

**PERMANENTE VERWYDERING VAN KIND(ERS) UIT  
SUID-AFRIKA DEUR OUER MET BEWARING**

**F v F 2006 3 SA 42 (HHA)**

## **1 Inleiding**

Die hof moes op appèl in hierdie saak beslis of die moeder as bewaarder van die kind, die kind permanent uit die land kon verwyder aangesien die moeder haarself in die Verenigde Koninkryk (VK) wou vestig na die egskeiding. Beide 'n enkel-regter, sowel as die volbank van die Witwatersrand se plaaslike afdeling van die Hooggeregshof, het die aansoek geweier.

In 'n artikel van my ("The power of a custodial parent to remove the child from the Republic of South Africa after divorce" 2005 *De Jure* 332 ev) kom ek tot die gevolgtrekking dat daar twee benaderings bestaan wat die howe volg om tot 'n bevinding te kom. Die een benadering noem ek die "tradisionele benadering" en die ander, die "nuwe benadering". Die "tradisionele benadering" word in die "tradisionele benadering" (by gebrek aan 'n beter benaming) en die "nuwe tradisionele benadering" onderverdeel. Sowel die "tradisionele" as die "nuwe tradisionele benadering" gebruik as riglyn die beste belang van die kind. Die twee, bevind ek dan, verskil van mekaar in die geval waar alle omstandighede gelyk is, in die sin dat die "tradisionele benadering" meer gewig aan die belange van die bewarende ouer gee, terwyl in die geval waar die "nuwe tradisionele benadering" toepassing vind, word meer aandag aan die belange van die nie-bewarende ouer verleen. Die "nuwe benadering" (in teenstelling tot die "nuwe tradisionele benadering") werk myns insiens, sonder om dit uitdruklik te erken, met die vermoede dat die rede/motief vir verwydering van die bewarende ouer in die beste belang van die kind is. Hierdie benadering vind egter vandag nie meer toegepassing nie.

Die saak onder bespreking word, met bogenoemde as agtergrond, krities ondersoek.

## 2 Feite

Appellante is die moeder aan wie bewaring van die minderjarige dogtertjie toegeken is. Tydens die appèl is die kind ongeveer 10 jaar oud. Respondent is die vader wat nie bewaring van die kind het nie en wat toestemming weier dat die kind uit die land geneem mag word. (Vgl die bepalings van artikel 1(2) van die Wet op Voogdy 192 van 1993 tov toestemmingsvereistes.) Die moeder het gevolglik 'n aansoek na die Witwatersrandse plaaslike afdeling asook 'n appèl na die volbank gebring vir vervangende toestemming om die kind te mag verwyder, maar was onsuksesvol. Appellante bring hierdie appèl met toestemming van die Hoogste Hof van Appèl.

Appellante en respondent is beide in die VK gebore en het daar grootgeword en is daar getroud alvorens hulle besluit het om na Suid-Afrika te kom om hulle loopbane in die inligtingstechnologie voort te sit. Toe die partye op 26 April 2001 geskei is, is die bewaring van die kind wat op 7 November 1995 gebore is, aan appellante toegeken nadat sy en respondent 'n skikking bereik het. Respondent het ook toegang tot die kind verkry en die praktiese effek hiervan was dat hulle gelyke hoeveelheid tyd saam met die kind spandeer het en dat hulle beide eintlik vir die grootmaak van die kind verantwoordelik was, alhoewel 'n "enkel-bewaringsbevel" ten gunste van appellante verleen is ([4]).

Vervolgens kyk ek eerstens na appellante se redes waarom die appèl gehandhaaf moet word, gevolg deur die redes van die respondent waarom die appèl nie suksesvol behoort te wees nie en sluit af met die beslissing en redes van die Hoogste Hof van Appèl.

## 3 Appellante se redes waarom die appèl moet slaag

Die redes waarom appellante die mening huldig dat die appèl suksesvol behoort te wees, vat ek só saam: (Sien [5] van die verslag.)

