

Kriteria vir die beoordeling van die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind rakende toesig en bewaring

H. Naudé, C.S. du Preez & A. van den Berg
Departement Opvoedkundige Sielkunde, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Criteria for validating the decision-making capacity of the minor child with regard to supervision and custody

The decision-making capacity of the minor child as to the place and person of primary residence is often placed into dispute. In recent years minor children have started to make known their wishes as to their preferred custodians. This rests on the concept that children have a right to choose with which parent they want to reside. Many lawyers and judges have serious questions about the child's ability to act decisively. Currently there are no standards for the assessment of the minor child's decision-making capacity. It is therefore the aim of this article to propose such standards and criteria according to which the minor child's decision-making capacity can be validated in a way that is reliable, valid, fair, and non-discriminatory in nature, and which might lead to improvement of best practice.

INLEIDING

Die juridiese en sielkundige elemente van die konsep 'besluitnemingsbevoegdheid' van die minderjarige kind met betrekking tot plek en persoon van primêre residensie word in hierdie artikel gekonvergeer ten einde kriteria voor te stel vir die assessering van die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind. Die feit dat egskedding vandag so gereedelik geskied, beteken nie dat die betrokke partye dit net so maklik aanvaar en voortgaan met hulle lewens nie (Odendal & Gouws 2000:195). Smith (1999:1) meen dat die gemiddelde duur van 'n huwelik minder as tien jaar is. Voorskoolse en skoolgaande kinders word derhalwe veral deur egskedding geraak (Engelbrecht 1992:3). Die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid met betrekking tot plek en persoon van primêre residensie word dikwels in dispuut geplaas, gevolglik word die minderjarige kind se reg tot deelname aan die besluitnemingsproses daardeur misken (Gollop, Smith & Taylor 2000:383).

Na bestudering van 'n aantal hofsake as eksimplare, is tot die gevolgtrekking gekom dat die minderjarige kind se vermoë om 'n ingeligte en intellektuele besluit te kan neem deur deelnemende state en howe met subjektiwiteit bejeën word. Hierdie subjektiwiteit beïnvloed howe in hulle assessering van 'n bepaalde saak (Robinson & Ferreira 2000:55). In *Mathews v Mathews* (1983 (4) SA 136 (SE)) word daar deur die hof aangevoer dat die siening van 'n 13-jarige nie veel gewig dra nie, maar dat as 'n 17-jarige dogter¹ 'n wens uitspreek, dit 'n faktor is wat ernstig oorweeg behoort te word. Dit blyk dus hier dat die hof die ouderdom van die minderjarige kind as faktor oorweeg het en nie die vlak van volwassenheid wat deur die kind bereik is nie (Schäfer 1993:53-54). In die volgende hofsake blyk dit egter duidelik dat die hof die minderjarige kind se vlak van volwassenheid eerder as die kind se ouderdom in ag geneem het.

In *Märtens v Märtens* (1991 (4) SA 287 (TPD)) het die hof dit van belang geag om persoonlik met die 11-jarige tweeling te praat. Die hof het bevind dat beide kinders intelligent was en alhoewel hulle nog redelik jonk was, is bevind dat hulle wel oor die vermoë beskik het om hul sienings weer te gee en onder die omstandighede met selfvertroue op te tree (Clark 1992:394).

In *McCall v McCall* (1994 (3) SA 201 (C)) het die hof bevind dat die 12-jarige seun² sodanige volwassenheid en intellektuele rypheid openbaar het dat die hof tevrede gestel is dat die seun 'n ingeligte besluit kon neem rakende dit wat hy as in sy beste belang geag het.

In *Meyer v Gerber* (1999 (3) SA 550 (O)) het die hof die 15-jarige seun se voorkeur in ag geneem sonder om met die seun te praat. 'n Brief wat hy aan sy moeder geskryf het, twee beëdigde verklarings, verslae van die gesinsadvokaat en sielkundige was genoeg om die hof 'n besluit te laat neem.

Uit die voorgaande eksemplare blyk 'n gebrek aan objektiewe, meetbare kriteria waaraan die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind beoordeel kan word. Weens 'n gebrek aan objektiewe kriteria vind regspraak die deskundige advies en aanbevelings van sielkundiges dikwels verwarrend en subjektief. Volgens Snyman (1999) behels die daarstelling van kriteria:

'n sistematiese ordening van ... stof, dit wil sê die vasstelling, beskrywing en motivering van sekere algemene beginsels aan die hand waarvan individuele feitestelle opgelos kan word. Sonder die hulp van algemene beginsels bly die ondersoeker vasgevang in 'n verstikkende web van kasuïstiek, dit wil sê 'n oënskynlik oneindige aantal losstaande gevalle of voorbeelde wat hy nie altyd met mekaar in verband kan bring nie (11).

In hierdie artikel word kriteria vir die beoordeling van die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind voorgestel sodat die minderjarige kind se keuse ten aansien van plek en persoon van primêre residensie met groter objektiwiteit oorweeg kan word.

PROBLEEMSTELLING

Die volgende probleemstelling rig hierdie artikel:

- Aan watter kriteria moet die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid beoordeel word?
- Hoe kan die juridiese en sielkundige elemente van die konsep "besluitnemingsbevoegdheid" gekonvergeer word ten einde objektiewe en bruikbare kriteria ter praktykverbetering voor te stel?

DOELSTELLING

Die doel is om juridiese en sielkundige elemente van die konsep "besluitnemingsbevoegdheid van die kind" te konvergeer ten einde objektiewe, meetbare kriteria voor te stel vir die beoordeling van die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid rakende plek en persoon van primêre residensie.

KONSEPTUALISERING

Ten einde verwarring van konseptualisering te voorkom en hierdie artikel meer toeganklik te maak, word enkele sleutelbegrippe en konsepte kortliks toegelig.

Besluitnemingsbevoegdheid

Die Psigologieoordeboek (Plug, Meyer, Louw & Gouws 1993:41) omskryf 'n besluit as "die eindstadium van die wilsproses, wat handeling direk voorafgaan." Barros (1986:525) onderskei tussen "die maak van 'n keuse" en "die neem van 'n besluit". Besluitneming word gesien as die omvattende

en oorkoepelende proses, en die maak van 'n keuse as een van die stappe binne hierdie proses. 'n Keuse sal dan gedefinieer kan word as die kies van een alternatief uit vele ander alternatiewe. Die volgende stap in die proses sal wees om hierdie alternatief wat gekies is, tot uitvoering te bring. Dit geskied deur die benutting en aanwending van fisiese en menslike hulpbronne ter ondersteuning van die proses.

Rachlin (1989:74) definieer besluitneming as 'n proses wat uit twee fases bestaan. In die eerste fase raak die besluitnemer van alternatiewe bewus en word die alternatiewe oorweeg om 'n keuse te kan maak. In die tweede fase word daar uitvoering gegee aan die keuse wat gemaak is deur die besluit te implementeer. Daar word dus tydens dié fase tot aksie oorgegaan.

Die Verklarende Handwoordeboek van die Afrikaanse Taal (Odendal & Gouws 2000:88) definieer die byvoeglike naamwoord "bevoeg" as "met die vereiste bekwaamheid". Bekwaamheid word weer gedefinieer as "bedrewe of om in staat te wees of geskik vir 'n bepaalde doel" (Odendal & Gouws 2000:75). Bevoegdheid kan dus gesien word as 'n bekwaamheid waarvoor 'n persoon beskik. Vir die doel van hierdie artikel word besluitnemingsbevoegdheid derhalwe gedefinieer as 'n persoon se bekwaamheid (vermoë) om 'n ingeligte besluit te kan neem en die gevolge van die voorgename besluit op verantwoordelike wyse te kan verreken.

Minderjarige kind

Statutêr word persone, ongeag geslag, tot en met die bereiking van 21-jarige ouderdom as minderjarige beskou (Artikel 1 van die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom, Wet 57 van 1972). Daar word egter in dieselfde wet voorsiening gemaak dat 'n persoon wat reeds die ouderdom van 18 jaar bereik het, by die Hooggeregshof aansoek kan doen om 'n bevel waardeur hy meerderjarig verklaar kan word (Artikel 2 van die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom, Wet 57 van 1972).

Volgens artikel 28(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika (Wet 108 van 1996) en die Wet op Kindersorg (Wet 74 van 1983) word 'n kind gesien as 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar. Artikel 2 van die African Charter on the Rights and Welfare of the Child (1990) definieer 'n kind as "every human being below the age of 18 years". Vir die doeleindes van hierdie artikel word die minderjarige kind gedefinieer as 'n afhanklike kind onder die ouderdom van 18 jaar (Zwiegers 2001:14; Odendal & Gouws 2000:547; Labuschagne & Eksteen 1993:340).

