Authors: A Van Der Linde and LN Van Schalkwyk

DIE REG VAN DIE KIND OP KONTAK MET BEIDE OUERS: OPMERKINGS NA AANLEIDING VAN ONLANGSE ONTWIKKELINGE IN DIE NEDERLANDSE REG

ISSN 1727-3781

2011 VOLUME 14 No 1

DIE REG VAN DIE KIND OP KONTAK MET BEIDE OUERS: OPMERKINGS NA AANLEIDING VAN ONLANGSE ONTWIKKELINGE IN DIE NEDERLANDSE REG

A Van Der Linde*

LN Van Schalkwyk**

1 Inleiding

Met die inwerkingtreding van die *Children's Act* 38 van 2005 (hierna die Kinderwet), is die konsep van "verantwoordelikhede en regte" wat ouers teenoor hulle kind mag hê, bevestig.[1] Hierdie konsep sluit nou in die verantwoordelikheid en reg om kontak met sodanige kind te (be)hou.[2] Kontak (*contact*) met 'n kind word in artikel 1(1) van die Kinderwet omskryf as –

> (a) maintaining a personal relationship with the child; and
> (b) if the child lives with someone else –
> (i) communication on a regular basis with the child in person, including
> *(aa)* visiting the child; or
> *(bb)* being visited by the child; or
> (ii) communicating on a regular basis with the child in any other manner, including –
> *(aa)* through the post; or
> *(bb)* by telephone or any other form of electronic communication.

Daar kan geargumenteer word dat die verantwoordelikheid en reg wat 'n ouer (of ander persone) het om kontak met 'n kind te (be)hou, noodwendig impliseer dat die kind die reg op sodanige kontak het. Dit word egter nie uitdruklik so in die Kinderwet gestel nie, welke feit vreemd voorkom gesien die agtergrond, oogmerke en doelstellings van die Wet. Hierdie oënskynlike leemte word verder beklemtoon indien die bewoording van artikel 23 krities beskou word. Artikel 23 maak voorsiening dat enige persoon wat 'n belang het in die sorg, algemene welsyn of ontwikkeling van 'n kind, by die hof aansoek kan doen om, onder andere, kontak met die kind. Die hof moet ingevolge artikel 23(2) sekere faktore in ag neem, welke faktore in werklikheid neerkom op die bestaan van 'n gesinslewe tussen die aansoeker en die kind. Artikel 23 maak egter nie pertinent melding daarvan dat die kind 'n aansoek in dié verband kan bring nie. Daar kan geargumenteer word dat dit nie die kind se grondwetlike reg op familie

* A van der Linde BLC LLB LLM LLD (UP) Professor in Privaatreg aan die Universiteit van Pretoria. anton.vanderlinde@up.ac.za.

** N van Schalkwyk BA LLB LLD (UP) Professor in Privaaterg aan die Universiteit van Pretoria. neil.vanschalkwyk@up.ac.za.

1 Sien hieronder para 3.2.2.

2 Sien a 18(2) van die *Kinderwet* 38 van 2005.

of ouerlike sorg in artikel 28 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*, 1996 (hierna die Grondwet), respekteer nie. Artikel 14[3] bepaal egter dat elke kind die reg het om `n aangeleentheid voor `n hof te bring.[4]

Die posisie in Nederland het onlangs spesifiek aandag geniet en wel by wyse van die wysiging van artikel 1:377a lid 1 van die *(Nieuw) Burgerlijk Wetboek* (BW). In hierdie bydrae word die nuwe posisie in die Nederlandse reg na aanleiding van die wysiging op 1 Maart 2009 van artikel 1:377a lid 1 BW bespreek. Die vraag in hoe 'n mate die Suid-Afrikaanse reg aan die kind `n reg op kontak met sy ouer(s) verleen, word ondersoek.

2 Nederlandse posisie: onlangse wysiging van A 1:377a lid 1 BW

2.1 Artikel 1:377a lid 1 BW

Die nuutste[5] bewoording lui soos volg:

> 1. Het kind heeft het recht op omgang met zijn ouders en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. *De niet met het gezag belaste ouder heeft het recht op en de verplichting tot omgang met zijn kind*.[6]

Artikel 1:377a lid 1 BW bevat gevolglik vanaf 1 Maart 2009 die reëling dat

(a) die kind die reg op omgang (kontak) het met beide sy ouers asook met diegene wat in 'n "nauwe persoonlijke betrekking" tot sodanige kind staan; en

(b) die "niet met gezag belaste ouder" het 'n reg op en die verpligting tot omgang (kontak) met die kind. Die frase "niet met gezag belaste ouder", dui op die ouer

---

3 "14 **Access to court** – Every child has the right to bring, and to be assisted in bringing, a matter to a court, provided that matter falls within the jurisdiction of that court."

4 In Europese konteks het "elkeen" ingevolge artikel 8 van die Europese Verdrag vir die Regte van die Mens (EVRM wat in 1950 tot stand gekom het en wat in 1953 inwerkinggetree het) die reg op respek vir sy/haar gesinslewe en beteken dit in beginsel dat ook 'n kind 'n aansoek om kontak sou kon bring. Hierdie afleiding word internasionaal gehuldig. Sien oa Kilkelly *The Child and the European Convention on Human Rights* 262.

5 In die verlede het dit gelui dat: "1. Het kind en de niet met het gezag belaste ouder hebben recht op omgang met elkaar."

6 Eie kursivering.

wat nie (gesamentlik met die ander ouer) met die sorg van die kind bekleë is nie. So verduidelik Vlaardingerbroek ea[7]:

> De Wet stelt dat het *ouderlijk gezag de plicht en het recht van ouders omvat zelf hun minderjarige kinderen te versorgen en op te voeden* (art 1:247 lid 1 BW). Hieronder wordt in elk geval verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welsijn van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van diens persoonlijkheid (lid 2).[8]

Ouer (*ouder*) verwys in dié verband, eerstens, na 'n juridiese ouer. Volgens die Nederlandse reg sluit juridiese ouer 'n ongehude biologiese vader wat sy kind erken het, in.[9] Met die oog op die beoordeling van 'n aansoek om kontak (*omgangsregeling*) is daar nie nou langer 'n onderskeid tussen die juridiese vader en die biologiese vader wat in *een nauwe persoonlijke betrekking*, oftewel 'n gesinslewe binne konteks van artikel 8 EVRM met die kind staan nie.[10]

Dit wil voorkom asof die verpligting waarvan hier sprake is, egter nie ook geld vir die ander persone met wie die kind *in een nauwe persoonlijke betrekking* staan nie. Die verpligting (in artikel 1:277a lid 1 BW) geld alleen vir die ouer wat nie met die sorg van die kind bekleë is nie. Vlaardingerbroek[11] skets die belang hiervan soos volg:

> Belangrijk is echter te constateren dat de wetgever dit wederzijdse recht op contact tussen kind en ouder, voor de ouder die niet met de dagelijkse verzorging en opvoeding is belast, ook als een plicht tot contact ziet. De wetgever motiveerde deze bepaling vanuit het belang van het kind.

