nie op die partye afgedwing nie. Sou die bemiddeling wel ŉ ooreenkoms tot gevolg hê, sal die ooreenkoms as die produk van die partye self beskou word. Daar kan immers van regspraktisyns verwag word om die ouer-kind-verhouding met die nodige kundigheid en oordeel te bejeën.[493] Daar word aan die hand gedoen dat bemiddeling in die ouer-kind-verhouding deurgaans verpligtend behoort te wees.

Die adversatiewe proses is ooglopend nie in pas met die *Kinderwet* nie. Daar kan spesifiek na artikel 6(4)(a) verwys word:

> In enige aangeleentheid betreffende die kind -
>
> *(a)* behoort ŉ benadering gevolg te word wat bevorderlik is tot versoening en probleemoplossing en behoort ŉ konfronterende benadering vermy te word; en
>
> *(b)* moet ŉ vertraging in enige aksie of beslissing wat geneem moet word so ver moontlik vermy word.

493 *MB v NB* 2010 3 SA 220 (GSJ).

Hoofstuk 6

Gevolgtrekking en slot

6.1 Gevolgtrekking

"[f]amilies come in different shapes and sizes."[494] Hierdie uiteensetting van die Konstitutionele hof in die sogenaamde *Second Certification* uitspraak sit ongetwyfeld die verhouding tussen ouers en kinders of gesinslede korrek uiteen – dit klop met die sosiologiese werklikheid soos dit tans in Suid-Afrika ervaar word. Dit kon gevolglik kwalik anders as dat van die gesagsbegrip soos dit gemeenregtelik ontwikkel het wegbeweeg sou word. Ouerlike regte en verantwoordelikhede is eerder 'n korrekte beskrywing in die huidige tydsgewrig. Voorts strook die klemverskuiwing van 'n noodwendig biologiese grondslag om die ouer-kind-verhouding te onderlê na een wat by wyse van ooreenkoms tot stand kan kom met sosiologiese omstandighede soos dit tans in Suid-Afrika ervaar word waar toenemend meer kinders buite huwelike gebore word of as gevolg van siektetoestande of andersins wees gelaat word.

Die daarstelling van ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste asook ouerskapsplanne kan as 'n erkenning van die veranderde omstandighede deur die wetgewer gesien word asook daarvan dat adversatiewe litigasie duur en tydrowend is en nie noodwendig die beste belang van die kind dien nie. Hierdie ooreenkomste en planne bied aan partye die geleentheid om beheer oor aangeleenthede rakende kinders te neem terwyl die hof hoogstens 'n toesighoudende funksie hoef te vervul.

Van besondere belang vanuit 'n grondwetlike perspektief is die feit dat ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplannein die teken daarvan staan dat geen spesifieke voorkeur aan moeders of vaders gegee word nie; sodanige ooreenkomste en planne kan deur enige belanghebbende persoon gesluit word. Tipies sal dit deur die moeder en die natuurlike ongetroude vader

---

494 *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: in re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 4 SA 744 (KH)

van die kind gesluit word. Daar moet egter daarteen gewaak word dat onbehoorlike druk op die moeder uitgeoefen word wat tot nadeel van die kind mag strek.

Ouerlike regte en verantwoordelikhede oreenkomste en ouerskapsplanne soos dit deur die *Kinderwet* uiteengesit word verteenwoordig internasionaal aanvaarde denke oor ouer-kind-verhouding. Dit neem as vertrekpunt dat kinders vanweë liggaamlike en geestelike hulpbehoewendheid besondere beskerming behoef en binne 'n atmosfeer van geluk, liefde en begrip behoort te ontwikkel. Daarmee saam, en ten spyte daarvan dat ouers steeds as primêre versorgers van kinders erken word, word die ontwikkelende vermoë van die kind eweneens erken aangesien die kind se reg "to *p*articipate" van wesenlike belang in die totstandkoming van sodanige ooreenkomste en planne is.