Egskeiding

Die konsep *egskeiding* moet in samehang met die konsep *huwelik* verstaan word. Die huwelik is 'n wettige kontraktuele verbintenis, omdat dit gebaseer is op die wedersydse ooreenstemming en toestemming van die partye daartoe (Zwiegers 2001:12). 'n Huwelik word gedefinieer as 'n huwelik wat ingevolge die Suid-Afrikaanse reg erken word, of 'n huwelik wat deur die inheemse reg erken word, of 'n huwelik wat voltrek is ooreenkomstig 'n stelsel van godsdienstige reg onderworpe aan bepaalde prosedures (Wysigingswet op Kindersorg, Wet 96 van 1996:3). 'n Wetlike ontbinding van hierdie wedersydse kontraktuele verbintenis geskied deur óf die dood van een (of beide) van die partye, óf deur 'n bevel van 'n bevoegde hof (Parkinson 1987:2). In hierdie artikel handel dit oor die ontbinding van 'n wedersydse kontraktuele verbintenis deur 'n bevel van 'n bevoegde hof.

Robinson (1997:58) verduidelik artikel 6(1) van die Wet op Egskeiding (Wet 70 van 1979) en verklaar dat die Hooggeregshof 'n huwelik sal ontbind "only once it is satisfied that the provisions made for the minor (and dependent) children are 'satisfactory or are the best that can be effected in the circumstances'".

Toesig en beheer/bewaring

Visser en Potgieter (1998:206) omskryf toesig en beheer as “the control and supervision over the person and daily life of a minor child, in other words, the provision of accommodation, food, clothes, protection, medical care, education, training, as well as the exercise of discipline and chastisement”. Ingevolge ’n uitspraak in *Stassen v Stassen* (1998 2 SA 105 (W)) is die term “toesig en beheer” gewysig na “bewaring” (*custody*). Kortweg word hierna in praktyk egter verwys as die persoon en plek van primêre residensie, soos dit ook in hierdie artikel hanteer word. Vir die doeleindes van hierdie diskoers slaag die term “persoon en plek van primêre residensie” beter daarin om op die kind se besluitnemingsbevoegdheid te fokus, terwyl die terme “toesig en beheer” en “toesig en bewaring” ook verband hou met ouerlike rolfunksionering. Eersgenoemde term fokus op ’n plek en persoon, terwyl laasgenoemde term op ’n funksie fokus (Robinson 1997:60).

Volgens artikel 6(3) van die Wet op Egskeiding (Wet 70 van 1979) het die egskeidingshof die regsbevoegdheid om ’n geskikte bevel betreffende *inter alia* die toesig en beheer oor minderjarige kinders te maak. Volgens Robinson (2000:69) het toesig en beheer betrekking op die kind se daaglikse lewe en aktiwiteite. Dit sluit die plig van die ouers in om die nodige koestering te skep, die kind te onderhou, te onderrig en te beskerm. Verder is dit ook die ouer se plig om na die kind se fisiese, emosionele en geestelike welstand om te sien.

Toegang

Toegang beteken dat die niebewarende ouer en die kind met mekaar kontak het. Die doel van toegang is om die kontinuïteit van die verhouding tussen die kind en die niebewarende ouer te beskerm en te bevorder. Robinson (2000) omskryf toegang soos volg:

An order regarding the custody of a child does not put an end to the parental rights of the non-custodian parent. Such parent has a right of reasonable access to the minor child of the marriage. Even if no order is made in terms of section 6(3) of the Divorce Act 70 of 1979 a right of reasonable access exists. No hard and fast rules can be laid down as to what constitutes reasonable access. What is aimed at, it appears, is the preservation to some degree of a parent-child relationship between the non-custodian parent and the child for the benefit of both, but not in a manner incompatible in substance with the vesting of undivided control and regulation of the care and upbringing of the child by the custodian parent (84-85).

’n Kind wat onwillig is om die niebewarende ouer te sien, is egter nie ’n grond om toegang te weier nie. Robinson (1997) verklaar soos volg:

The right of access is merely a continuation of the parental authority that flows from the marriage provided, of course, that it is also in the child’s best interests (62).

Hierdie unieke reg van die ouer is op die oog af strydig met die uitgangspunt dat toegang aan die beste belang van die kind gemeet behoort te word. Volgens Human (1998:201) kan ’n verklaring deels daarin gevind word dat toegang in die Suid-Afrikaanse reg as die reg van die ouer gesien word en nie as die reg van die kind nie. Ingevolge die uitspraak gelewer in *V v V* (1998 4 SA 169 (K)) blyk dit dat toegang egter beskou moet word as ’n reg wat in die kind setel. ’n Verdere rede kan gevind word in howe se onwilligheid om ’n kind se wense werklik met erns te bejeën (Human 1998:201).

Voogdyskap

Robinson (2000) omskryf voogdyskap soos volg:

Guardianship in its widest sense applies where the child's parents are married and live together. Besides custody it includes the administration of the minor child's estate; the assistance of the minor child to perform juristic acts; the assistance of the minor child in legal proceedings; the appointment of a testamentary guardian; and the right to inflict moderate punishment (69).

Volgens die Wet op Voogdyskap (Wet 192 van 1993) rus voogdyskap van kinders wat binne die eg gebore is op die vader sowel as op die moeder. Dit beteken dat beide ouers onafhanklik en sonder die toestemming van die ander ouer enige reg of bevoegdheid kan uitoefen en enige verantwoordelikheid of plig kan verrig wat uit die voogdyskap voortspruit. Die beginsel van gelyke voogdyskap word dus deur die Wet op Voogdyskap ingestel. Beide ouers moet egter tot die volgende regshandelinge toestemming verleen:

- Die aangaan van 'n huwelik deur die minderjarige kind.
- Die aanneming van 'n kind.
- Die verwydering van die kind uit Suid-Afrika deur een van die ouers of deur iemand anders.
- Die aansoek om 'n paspoort deur of ten behoeve van 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar.
- Die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige behoort.

Die moeder van 'n buite-egtelike kind het alleen voogdyskap van die kind. Met die inwerkingtreding van die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders (Wet 86 van 1997) word daar ook nou voorsiening gemaak vir die moontlikheid van toegang tot, bewaring van en voogdyskap oor buite-egtelike kinders deur hulle biologiese vaders. Die Hooggeregshof mag in terme van artikel 5 van die Wet op Huweliksangeleenthede (Wet 37 van 1953) aan slegs een ouer toesig en beheer toestaan of alleen voogdyskap in die geval van egskedding.

Ouerlike gesag

Visser en Potgieter (1998:199) beskryf ouerlike gesag as die som van regte, verantwoordelikhede en pligte van die ouers teenoor hul minderjarige kinders op grond van hul ouerskap. Hulle verklaar verder dat ouers hul regte, verantwoordelikhede en verpligtinge so moet beoefen dat dit in die beste belang van die kind sal geskied en met respek vir die regte van die kind. Robinson (2000) definieer ouerlike gesag soos volg:

Parental authority can be described as the sum total of rights and obligations which parents enjoy in relation to their (legitimate) child, the child's estate and the administration thereof, and it includes assisting the child in legal proceedings. Guardianship and custody are the separate incidents of parental authority (68).

LITERATUURSTUDIE

Die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind in egskedding rakende toesig en beheer word dikwels in dispuut geplaas wanneer die kind 'n bepaalde voorkeur het rakende plek en persoon van primêre residensie. Die vorige paradigma rakende betwiste toesig en beheer oor minderjarige kinders word geassosieer met "award of custody to the non-guilty parent" (Mudie 1989:2). Dit het

beteken dat toesig en beheer oor die minderjarige kind aan daardie ouer toegestaan is wat nie skuld aan die egskeding gehad het nie. Dit is opgevolg deur die “*tender years*” of *kwesbare jare*-leerstelling. Die standpunt is gehuldig dat die kind gedurende die sogenaamde kwesbare jare ten beste deur die moeder versorg word. Hierdie leerstelling het van die veronderstelling uitgegaan dat vaders nie oor die vermoë beskik om sensitief te wees teenoor kinders se behoeftes in die kwesbare jare van ontwikkeling nie (Ackerman 1999:27). Voortvloeiend hieruit is ’n ouer se bevoegdheid of onbevoegdheid om as bewarende ouer te funksioneer, dikwels in dispuut geplaas, omdat die terme kwesbaarheid en (on)bevoegdheid ruimte gelaat het vir subjektiewe interpretasie. Benewens die egskeding self, het litigasie hertraumatisering vir alle deelnemende partye impliseer, omdat skeidende partye redelike (en soms selfs onredelike) “bewyse” aangevoer het waarom die een party nie bevoeg is om die kinders in hul “kwesbare jare” te versorg nie. Toewysings gebaseer op die bevoegdheid of onbevoegdheid van een van die partye is egter nog nie *prima facie* bewys dat die minderjarige kind se “beste belang” daardeur gedien is of dat die betrokke minderjarige kind se regte beskerm en bevorder is nie (Naudé & Maree 2001:35), en in die laat 1960’s en vroeg 1970’s is die beste belangmaatstaf aanvaar, waaruit die konsep van “beste belang” van die minderjarige kind gevloei het (Mercer 1997:391; Ackerman 1999:27).