In die verduideliking wat met die aanvanklike voorgestelde Wetsontwerp saamgaan,[12] word die volgende verduideliking verskaf:

(a) Ten einde tot uitdrukking te bring dat 'n kind 'n eie afsonderlike reg op omgang (kontak) tot beide sy ouers het, is die reg nou met soveel woorde in artikel 1:377a lid 1 BW opgeneem.

---

7 Vlaardingerbroek ea *Het hedendaagse personen- en familierecht* 271.
8 Eie kursivering.
9 Sien vir verdere inligting Jacobs 1996 *TPR* 840 ev; Wortmann 1995 *FJR* 210.
10 HR 11 April 2008, *NJ* 2008 555 waar die vermelde wetswysiging reeds vooruitgeloop is.
11 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 229.
12 *Kamerstukken* 30 145 nr 3.

(b) Hierdie reg van die kind is gebaseer op die reg soos geformuleer in artikel 9 van die Verenigde Nasies se Konvensie oor die Regte van die Kind (1989) (hierna Konvensie oor die Regte van die Kind) wat lui dat 'n kind die reg het om nie teen sy wil van sy ouers geskei te word nie, tensy sodanige skeiding in die belang van die kind noodsaaklik is.

(c) Hierdie reg het veral betekenis en toepassing in situasies waar beide ouers nie noodwendig met ouerlike *gezag*, of in Suid-Afrikaanse konteks, met ouerlike sorg bekleë is nie.[13] Dus, waar slegs die een ouer met die daaglikse versorging (sorg) van die kind bemoeid is. Hierdie verpligting tot kontak geld hoofsaaklik vir die ouer en nie omgekeerd nie.[14] Die verpligting kan beswaarlik verwesenlik word sonder gereeld met die kind kontak te hê.

(d) Die reg van die kind op kontak met diegene wat in 'n *nauwe persoonlijke betrekking* tot hom staan vind sy oorsprong artikel 8 EVRM (oftewel, die reg op respek vir die gesinslewe).

(e) Die verpligting op die ouer tot kontak met die kind is dus as norm in die wet opgeneem.

(f) Daar dien egter op gelet te word dat die ongehude biologiese vader (wat nie die juridiese vader is nie) wat nie in *een nauwe persoonlijke betrekking* tot die kind staan nie, *nie* tot sodanige kontak verplig is of gedwing kan word nie.[15] Vir doeleindes van die bespreking en die posisie in die Suid-Afrikaanse reg, verwys hierdie paragraaf na die ongehude biologiese vader wat nie ingevolge artikels 21, 22 of 23 van die Kinderwet ouerlike verantwoordelikhede of regte verkry het nie.

2.2 Artikel 1:377a lid 2 en lid 3 BW

13 Daar is ouers wat letterlik en figuurlik afstand doen van hul kind omrede die ouer erg teleurgesteld of gefrustreerd is na die egskeiding, of hy/sy het iemand nuut ontmoet met nuwe kinders in 'n nuwe verhouding; of vanweë werksaamhede of siekte.

14 Die verpligting van 'n ouer wat sorg alleen uitoefen of wat gesamentlik met die ander ouer sorg uitoefen om kontak met sy/haar kind te hê, is vervat in 'n afsonderlike bepaling nl a 247. Ingevolge dié bepaling omvat *ouderlijk gezag die plig en reg om die kind te versorg en op te voed* d.w.s. sorg in SA konteks. Sien para 2-3 hieronder.

15 HR 22 Des 1995, *NJ* 1996 419. Vir 'n bespreking van hierdie saak sien Van Der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 311.

Artikel 1:377a lid 2 BW lui:

> 2. De rechter stelt op verzoek van de ouders of van een van hen of degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind, al dan niet voor bepaalde tijd, een regeling inzake de uitoefening van het omgangsrecht vast dan wel ontzegt, al dan niet voor bepaalde tijd, het recht op omgang.

Alhoewel die kind dus ingevolge artikel 1:377a lid 1 BW 'n reg op kontak met sy ouers of diegene wat in 'n *nauwe persoonlijke betrekking* met hom staan het, word die omvang of strekwydte, oftewel die presiese terme daarvan, deur die hof vasgestel.[16]

Ingevolge artikel 1:377(a) lid 3 BW sal die hof die aansoek om kontak slegs ontsê indien:

> a. omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of
> b. de ouder of degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang, of
> c. het kind dat twaalf jaren of ouder is, bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder of met degene met wie hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat heeft doen blijken, of
> d. omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

2.3 Artikel 1:247 BW

Vir ouers wie beide *ouderlijk gezag* het, oftewel, wie beide met gesamentlike sorg bekleë is, bestaan 'n vergelykbare reëling in artikel 1:247 BW. Ingevolge hierdie bepaling omvat *ouderlijk gezag* die *plig* en die *reg* om die kind te versorg en op te voed. Dit dien aangemerk te word dat by egskeiding die reël geld dat beide ouers gesamentlike sorg behou, maar dat slegs een van hulle dikwels in praktyk met die *dagelijkse zorg* belas is.[17] Die ouer wat nie vir die daaglikse versorging verantwoordelik is nie behou sy *reg* op kontak met die kind. Artikel 1:247 lid 1 BW

---

16 A 1:377a lid 2 BW. Vir vier onlangse sake in dié verband sien Hof Amsterdam 9 Junie 2009, nr 200.028.832/01 en 200.028.832/02 LJN BI8257; Hof Amsterdam 9 Junie 2009, nr 200.026.995/01 LJN BI9807; Hof's-Gravenhage 2 Juni 2009 nr 200.007.856/01, LJN BI17307; Hof's-Gravenhage 9 Juni 2009, nr 200.008.475/01 LJN BI393.

17 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 275 en vn 19.

bepaal boonop dat die ouer met die daaglikse versorging van die kind die *plig* het om die ontwikkeling van die verhouding tussen die kind en die ander ouer te bevorder.[18] 'n Ouer wat wel gesamentlike sorg het, maar nie met die daaglikse versorging van die kind bekleë is nie, is eweneens *verplig* tot kontak met só 'n kind.[19]

2.4 Bespreking van die Nederlandse regsposisie en voorstelle rondom die afdwinging van die kind se reg op kontak met die ouer sonder fisiese sorg

Die nuwe wetteregtelike reeling soos vervat in artikel 1:377(c) van die BW bevestig 'n fundamentele mensereg naamlik die wedersydse reg van ouer en kind op mekaar se samesyn. In Europese konteks[20] verklaar die Europese Hof vir die Regte van die Mens (EVRM) soos volg betreffende die plasing van kinders in alternatiewe sorg in *Rieme v Sweden*:[21]

> *The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life,* and the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care.[22]

Soortgelyk, kom 'n gesinslewe binne die trefwydte van artikel 8 EVRM tussen ouer en kind, nie by egskeiding tot 'n einde nie. Ouer en kind het die wedersydse reg op kontak na egskeiding.[23] Artikel 8 EVRM bied aan elkeen die reg op respek vir sy gesinslewe, dit wil sê, ook aan die minderjarige. Bykomend bevat die EVRM benewens artikel 8 ook ander bepalings wat van toepassing gemaak kan word op 'n omgangsreg van die minderjarige. Artikel 14 EVRM wat enige vorm van diskriminasie verbied, hou in dat die beskerming van die gesinslewe nie alleen

18 Die verwesenliking van een ouer se reg op kontak is in die praktyk in 'n groot mate afhanklik van die feitelike bereidheid van die ander ouer en/of kind om daartoe mee te werk. In die praktyk word die meeste druk uitgeoefen op die ouer wat met die daaglikse versorging bemoeid is om kontak met die ander ouer te bevorder. Regsmiddele in dié verband is, oa 'n "dwangsom. Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 230.