6.2 Aanbevelings

Daar is in die verlede by herhaling vir 'n gesinshof in Suid-Afrika gepleit. Die argument wat deurlopend gevoer is was dat die adversatiewe bewysleweringsproses ontoepaslik vir gesinslitigasie sou wees. Die pleitdooie het vanweë 'n verskeidenheid redes op dowe ore geval en dit is tans duidelik dat n gesinshof op die lange baan geskuif is. Daar word egter aanbeveel dat erkenning daaraan gegee behoort te word dat gesinsprobleme nie noodwendig as probleme gesien word wat by wyse van litigasie beredder moet word nie. Erkenning van die unieke aard van die gesin is 'n *sine qua non* vir 'n proses van gesinskonflikbereddering op eiesoortige wyse. Teen hierdie agtergrond is die ontwikkeling van ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne 'n belangrike stimulus vir die bereiking van die ideaal van behoorlik funksionerende en omvattend gestruktureerde gesinshowe.

Daar word aan die hand gedoen dat behoorlik kennis geneem word van Family Relationship Centres (FRC's) soos dit in Australië as deel van 'n goed gevestigde gesinshofstruktuur ontwikkel het.[495] Die uitgangspunt onderliggend aan die funksionering van FRC's is dat ouerskapsdispute nie noodwendig regsprobleme is

495 Parkinson 2013 *Family Court Review* 196.

wat die tussenkoms van howe en regspraktisyns vereis om opgelos te word nie. Die fokus word dus verskuif van die regsproses as eerste linie vir die oplossing van gesinsprobleme en dit verteenwoordig 'n "[c]ultural change in the way family relationships are approached". Dit beklemtoon die bevordering van gesonde gesinsverhoudinge deur ooreenkoms eerder as litigasie aan te moedig. Van wesenlike belang is die reg van kinders om betekenisvolle verhoudings met albei ouers te behou.

Daar word met respek ter oorweging gegee dat ouerlike regte en verantwoordelikhede ooreenkomste en ouerskapsplanne as respons op 'n akuut ervaarde behoefte aan strukture en prosesse gesien moet word waarbinne gesinsdispute en probleme op 'n wyse onder die loep geneem word wat die *sui generis* aard daarvan erken. Onder geen omstandighede moet opgehou word om te pleit vir volledig geiintegreerde gesinshof nie en ouelike regte en verantwoordelikhede oorenkomste en ouerskapsplanne dien na my beskeie oordeel juis as boustene waarnee so 'n gesinshof tot stand kan kom.

Bibliografie

Literatuur

Alen en Pas 1996 *Monitoring Children's Rights*

Alen A en Pas W "The UN Convention on the Rights of the Child's Self-Executing Charter" 1996 *Monitoring Children's Rights* 165-186

Alston en Gilmour-Walsh *The best interests of the chil*d

Alston P en Gilmour-Walsh B *The best interests of the chil*d: *towards a synthesis of children's rights and cultural values* (UNICEF Florence 1996)

Alston en Parker "Introduction"

Alston P en Parker "Introduction" in Alston P, Parker S en Seymour J (reds) Seymour J (reds) *Children's Rights and the law* (Clarendon Press Oxford 1992)

Alston, Parker en Seymour *Children's Rights and the Law*

Alston P, Parker S en Seymour J (reds) *Children's Rights and the law* (Clarendon Press Oxford 1992)

Alston, Tobin en Darrow *Laying the foundations for children's rights*

Alston P, Tobin J en Darrow M *Laying the foundations for children's rights: an independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the Convention of the Rights of the Child* (UNICEF Florence 2005)

Andreae *Oud-Nederlandsch burgerlijke recht*

Andreae SJF *Het Oud-Nederlandsch burgerlijke recht* (Bohn Haarlem 1906)

Armstrong ea 1995 *IJCR*

Armstrong ea 1995 *The International Journal of Children's Rights* 333-368

Bainham *Children, the Modern Law*

Bainham A *Children, the Modern Law* (Jordan Publishing Bristol 2005)

Barnard, Cronjé en Olivier *Persone- en familiereg*

Barnard AH, Cronjé DSP en Olivier PJJ *Die Suid-Afrikaanse Persone- en familiereg* (Butterworths Durban 1994)

Barratt en Burman 2001 *SALJ*

Barratt A en Burman S "Deciding the best interests of the child: an international perspective on custody decision-making" 2001 *SALJ* 556

Boezaart (red) *Child Law in South Africa*

Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009)

Bonthuys 2006 *International journal of law, policy and the family*

Bonthuys E "The best interests of children in the South African Constitution" 2006 *International journal of law, policy and the family* 23-43

Bosman, Fick en Strydom *Custody and visitation disputes*

Bosman HM, Fick A en Strydom N *Custody and visitation disputes: a practical guide* (Butterworths Durban 1998)