Hierdie paradigma beklemtoon die beskerming van die minderjarige kind se regte en die bevordering van die minderjarige kind se “beste belang”. Artikel 28 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika (Wet 108 van 1996) beklemtoon spesifiek hierdie regte en “beste belang” van die minderjarige kind. Met hierdie benadering word die ouers se wense dus ondergeskik gestel aan die regte en “beste belang” van die minderjarige kind (Naudé & Maree 2001:34). Die konsep “minste skade aandoenende opsie” word ook in ag geneem wanneer besluite ten aansien van toesig en beheersake geneem word. Dit vereis dat verbandhoudende betekenisvolle en berekende risiko’s wat die minderjarige kind se geestelike rus en onverstoorbaarheid bedreig, ook in oorweging geneem moet word. By implikasie word die “beste belang” van die minderjarige kind dus onder meer ook geassosieer met die *vermyding* van verbandhoudende betekenisvolle en berekende risiko’s wat tot die nadeel van die minderjarige kind kan strek.

Met die opkoms van kinderregte word daar nou groter klem geplaas op die regte van die kind. Volgens artikel 18 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika (Wet 108 van 1996) het elkeen die reg tot vryheid van assosiasie wat dus ook beteken dat kinders oor die vryheid beskik om hulle met ’n bepaalde ouer te mag assosieer. Daar moet nou konvergensie bestaan tussen die konsepte “beste belang” van die minderjarige kind, die “minste skade aandoenende opsie” en die minderjarige kind se reg om ’n keuse te mag uitoefen met betrekking tot plek en persoon van primêre residensie. Om die praktyk verder te kompliseer, beskou regslui die minderjarige kind se vermoë om ’n keuse in sy beste belang te kan maak met uiterste wantroue. Hierdie reg om ’n keuse te mag maak, blyk egter verskans te wees in Artikel 28(1)(h) van die Grondwet (1996), en behoort saam gelees te word met regsgeldige riglyne rakende die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid, wat te vinde is in die juridiese konsepte “toerekeningsvatbaarheid” en die “vermoë om verhoor te kan word”. Die konsepte “beste belang” van die minderjarige kind, die “minste skade aandoenende opsie”, die minderjarige kind se reg tot vryheid van assosiasie en reg om ’n keuse te mag uitoefen met betrekking tot plek en persoon van primêre residensie, moet dus gekonvergeer word met die juridiese elemente van die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid.

Alhoewel howe al vir jare die kind se psigologiese welstand in ag neem om die beste belang van die kind te bepaal, en daar reeds vanaf die sestigerjare van deskundige getuienis gebruik gemaak is, is dit eers relatief onlangs dat daar intensief van die sielkundige as deskundige getuie gebruik gemaak word in sake van betwiste toesig en beheer oor minderjarige kinders (Wolfendale, Bryans, Fox, Labram & Sigston 1992:155; Ackerman & Ackerman 1996:565, Bonthuys 2001:329). Bonthuys

(2001:329) skryf hierdie neiging om meer van deskundige sielkundige getuienis gebruik te maak toe aan die juridiese siening van “bemoedering” as ’n funksie (Robinson 2000:60), en die skep van die Kantoor van die Gesinsadvokaat deur die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede (Wet 24 van 1987), waar die gesinsadvokaat gebruik maak van sielkundiges as deskundige raadgewers (McCurdie 1994:14). Hierdie praktyk word deur Robinson (1997) soos volg verklaar:

The paramount consideration once again remains the “best interests of the child”. Once the particular needs of the child have been ascertained, the parents are assessed in order to establish which parent would be the most suitable custodian having regard to their individual personalities and qualities (59).

Volgens artikel 12(1) van die United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) moet alle betrokke partye verseker dat minderjarige kinders wat in staat is om hul eie standpunt in te neem, die geleentheid gebied word om die standpunt vrylik te stel in alle aangeleenthede wat hulle mag raak (Timms 1995:45; Palmer 1996:101-102; Skelton 1998:40; Davel 2000:19; Gollop *et al* 2000:383). Hierdie standpunt van die minderjarige kind moet behoorlik oorweeg word met inagneming van die *ouderdom en emosionele volwassenheid* van die kind. As die hof tevrede is dat die kind oor die intellektuele en emosionele volwassenheid beskik om ’n ware weerspieëling van die kind se gevoelens teenoor, en verhouding met die ouers weer te gee, sal daar gewig aan die minderjarige kind se voorkeur gegee word.

Die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind

Die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind kan vanuit twee perspektiewe beredeneer word, naamlik die juridiese siening en die sielkundige siening van besluitnemingsbevoegdheid. Beide sienings word vervolgens bespreek.

Die juridiese siening

Die juridiese siening van die konsep besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind behoort in samehang met die juridiese begrippe “toerekeningsvatbaarheid, jeugdige leeftyd, en (on)vermoë om verhoor te word”, beoordeel te word. Twee oorwegings reël toerekeningsvatbaarheid, te wete:

- Of die persoon oor die vermoë beskik om te kan onderskei tussen reg en verkeerd.
- Of die persoon oor die vermoë beskik om sy gedrag ooreenkomstig so ’n besef te rig (Davel 2000:40; Snyman 1999:156; De Wet & Swanepoel 1985:109-110).

Indien een van hierdie vermoëns ontbreek, is die betrokke persoon ontoerekeningsvatbaar. Volgens Snyman (1999:160) verwys hierdie twee faktore na twee verskillende funksies van die menslike bewussyn, naamlik die kognitiewe bewyssynfunksie en die konatiewe bewyssynfunksie.

Die kognitiewe bewyssynfunksie

Die individu se vermoë om te kan onderskei tussen reg en verkeerd, geoorloof en ongeoorloof, vorm deel van die individu se kognitiewe bewyssynfunksie (Snyman 1999:160; Naudé & Maree 2001:36). Die kognitiewe funksie verwys na die individu se intellek, dit wil sê die vermoë om waar te neem, te redeneer, en te onthou. Volgens Naudé en Maree (2001:36) val die klem hier op insig en begrip. Dit gaan dus hier oor die persoon se onderskeidingsvermoë. Die kognitiewe funksie word nie altyd in die regspraktyk met dieselfde woorde omskryf nie. Artikel 78(1) van die Strafproseswet verwys na die

vermoë om die ongeoorlooftheid van die handeling te besef (Strafproseswet 51 van 1977:164-174). Snyman (1999) verklaar in hierdie opsig soos volg:

Soms word daar verwys na die vermoë om die onregmatigheid of wederregtelikheid van die handeling in te sien, en soms weer van die vermoë om te onderskei tussen reg en verkeerd. Normaalweg maak dit nie saak watter een van hierdie uitdrukkings gebruik word nie, aangesien hulle in die regspraktyk eenvoudig as sinonieme gebruik word (160).

Die konatiewe bewussynsfunksie

Die vermoë van 'n individu om sy gedrag te rig ooreenkomstig sy insig in reg en verkeerd verwys na die individu se konatiewe bewussynsfunksie (Snyman 1999:160). Die konatiewe funksie bestaan uit die mens se vermoë om, anders as 'n dier, sy gedrag te beheer ooreenkomstig sy insigte, dit wil sê om vir hom 'n doel voorop te stel, 'n wilsbesluit te neem, die doel na te streef, en weerstand te bied teen versoeking. Dit gaan dus hier oor die persoon se wilsbeheer en weerstandskrag (Snyman 1999:160).

Ten einde toerekeningsvatbaar te wees moet beide voormelde psigologiese funksies of vermoëns, naamlik die persoon se onderskeidingsvermoë (kognitiewe bewussynsfunksie) en sy weerstandskrag (konatiewe bewussynsfunksie) intakt wees. Indien een van hierdie twee vermoëns ontbreek, is die persoon ontoerekeningsvatbaar (Snyman 1999:160).