19 Vir doeleindes van die bespreking verder kan die ouer ingevolge a1:377(a) BW en art1:247 BW in 'n enkele term beskryf word as die "nie-versorgende ouer" oftewel die ouer wat nie vir die daaglikse sorg verantwoordelik is en alle bande met die kind probeer verbreek.

20 A 8 EVRM.

21 *Rieme v Sweden (*1993) 16 EHRR 155 181 para 54-56.

22 Eie kursivering.

23 *Hendricks v Nederland* Aansoek No 8427/8 (1982) DR 295; *Hoffman v Austria* (1994) 17 EHRR 293; *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* EHRM 21 Des 1999 (ongerapporteer); *Ignaccolo-Zenide v Roemenië* EHRM 25 Jan 2000 (ongerapporteer).

tot beskikking van volwassenes is nie, maar ook vir minderjariges. Vanlerberghe[24] verklaar:

> Wanneer de ouder geen omgang met zijn kind wenst, is dat automatisch een aantasting van het recht van het kind en omgekeerd. Beiden hebben evenveel recht op eerbiediging van hun gezinsleven. Art 14 laat geen discriminatie toe. Die omgang zou dan afgedwongen kunnen worden door een dwangsom.

Artikel 7 van die Konvensie oor die Regte van die Kind sluit hierby aan deur voorsiening te maak vir die reg van die kind om sy ouers te ken, wat meer inhou as slegs die reg om hulle name te ken. Die mees natuurlike wyse om ouers te ken is tog deur kontak met hulle te hê.

'n Leemte in a 1:377 lid 2 BW, na ons mening, is die feit dat dit (net soos die vorige bepaling) bepaal dat die hof 'n kontakreëling vasstel op versoek van die ouer of derde. Van die kind se reg, soos dit in lid 1 vervat is, word nie melding gemaak nie. Interessant is ook die feit dat die Nederlandse reëling (steeds) nie voorsiening maak vir die reg van die kind op kontak met die ongehude biologiese vader wat nie die juridiese vader is nie, of nie in 'n gesinslewe binne konteks van artikel 8 EVRM tot die kind staan nie.[25] Dit beteken dus dat die tipiese feitelike situasie in *Jooste v Botha*[26] nie by die reëling in artikel 1:377(a) BW sou baat nie, welke as `n verdere leemte aangemerk kan word.

In die verlede het Nederlandse skrywers se antwoord verskil oor die vraag of die kind se ouerlike omgangsreg, 'n omgangsplig vir die ouer meebring. Jacobs,[27] byvoorbeeld, is van mening dat sodanige plig outomaties geïmpliseer word. Vanlerberghe,[28] daarenteen, staan op die standpunt dat artikel 8 EVRM

> ..stelt duidelijk een recht op eerbieding van het gezinsleven vast en heeft het geenzins over het bestaan van een dergelijke plicht..." en dat sodanige plig "zou onmiddellijk botsen met de rechten en vrijheden van die anderen, in casu het privé- en gezinsleven van de ouder die geen omgang wenst.

Met die nuutste wysiging aan artikel 1:377a is dit nou uitgeklaar. Die wetgewing bepaal uitdruklik dat die ouer wat nie met die versorging en opvoeding belas (verantwoordelik) is nie; 'n *verpligting* tot kontak met die kind het. Die nuwe

24 Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis* 156.
25 Vir 'n volledige bespreking sien Van Der Linde 2005 *De Jure* 162.
26 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
27 Jacobs 1996 *TPR* 872.
28 Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis* 156.

wetteregtelike reeling plaas 'n uitdruklike regsplig op die ouer om kontak met sy kind te behou en nie alleen 'n morele plig nie. Daar is egter nie ook só 'n verpligting vir die ander persone wie in 'n "nauwe persoonlijke" betrekking met die kind staan nie.

Die vraag is egter steeds of 'n reg op kontak afgedwing kan word. Vanuit 'n suiwer morele oogpunt gesien, sou geargumenteer kon word dat 'n persoon wat 'n kind verwek het, verantwoordelikhede teenoor sodanige kind het en, indien dit in belang van die kind is, kontak met hom/haar moet hou. Jacobs[29] is van mening dat die afdwinging van so 'n reg in stryd is met dit wat juridies moontlik is. 'n Onderhoudsplig is volgens Jacobs wel afdwingbaar "...omdat dit een minder vergaande en emotioneel belastende maatregel is en niet hetzelfde persoonlijke engagement vereist van de vader, zoals omgang impliceert". Aansluitend hierby wys Vanlerberghe[30] daarop dat om 'n ouer tot kontak met 'n kind te dwing beswaarlik in belang van die kind sou kon wees. Daar bestaan naamlik 'n groot kans dat 'n "...omgangsplichtige ouder zijn misnoegen op het kind zal afreageren".[31] Dit is en bly 'n belangrike vraag of 'n kind sal baat by 'n kontakreëling wat as't ware afgedwing word deur 'n *dwangsom* of *gijzeling* ('n siviele prosedure ingevolge waarvan 'n ouer wat byvoorbeeld nie kontak beoefen nie vir 'n periode gevengenisstraf uitdien) wat oor die onwillige ouer se kop hang. Kontak onder druk van *een gizeling of dwangsom* kan volgens Vlaardingerbroek nie stand hou nie. Vlaardingerbroek[32] huldig die siening dat 'n *afgedwongen omgangsregelering* met 'n onwillige ouer of derde, in die reël meer skade as goed vir die kind tot gevolg het. Hy verklaar:[33]

> Als grote psychische problemen voor het kind te verwachten zijn, omdat het door de omgangsplichtige ouder wordt afgelezen, dan moet de zorg en opvoeding van het kind niet worden gedeeld of een omgangsregeling niet worden opgelegd.

Aan die ander kant, voer hy aan moet die hof nie te geredelik swig voor enige weerstand teen voorgenome kontak nie.[34] Die weerstand kan gering wees, moontlik omrede die nuwe lewensmaat van die ouer dalk nie ten gunste van só 'n reëling is nie. By die (belange-) afwegingproses moet die hof dus alle argumente opweeg en 'n ondersoek doen na die vraag of kontakreëling in die belang van die kind sal wees.

As moontlike oplossing voer Vlaardingerbroek[35] aan dat indien kontak nie in die belang van die kind geag word nie, daar eerder 'n soort *ouderboete* of

29 Jacobs 1996 *TPR* 870.
30 Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis* 156.
31 Vir die posisie in Duitsland sien die vroeëre bespreking deur Van Der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 308.
32 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
33 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
34 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
35 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.

skadevergoeding in plaas van 'n *dwangsom* opgelê moet word. Die doel hiervan is "[n]iet om de omgang af te dwingen, maar om de omgang af te kopen".[36] So 'n boete kan vir die versorging en opvoeding van 'n kind aangewend word, of aangewend word om die ander ouer as't ware 'n blaaskans te gee deurdat 'n kinderoppasser vir 'n bepaalde dag/naweek/geleentheid gehuur kan word. 'n Verdere moontlikheid is dat 'n onwillige ouer wat met (gedeelde) ouerlike sorg bekleë is, sy ouerlike sorg kan verloor.[37] Vlaardingerbroek[38] voer sogenaamde *omgangsbegeleiding* as 'n alternatief aan wat tans nog te weinig toepassing in die praktyk vind.