Bosman-Sadie, Corrie en Swanepoel *A practical approach to the Children's Act*

Bosman-Sadie H, Corrie L en Swanepoel EJ *A practical approach to the Children's Act* (LexisNexis Durban 2010)

Brand "Introduction"

Brand D "Introduction" in Brand D en Heyns CH (reds) *Socio-Economic Rights* (University Law Press Pretoria 2005)

Buckland en Stein *Roman law*

Buckland WW en Stein P *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian* (Cambridge University Press Cambridge 2007)

Choi *Dialogue and antithesis*

Choi YJ *Dialogue and antithesis: a philosophical study on the significance of Herman Dooyeweerd's transcendental critique* (PhD-verhandeling Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys Potchefstroom 2006)

Clark 2001 *THRHR*

Clark B "My right to refuse or consent: The meaning of consent in relation to children and medical treatment" 2001 *Tydskrif vir die Romeins-Hollandse Reg* 605-618

Cockrell "The Law of Persons and the Bill of Rights"

Cockrell A "The Law of Persons and the Bill of Rights" 2003 *Bill of Rights Compendium*

Cronjé en Heaton *South African family law*

Cronjé DSP en Heaton J *South African family law* (LexisNexis Durban 2004)

Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook*

Currie I en De Waal J *The Bill of Rights Handbook* (Juta Kaapstad 2005)

Davel (red) ea *Introduction to Child Law in South Africa*

Davel CJ (red) ea *Introduction to Child Law in South Africa* (Juta Kaapstad 2007)

Davel 2002 *De Jure*

Davel CJ "The African Charter on the rights and welfare of the child, family law and children's rights" 2002 *De Jure* 281-296

De Groot *Inleidinge*

De Groot H *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheyd* uitgawe deur Andreae FSJ (Arnhem GoudaQuint 1906)

Detrick *Commentary*

Detrick S *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff London 1999)

De Villiers 1993 *Stell LR*

De Villiers B "The rights of children in international law" 1993 *Stell LR* 289-342

De Vos 1995 *SAPR/PL*

De Vos P "The economic and social rights of children and South Africa's transitional Constitution" 1995 *SAPR/PL* 233-259

Dewar en Parker *Law and the family*

Dewar J en Parker S *Law and the family* (Butterworths London 1992)

Dugard *International Law*

Dugard J *International Law: a South African perspective* (Juta Lansdowne 2005)

Dugard 1994 *SAJHR*

Dugard J "The role of international law in interpreting the Bill of Rights" 1994 *SAJHR* 208-224

Du Plessis 2013 *LitNet Akademies*

Du Plessis L " 'Transnasionale konteks' in die regspraak van die konstitusionele hof in Suid-Afrika: 'n variasie op die tema van grondwetsvertolking" 2013 *LitNet Akademies* 1-53

Eekelaar *The importance of thinking that children have rights*

Eekelaar J *The importance of thinking that children have rights* (Oxford University Press Oxford 1992)

Eekelaar 1986 *Law Quarterly Review*

Eekelaar J "The eclipse of parental rights" 1986 *Law Quarterly Review* 4

Eekelaar 1986 *New Law Journal*

Eekelaar J "What are parental rights?" 1986 *New Law Journal* 210-221

Eekelaar J "The importance of thinking that children have rights" 1994 *Internationmal Journal of law and the family* 221-247

Fortin *Children's rights*

Fortin J *Children's rights and the developing law* (LexisNexis London 2003)

Fourie 1990 *HRQ*

Fourie E "UN Convention on the Rights of the Child and the Crisis for Children in South Africa: Apartheid and Detention" 1990 *HRQ* 106-114

Friedman en Pantazis "Children's rights"

Friedman A en Pantazis A "Children's Rights" in Chaskelson M ea (Woolman S) (red) *Constitutional law of South Africa* 2nd ed (Juta Kenwyn 2006)

Gallinetti *Children and the right to legal representation*

Gallinetti J *Children and the right to legal representation* (LLM-skripsie Universiteit van Kaapstad 2001)

Goolam "Constitutional interpretation"

Goolam N "Constitutional interpretation of the 'best interests' principle in South Africa in relation to custody" in Eekelaar J & Nhlapo T (reds) *The changing family: family forms and family norms* (Hart Publishing Oxford 1998)