- (a) Appellante wil terugkeer na die VK waar al haar familie woon. Behalwe vir twee vriende in Suid-Afrika, het sy geen ondersteuning van familie en vriende in Suid-Afrika nie en sy voel ongelukkig en depressief hier.
- (b) Sy is besorg oor die hoë misdadervlak en die afwesigheid van finansiële en werksekerheid. Sy is van mening dat beide sy en haar kind in die VK 'n beter lewenskwaliteit sal hê asook meer veiligheid en sekuriteit.
- (c) Daar is ook na haar mening beter onderwys en ander lewensverbeteringsgeleenthede vir haar kind in die VK.
- (d) Die VK bied ook aan haar beter werkseleenthede en 'n baie beter sosiale sekerheidsstruktuur en gesondheidsorg.

Bovermelde redes is ook al in vorige sake aangevoer tydens aansoeke om verlof om kinders uit die land te verwyder. (Vgl hieroor Van Schalkwyk 2005 *De Jure* 337–338.) Die howe het by meer as een geleentheid gesê dat as die rede vir verwydering *mala fide* is, die aansoek nie suksesvol sal wees nie. (Vgl hieroor oa *Theron v Theron* 1939 WLD 355 360; *Van Rooyen v Van Rooyen* 1999 4 SA 435 (K) 437J–438A.) Die rede word as *mala fide* beskou indien die aansoek om verwydering uit wraaksug en wrok teenoor die ander ouer met reg op toegang gebring word. (Sien hieroor veral *Lecler v Grossman* 1939 WLD 41; *Theron*

360; *Bailey v Bailey* 1979 3 SA 128 (A) 143D–E; *Van Rooyen* 437I–J.) ’n Rede word as *bona fide* beskou indien daar ’n subjektiewe geloof is dat die verwydering in die beste belang van die kind is. (Sien oa *Van Rooyen* 437I.) Die rede moet egter nie net *bona fide* wees nie, maar moet ook “goed” (“good”) of “voldoende” (“sufficient”) wees. Dit sal die geval wees indien die rede ook in die beste belang van die kind is. (Sien hieroor *Stock v Stock* 1981 3 SA 1280 (A) 1290G.) ’n Rede mag daarom *bona fide* geag word, maar nie “voldoende” nie, indien dit aan die een kant nie in die beste belang van die kind is nie of aan die ander kant, die rede ’n sogenaamde neutrale rede/faktor is (*Van Schalkwyk* 2005 *De Jure* 339).

Nadat die hof die redes van die appellante aangehoor het, is die hof oortuig dat die besluit *bona fide* (52F) geneem is en nie *mala fide* “by some malicious desire” (52I–J) nie. Die hof is egter, myns insiens, nie oortuig dat die redes/besluit “voldoende” is nie. Die hof stel dit in die volgende woorde (53E–G):

“There are just too many imponderables [verwysende oa na die feit dat sy geen vaste planne omtrent werksmoontlikhede het nie asook die onsekerheid oor hulle lewensuitgawes en die naskoolse versorging van die kind] in the appellant’s plans to enable the Court to assess the likely effect of the move on S’s physical, emotional and psychological well-being. When these imponderables are ‘weighed up’ against the agreed opinion of all three experts that S’s interest would best be served by remaining in proximity to both parents and that a separation from either parent would be prejudicial to her well-being, the decision of both the trial Court and the majority in the Full Court not to permit the appellant to relocate to the United Kingdom with her daughter cannot be faulted.”

Hierdie woorde is duidelik in ooreenstemming met die uitsetting en benadering hierbo beskryf. Indien die rede/besluit nie ook “voldoende” is nie, is dit nie in die beste belang van die kind nie en word die verwydering nie toegestaan nie.

#### **4 Respondent se redes waarom die appèl nie suksesvol behoort te wees nie**

Respondent weier om toestemming tot die verwydering te verleen en voer die volgende redes hiervoor aan (sien [5] van die verslag):

- (a) Die kind word van haar stabiele en seker omgewing verwyder.
- (b) Die kind se lewensstandaard sal daal.
- (c) Die belangrikste is die feit dat sy die voordeel van haar intieme en betekenisvolle verhouding met die respondent, haar vader, sal verloor.