3 Die posisie in Suid-Afrika

3.1 Algemeen

Die vraag wat vervolgens ontstaan, is of die Suid-Afrikaanse reg ook die kind se reg op kontak met beide ouers en die ouer se regsplig tot kontak erken? Hierdie vraag gaan beantwoord word met aan die een kant spesifieke verwysing na artikel 28(1)(b) en (2) van die Grondwet en aan die ander kant met verwysing na die Kinderwet. Ten slotte gaan daar ook aandag aan die afdwinging van die reg gegee word, aangesien ons van mening is dat `n kind `n reg op kontak met beide ouers ingevolge die Suid-Afrikaanse reg het.

3.2 Verleen die Suid-Afrikaanse reg, `n reg op kontak aan `n kind met beide ouers?

3.2.1 Artikels 28(1)(b) en (2) van die Grondwet

Artikel 28 bepaal onder andere:

28

36 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
37 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
38 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.

> (1) Every child has the right –
> (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment;
> (2) A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.

Wat is die betekenis en inhoud van hierdie subartikels vir beantwoording van die vraag hierbo in paragraaf 3.1 gestel? Die verskillende aspekte van artikel 28(1)(b) en (2) gaan onder verskeie subhoofde behandel word.

3.2.1.1 Doel van artikel 28(1)(b)

Verskeie uitsprake lig die doelstellings van artikel 28(1)(b) uit. In die woorde van regter Van Dijkhorst in *Jooste v Botha*[39] is die primêre doel van artikel 28(1)(b) die volgende:[40]

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

In *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae)[41] verwys die Hof in die volgende woorde na een van die doelstellings:[42]

> [34] … 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 accoutrements 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 responsible.

Hierdie aanhaling onderskei tussen, aan die een kant, een van die doelstellings en aan die ander kant, die betekenis/inhoud van artikel 28(1)(b).[43] Die Hof in *Bhe v*

---

39 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
40 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 207I.
41 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH).
42 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [34].

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*[44] vermeld in die meerderheidsuitspraak na die doel van artikel 28 as `n geheel in die volgende woorde:[45]

> [52] Section 28 of the Constitution provides specific protection for the rights of children. 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.[46]

Met verwysing na die verkillende sienings uit die regspraak hierbo verwys na die doelstellings van artikel 28(1)(b), is dit duidelik dat die reg op ouerlike en familiesorg waarvoor artikel 28(1)(b) voorsiening maak, verskillende doelstellings nastreef. Een daarvan is die beskerming van `n gesonde ouer-kind verhouding en `n ander dat ouers aan hulle kinders as voorbeelde op morele vlak moet dien. Hulle moet nie net aan hulle kinders se materiële behoefte voldoen nie, maar ook aan die onstoflike behoeftes waarvan morele sorg en leiding as voorbeelde kan dien. Laasgenoemde doelstelling vorm deel van die inhoud van ouerlike en familiesorg[47] en skep in die woorde van regter Sachs in *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)*,[48] `n reg aan die kind teenoor sy/haar primêre sorggewer. Hierdie doelstelling word ons insiens, verwesenlik deur onder andere `n reg op kontak met die ouers te erken.[49]

---

43 Sien ten opsigte van laasgenoemde hieronder para 3.2.1.3.

44 *Bhe v Magistrate, 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).

45 *Bhe v Magistrate, 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) [52].

46 Sien *Government of the Republic of South Africa v Grootboom* 2001 1 SA 46 (KH) 81D-E waar die Hof sê dat die Konvensie oor die Regte van die Kind ten doel het om Staatspartye te dwing om die regte van kinders te erken en te beskerm en dat artikel 28 van die Grondwet een van die meganismes is om hierdie verpligting na te kom. Vir ander meganismes waarna die Hof verwys, sien 81E-F, 82C-F.

47 Sien hieronder para 3.2.1.3.

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

49 Van Der Linde and Labuschagne 2001 *THRHR* 310-311 is van mening dat die kind se reg op kontak met sy ouer(s) uit `n reg op afkomskennis voortvloei. Sien ook verder Van Der Linde 2002 *Obiter* 338 ev.

3.2.1.2 Soorte sorg

Regter Van Dijkhorst in *Jooste v Botha*[50] wys daarop dat artikel 28(1)(b) vir drie soorte sorg voorsiening maak naamlik, vir familiesorg;[51] ouerlike sorg;[52] en alternatiewe sorg.[53] Al drie hierdie soorte sorg veronderstel, meen regter Van Dijkhorst, dat `n kind in die sorg van iemand is wat "custody" (fisiese bewaring/sorg) oor die kind het.[54] Hierop sê hy is elke kind geregtig.[55] Dit volg dat ouerlike sorg, ingevolge artikel 28(1)(b), noodwendig slaan op `n ouer wat sorg/bewaring oor/van die kind het:[56]

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

Sorg in hierdie sin is, ons insiens, nie beperk tot sorg as onderafdeling van ouerlike verantwoordelikhede en regte nie. Hierdie siening word versterk indien in gedagte gehou word dat sorg deur `n stiefouer of `n pleegouer uitvoering verleen aan artikel 28(1)(b) om aan kinders ouerlike sorg te verleen.[57]

Sien egter *Allsop v McCann*[58] waar regter Foxcroft vermeld dat artikel 28(1)(b) `n regsplig teenoor die ouer sonder fisiese sorg skep om ouerlike sorg te verleen. Die Hof gaan egter nie hierop verder in of brei daarop uit nie. Dit is egter ook Van Zyl en Bekker[59] se siening en ook onder andere hulle kritiek teen die siening van regter Van Dijkhorst dat ouerlike sorg nie beperk is tot die ouer in wie se (fisiese) sorg die kind

---

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

51 "*Family care*". Dit is die geval waar die kind deel van `n familie is. Dit verwys óf na die kernfamilie – "*nuclear family*" – wat bestaan uit die vader, moeder en kind(ers) óf na die uitgebreide familie – "*extended family*" – wat grootouers of ooms en tantes insluit – *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208D-E.

52 "*Parental care*". Dit is die geval waar `n enkele ouer die sorg verskaf – *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208E.

53 "*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.

54 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F.

55 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F.

56 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F-G.

57 Sien hieronder para 3.2.1.4.

58 *Allsop v McCann* 2001 2 SA 706 (K) 713F-H; hieronder para 3.2.1.4.