Hafetz 2001 *Wm & Mary J Women & L*

Hafetz JL "A man's home is his castle: Reflections on the home, the family, and privacy during the late nineteenth and early twentieth centuries" 2001 *William & Mary Journal of Women and the Law* 175-242

Hahlo en Kahn *The Union of South Africa*

Hahlo HR en Kahn E *The Union of South Africa* (Stevens London 1960)

Hahlo en Kahn *The South African Legal System*

Hahlo HR en Kahn E *The South African Legal System and its background* (Juta Kaapstad 1973)

Hahlo *Law of Husband and Wife*

Hahlo HR *The South African Law of Husband and Wife* 5e uitg (Juta Kaapstad 1985)

Hartson en Payne *Creating effective parenting plans*

Hartson J en Payne B *Creating effective parenting plans: a developmental approach for lawyers and divorce professionals* (American Bar Association Chicago 2006)

Haupt en Robinson 2001 *THRHR* 23

Haupt L en Robinson JA "'n Oorsig oor die ontwikkeling van kinderregte met verwysing na die benaderings van die sogenaamde kiddie libbers en kiddie savers" 2001 *THRHR* 23-31

Heaton 1990 *THRHR*

Heaton J "Some general remarks on the concept 'best interests of the child' " 1990 *THRHR* 95-99

Hiemstra en Gonin *Trilingual Legal Dictionary*

Hiemstra VG en Gonin HL *Trilingual Legal Dictionary / Drietalige Regs-woordeboek* (Juta Kaapstad 1986)

Huebner, Lorenzen en Philbrick *Germanic Private Law History*

Huebner R, Lorenzen EG en Philbrick FS *A history Germanic private law* (Lawbook Exchange New Yersey 2000)

Human 2000 *THRHR*

Human S "Die historiese onderbou van die privaatregtelike ouer-kind-verhouding – fondament vir of struikelblok in die implementering van kinderregte" 2000 *THRHR* 200-216

Human 2000 *THRHR*

Human CS "Die effek van kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind-verhouding" 2000 *THRHR* 393-420

Human *Invloed van die begrip kinderregte*

Human SC *Die invloed van die begrip kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind-verhouding in die Suid-Afrikaanse reg* (LLD-verhandeling Universiteit van Stellenbosch Stellenbosch 1998)

Human 2008 *IJCR*

Human SC "2+2=5? Exploring the domestication of the CRC in SOuth African jurisprudence (2002-2006)" 2000 *International Jurnal of Children's Rights* 3

Kaser en Dannenbring *Roman private law*

Kaser M en Dannenbring R *Roman private law* (Butterworths Durban 1965)

Kassan 2003 *De Jure*

Kassan D "The Voice of the Child in Family Law Proceedings" 2003 *De Jure* 164-179

Kassan *How can the voice of the child be adequately heard*?

Kassan D *How can the voice of the child be adequately heard in family law proceedings*? (LLM-skripsie Universiteit van Wes-Kaap Kaapstad 2004)

Kassan "Children's right to legal representation in divorce proceedings"

Kassan DG "Children's right to legal representation in divorce proceedings: proposed guidelines concerning when a section 29(1)(*h*) legal practitioner might be deemed necessary or appropriate" in Sloth-Nielsen J, Du Toit Z ea (reds) *Trials and tribulations, trends and triumphs: Developments in international, African and South African child and family law* (Juta Kaapstad 2008)

King 1994 *Modern Law Review*

King 1994 *Modern Law Review* 385-401

Kruger 1994 *THRHR*

Kruger JM "Enkele opmerkings oor die bevoegdhede van die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges om in te meng met ouerlike gesag" 1994 *THRHR* 304-311

Kruger *Judicial interference with parental authority*

Kruger JM *Judicial interference with parental authority: A Comparative Analysis of Child Protection Measures* (PhD-proefskrif Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 2009)

Kruger 2003 *THRHR*

Kruger H "The legal nature of parental authority" 2003 *THRHR* 277-284

Kruger 2005 *Codicillus*

Kruger H "Traces of *Gillick* in South African jurisprudence: Two variations on a theme" 2005 *Codicillus* 1-14

Labuschagne 1992 *TSAR*

Labuschagne 1992 *TSAR* 354

Landsdown "The Evolving Capacities of Children"

Landsdown "The Evolving Capacities of Children – Implications for the Execise of Rights" (Draft Discussion Paper soos aangevra deur UNICEF, Innocenti Research Centre May 2003) 1-15