Jeugdige leeftyd

Volgens Snyman (1999:174) kan toerekeningsvatbaarheid geheel en al uitgeskakel word deur jeugdige leeftyd. Kinders wat nog nie hulle kronologiese sewende lewensjaar voltooi het nie, word *onweerlegbaar vermoed* ontoerekeningsvatbaar te wees (Snyman 1999:174; De Wet & Swanepoel 1985:111-112). Hiervolgens kan 'n kind wat nog nie sy sewende verjaarsdag bereik het nie, nie aan enige misdaad skuldig bevind word nie en is die kind dus ontoerekeningsvatbaar. Dit impliseer dat 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar nie oor die vermoë beskik om 'n ingeligte besluit te kan neem nie, weens 'n onvolwasse begrip van reg en verkeerd, 'n onvolledige begrip van die gevolge van sekere handeling, en 'n onvolwassenheid in relasionele denke en gebrekkige weerstandskrag teen beïnvloeding. Vandat kinders hulle sewende lewensjaar voltooi het, totdat hulle hul veertiende lewensjaar voltooi het (dit wil sê net voor hulle veertiende verjaarsdag) word hulle *weerlegbaar vermoed* ontoerekeningsvatbaar te wees (Snyman 1999:174). Kinders tussen sewe en veertien kan dus wel skuldig bevind word aan 'n misdaad mits die staat die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid bo redelike twyfel weerlê en ook die ander elemente van die misdaad waarvan hulle aangekla is, bewys. Hoe nader 'n kind aan die ouderdom van sewe is, hoe sterker is die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid (dus mindere besluitnemingsbevoegdheid), en hoe nader die kind aan die ouderdom van veertien is, hoe swakker is hierdie vermoede (Snyman 1999:174) (dus 'n meerdere besluitnemingsbevoegdheid). Daar moet bewys word dat die kind ten tyde van die handeling kon geweet het dat die betrokke handeling, in die besondere omstandighede waarin dit verrig is, verkeerd was. Al die omstandighede van die saak, soos die aard van die misdryf, die kind se ouderdom, intellektuele ontwikkelingspeil, persoonlikheidsienskappe en persoonlike ervaring, moet in aanmerking geneem word om vas te stel of die staat die vermoede van toerekeningsvatbaarheid weerlê het (Snyman 1999:174; Naudé & Maree 2001:37).

Die toets om te bepaal of 'n kind tussen sewe en veertien jaar toerekeningsvatbaar is, stem in beginsel ooreen met die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid soos blyk uit die uitspraak wat in *S v Mbanda* (1986 (2) PH H108 (T)) gemaak is, en dieselfde elemente konstitueer

besluitnemingsbevoegdheid. Daar behoort gevra te word of so 'n kind, ten spyte van jeugdigheid, tog in staat was om die aard en gevolge van sy gedrag te besef en of die besef van reg en verkeerd aanwesig was (dit verteenwoordig die kognitiewe been van die toets). Verder behoort daar gevra te word of so 'n kind in staat was om sy gedrag te rig ooreenkomstig hierdie besef van reg en verkeerd (dit verteenwoordig die konatiewe been van die toets). Het die kind dus oor besluitnemingsbevoegdheid beskik?

Vermoë om verhoor te word

'n Individu wat met 'n onvermoë om verhoor te word presenteer, is nie daartoe in staat om die hofverrigtinge na behore te begryp en behoorlike getuienis af te lê nie, en so 'n individu kan nóg hom/haarself verdedig, nóg behoorlik met sy/haar regsverteenvoorder konsulteer en instruksies aan die regsverteenvoorder gee (Snyman 1999:173). Verder moet die individu se realiteitskontak intakt wees (Naudé & Maree 2001:37).

In die geval van 'n egskeidingsaak waar daar oor die toesig en beheer van die kind besluit moet word, kan die hof die kind self ondervra indien die kind daartoe bereid is. In die afwesigheid van duidelike riglyne vir die beoordeling van die kind se vermoë om self tot bevordering van sy eie saak te getuig, gebeur dit selde in praktyk dat howe die kind self ondervra. Naudé en Maree (2001:39-40) het Bromberg (1979:134-137) se riglyne met betrekking tot die bevoegdheid om te kan getuig, herformuleer ten einde bruikbare riglyne ter praktykverbetering te skep. Volgens hierdie herformulering kan die kind se bereikte vlak van besluitnemingsbevoegdheid in terme van die volgende riglyne beoordeel word:

- Die mate waarin die minderjarige kind se intellektuele funksionering en bereikte vlak van volwassenheid die kind se vermoë beïnvloed om met die gesinsadvokaat, sielkundige en/of ander betrokkenes te konsulteer.
- Die mate waarin die minderjarige kind se intellektuele funksionering en bereikte vlak van volwassenheid die kind se vermoë beïnvloed om self ter bevordering van sy eie saak te getuig.
- Die mate waarin ander getuienis (sielkundige toetsresultate en kollaterale inligting) die minderjarige kind se intellektuele funksionering, asook sy bereikte vlak van volwassenheid en besluitnemingsbevoegdheid beskryf.
- Die mate waarin die minderjarige kind se bereikte vlak van volwassenheid selfinsig en 'n vermoë tot rasonale besluitneming weerspieël, asook die mate van insig waaroor die minderjarige kind beskik in die gevolge van sodanige besluite wat deur die kind geneem is.

Besluitnemingsbevoegdheid is voorheen gedefinieer as die kind se bekwaamheid (vermoë) om 'n ingeligte besluit te kan neem en die gevolge van die voorgenome besluit op verantwoordelike wyse te kan verreken. In beginsel stem hierdie definisie van besluitnemingsbevoegdheid dus ooreen met die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid, asook met die regsbeginsels wat jeugdige leeftyd en vermoë om te kan getuig, reguleer. Die regsvermoede ontstaan dat die kind se bekwaamheid om 'n besluit te kan neem, aan dieselfde maatstawwe onderwerp moet word as dié van die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid, asook kriteria wat die vermoë om te kan getuig reguleer. Die Wet op Kindersorg van 1983 (Wet 74 van 1983) en die Wysigingswet op Kindersorg 1996 (Wet 96 van 1996) maak daarvoor voorsiening dat die minderjarige kind se voorkeur en wense in ag geneem moet word tydens besluitneming rakende persoon en plek van primêre residensie. Ten spyte daarvan dat kinders tussen die ouderdomme van sewe en veertien jaar deur die reg as *weerlegbaar toerekeningsvatbaar* geag word, word hierdie groep kinders se keuse en wense selde tydens besluitname aangehoor (Naudé & Maree 2001:38; Davel 2000:40; Robinson 1997:124).

Die sielkundige siening

Die sielkundige siening van die konsep besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind behoort in samehang met die psigologiese begrippe “algemene intelligensie en bereikte vlak van kognitiewe rypheid, insig, kennis van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls, en selfstandige wilsbesluitneming” beoordeel te word. Die volgende word in oorweging geneem:

Algemene intelligensie en bereikte vlak van kognitiewe rypheid

Volgens die kognitiewe teorie van Kohlberg (1987) behoort selfs jong kinders reeds ’n besef te hê van die ongeoorlooftheid van hulle gedrag. Hiervolgens is morele ontwikkeling gebaseer op morele redenering en oordeel (Schaffer 1996:295; Gerdes 1988:320). Kohlberg onderskei drie vlakke van morele ontwikkeling, naamlik die prekonvensionele, konvensionele en postkonvensionele vlakke. Elkeen van hierdie vlakke is weer deur Kohlberg in twee stadia verdeel (Louw et al. 1998:382; Schaffer 1996:295; Mwamwenda 1996:150; Gerdes 1988:321; Kohlberg 1987:283-286). Hoewel die stadia nie presies ooreenstem met spesifieke ouderdomsvlakke nie, en veral in dié opsig mekaar oorvleuel, is daar duidelik tussen hulle te onderskei.

Volgens Kohlberg is die prekonvensionele vlak (vlak I) van morele ontwikkeling veral kenmerkend van die middelkinderjare (Louw et al. 1998:382) en stem dit in beginsel ooreen met die juridiese begrip van *weerlegbare toerekeningsvatbaarheid*. Hierdie vlak van morele ontwikkeling bestaan uit die volgende twee stadia, naamlik:

Stadium 1: Straf- en gehoorsaamheidsoriëntasie

Omdat die kind in hierdie stadium dit moeilik vind om ’n morele dilemma vanuit verskillende gesigspunte te benader, evalueer die kind gedrag slegs op die basis van die gevolge daarvan. Die motiewe van die dader word dus nie in aanmerking geneem nie. Die kind is gehoorsaam ter wille van gehoorsaamheid en sal dus die regte gedrag uitvoer ten einde straf te vermy (Louw et al. 1998:382). Volgens Gerdes (1988:321) is die kind se lokus van beheer ekstern van aard. Die kind het reeds ’n besef van reg en verkeerd, maar relasionele denke kan nog onvolwasse wees.

Stadium 2: Instrumentele doel en uitruiling

Tydens hierdie stadium tree ’n bewuswording na vore dat persone verskillende standpunte ten opsigte van ’n morele dilemma kan handhaaf, maar dit is aanvanklik baie konkreet. Vir die kind is dit nou reg om reëls na te kom indien dit in iemand se onmiddellike belang is. Dit is dus reg om tot eie voordeel en in eie belang op te tree. Gehoorsaamheid aan reëls het nog primêr ten doel om beloning te verkry en om persoonlike behoeftes te bevredig (Louw et al. 1998:383). Morele besluite neig dus om egosentrië te wees (Kohlberg 1987:284; Mwamwenda 1996:150). Die kind beskik dus reeds oor ’n gevestigde besef van reg en verkeerd, asook oor relasionele denke, alhoewel laasgenoemde nog redelik konkreet kan wees.