59 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 152.

is nie, maar dat die kind se reg op ouerlike sorg beide ouers insluit.[60] Dit beteken dat die kind ingevolge artikel 28(1)(b) op ouerlike sorg van die ouer sonder fisiese sorg geregtig is en een van die doelstellings van artikel 28(1)(b) is om kontak met die kind te hê.[61]

3.2.1.3 Betekenis (inhoud) van ouerlike sorg

In *Jooste v Botha*[62] vermeld die Hof, by monde van regter Van Dijkhorst, dat die ouer-kind verhouding uit twee aspekte bestaan.[63] Die eerste, noem hy die ekonomiese aspek. Hierdie aspek voorsien in die kind se fisiese behoeftes.[64] Die tweede aspek noem hy die onstoflike aspek en hierdie aspek voorsien in die sielkundige/psigiese, emosionele en ontwikkelingsbehoeftes van die kind.[65] Beide hierdie twee aspekte, indien ons behoorlik begryp, word omvou deur, of vind uitdrukking in, `n omgewing van liefde, toegeneentheid en sorgsaamheid, ons insiens, `n derde aspek van die ouer-kind verhouding.[66] Alhoewel regter van Dijkhorst hom hier uitlaat oor die betekenis van die ouer-kind verhouding, vermeld hy later oor die primêre doelwit van artikel 28(1)(b)[67] dat dit daarop gestem is om `n gesonde ouer-kind verhouding te bewaar en te koester.[68] Gevolglik het artikel 28(1)(b) tot inhoud, die beskerming van die ouer-kind verhouding en omsluit artikel 28(1)(b) die drie aspekte waarna hierbo verwys is.

In *P v P*[69] ken die Hof voogdy en sorg aan die oom en tante van `n minderjarige kind toe, desnieteenstaande die biologiese moeder van die kind, die tweede verweerder, daarop aanspraak maak dat sy as biologiese moeder outomaties `n reg op voogdy

---

60 Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* 178 is ook van mening dat aangesien die kind se reg op ouerlike sorg ingevolge artikel 28(1)(b) in geen opsig gekwalifiseer word nie, kan die siening van regter Van Dijkhorst hierbo vermeld, nie geregverdig word nie.

61 Sien hierbo para 3.2.1.1.

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

63 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.

64 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.

65 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E.

66 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 201E. Ons insiens `n derde aspek van die ouer-kind verhouding.

67 Sien hierbo para 3.2.1.1.

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

69 *P v P* 2002 6 SA 105 (N).

en sorg van die minderjarige kind het. Nadat die Hof eers artikel 28(1) en (2) woordeliks aanhaal, vervolg dit in die volgende woorde:[70]

> The first aspect which emerges from the Constitution is that it is the child's rights which are defined and not those of the parents. In law the existence of a right is tantamount 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.

Alhoewel dit in hierdie saak oor voogdy en sorg handel, is daar seker niks wat hier geskrywe staan, wat kontak uitsluit nie. Die Hof erken hier onomwonde dat die kind die reg op voogdy en sorg het en dat die ouer nie `n reg hierop het nie, maar `n verpligting om dit te verskaf. Die reg van die kind op voogdy en sorg word deur artikel 28 van die Grondwet verleen. [71] `n Kind se reg op kontak word sekerlik ook hierby ingesluit al is dit nie uitdruklik vermeld nie. Die aanhaling hierbo[72] uit *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae)[73] bevestig, dat artikel 28(1)(b) nie tot ekonomiese aspekte beperk is nie, maar ook die onstoflike komponent insluit wat in die konteks van die saak op ouerlike leiding neerkom. Laasgenoemde aspek van die onstoflike komponent van die ouer-kind verhouding het, ons insiens, betrekking op veral die ontwikkeling van die kind, wat onder andere in kontak met die ouer ingesluit is. Die kind het hierop, in die aangehaalde woorde van regter Sachs, `n reg teenoor hulle primêre sorggewers.[74] Die Konvensie oor die Regte van die Kind skep in artikel 9(3) ook vir die kind `n reg op kontak met beide ouers op `n gereelde basis, tensy dit nie in die beste belang van die kind is nie.

---

70 *P v P* 2002 6 SA 105 (N) 107H-108A.
71 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 152 is eensgelyks van oordeel dat onder andere artikel 28(1)(b) van die Grondwet "*custody and care*" beheer/reguleer en waarborg.
72 Para 3.2.1.1.
73 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [34].
74 Vir die betekenis van "primêre sorggewer" sien hieronder para 3.2.1.4.

3.2.1.4 Wie verleen ouerlike sorg?

Die Hof in *Jooste v Botha*[75] huldig die standpunt dat die sorg waarvoor artikel 28(1)(b) voorsiening maak, verleen word deur die persoon in wie se fisiese sorg die kind is.[76] Regter Foxcroft in *Allsop v McCann*[77] vermeld in hierdie opsig egter:

> 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.

Hierdie standpunt maak voorsiening vir ouerlike sorg waaronder die ouer sonder sorg (bewaring) inbegrepe is. Die kind se reg op ouerlike sorg sluit ouerlike sorg van die ouer sonder sorg (bewaring) in. In hierdie opsig is die uitlating van regter Foxcroft, ons insiens, in stryd met die siening van regter Van Dijkhorst in die *Jooste*-saak.[78] Indien hierdie siening korrek is, beteken dit dat die kind geregtig is op ouerlike sorg van die ouer wie nie sorg (bewaring) van die kind het nie. Dit beteken dat die kind die drie aspekte waaruit ouerlike sorg bestaan van die nie-sorggewende ouer kan eis/vra. Een hiervan verwys na die onstoflike aspek, wat volgens ons beskouing ook kontak insluit en bevestig hierdie beslissing dat die kind, `n reg van kontak met beide ouers het.

3.2.1.5 Artikel 28(2) van die Grondwet

Die Hof in *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)*[79] bespreek uitvoerig[80] die betekenis van die inhoud van artikel 28(2) van die Grondwet wat bepaal dat die beste belang(e) van die kind, die hoogste prioriteit geniet ten opsigte van enige aangeleentheid waarby `n kind betrokke is. Wetgewing moet uitgelê en die gemenereg moet ontwikkel word, sê die Hof, op `n manier wat die beste belange van

---

75 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 208F.
76 Sien hierbo para 3.2.1.2.
77 *Allsop v McCann* 2001 2 SA 706 (K) 713F-H.
78 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
79 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH).
80 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [12]-[27].

kinders beskerm en bevorder; die Howe moet so funksioneer dat die regte van kinders ter alle tye behoorlik gerespekteer word.[81] Artikel 28(2) is die antwoord op ons internasionale verpligtinge as `n Staatsparty tot die Konvensie oor die Regte van die Kind. Laasgenoemde skep `n nuwe standaard waarteen wetgewing en beleid gemeet moet word en skep `n nuwe struktuur, gevestig op kinderregte, waarteen tradisionele teorieë ten opsigte van kinderregspleging gemeet moet word.[82] Die Hof beklemtoon dat artikel 28(2) `n reg en nie bloot `n rigtinggewende aanwysing nie is.[83] Hierdie reg is van die allerhoogste belang in elke aangeleentheid waarby die kind betrokke is. Vir die onderwerp onder bespreking beteken dit dat desnieteenstaande die kind `n reg op kontak mag hê, mag dit nie in die beste belang van die kind wees om die reg op kontak te bevestig nie. Indien `n 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 dan sy weiering om te assosieer nie in die beste belang van die kind wees en tot gevolg hê dat die kind se reg op kontak nie oorheers en bevestig word nie.[84]

Die Hof wys ook op die aanvaarbare stukrag/dryfkrag wat aan die "beste belange"-beginsel gegee moet word[85] en vermeld dan in die volgende woorde:[86]

> [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. …[87] 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.