Lee *The elements of Roman law*

Lee RW *The elements of Roman law, with a translation of the Institutes of Justinian* (Sweet & Maxwell London 1956)

Lloyd 2002 *IJCR*

Lloyd 2002 *IJCR* 183

Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights*

Louw AS *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* (PhD-verhandeling Universiteit van Pretoria Pretoria 2009)

Lücker-Babel 1995 *IJCR*

Lücker-Babel M-F "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 *International Journal of Children's Rights* 391-404

Mackenzie

Mahery 2009 *Child Law in South Africa*

Mahery P "The United Nations convention on the rights of the child: Maintaining its value in international and South African child law" 2009 *Child Law in South Africa* 309-330

Maré 1998 *PER*

Maré C "Gesinspolitiek en die ouer-kind-verhouding" 1998 *PER* 1-34

Mbazira *Litigating socio-economic rights*

Mbazira C *Litigating socio-economic rights: a choice between corrective and distributive justice* (Pretoria Law University Press Pretoria 2009)

McGoldrick 1991 *International Journal of Law and the Family*

McGoldrick D "The United Nations Convention on the rights of the child" 1991 *International Journal of Law and the Family* 132-148

McKay ea *The divorce book*

McKay M, Johnson K en Johnson S *The divorce book* (New Harbinger Publications Oakland 1984)

McQuoid-Mason *Street Law*

McQuoid-Mason DJ *Street Law: practical law for South African students: teacher's manual* Vol 4 (Juta Kaapstad 1990)

Mezmur 2008 *SAPR/PL*

Mezmur B "The African Children's Charter v the UN Convention on the rights of the child: A zero-sum game?" 2008 *SAPR/PL* 1

Mnookin 1975 *Law and Contemporary Problems*

Mnookin RH "Child Custody Adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy" 1975 *Law and Contemporary Problems* 226-293

Mosikatsana "Children"

Mosikatsana TL "Children" in Currie I, De Waal J en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* (Juta Lansdowne 2001)

Mower *The Convention on the Rights of the Child*

Mower AG *The Convention on the Rghts of the Child: International law support for children* (Greenwood Press Westport 1997)

Ncube "The African Cultural Footprint"

Ncube W "The African Cultural Footprint" in Ncube W (red) *Law, Culture, Tradition and Children's Rights in Eastern and Southern Africa* (Ashgate Aldershot 1998)

Nowak *Introducing the International Human Rights Regime*

Nowak M *Introducing the International Human Rights Regime* (Martinus Nijhoff Leiden 2003)

Parkinson 2013 *Family Court Review*

Parkinson P "The Idea of Family Relationship Centres in Australia" 2013 *Family Court Review* 195-213

Pieterse 2003 *TSAR*

Pieterse M "Reconstructing the private/public dichotomy? The enforcement of children's constitutional social rights and care entitlements" 2003 *TSAR* 1-19

Rheinstein en Stoljar *International encyclopedia of comparative law*

Rheinstein M en Stoljar SJ *International encyclopedia of comparative law* (Mohr Tübingen 1973)

Robinson en Ferreira 2005 *De Jure*

Robinson JA en Ferreira GM "Die reg van die kind om gehoor te word: Enkele verkennende perspektiewe op die VN Konvensie oor die Regte van die Kind" 2000 *De Jure* 54-67

Robinson 2002 *Stell LR*

Robinson JA "Introduction to the International Law on the rights of the child relating to the parent-child relationship" 2002 *Stell LR* 309-320

Robinson "Some remarks on the Constitution of the Republic"

Robinson JA "Some remarks on the Constitution of the Republic of South Africa concerning the protection of families and children" in Lowe NV en Douglas G (reds) *Families across frontiers* (M Nijhoff Publishers Boston 1996)

Robinson 1998 *Obiter*

Robinson JA "The child's right to parental and family care: some brief remarks" 1998 *Obiter* 329-339

Roos en Reitz *Principles of Roman-Dutch Law*

Roos T en Reitz H *Principles of Roman-Dutch Law* (Grahamstad 1990)

Sandars *The Institutes of Justinian*

Sandars TC *The Institutes of Justinian* (Greenwood Press Westport 1970)

Schäfer *Child law in South Africa*

Schäfer L *Child law in South Africa: Domestic and international perspectives* (LexisNexis Durban 2011)