Aangesien sekere van die kenmerke van Vlak II, naamlik konvensionele morele redenering, dikwels reeds in die middelkinderjare voorkom (Louw et al. 1998:466), is dit ook ’n belangrike oorweging by besluitnemingsbevoegdheid. Die twee stadia wat op hierdie vlak onderskei word, is die volgende:

Stadium 3: Moraliteit van interpersoonlike verwagtings, verhoudings en konformiteit

Individue in hierdie ontwikkelingsstadium beskou goeie morele gedrag as gedrag wat deur ander goedgekeur word. Die individu is in hierdie stadium dus daarop ingestel om die goedkeuring van

ander te wen en kritiek te vermy (Louw et al. 1998:466). Die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid geld dus hier.

Stadium 4: Moraliteit van sosiale sisteme en gewete

In hierdie stadium word korrekte morele gedrag geassosieer met pligsvervulling, respek vir outoriteit en handhawing van die bestaande sosiale wet en orde (Louw et al. 1998:466). Die individu beskik oor 'n besef van reg en verkeerd (ongoorlooftheid), kan verskillende standpunte vanuit verskillende perspektiewe beredeneer en opweeg, en openbaar weerstandskrag. Die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid geld dus hier.

Volgens Louw et al. (1998:465-466) ontwikkel die meeste adolessente en volwassenes nie verder as Vlak II nie, terwyl slegs 'n geringe aantal volwassenes Vlak III, postkonvensionele moraliteit, bereik. Hierdie is die hoogste vlak van morele ontwikkeling waar die persoon morele waardes en beginsels onafhanklik van die groepe of persone wat hierdie beginsels handhaaf, definieer en internaliseer (Louw et al. 1998:467). Aangesien die besluitnemingsbevoegdheid van die *kind* beredeneer word, word vlak III nie bespreek nie.

Die kognitiewe been van die toets vir toerekeningsvatbaarheid verwys dus na die intellektuele ontwikkelingspeil (rypheid) wat die kind reeds bereik het, met ander woorde die kind se kapasiteit om sake in terme van reg en verkeerd te beoordeel, en die gevolge daarvan te begryp. Dit verwys na Kohlberg se kognitiewe teorie van morele ontwikkeling. Ongeag of die konsepte "intellektuele ontwikkelingspeil" en "kognitiewe rypheid" vanuit 'n juridiese of sielkundige perspektief gedefinieer word, blyk dit dat hierdie been van die kind se besluitnemingsbevoegdheid deur die gebruik van objektiewe, gestandaardiseerde meetinstrumente beoordeel kan word. Verder kan die kind se vlak van morele ontwikkeling aan die hand van kognitiewe teorieë bepaal en daardeur gestaaf word (Gardner 1993; Goleman 1996).

Vlak en mate van insig wat openbaar word

Die vlak van insig wat die kind openbaar om tot 'n keuse te kom, asook die mate van insig wat die kind openbaar in die gevolge van so 'n keuse, hou ook verband met die kognitiewe been van die toets vir toerekeningsvatbaarheid. Die kind se vlak van insig kan deur die volgende determinante bepaal word, naamlik die kind se ouderdomsgepaste selfinsig met betrekking tot sy/haar eie basiese en psigologiese ontwikkelingsbehoefte, die kind se vermoë om sy/haar psigologiese ouer te kan identifiseer, asook die kind se vermoë om faktore wat verband hou met sy/haar beste belang, objektief en rasioneel te kan beoordeel. Volgens Mudie (1989:4) word die kind se beste belang geassosieer met die ouer wat:

- Stabiliteit en toereikende ouervaardighede vertoon.
- 'n Stabiele en bevredigende verhouding met die minderjarige kind het.
- In die minderjarige kind se materiële, fisieke en ander behoeftes kan voorsien.
- Die stabiele emosionele ontwikkeling van die minderjarige kind fasiliteer en bevorder.
- Stabiele gesins-, familie-, skool- en gemeenskapsbande fasiliteer en bevorder.

Die kind se keuse behoort 'n balans te weerspieël tussen hierdie determinante en die kapasiteit van die voorkeurouer om in daardie behoeftes te voorsien. Indien die kind 'n spesifieke kwesbaarheid in hom/haarself, of 'n behoefte aan besondere leerondersteuning as determinant gebruik het om tot 'n besluit te kom, word selfkennis en selfsig weerspieël.

Bereikte kennisvlak van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls

Die kind se bereikte kennisvlak van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls hou ook verband met die kognitiewe been van die toets vir toerekeningsvatbaarheid. Die kind se selfbeoordeling, asook die kind se beoordeling van die ouers se tipe dissipline, opvoedingstyl en wyse van gedragsbestuur, is hier betekenisvol. Indien die ouer se opvoedingstyl en algemene gedragsbestuur in konflik is met die kind se persoonsontplooiing en behoefte aan emansipasie en selfaktualisering, en dit so deur die kind uitgewys word, ontstaan die vermoede dat die kind in hierdie verband aangehoor moet word. Die bereikte kennisvlak van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls kan aan die hand van objektiewe, gestandaardiseerde media geassesseer word, byvoorbeeld die Persoonlikheidsvraelys vir Kinders (PVK) (Du Toit & Madge 1972), die Persoonlike, Huislike, Sosiale en Formele Verhoudingevraelys (PHSF) (Fouché & Grobbelaar 1971), die Hoërskool Persoonlikheidsvraelys (HSPV) (Madge 1974; Minnaar 1976; Laubscher, Steyn & Wolfaardt 1976; Van Dijk 1982) en die Interpersoonlike Verhoudingevraelys (IVV) (Joubert 1981; Joubert & Schlebush 1983).

Die vermoë om 'n selfstandige wilsbesluit te kan neem

Die kind se vermoë om 'n selfstandige wilsbesluit te kan neem hou verband met die konatiewe been van die toets vir toerekeningsvatbaarheid (Naudé & Maree 2001:37), en verwys na die vermoë van die kind om enersyds 'n onafhanklike wilsbesluit te kan neem, en andersyds weerstandskrag te vertoon (Snyman 1999:156). Hierdie been van die toets verwys dus na beide die verstandelike en die emosionele ryphheid van die kind (Naudé & Maree 2001:38; Goleman 1996; Gardner 1993).

Die volgende faktore mag die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid diskrediteer: die ontoepaslike beïnvloeding deur 'n spesifieke ouer, die aanwesigheid van 'n ouer-kindsimbiose, egosentrisme wat objektiewe besluitneming kan kontamineer, 'n hoë graad van konformiteit wat weerstandskrag en onafhanklike besluitneming mag kortwiek, groepafhanklikheid en afhanklikheid van andere se opinies, asook manipulering (deur die kind of die ouer). Die kind se natuurlike behoefte aan affiliasie en portuurgroepsamehorigheid moet eger nie verwar word met groepafhanklikheid nie. Hierdie twee konsepte behoort duidelik gedefinieer en geassesseer te word, omdat eersgenoemde verband hou met die psigologiese ontwikkelingsbehoefes van die kind, en laasgenoemde onder meer mag dui op 'n verminderde weerstandskrag. Die diskoers omtrent 'n kind se vatbaarheid vir suggestie word ook hiermee in verband gebring. Soms word emosionele druk deur 'n spesifieke ouer uitgeoefen. Die hele diskoers omtrent 'n "vrywillige klag" en "emosionele dwang" wat óf 'n klagte oor 'n spesifieke ouer, óf die kind se keuse voorafgegaan het, word ook hiermee in verband gebring. Beide Schmidt (1990:381) en Snyman (1999:461) se uitsprake oor 'n vrywillige klagte is hier relevant en daarom behoort die vrywilligheid en die selfstandigheid van die minderjarige kind se wilsbesluit (keuse) deur sielkundige assessering blootgelê te word.

Die volgende faktore mag die kind se keuse ondersteun: 'n hoë vlak van verstandelike ryphheid in samehang met 'n grondige kennis van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls, die kind se vermoë om kennis aangaande sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls te transformeer in gedragsbestuursvaardighede, 'n hoë vlak van emosionele intelligensie, die afwesigheid van oormatige angs en kompulsiwiteit, die afwesigheid van oormatige volgsaamheid, hoë egosterkte, dominansie as persoonlikheidstrek, hoë superegosterkte, selfversekerdheid en beheersdheid, individualisme, niegroepafhanklikheid, en die afwesigheid van oormatige angs en spanning (Naudé & Maree 2001:39). Hierdie determinante kan deur objektiewe, gestandaardiseerde media voorheen in hierdie artikel vermeld, geassesseer word.