Desnieteenstaande dit die opper-belangrikheid in enige aangeleentheid (en dit sluit ook privaatregtelike aangeleenthede in teenstelling tot net publiekregtelike aangeleenthede in) waarby die kind betrokke is, beklee, beteken dit nie dat dit onbeperk is nie. Soos met alle regte in die Handves van Menseregte mag dit

81 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [15].
82 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [16].
83 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [22].
84 Sien byvoorbeeld *P v P* 2002 6 SA 105 (N) veral 108B.
85 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [25].
86 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [26].

ingevolge artikel 36 beperk word, desnieteenstaande dit in die beste belang van die kind is. `n Kind se reg op kontak mag nie bevestig word nie indien die ouer byvoorbeeld in die gevangenis opgeneem is en die kind, die ouer nie kan of mag besoek nie, desnieteenstaande dit nie in die beste belang van die kind is nie.

Artikel 28(2) dien dus as regsreël waarbinne die ander regte wat artikel 28(1) skep, uitgeoefen of bevestig word en as dit nie in die beste belang van die kind is nie, word die reg nie bevestig nie. Desnieteenstaande dit in die beste belang mag wees, kan artikel 28(2) ook soos beskryf, beperk word.

3.2.2 *Die ontwikkeling van die kind se reg op kontak en die begrip ouerlike verantwoordelikhede en regte soos vervat in die Kinderwet*

Benewens die indirekte erkenning van `n kind se reg op kontak, soos hierbo uit paragraaf 3.2.1 blyk, gaan ons poog om in hierdie paragraaf aan te toon dat die kind se reg op kontak geleidelik op die voorgrond begin tree het toe ouerlike gesag meer en meer vervang is met of plek moes maak vir die regte van die kind.

Voor inwerkingtreding van die Kinderwet (en sekere artikels van die wet het al op 1 Julie 2007 in werking getree) is die verhouding tussen ouer(s) en kind ooreenkomstig die beginsels van die gemenereg beheers.[88] Van Der Vyver en Joubert vermeld[89] dat die reg aan die ouers, `n sogenaamde ouerlike mag verleen waarkragtens aan hulle sekere kompetensies en verpligtinge verleen word. Ten einde hierdie ouerlike mag (bestaande uit kompetensies, regte en verpligtinge) van ouers teenoor hulle kinders in die korrekte perspektief te sien, is dit volgens hulle noodsaaklik om kortliks op die geskiedkundige ontwikkeling van die reg insake die verhouding tussen ouers en kind kennis te neem. "Hierdeur word daar lig gewerp op, onder andere, die beklemtoning van die gesag van die ouer (en die onderbeklemtoning van sy verpligtinge)…"[90] Volgens hierdie skrywers val die klem

87 Die Hof wys dan in hierdie verband op die beperking van artikel 28(2) in terme van artikel 36 van die Grondwet.
88 Sien Van Der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 592-595.
89 Van Der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 592.
90 Van Der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* 592-593.

uit `n geskiedkundige perspektief op die ouerlike gesag eerder as op die ouerlike verpligtinge.

Geleidelik vind daar `n klemverskuiwing plaas en word die ouerlike gesag vervang met die begrip dat die kinders ook oor regte beskik. In *B v S*[91] word daar appèl aangeteken teen die beslissing van die Hof *a quo* waar die vader van `n kind gebore buite die eg se aansoek om kontak met die kind afgewys is. Die Appèlhof wys daarop dat `n vader van `n kind gebore buite die eg geen inherente reg op kontak het nie, aangesien hy nie ouerlike gesag oor die kind het nie.[92] Die Appèlhof wys ook op die posisie van die vader van die kind gebore binne die eg, wat ingevolge die gemenereg, `n inherente reg op kontak het omdat hy ouerlike geag oor die kind het.[93] Die Appèlhof wys egter ook op die posisie van die kind. Dit maak geen verskil of die vader `n reg het al dan nie, alvorens die reg toegeken of die reg uitgeoefen word, moet dit in die beste belang van die kind wees.[94] Dit bring mee en ons haal die Appèlhof aan:[95]

> It is thus the child's right to have access, or to be spared access, that determines whether contact with the non-custodian parent will be granted. Essentially, therefore, if one is to speak of an inherent entitlement at all, it is that of the child, not the parent.

Die gevolg van hierdie siening is dan dat die posisie tussen die vader van `n kind gebore binne die eg en die posisie van die vader van `n kind gebore buite die eg nie in praktyk wesenlik verskil nie.[96] Indien die vader binne die eg se kontak met die kind deur die moeder geweier word, sal hy dit in `n Hof moet afdwing. Indien die Hof bevind dat kontak nie in die beste belang van die kind is nie, sal hy nie suksesvol wees nie.[97] Die vader van die kind buite die eg gebore het geen reg op kontak nie (voor inwerkingtreding van die Kinderwet) en die Hof moet genader word om kontak te verkry. Indien kontak nie in die beste belang van die kind is nie, sal hy ook nie

91 *B v S* 1995 3 SA 571 (A).
92 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 579H.
93 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 575D-E, 582C-D.
94 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 581A-J en die gesag daar aangegee en aangehaal.
95 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 582A.
96 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 582E-F.
97 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 582C-D.

suksesvol wees nie.[98] Hoewel dit in hierdie saak oor die posisie van die vader van `n kind buite die eg gebore gegaan het, is dit die kind se reg op kontak en die kind se beste belang wat die fokus vorm.[99]

Regter Navsa verwys in *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal*[100] onder andere na die regsposisie van twee kinders wat as babas in die hospitaal omgeruil en dus aan nie-biologiese moeders gegee is, in die volgende woorde:[101]

> They [verwysende na die moeders van die twee babas] were deprived of the custody of their own children and missed out on the joys of their early development … [64] … They are entitled to commute to see their natural children to enable them to cope with the dilemma they find themselves in is equally clear.… The children had a right to be with their natural mothers. The right to parental care is now enshrined in s 30 of the Constitution (the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993). The plaintiffs [die moeders] had rights of custody clearly and repeatedly recognized in our common law.[102]

Hierdie aanhaling handel aan die een kant met die regsposisie van die moeders van die twee dogtertjies gebore buite die eg en aan die ander kant met die regsposisie van die kinders self. Die gemenereg, sê die Hof tereg, verleen aan die moeders `n reg op sorg (*rights of custody*) van die dogtertjies en laasgenoemde het `n reg om met hulle natuurlike moeders te wees, wat ook ingevolge die reg op ouerlike sorg ingevolge die interim Grondwet vasgelê is. Hier is met ander woorde sprake van wederkerige regte aan beide die moeders as aan die dogtertjies.[103]

---

98 *B v S* 1995 3 SA 571 (A) 582D-F.

99 Hierdie siening word in *T v M* 1997 1 SA 54 (A) 57H-J nagevolg. Sien ook *Wicks v Fisher* 1999 2 SA 504 (N) waar waarnemende-regter Pillay op die nuwe rigting wat ten opsigte van die regte van die vader van die kind buite die eg gebore, wys – 510E-H – erken hy ook ondubbelsinnig die kind se reg op kontak met beide ouers, wanneer hy sê – 509F - : "It is not only the rights of the parties which are in issue …, it is also Calvin's rights which need to be given consideration, as for instance his right of access to both parents."