Skelton en Proudlock "Interpretation"

Skelton A en Proudlock P "Interpretation, objects, application and implementation of the Children's Act" in Davel CJ en Skelton AM (reds) *Commentary on the Children's Act* (Juta Kaapstad 2007)

Skelton A in Woolman S (red) 2007 Constitutional Law of South Africa

Skelton A in Woolman S (red) 2007 Constitutional Law of South Africa

Skelton "Special assignment"

Skelton A "Special assignment: interpreting the right to legal representation in terms of section 28(1)(h) of the Constitution of South Africa" in Sloth-Nielsen J en Du Toit Z (reds) *Trials and Tribulations, Trends and Triumphs: Developments in International, African and South African Child and Family Law* (Juta Kaapstad 2008) 217-226

Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR*

Sloth-Nielsen J "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* 401-420

Sloth-Nielsen 2008 *SAJHR*

Sloth-Nielsen J "Realising children's rights to legal representation and to be heard in judicial proceedings: an update" 2008 *SAJHR* 495-524

Sloth-Nielsen en Mezmur 2008 *Int'l J Child Rts*

Sloth-Nielsen J en Mezmur BD "2+2=5? Exploring the Domestication of the CRC in South African Jurisprudence (2002-2006)" 2008 *International Journal of Children's Rights* 1-28

Sloth-Nielsen "Children"

Sloth-Nielsen J "Children" in Cheadle MH, Davis DM en Haysom NRL (reds) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* Chapter 23 (LexisNexis Butterworths Durban 2002)

Spiro *Law of parent and child*

Spiro E *Law of Parent and Child* 4e uitg (Juta Kaapstad 1985)

Stewart

Stewart L "The nature and extent of a child's constitutional right to legal assistance in civil matters at the state expense"

Studiosus 1946 *THRHR*

Studiosus "Die aard van die gesagsregte van ouers ten opsigte van hul minderjarige kinders" 1946 *THRHR* 32-52

Thomas 2005 *TSAR*

Thomas PH "The South African common law into the twenty-first century" 2005 *TSAR* 292-298

Thomas *Introduction to Roman Law*

Thomas PJ *Introduction to Roman Law* (Kluwer Law and Taxation Publishers Deventer 1986)

Thompson 1992 *ICLQ*

Thompson B "African's Charter on children's rights: a normative break with cultural traditionalism" 1992 *International and Comparative Law Quarterly* 432-449

Toope "The convention on the rights of the child"

Toope S "The convention on the rights of the child: Implications for Canada" in Freeman M (red) *Children's rights: a comparative perspective* (Darthmouth Publishing Aldershot 1996)

Van Bueren *International law on the rights of the child*

Van Bueren G *International law on the rights of the child* (Kluwer Dordrecht 1995)

Van Bueren "The United Nations Convention on the rights of the child"

Van Bueren "The United Nations Convention on the rights of the child: an evolutionary revolution" in Davel (red) ea *Introduction to child law in South Africa* (Juta Kaapstad 2007)

Van der Linde 2002 *Obiter*

Van der Linde A "Reg op inligting van ouers en hul minderjarige kinders" 2002 *Obiter* 338-347

Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR*

Van der Linde A en Labuschagne JMT "Die omgangsreg van die ongehude vader en sy buite-egtelike kind en die vraagstuk van deliktuele aanspreeklikheid binne konteks van 'n interaksiereg" 2001 *THRHR* 308-315

Van der Linde *Grondwetlike erkenning van regte*

Van der Linde A *Grondwetlike erkenning van regte ten aansien van die gesin en gesinslewe met verwysing na aspekte van artikel 8 EVRM* (LLD-proefskrif Universiteit van Pretoria Pretoria 2001)

Van der Linde en Van Schalkwyk 2011 *PER*

Van der Linde A en Van Schalkwyk LN "Die reg van die kind op kontak met beide ouers: opmerkings na aanleiding van onlangse ontwikkelinge in die Nederlandse reg" 2011 *PER* 68-103

Van der Linden *Koopmans handboek*

Van der Linden J *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek* (Chicago 1806)

Van der Vyver en Joubert *Persone- en familiereg*

Van der Vyver JD en Joubert DJ *Persone- en familiereg* 3e uitg (Juta Kaapstad 1991)

Van Heerden ea *Persons and the family*

Van Heerden B ea *Boberg's The law of persons and the family* (Juta Kenwyn 1999)