Die vermoë van die kind om ter bevordering van sy saak te getuig

Taaluitdrukingsvermoë speel hier veral 'n rol, maar die kind se vermoë om verskillende perspektiewe te begryp en te oorweeg, hou waarskynlik ook verband met sy reseptiewe taalontwikkeling en vlak van verbale redenering. Die kind behoort oor relasionele denke te beskik, assosiasies te kan maak en verbandhoudende sake met mekaar in verband te kan bring. Die kind se vermoë om ter bevordering van sy saak te getuig, kan aan die hand van die Junior Suid-Afrikaanse Individuele Skaal (JSAIS) (Madge 1981) en die Senior Suid-Afrikaanse Individuele Skaal (SSAIS-R) (Van Eeden 1992) geassesseer word. Waar die verbale skale inligting verstrekk aangaande die kind se verbale vaardighede, geheue, en vermoë om diskoersmerkers te identifiseer en te gebruik, werp die nieverbale skale lig op die kind se onmiddellike probleemoplossingsvaardighede deur deduktiewe en induktiewe redenering. Eersgenoemde hou verband met ervaring, terwyl laasgenoemde verband hou met onmiddellike probleemoplossing. Hierdie elemente is relevant tot die kind se vermoë om self ter bevordering van sy saak te kan getuig.

Assessering dien geen doel indien daar nie oor die resultate gerapporteer word nie. Rapportering kan skriftelik in die vorm van 'n verslag geskied, maar indien die saak vir verhoor verwys word, dien so 'n skriftelike verslag slegs om die geheue te verfris, en moet deskundige getuienis *viva voce* (mondeling) voor 'n bevoegde hof gelewer word (Schmidt 1990:439).

Deskundige sielkundige getuienis (*viva voce* of skriftelik) omtrent die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind

Getuienislewering rakende die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind stel eiesoortige eise aan die sielkundige as deskundige getuie. Hierdie eise sluit onder meer in :

Die fokus van getuienis

In enige dispuut rakende toesig en beheer oor minderjarige kinders in egskeiding, is die beste belang van die kind, soos geformuleer in *McCall v McCall* (1994 (3) SA 201 (C)) die belangrikste oorweging waaraan tydens assessering aandag geskenk behoort te word. In die geval van deskundige getuienis rakende die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid, is die fokus van deskundige getuienislewering (*viva voce* of skriftelik in die vorm van 'n sielkundige verslag) dus die konvergensie van hierdie twee konsepte, naamlik die beste belang van die kind en die minderjarige kind se bevoegdheid om 'n ingeligte besluit in sy beste belang te kan neem. Die data word dus op so 'n wyse aangebied dat dit die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind sal blootlê (met ander woorde die verwysingsprobleem) (Sattler 1982:499; Zwiegers 2001:83).

Wanneer deskundige getuienis gelewer word omtrent die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind, val die fokus van getuienislewering nie op enige ouer se bevoegdheid om as beheer en bewarende ouer te funksioneer nie (die vorige *parental deficit model*). Die ouers se psigologiese profiel is egter wel relevant in soverre hulle psigologiese status en funksionering 'n invloed uitoefen op die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind (Naudé & Maree 2001:34) en vervulling van behoeftes relevant tot die beste belang van die kind. Ouerlike rolfunksionering is 'n funksie, en daarom behoort die verband tussen sodanige funksie en die minderjarige kind se beste belang en besluitnemingsbevoegdheid deur deskundige getuienislewering toegelig te word.

Gronde vir die opinie

Die vereiste dat die hof ingelig moet word omtrent die gegewens en soms die redenasieproses waarop die opinie berus, geld ook in die geval van deskundige getuienis omtrent die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind (Schmidt 1990:439). 'n Abstrakte teoretiese uiteensetting van data is nutteloos indien dit nie aan die feite van die saak (die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind) gekoppel word nie. Bronne (psigometriese toetse en ander sielkundige toetse) waarop die opinie rakende die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid berus, moet in die deskundige getuienis geopenbaar word (Schmidt 1990:439), omdat sodanige opinie op toelaatbare feite gebaseer moet wees. "The source of information should be cited if statements that cannot be directly verified are made" (Sattler 1982:503).

Getuienis en bewysmateriaal

Sielkundige getuienislewering behels die aanbieding van feite waaroor die hof andersins nie sou beskik nie, en wat kan bydra tot die oplossing van 'n feitegeskil. Die sielkundige moet daarom in sy getuienislewering onderskei tussen 'n afleiding en 'n aanname. Die sielkundige mag sekere afleidings maak uit die feite ter tafel, maar mag nie sekere aannames maak nie. Aannames is niks meer as spekulاسie nie (*S v Naik* 1969 2 SA 231 (N) 234). Daar word ook verwys na die volgende stelling van lord Wright in *Caswell v Powell Duffryn Associated Collieries Ltd*:

Inference must be carefully distinguished from conjecture or speculation. There can be no inference unless there are objective facts from which to infer the other facts which it is sought to establish ... But if there are no positive proved facts from which the inference can be made, the method of inference fails and what is left is mere speculation or conjecture (1940 AC 152 169, 1939 3 All ER 722 733).

Hierdie onderskeiding hou dus belangrike implikasies in vir die sielkundige getuienislewering rakende die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind.

Die relevantheidsvereiste

Sielkundige getuienislewering rakende die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind moet aan die relevantheidsvereiste voldoen. Die relevantheidsvereiste is statutêr soos volg in artikel 210 van die Strafproseswet 1977 vasgelê:

Geen getuienis met betrekking tot enige feit, aangeleentheid of saak wat nie ter sake of van geen wesenlike belang is nie en wat nie tot bewys of weerlegging van enige punt of feit in geskil strek nie, is toelaatbaar nie.

Die sielkundige as deskundige getuie behoort hom/haar te beperk tot feitlike inligting relevant tot die onderhawige probleem (met ander woorde die konvergensie van "die beste belang van die kind" en die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind), en sorg te dra dat die gevolgtrekkings deur feitlike inligting gerugsteun word. In hierdie opsig verklaar Schmidt (1990) soos volg:

Deskundige getuienis het min waarde as dit nie aan die feite van die saak gekoppel word nie ... 'n Feit word gewoonlik beskou relevant vir 'n ander feit te wees as daar 'n logiese verband (nexus) tussen hulle bestaan (438).

Getuienis is dan relevant as die feite waaroor getuig word op sigself of in samehang met ander feite kan bydra om die bestaan van die feite wat in geskil is, te bewys of te weerlê (359).

Die nexus of verbindingsselement

Die sielkundige moet feitelike samehange en logiese verbande rakende die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind uitwys. Schmidt (1990) verklaar die verbindingsselement soos volg:

You are not to draw inferences from one transaction to another which is not specifically connected with it merely because the two resemble each other. They must be linked together by the chain of cause and effect in some assignable way before you can draw your inference (391).

Getuienis omtrent die minderjarige kind se vermoë om ingeligte en selfstandige besluite in sy beste belang te kan neem, moet byvoorbeeld gerugsteun word deur 'n logiese verband tussen die kind se huidige vlak van kognitiewe en konatiewe funksionering en spesifieke toetsresultate wat deur die assessering bekom is. In *R v Bond* 1906 2 KB 389 424 verklaar regter Lawrence die volgende ten aansien van die nexus of verbindingsselement:

In all cases in order to make evidence of this class admissible there must be some connection between the facts of the (case at hand) and the facts proved in evidence ... there must be a nexus between the two sets of facts, otherwise no inference can be safely deduced therefrom.

Getuienis sonder enige besondere verband, is dus onvoldoende. Die sielkundige kan hom/haarself afvra of die afleidings versoenbaar is met al die bewese feite ter tafel, en of geen ander redelike afleiding uit die beskikbare data gemaak kan word nie. Indien die verband of nexus tussen die getuienis en die feit in geskil nie duidelik aangetoon kan word nie, is die getuienis blote spekulasie, en daarom ontoelaatbaar (Zwiegers 2001:90).

Die interpretasie van die resultate

By die interpretasie van die resultate mag daar nie 'n ontginning van die resultate wees om te kyk wat daarin bruikbaar of belowend is ten einde besluitnemingsbevoegdheid te kwalifiseer of te diskwalifiseer nie (Zwiegers 2001:92). Die toetsresultate moet aan die hand van duidelike en verstaanbare parameters verklaar word, soos die toetsling se kronologiese ouderdom, benoeming van intervalle byvoorbeeld *superieur*, *staneges* (of *stiene*), en die persentielrangorde. Bronne, vakliteratuur en navorsingsresultate moet duidelik geïdentifiseer word en standaardmetingsfoute moet eweneens in ag geneem word. Die waarde wat aan die deskundige getuienis van 'n verslag geheg word, hang onder meer af van die hof se vermoë om hierdie getuienis te kontroleer. Sattler (1982) stel die volgende riglyne voor:

Avoid giving interpretations without supporting evidence ... Occasionally, carefully selected examples from the examinee's responses can enhance the meaningfulness of the report by serving to illustrate the diagnostic formulations. If, for instance, an examinee is described as giving over-elaborated responses, including an example would be helpful. Sometimes it may be necessary to cite the test question together with the examinee's response in order to facilitate the reader's understanding. It may not be enough to refer to specific tests or subtests by name, because test or subtest names may have limited meaning to the reader; instead, describe what they measure or require (500).