100 *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 37 (W).

101 *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 37 (W) 63G-64A/B.

102 Woorde in [ ] ons byvoeging.

103 Labuschagne 1998 *THRHR* 137 ev verwys na hierdie wederkerige regte as interaksieregte en huldig die standpunt dat hierdie interaksieregte, `n reg as teenkant en nie `n verpligting as teenkant het nie – veral op 140.

In *Fraser v Children's Court, Pretoria North*[104] vermeld die Hof in `n insiggewende en interessante verklaring met betrekking tot die omvang van die effek wat `n aannemingsbevel op die *verhouding tussen die biologiese vader en sy buite-egtelike kind* het dat mens die wederkerige regte en verpligtinge tussen hulle moet ondersoek.[105] Die Hof ondersoek dan die wederkerige regte en verpligtinge en die effek van die aannemingsbevel daarop in die volgende woorde:[106]

> The father is deprived, and in a corresponding sense relieved, of his right and duty of parental authority. He is no longer obliged to maintain the child. In terms of the Intestate Succession Act 81 of 1987 he is no longer an intestate heir of his child. As in the case of fathers of legitimate children, he is effectively precluded from seeking guardianship, custody or access. *As for the child, he is deprived of his father's parental care, his right to be maintained by his father and his right to such benefits as guardianship, custody or access may confer. In addition, he is deprived of his rights as intestate heir of his natural father in terms of the Intestate Succession Act.* The effects of an adoption order, in short, are to deprive both father and child of legal rights and significant personal interests. So much for this introductory background.[107]

Hierdie beskrywing van die effek van `n aannemingsbevel op die verhouding tussen ouer en kind, weerspieël in kort dat beide die vader asook die kind van "*legal rights and significant personal interests*" ontneem word. Die kind (en hou in gedagte dat dit hier by uitstek gaan oor `n kind buite die eg gebore) spesifiek word onder andere ontneem van die vader se ouerlike sorg; die onderhoudsaanspraak teenoor die vader; en sy reg op voordele soos voogdy, sorg (bewaring, in ou terminologie) of kontak (toegang, in ou terminologie). Die kind word, om dit kortliks te stel, van onder andere sy reg op kontak ontneem.

V v V [108] is `n geval waar die eiser uitsluitlike sorg (uitsluitlike bewaring) eis as gevolg van die seksuele oriëntering van die verweerderes. Die Hof, by monde van regter Foxcroft, laat hom soos volg uit oor sorg en kontak:[109]

---

104 *Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 218 (T).
105 *Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 218 (T) 234-235.
106 *Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 218 (T) 235.
107 Eie kursivering.
108 *V v V* 1998 4 SA 169 (K).
109 *V v V* 1998 4 SA 169 (K) 189B-E.

> Part of the difficulty in dealing with this question is that, in a custody case, one is only indirectly dealing with parents' rights. The child's rights are paramount and need to be protected, and situations may well arise where the best interests of the child require that action is taken for the benefit of the child which effectively cuts across the parents' rights. *Although access rights are often spoken of as the rights of the child, it is artificial to treat them as being exclusive or parents' rights*. To my mind, the right which a child has to have access to its parents is complemented by the right of the parents to have access to the child. … *Access is therefore not a unilateral exercise of a right by a child, but part of a continuing relationship between parent and child*. The more extensive that relationship with both parents, the greater the benefit to children is likely to be.[110]

Hierdie siening, soos hierbo by *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal,*[111] aksentueer in uitdruklike terme dat die reg op kontak, `n wederkerige reg is, en dat hierdie reg deel van die ouer-kind verhouding vorm.

Waarnemende-regter Patel in *Heystek v Heystek*[112] vermeld dat die grondwetlike begrip van ouerlike sorg en die beste belange van die kind (wat van allergrootste belang in enige aangeleentheid waarby die kind betrokke is), aanleiding gee tot `n opvattingsverkuiwing vanaf `n ouderwetse gemeenregtelike opvatting van ouer-kind verhouding, waar daar gepraat is van ouerlike gesag en die verpligting tot onderhoud, na die regte van `n kind wat ouerlike en familiesorg insluit. Hierdie siening van die Hof gaan `n stap verder as die opvatting met betrekking tot `n wederkerige reg van ouers en kinders op onder andere kontak, en wil dit voorkom, ken bogenoemde reg (uitsluitlik) aan die kind toe.

In *Krugel v Krugel*[113] wys regter De Vos die aansoek van die applikant vir uitsluitlike sorg (bewaring as onderafdeling van ouerlike verantwoordelikhede en regte) af en word die bevel vir gesamentlike sorg, wat by egskeiding toegestaan is, behou. Nadat regter De Vos ouerlike gesag (*parental power*) in ons vry vertaling omskryf as die regte, magte, verpligtinge en verantwoordelikhede wat aan ouers toegeken word ([7]), sluit sy met die volgende woorde af en ons haal haar woordeliks aan:[114]

---

110 Ons kursivering.

111 *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 37 (W).

112 *Heystek v Heystek* 2002 2 SA 754 (T) 757.

113 *Krugel v Krugel* 2003 6 SA 220 (T).

> 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 probably be replaced by 'parental responsibility'.

As motivering vir hierdie siening word artikel 28 van die Grondwet in die geheel aangehaal.[115] Hierdie saak is beslis en gerapporteer voordat die nuwe Kinderwet inwerkinggetree het. Genoemde wet vervang dan ook die term ouerlike gesag met ouerlike verantwoordelikhede en regte (*parental responsibilities and rights*).[116] Gelees binne konteks van hierdie saak het die kind die primêre reg op sorg (bewaring) eerder as die ouer. Oor die aard en/of voordeel van gesamentlike sorg word daar as volg opgemerk:[117]

> Joint custody has been seen as potentially contributing to the promotion of children's rights and the equality between the sexes. It is argued that a child has the right to know and to be cared for by his or her parents and to maintain personal relationships with both parents on a regular basis. Joint custody ensures precisely this sort of relationship in that it signals to the child that he or she is wanted, loved and looked after by both parents.

Hierdie aanhaling vermeld drie kinderregte wat ter sprake is naamlik die reg om beide ouers te ken; die reg op ouerlike sorg van beide ouers en die reg om `n persoonlike verhouding met beide ouers op `n gereelde basis te handhaaf. Laasgenoemde reg wys sekerlik ook op `n reg op kontak met beide ouers. Dit word ons insiens bevestig met die volgende woorde:[118]

> If one considers the changing roles and responsibilities of parents coupled with the relatively new concept of children's rights within the family structure, rights which include the maximum amount of contact with both parents, I am of the view that a more *liberal approach* to the granting of joint custody may not be inappropriate.[119]

Ook hierdie standpunt beklemtoon die bevordering van kinderregte en dat een van hierdie regte, naamlik die reg op kontak met beide ouers, verwesenlik word deur gesamentlike sorg. Hierdie aanhaling spel ons insiens in duidelike terme, die reg van `n kind op kontak met beide ouers uit.