Van Leeuwen 1708 *THRHR* 1 13 1

Van Leeuwen S "Het Rooms-Hollans-Reghht" 1708 *THRHR* 1 13 1

Van Oven *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*

Van Oven JC *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (Brill Leiden 1948)

Van Warmelo *Inleiding*

Van Warmelo *'n Inleiding tot die studie van die Romeinse reg* (Balkema Kaapstad 1971)

Van Zyl *Romeinse privaatreg*

Van Zyl DH *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreg* (Butterworths Durban 1997)

Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure*

Van Zyl GJ en Bekker JC "Vonnisbespreking van *Jooste v Botha*" 2000 *De Jure* 149-154

Viljoen 1998 *CILSA*

Viljoen F "Supra-national human rights instruments for the protection of children in Africa: the Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child" 1998 *CILSA* 199-212

Viljoen 2009 *Child Law in South Africa*

Viljoen F "The African Charter on the rights and welfare of the child" 2009 *Child Law in South Africa* 331-350

Visser en Potgieter *Familiereg*

Visser PJ en Potgieter JM *Inleiding tot die familiereg* 2e uitg (Juta Kaapstad 1998)

White, Carr en Lowe *A guide to the Childrens Act*

White R, Carr P en Lowe N *A guide to the Childrens Act 1989* (Butterworths London 1990)

Zaal en Skelton 1998 *SAJHR*

Zaal FN en Skelton A "Providing effective representation for children in a new Constitutional era: Lawyers in the criminal and children's courts" 1998 *SAJHR* 539-559

Regspraak

AD and Another v DW and Others (Centre of Child Law as Amicus Curiae) 2008 3 SA 184 (KH)

Allsop v McCann 2001 2 SA 706 (K)

B v M 2006 9 BCLR 1034 (W)

B v S 1995 3 SA 571 (A)

Bannatyne v Bannatyne and Another 20032 SA 363 (KH)

Bethell v Bland 1996 2 SA 194 (W)

Bhe v Magistrate of Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae) 2005 1 SA 580 (KH)

Calitz v Calitz 1939 AD 56

Centre for Child La wand Another v Minister of Home Affairs and Other 2005 6 SA 50 (T)

Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 4 SA 757 (KH)

Christian Lawyers' Association v Natal Minister of Health 2005 1 SA 509 (T)

Clemson v Clemson [2002] 1 All SA 622 (W)

Clinton-Parker v Administrator, Tranvaal Dawkins v Administrator, Transvaal 1996 2 SA 754 (T) 2 SA (W)

Cook v Cook 1937 AD 154

Cunningham v Pretorius - ongerapporteerde beslissing 31187/08 (2008 T)

Dawood v Minister of Home Affairs; *Shalabi v Minister of Home Affairs*; *Thomas v Minister of Home Affairs* 2000 1 SA 997 (K)

De Reuk v Director of Public Procecutions (Witwatersrand Plaaslike Afdeling) and Others 2004 1 SA 406 (KH)

Director of Public Prosecutions, Transvaal v Minister for Justice and Constitutional Development 2009 4 SA 222 (K)

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (Gay and Lesbian Equality Project as Amicus Curiae) 2003 2 SA 198 (KH)

Ex parte Critchfield 1999 3 SA 132 (W)

Ex parte D 1958 2 SA 91 (GW)

Ex parte Kedar 1993 1 SA 475 (N)

Ex parte Van Dam 1973 2 SA 182 (W)

F v F 2006 3 SA 42 (KHA)

Fletcher v Fletcher 1948 1 SA 130 (A)

Flitchen v Flitchen 1997 JOL 1612 (K)

Ford v Allen 1925 tpd 5

Fraser v Children's Court, Pretoria North and Others 1997 2 SA 261 (KH)

French v French 1971 4 SA 298 (W)

Govender v Moodley 'n ongeraporteerde beslissing 4889/2008; 5874/2008 (2008, D) per 15

Government of the Republic of South Africa v Grootboom and Others 2001 1 SA 46 (KH)

Greenshields v Wyllie 1989 4 SA 898 (W)

Haskins v Wildgoose 1996 3 All SA 446 (T)

Heimann v Heimann 1948 4 SA 926 (W)

Heystek v Heystek 2002 2 SA 765 (T)

Horsford v De Jager 1959 2 SA 152 (N)

J v Commissioner of Child Welfare 1996 2 ALL SA 259 (W)

J v J 2008 6 SA 30 (KH).