Gedagtig aan wat gesê is, herinner die argument van die respondent daaraan dat aangenome dat alles gelyk is, die verwydering steeds geweier moet word omdat die verwydering in stryd met die sogenaamde “nuwe tradisionele benadering” is. Hierdie benadering skenk besondere aandag aan die effek van die verwydering op die verhouding tussen die kind en ouer sonder bewaring. (Vgl hierbo 1.)

#### **5 Beslissing en redes vir die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl**

Dit moet hier heel aan die begin vermeld word dat die hof sy beslissing groten-deels skoei op die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Jackson v Jackson* 2002 2 SA 303 (HHA). Die hof verwerp die appèl van die appellante. Die hof kom tot sy beslissing op grond van ’n verskeidenheid van redes wat ek vervolgens noem en bespreek.

##### *5.1 Die keuse/rede vir verwydering van die ouer met bewaring*

Hierbo is melding gemaak van die sogenaamde “nuwe benadering” wat, myns insiens, tot inhoud het dat die ouer met bewaring se rede/keuse vir verwydering,

indien dit *bona fide* is, vermoed word in die beste belang van die kind is. Die hof in *Jackson v Jackson* verwys ook hierna en meld dat deur die verwydering te weier in baie gevalle tot bitterheid en frustrasie lei wat ook die kind nadelig beïnvloed (318G soos aangehaal op 48A van *F v F*). Helaas, die Hoogste Hof van Appèl in *Jackson v Jackson* is eger nie bereid om te aanvaar dat die keuse om die kind te verwyder vermoed word in die beste belang van die kind te wees nie. Die minderheidsuitspraak van waarnemende appèlregter Cloete stel hierdie belangrike aspek in die volgende woorde (317D–G):

“The fact that a decision has been made by the custodian parent does not give rise to some sort of rebuttable presumption that such decision is correct. The reason why a Court is reluctant to interfere with the decisions of a custodian parent is not only because the custodian parent may, as a matter of fact, be in a better position than the non-custodian parent in some cases to evaluate what is in the best interests of a child but, more importantly, because the parent who bears the primary responsibility of bringing up the child should as far as possible be left to do just that. It is, however, a constitutional imperative that the interests of children remain paramount. That is the ‘central and constant consideration’. Accordingly, the reason why the ‘custodian parent’s decision and the emotions or impulses which have contributed to it’ require examination is because that decision may be egocentric or prompted by a desire to deny the non-custodian spouse access to the child – both of which may not be in the best interests of the child itself.” (Soos gedeeltelik aangehaal in *F v F* 48F–49A.)

Die hof konkludeer dan dat alhoewel genoegsame gewig aan die keuse vir verwydering verleen moet word, daar deur die howe gewaak moet word teen die opvatting dat die keuse van die ouer met bewaring noodwendig in die beste belang van die kind is ([13]). Hiermee bevestig die hof my standpunt hierbo (1) dat die sogenaamde “nuwe benadering” nie erken word nie.

## 5.2 Fundamentele regte van die ouer met bewaring

Aansluitend tot die rede van die ouer met bewaring vir die verwydering van die kind, word die fundamentele regte van die ouer op waardigheid (a 10), privaatheid (a 14) en vryheid van beweging (a 21) ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 ook vermeld. Word die uitoefening van hierdie regte van die ouer met bewaring gedwarsboom, mag dit ’n negatiewe effek op die belange/welsyn van die kind hê (49B–D).

Die hof wys ook daarop dat die verskil in behandeling van die ouer met bewaring en die ouer sonder bewaring mag, sover as hervestiging en kontak met die kind betref, ook onbillike diskriminasie (op grond van geslag) tot gevolg hê (49E–F). Die hof verwys (49E vn 11) in hierdie verband na ’n artikel van Elsje Bonthuys “Clean Breaks: Custody, Access and Parents’ Rights to Relocate” 2000 *SAJHR* 487 ev waar sy hieroor die volgende opmerk (496):

“While the custodian may be prevented from relocating by the interests of the children, the non-custodian may relocate at will. While the custodian can be compelled to facilitate access to the child, the non-custodian parent cannot be compelled to contact the child, whether or not such contact would be beneficial to the child.”