Die resultate behoort verklaar te word teen die ekologiese konteks van die minderjarige kind. Betekenisvolle hoë of lae tellings behoort verklaar te word in terme van die normpopulasie, sowel as die persoonlike profiel van die minderjarige kind. Kwesbare areas en besondere behoeftes by die minderjarige kind moet uitgewys word in soverre dit relevant is tot die minderjarige kind se beste belang en/of besluitnemingsbevoegdheid. Die implikasie van spesifieke lae of hoë tellings met betrekking tot die

minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid moet duidelik verklaar word. Die nexus (of verband) tussen hierdie implikasies en spesifieke psigologiese ontwikkelingsbehoefte, psigologiese ontwikkelingsstake en die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid, moet uitgewys word.

Afleidings omtrent die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid mag nie buite die gegewe inligting gaan nie en die interpretasies mag eweneens nie verder gaan as wat die toetsresultate regverdig nie (Maloney & Ward 1976:113). Voorts behoort die toetsomstandighede en toetsgedrag van die minderjarige kind, asook beperkinge van die ondersoek en die meetinstrumente by die interpretasie van resultate in gedagte gehou te word. Spesifieke uitskieters kan byvoorbeeld verband hou met die geldigheid en betroubaarheidstekorte van die meetinstrumente of met spesifieke gebeure wat die assessering voorafgegaan het.

GEVOLGTREKKING

Dit blyk uit die voormelde dat die juridiese en sielkundige elemente van die konsep “besluitnemingsbevoegdheid” suksesvol gekonvergeer kan word ten einde objektiewe en bruikbare kriteria ter praktykverbetering te lewer. Die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 (die interim Grondwet) en daarna die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 (die “finale” Grondwet) het ’n verreikende omvorming van die hele Suid-Afrikaanse reg teweeggebring. Vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse regsgeeskiedenis is daar ’n handves van fundamentele regte wat bindend is op die hele reg, wat sekere handeling (byvoorbeeld diskriminasie) verbied, en wat ’n groot aantal regte skep (soos die reg op waardigheid, vryheid van uitdrukking, vryheid van assosiasie, en ’n billike verhoor) (Snyman 1999:12). Ongeag die toepassingsveld behoort kriteria waaraan die besluitnemingsbevoegdheid van die minderjarige kind beoordeel word, dus betroubaar, geldig, regverdig, en niediskriminerend te wees en te lei tot praktykverbetering (Airasian 2001; Gronlund 1998; Herman, Aschbacher & Winters, 1992). Die volgende kriteria word derhalwe as aanbevelings voorgestel vir die beoordeling van die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid rakende plek en persoon van primêre residensie.

AANBEVELINGS

Deur gebruik te maak van objektiewe, gestandaardiseerde assessering, asook van kollaterale inligting en ander bronne van inligting, kan die minderjarige kind se besluitnemingsbevoegdheid in terme van die volgende kriteria oorweeg word:

- Die vlak van kognitiewe ryphed, soos weerspieël in die kind se ouderdomsgepaste selfinsig met betrekking tot dit wat die kind se eie beste belange verteenwoordig.
- Die vlak van konatiewe ryphed, soos weerspieël in die kind se gedragsbestuursvaardighede en vermoë om onbillike beïnvloeding te kan identifiseer en weerstaan.
- Die minderjarige kind se bereikte vlak van intellektuele ryphed soos dit weerspieël word in probleemoplossingsvaardighede, redeneervermoë, verbandlegging, assosiasiewe en relasionele denke.
- Die minderjarige kind se vorige besluitnemingservaring en –bevoegdheid soos aangedui in ander sferes van die kind se lewe en in ander lewenskontekste.
- Die minderjarige kind se bereikte kennisvlak van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls.
- Die minderjarige kind se vermoë om kennis van sosiaal-etiese standaarde en normatiewe gedragsreëls te transformeer in gedragsbestuursvaardighede.

- Die vermoë van die minderjarige kind om 'n selfstandige wilsbesluit te kan neem.
- Die mate waarin die minderjarige kind se intellektuele funksionering en bereikte vlak van volwassenheid sy vermoë beïnvloed om met die regsvertegenwoordiger, gesinsadvokaat, sielkundige en/of ander betrokkenes te konsulteer.
- Die algemene taalontwikkelingsvlak van die minderjarige kind, in soverre dit die kind se kommunikasie met alle deelnemende state kan bevorder of kortwiek.
- Die mate waarin die minderjarige kind se intellektuele funksionering, bereikte vlak van volwassenheid en graad van taalbeheersing sy/haar vermoë beïnvloed om self ter bevordering van sy/haar eie saak te getuig.
- Die mate waarin ander getuies (sielkundige toetsresultate en kollaterale inligting) die minderjarige kind se intellektuele funksionering asook bereikte vlak van volwassenheid en besluitnemingsbevoegdheid beskryf.
- Die mate waarin die minderjarige kind se bereikte vlak van volwassenheid selfinsig en rasionele besluitneming weerspieël, asook die mate van insig waaroor die minderjarige kind beskik in die gevolg van sodanige besluite wat deur die kind geneem is.
- Verbandhoudende betekenisvolle en berekende risiko's wat die minderjarige kind se geestelike rus en onverstoorbareheid bedreig, behoort in balans te wees met die kind se keuse van plek en persoon van primêre residensie.

SLOT

Met die opkoms van kinderregte word daar nou groter klem geplaas op die beskerming en bevordering van die regte van die kind. Benewens die trauma wat egskeiding meebring, word vermoed dat 'n toesig- en beheerbevel wat in direkte konflik is met die keuse van 'n minderjarige kind wat reeds oor besluitnemingsbevoegdheid beskik, die kind se geestelike rus en onverstoorbareheid tot so 'n mate bedreig dat die kind daardeur aan hertraumatisering blootgestel word. Erkenning van die minderjarige kind se regte vereis 'n konvergensie tussen die juridiese elemente van toerekeningsvatbaarheid en (on)vermoë om verhoor te word en/of te getuig en die sielkundige aspekte inherent aan hierdie juridiese konsepte, byvoorbeeld kognitiewe en konatiewe rypheid, wilsbesluit, weerstandskrag en die vermoë van die kind om in sy/haar eie beste belang te kan getuig. Wanneer alle deelnemende state klaarheid het oor die interaksie tussen hierdie twee wetenskapsterreine en watter elemente die besluitnemingsbevoegdheid van die kind konstitueer, sal die kind se besluitnemingsbevoegdheid op objektiewe wyse beoordeel kan word aan die hand van kriteria wat betroubaar, geldig, regverdig, en nediskriminerend is en wat tot praktykverbetering lei.

EINDNOTAS

1. Dui nie op geslagsdiskriminasie nie. Die dogter was 'n deelnemende party in die saak wat as eksemplaar bestudeer is.
2. Dui nie op geslagsdiskriminasie nie. Die seun was 'n deelnemende party in die saak wat as eksemplaar bestudeer is.

BRONNELYS

- Ackerman, M.J. 1999. *Essentials of forensic psychological assessment*. New York: John Wiley & Sons.
- Ackerman, M.J. & Ackerman, M.C. 1996. Child custody evaluation practices: A 1996 survey of psychologists. *Family Law Quarterly*, 30:565-586.