Jackson v Jackson 2002 2 SA 303 (KHA)

Jooste v Botha 2000 2 SA 199 (T)

Krasin v Ogle 1997 1 All SA 557 (W)

Krugel v Krugel 2003 6 SA 220 (T)

Lubbe v Du Plessis 2001 4 SA 57 (K)

Madiehe (born ***Ratlehogo****) v Madiehe*

Madiehe (gebore ***Rathlogo****) v Madiehe* 2 All SA 153 (B)

McCall v McCall 1994 3 SA 201 (K)

MEC for Education, KwaZulu Natal v Pillay 2008 1 SA 474 (KH)

Meyer v Gerber 1999 2 SA 650 (O)

*Minister of Heath v Treatment Action Campaig*n 2 2002 5 SA 721 (KH)

Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others 2000 3 SA 422 (KH)

Naude v Fraser 1998 4 SA ?? (KHA)

NT v Canada (2007) Merits UN Doc CCPR/C/89/D/1052/2002/Rev 1 (UNHRC) PAR 8.7

P v P 2002 6 SA 105 (N)

Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town Maintenance Court 2004 2 SA 56 (K)

Pietersen v Kruger 1975 4 SA 171 (K)

Pinion v Pinion 1994 2 SA 725 (D)

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 (6) BCLR 708 (KH)

R (Wiliamson) v Secretary of State for Education and Employment 2005 2 UKHL 15, AC 246 (HL)

R v M and Others (ongerapporteerde beslissing DCLD 5493/02)

Rosen v Havenga (ongerapporteerde beslissing 6850/03 29 Julie 1997 C)

S v Kwalase 2000 2 SACR 135 (KH)

S v L 1992 3 SA 713 (E)

S v M (Centre for Child Law as Amicus Curiae) 2008 3 SA 232 (KH)

S v Makwanyane [1995] ZACC 3; 1995 3 SA 391 (KH)

S v Makwanyane 1995 6 BCLR (KH)

S v Mcdonald 1963 2 SA 431 (K)

S v RB; *S v DK* 2010 1 SACR 447 (NCK)

S v Williams 1995 3 SA 391 (KH)

Schlebusch v Schlebusch 1988 4 SA 548 (??)

Schneider NO v Aspeling – ongeraporteerde beslissing 8675/09 (WCH 2010)

September v Karriem 1959 3 SA 687 (K)

Shibi v Sithole; South African Rights Commission v President of the Republic of South Africa 2005 1 SA 580 (KH)

Short v Naisby 1955 3 SA 572 (D)

S v S 1977 3 SA 305 (O)

Silva v Silva - ongeraporteerde beslissing 318/2008 (2008 WC)

Simey v Simey 1881 1 SC 171

Soller v G 2003 5 SA 430 (W)

Sonderup v Tondelli 2001 1 SA 1171 (KH)

T v M 1997 1 SA 54 (A)

The Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2000 11 BCLR 1169 (KH)

Townsend-Turner v Morrow 2004 2 SA 32 (K)

Van Erk v Holmer 1992 SA 636 (W)

V v V 1998 4 SA 169 (K)

Van Deijl v Van Deijl 1996 4 SA 206 (R)

Van der Linde v Van der Linde 1996 3 SA 509 (O)

Van Rooyen v Werner (1892) 9 SC 425

W v S 1988 1 SA 948 (??)

Weeks v United States 232 US 383 390 (1914)

Wheeler v Wheeler ongerapporteerde beslissing 9746/07; 7774/09; 6995/09; 8292/09; 7843/09; 5117/08 (23 Februarie 2012 KZN)

Wetgewing

Child Care Act 74 van 1983

Children Act 1989 (UK)

Children's Act 38 van 2005

Committee on the Rights of the Child: *General Comment* 12 par 35

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Interim Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Kinderwet 38 van 2005

OAU Doc CAB/LEG/24.9 (1990), in werking getree op 29 November 1999

The Right of the Child to be Heard Committee on the Rights of the Child General Comment no 12 CRC/C/GC/12 20 Julie 2009

Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953.

Wet op die Suid-Afrikaanse Regskommissie 19 van 1973

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Wet op Regshulp 22 van 1969

Wet op Status van Kinders 82 van 1987

Wet op Voogdy 192 van 1993