Die hof merk hieroor op (49F–G):

“The refusal of relocation applications therefore has a potentially disproportionate impact on women, restricting their mobility and subverting their interests and the personal choices that they make to those of their children and former spouse.”

Die hof neem hierdie aangeleentheid wyslik, myns insiens, nie verder nie.

### 5.3 Die effek van verwydering op die verhouding met ouer sonder bewaring

Die regsvertegenwoordiger van appellante voer aan dat beide in die hof van eerste instansie as in die appèl voor die Volbank, die verwydering telkens geweier is omdat die nadelige effek van die verwydering op die verhouding tussen die kind en die respondent oorbeklemtoon is (50D–E). Twee gedeeltes uit die *Jackson*-saak word in hierdie verband deur die Hoogste Hof van Appèl aangehaal. (Sien 51A–B D–F.) Die eerste relevante aanhaling van appèlregter Scott in die *Jackson*-saak lees (323C–D):

“To afford less weight to something as important as the relationship between mother and young daughters simply because the former is the non-custodian parent is to prefer the rights of the custodian parent over the interests of the children. That is a wrong approach. It is particularly so on the facts of the present case, where both parents continued to exercise a more or less equal parenting role and where there had been no real separation between the children and the ‘non-custodian’ parent.”

In die ander gedeelte vind ons die volgende woorde van appèlregter Scott ([10] [12]):

[10] Of particular importance in the present case is the fact that there has as yet been no real separation between mother and children . . . Were the children to be taken to Australia the consequence would be the replacement of the mother’s almost equal parenting role with what in effect would be no more than biannual visits of a few weeks each . . .

[12] What emerges from the evidence, viewed in its totality, is that if removed from their mother and taken to Australia both young girls . . . will suffer ‘a great deal of pain and trauma’. Although opinions may differ, as far as the younger child Tasya [tydens die verrigtinge was sy sewe jaar oud] is concerned there must, at the least, be a real risk of psychological harm . . . The question is therefore whether the advantages of a move to Australia at this stage in the lives of these young children justify the pain and trauma they will undoubtedly both experience and the real possibility of Tasya suffering psychological harm.”

Dit is my mening dat beide hierdie twee gedeeltes die verhouding tussen die kind en die ouer sonder bewaring beklemtoon. Word hierdie verhouding deur verwydering beëindig, sal veral jong kinders “a great deal of pain and suffering” ervaar, veral waar die ouer sonder bewaring ’n nou verhouding met die kinders handhaaf. Waarnemende regter Weiner wat die uitspraak in die hof van eerste instansie gelewer het, is ook van opinie dat hierdie benadering van appèlregter Scott, ’n nuwe of ernstiger beklemtoning van die belang van die verhouding tussen die kind en die ouer sonder bewaring is (51G–H). Dit aanvaar die Hoogste Hof van Appèl nie (51G), maar sê dat wat hieruit blyk is

“that children’s interests are more often than not intertwined with those of their caregivers and that Courts must thus properly consider the impact on the custodian parent of a refusal to remove a child insofar as such refusal may have an adverse effect on the custodian parent and in turn the child” (52A).

Die betekenis van hierdie woorde van die hof is onduidelik. Indien die hof hiermee sê dat omdat die belange van die kind vervleg is met die belange van die bewarende ouer, en as die weiering van verwydering die belange van die bewarende ouer negatief sou raak, en dan ook die belange van die kind negatief kan beïnvloed, moet die verwydering toegelaat word, beklemtoon hierdie aanhaling, myns insiens, die “tradisionele benadering” waar meer aandag/gewig aan die belange van die bewarende ouer gegee word. (Sien hierbo 1.) Indien dit die geval is, moet ek helaas van die siening van die hof verskil. Ek is, soos waarnemende regter Weiner, van oordeel dat die Hoogste Hof van Appèl in *Jackson*

die “nuwe tradisionele benadering” volg. (Sien Van Schalkwyk 2005 *De Jure* 348–349 waar daar ook na die saak van *Ford v Ford* [2004] 2 All SA 396 (W) verwys word en waar waarnemende regter Weiner dieselfde siening ook hier huldig.) Desnieteenstaande ek hier tot die gevolgtrekking kom dat die hof, waarskynlik die “tradisionele benadering” volg, maak die hof in die volgende paragraaf ([18]) die stelling dat die verhouding tussen die kind en die nie-bewarende ouer nie deur die regter in die hof van eerste instansie oorbeklemtoon is nie. Dit temper moontlik die standpunt wat ek huldig, maar die benadering wat die hof volg, bly egter steeds moeilik om te bepaal.