- Airasian, P.W. 2001. *Classroom assessment: Concepts and applications*. 4th edition. Boston: McGraw Hill.
- Barros, A. 1986. The process of effective decision-making. *Journal of Medical Technology*, 3(10):525-528.
- Bonthuys, E. 2001. Epistemological envy: legal and psychological discourses in child custody evaluations. *The South African Law Journal*, 118(2):329-346.
- Bromberg, W. 1979. Psychiatrists in court: The psychiatrist's view. *American Journal of Psychiatry*, 125:1343 – 1347.
- Clark, B. 1992. Custody: the best interests of the child. *The South African Law Journal*, 109(3):391-397.
- Davel, T. 2000. The status of children in South African private law. In Davel, C.J. (Ed.), *Introduction to Child Law in South Africa*. Cape Town: Juta.
- Davel, T. & De Kock, P. 2001. In 'n kind se beste belang. *De Jure*, 34(2):272-291.
- De Wet, J.C. & Swanepoel, H.L. 1985. *Strafreg*. Vierde Uitgawe. Durban: Butterworths.
- Du Toit, L.B.H. & Madge, E.M. 1972. *Handleiding vir die Persoonlikheidsvraelys vir kinders (PVK)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Engelbrecht, A.C.M. 1992. *Die kind en egskeiding: 'n gesinsperspektief*. M.A.-verhandeling. Universiteit van Pretoria.
- Fouché, F.A. & Grobbelaar, P.E. 1971. *Handleiding vir die PHSF-Verhoudingevraelys*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Gardner, H. 1993. *Multiple intelligences: the theory in practice*. New York: Basic Books.
- Gerdes, L.C. 1988. *Die ontwikkelende volwassene*. 2^{de} uitgawe. Durban: Butterworths.
- Goleman, D. 1996. *Emotional Intelligence. Why it can matter more than IQ*. London: Bloomsbury.
- Gollop, M.M., Smith, A.B. & Taylor, N.J. 2000. Children's involvement in custody and access arrangements after parental separation. *Child and Family Law Quarterly*, 12(4):383-399.
- Gronlund, N. 1998. *Assessment of student achievement*. 6th edition. Boston: Allyn and Unwin.
- Herman, J.L., Aschbacher, P.R. & Winters, L. 1992. *A practical guide to alternative assessment*. Alexandria, VA: Association for Supervision and Curriculum Development.
- Human, C.S. 1998. *Die invloed van die begrip kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind verhouding in die Suid-Afrikaanse reg*. PhD-proefskrif. Universiteit van Stellenbosch.
- Joubert, M. 1981. *Handleiding vir die Interpersoonlike Verhoudingevraelys (IVV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Joubert, M. & Schlebusch, D. 1983. *Byvoegsel tot die Handleiding van die Interpersoonlike Verhoudingevraelys (IVV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Kohlberg, L. 1987. *Child psychology and childhood education. A cognitive-developmental view*. New York: Longman.
- Labuschagne, F.J. & Eksteen, L.C. 1993. *Verklarende Suid-Afrikaanse Woordeboek*. Pretoria: Van Schaik.
- Laubscher, D.B., Steyn, D.P. & Wolfaardt, J.B. 1976. *Handleiding vir die Hoërskoolpersoonlikheidsvraelys (HSPV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Louw, D.A., Van Ede, D.M., Ferns, I., Schoeman, W.J. & Wait, J.W. van S. 1998. Die middelkinderjare. In Louw, D.A., Van Ede, D.M. & Louw, A.E., *Menslike ontwikkeling*. 3^{de} uitgawe. Pretoria: Kagiso.
- Madge, E.M. 1974. *Handleiding vir die Jr.-Sr. Hoërskoolpersoonlikheidsvraelys (HSPV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Madge, E.M. 1981. *Handleiding vir die Junior Suid-Afrikaanse Individuele Skale (JSAIS)*. Deel 1 tot 3. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Maloney, M.P. & Ward, M.P. 1976. *Psychological assessment: a conceptual approach*. New York: Oxford University Press.
- McCurdie, J. 1994. The interface between the legal and mental health professions with particular reference to the office of the family advocate. *The Southern African Journal of Child and Adolescent Psychiatry*, 6(1):12-16.
- Mercer, K.L. 1997. The ethics of judicial decision-making regarding custody of minor children: Looking at the "best interests of the child" and the "primary caretaker" standards as utility rules. *Idaho Law Review*, 33:389-414.
- Minnaar, G.G. 1976. *Handleiding vir die Hoërskoolpersoonlikheidsvraelys (HSPV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Mudie, G. *Determination of disputed custody and access with divorce*. Seminar by Gillian Mudie in March 1989, University of Stellenbosch.
- Mwamwenda, T.S. 1996. *Educational psychology. An African perspective*. 2nd edition. Durban: Heinemann.
- Naudé, H. & Maree, K. 2001. The decision-making capacity (power) of a minor child in a divorce case:

- guidelines for psychological assessment. *Acta Criminologica*, 14(3):34-45.
- Odendal, F.F. & Gouws, R.H. 2000. *Verklarende Handwoordeboek van die Suid-Afrikaanse Taal*. Halfway House: Perskor.
- Palmer, A. 1996. The best interest criterion: an overview of its application in custody decisions relating to divorce in the period 1985-1995. *Acta Juridica*, 1996. Cape Town: Juta.
- Parkinson, L. 1987. *Separation, divorce and families*. London: MacMillan.
- Plug, C., Meyer, W.F., Louw, D.A. & Gouws, L.A. 1993. *Psigologiesoorboek*. Johannesburg: Lexicon.
- Rachlin, H. 1989. *Judgement, decision and choice: a cognitive/behavioral synthesis*. New York: Freeman.
- Robinson, J.A. & Ferreira, G.M. 2000. Die reg van die kind om gehoor te word: Enkele verkennende perspektiewe op die VN Konvensie oor die Regte van die Kind (1989). *De Jure*, 33(1):54-67.
- Robinson, R. 1997. *The law of children and young persons in South Africa*. Durban: Butterworths.
- Robinson, R. 2000. Children and divorce. In Davel, C.J. (Ed.), *Introduction to child law in South Africa*. Cape Town: Juta.
- Sattler, J. 1982. *Assessment of children's intelligence and special abilities*. 2nd edition. Boston: Allyn & Bacon.
- Schäfer, I.D. 1993. *The law of access to children. A comparative analysis of the South African and English laws*. Durban: Butterworths.
- Schaffer, H.R. 1996. *Social development*. United Kingdom: Blackwell Publishers.
- Schmidt, C.W.H. 1990. *Bewysreg*. 3^{de} uitgawe. Durban: Butterworths.
- Skelton, A. (Ed.) 1998. *Children and the law*. Pietermaritzburg: Lawyers for Human rights.
- Smith, H. 1999. *Children, feelings and divorce. Finding the best outcome*. London: Free Association Books.
- Snyman, C.R. 1999. *Strafreg*. 4^{de} uitgawe. Durban: Butterworths.
- Timms, J.E. 1995. *Children's representation. A practitioner's guide*. London: Sweet & Maxwell Limited.
- Van Dijk, M. 1982. *Byvoegsel tot die Handleiding vir die Hoërskoolpersoonlikheids-vraelys (HSPV)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Van Eeden, R. 1992. *Handleiding vir die Senior Suid-Afrikaanse Individuele Skaal – Hersien (SSAIS-R)*. Pretoria: Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing.
- Viljoen, F. 2000. The African Charter on the Rights and Welfare of the Child. In Davel, C.J. (Ed.), *Introduction to child law in South Africa*. Cape Town: Juta.
- Visser, P.J. & Potgieter, J.M. 1998. *Introduction to family law*. Second Edition. Cape Town: Juta.
- Wolfendale, S., Bryans, T., Fox, M., Labram, A. & Sigston, A. 1992. *The profession and practice of educational psychology. Future directions*. London: Cassell.
- Zwiegers, T. 2001. *Die opvoedkundige sielkundige as spesialisgetuie in sake van betwiste toesig en beheer oor minderjarige kinders: riglyne vir forensiese verslagskrywing*. M.Ed.-skripsie. Universiteit van Pretoria.

LYS VAN WETTE

- Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1993. Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (Wet 108 van 1996). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Huwelikswet. 1961. (Wet 25 van 1961). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Strafproseswet. 1977. (Wet 51 van 1977). Pretoria: Staatsargief.
- Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede, 1987 (Wet 24 van 1987). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Egskeiding. 1979. (Wet 70 van 1979). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Huweliksaangeleenthede. 1953. (Wet 37 van 1953). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Kindersorg. 1983. (Wet 74 van 1983). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Meerderjarigheidsouderdom. 1972. (Wet 57 van 1972). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders. 1997. (Wet 86 van 1997). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wet op Voogdyskap. 1993. (Wet 192 van 1993). Staatskoerant. Pretoria: Staatsdrukkery.
- Wysigingswet op Kindersorg. 1996. (Wet 96 van 1996). *Regulasies – Wysiging*. Staatskoerant, 31 Maart 1998, No18770:79. Pretoria: Staatsdrukkery.

INTERNASIONALE DOKUMENTE

Gloaal

The United Nations Convention on the Rights of the Child. 1989.

Afrika

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child. 1990.

LYS VAN HOFSAKE

Caswell v Powell Duffryn Associated Collieries Ltd 1940 AC 152

Märtens v Märtens 1991 (4) SA 287 (TPD)

Mathews v Mathews 1983 (4) SA 136 (SE)

McCall v McCall 1994 (3) SA 201 (C)

Meyer v Gerber 1999 (3) SA 550 (O)

R v Bond 1906 3 KB 389, 1904-1907 All ER 24

S v Mbanda 1986 (2) PH H108 (T)

S v Naik 1969 2 SA 231 (N)

Stassen v Stassen (1998 2 SA 105 (W)