## 6 Die mening van die kind

Respondent doen aansoek in terme van artikel 22(a) van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 dat die hof met die kind ’n onderhoud voer om haar mening ten opsigte van die verwydering na die VK te verkry (54C). Die hof is ook van oordeel dat die mening van ’n kind, wat oud genoeg is om sy wense te artikuleer, oorweeg moet word (54F). Die hof is egter nie oortuig dat die voorgestelde wyse waarop die mening van die kind verkry moet word, behoorlik is nie (54F–G). Die hof is van oordeel dat

“the proper route to follow would have been to have had S interviewed by appropriate professionals, as was done previously, and to seek to place that evidence before the Court” (54H–I).

Die hof spreek die volgende gedagte ten opsigte van hierdie aansoek uit (55A):

“The application was ill-advised and poorly conceived in addition to being unprecedented . . . and the application must thus be dismissed. I cannot imagine that the appellant should be burdened with having to pay her own costs in respect of an application as unmeritorious as this. It must follow that in respect of this application the respondent must pay the costs.”

## 7 Slotopmerkings

Vanuit die bespreking hierbo (veral par 3 en 5) volstaan ek met die volgende slotopmerkings:

- (a) Die hof keur die verwydering van die kind af op grond van die feit dat die keuse/rede vir verwydering nie “voldoende” of in die beste belang van die kind is nie. Hierdie benadering is in ooreenstemming met die benadering dat die keuse nie slegs *bona fide* nie, maar ook “goed” of “voldoende” moet wees (hierbo 3).
- (b) Die hof waarsku teen die opvatting dat die keuse van die ouer met die bewaring noodwendig in die beste belang van die kind is. Hiermee aanvaar die hof, myns insiens, ook nie die sogenaamde “nuwe benadering” nie (hierbo 5 1).
- (c) Die hof verwys na die fundamentele regte van die ouer met bewaring wat gedwarsboom word, indien die aansoek om verwydering afgekeur word. Die hof gaan egter nie verder hierop in nie (hierbo 5 2). Myns insiens is dit ook nie hier van belang nie, aangesien die beste belang van die kind ingevolge artikel 28(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 van allergrootste belang in enige aangeleentheid rakende die kind is. Gevolglik is die fundamentele regte van die ouer ondergeskik aan die kind se beste belang.

- (d) Indien die hof 'n aanhanger van die sogenaamde “tradisionele benadering” eerder as 'n aanhanger van die “nuwe tradisionele benadering” is, is ek respekvol van mening dat dit die benadering van die Hoogste Hof van Appèl in *Jackson v Jackson* misken (hierbo 5 3). Die belang hiervan wil ek aan die hand van die volgende voorbeeld toelig. Gestel die hof kon nie bevind dat die keuse vir verwydering van die appellante aan te veel “imponderables” blootgestel was nie (hierbo 3). Sou die hof steeds die verwydering geweier het? Ek het min twyfel in my gemoed dat die hof in *Jackson* asook in *Ford* steeds die verwydering sou weier, aangesien die benadering in dié *Howe*, myns insiens, die “nuwe tradisionele benadering” weerspieël. Indien my interpretasie van die *F*-saak korrek is, sou die hof die verwydering toegelaat het, aangesien die hof die “tradisionele benadering” volg waar meer gewig aan die belang van die bewarende ouer gegee word as aan die verhouding tussen die kind en die nie-bewarende ouer. Hierdie benadering is myns insiens 'n stap terugwaarts, veral as in gedagte gehou word dat gesamentlike bewaringsbevele ook meer en meer aan die orde van die dag is. (Sien *Krugel v Krugel* 2003 6 SA 220 (T) en Van Schalkwyk 2005 *De Jure* 332 veral 350.)

L NEIL VAN SCHALKWYK  
*University of Pretoria*