---

114 *Krugel v Krugel* 2003 6 SA 220 (T) [7].
115 Sien ook *P v P* 2002 6 SA 105 (N) veral 107H-108A hierbo para 3.2.1.3.
116 Sien die verdure bespreking hiervan hieronder in para 3.2.2.
117 *P v P* 2002 6 SA 105 (N) [19].
118 *P v P* 2002 6 SA 105 (N) [21].
119 Ons kursivering.

Met die inwerkingtreding van die Kinderwet word die eertydse begrip van "ouerlike gesag" vervang met "ouerlike verantwoordelikhede en regte".[120] Louw[121] verwys hierna in die volgende woorde:

> According to the SALRC [South African Law Reform Commission], the purpose of the introduction of the concept parental 'responsibilities and rights' in South African law is to replace the common law concept of parental 'power' which has become 'outmoded and unsatisfactory' because of the modern emphasis on the rights and interests of children rather than on the parental 'powers' or rights of parents.[122]

Skelton[123] verwys na die begrip in die Kinderwet van "parental responsibilities and rights" in die volgende woorde: "It is designed to stress the importance of responsibilities towards children first, whilst recognizing the validity of parental rights."[124] Sy vervolg en vermeld ten aansien van kontak, die volgende: "The concept of contact is child centered: It is the child's right to have contact with his or her parent – and this is a shift from the concept of a parent's right of access to a child."[125] Kontak met `n kind word in die Kinderwet omskryf en behels onder andere "… (a) maintaining a personal relationship with the child;…"[126] Hierdie omskrywing is op die oog af geskryf vanuit die gesigspunt van die ouer, maar dit doen sekerlik nie afbreek aan die reg wat `n kind op kontak met die ouer het nie. Na ons mening slaan die begrip "verantwoordelikhede" wat `n ouer het, op `n regsplig wat daardie ouer het en nie beperk is tot `n blote morele verpligting nie.

Bogenoemde verduideliking met betrekking tot die begrip ouerlike verantwoordelikhede en regte soos dit in die Kinderwet voorkom, plaas die fokus en klem op die regte van die kind, eerder as op die gemeenregtelike regte en gesag van die ouers. Kinders het met ander woorde uit die begripsomskrywing van ouerlike

---

120 Sien a 18(2) van die Kinderwet.

121 Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* 44-45.

122 Woorde tussen [ ] ons byvoeging.

123 Skelton "Parental Responsibilities and Rights" 63.

124 Sy vermeld ook dat die Kinderwet wegbeweeg het van die begrip "parental authority" – 63 – of "parental power" – 63 vn9 – na "parental responsibilities and rights".

125 Vgl Skelton "Parental Responsibilities and Rights" 67.

126 A 1(1) s*v* "contact" van die Kinderwet.

verantwoordelikhede en regte ingevolge artikel 18(2) van die Kinderwet, onder andere, `n reg op kontak.

3.2.3 Gevolgtrekking

Die bespreking hierbo van artikels 28(1)(b) en (2) van die Grondwet regverdig ons insiens die gevolgtrekking dat `n kind `n reg op kontak met beide ouers het.

Die doelstelling soos verwoord in *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)*[127] dat ouers aan hulle kinders "… as the most immediate moral exemplars of their offspring"[128] moet dien, en dat kinders hierop "… a need and a right to learn from their primary caregivers…"[129] het, bevestig ons insiens die gevolgtrekking dat `n kind onder andere `n reg op kontak met sy/haar primêre sorggewers het. Primêre sorggewers is ons insiens nie beperk tot die ouer(s) in wie se fisiese sorg die kind is nie, maar daar is ook gesag wat aantoon dat die kind ouerlike sorg kan eis van die ouer sonder fisiese sorg.[130]

Hierdie gevolgtrekking dat `n kind `n reg op kontak het, word verstewig as in gedagte gehou word dat die Hof in *P v P*[131] vermeld dat `n kind `n reg op voogdy en sorg het en dat die ouer `n verpligting het om dit te verskaf. `n Kind se reg op kontak word ons insiens hierby ingesluit, hoewel dit nie uitdruklik vermeld is nie.[132]

Artikel 28(1)(b) van die Grondwet is egter nie die enigste gesag wat `n reg op kontak erken nie. Daar is reeds voor hierdie statutêre bepaling geleidelik wegbeweeg van die konsep van ouerlike gesag en dit is vervang met die konsep van wederkerige regte van die ouer(s) sowel as van die kind.[133] Daar is selfs gesag wat `n wederkerige reg vervang met `n individuele reg wat alleen die kind toekom.[134]

---

127 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH); hierbo para 3.2.1.1.
128 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [34].
129 *S v M (Centre for Child Law as* Amicus Curiae*)* 2008 3 SA 232 (KH) [34].
130 Sien hierbo para 3.2.1.4.
131 *P v P* 2002 6 SA 105 (N); hierbo para 3.2.1.3.
132 Sien veral ook *Krugel v Krugel* 2003 6 SA 220 (T); hierbo para 3.2.2.
133 Sien hierbo para 3.2.2.
134 Sien oa *Heystek v Heystek* 2002 2 SA 754 (T); hierbo para 3.2.2.

Artikel 28(2) van die Grondwet plaas egter `n tweeledige beperking op die toepassing van die kind se reg op kontak. Indien kontak met die ouer nie in die beste belang van die kind is nie, sal die Hof die reg nie bevestig nie. Desnieteenstaande die kontak in die beste belang van die kind is, mag die reg op beste belang van die kind ingevolge artikel 36 beperk word wat tot gevolg mag hê dat die kind se reg op kontak ingetrek of opgeskort word.

3.3 Afdwinging van reg op kontak

Kan die kind se reg op kontak in `n geregshof afgedwing word? Sover ons kennis strek, is *Jooste v Botha*[135] die eerste en enigste beslissing wat indirek hieroor beslis het. Alvorens die vraag beantwoord word, is dit belangrik om te vermeld dat die beslissing van regter Van Dijkhorst in *Jooste v Botha*[136] oor alleen een aspek van die ouer-kind verhouding handel, naamlik die derde aspek wat tot inhoud het liefde, toegeneentheid en sorgsaamheid.[137] Regter Van Dijkhorst verwys eerstens na die gemenereg en kom tot die gevolgtrekking dat die gemenereg nie `n reg op liefde, toegeneentheid of sorgsaamheid erken het nie en dat sover die gemenereg betref, die eis afgewys moet word.[138]

Maar kan dit deur artikel 28(1)(b) afgedwing word? Regter Van Dijkhorst gee twee redes waarom dit nie teenoor `n vader (van `n buite-egtelike kind in die spesifieke saak, maar ons insiens sluit dit ook die vader in wie van die moeder geskei is en nie die fisiese sorg van die kind het nie) ingevolge artikel 28(1)(b) afgedwing kan word nie:[139]

> I have already referred to one reason why it does not place a previously non-existing obligation on the father of an illegitimate child – he is not a 'parent' within the meaning of the words 'parental care'…There is another reason. *Lex non cogit ad impossibilium*. The law will not enforce the impossible. It cannot create love and affection where there are none. Not between legitimate children and their parents and even less between illegitimate children and their fathers…In my view the nature of this

135 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
136 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
137 Hierbo para 3.2.1.3.
138 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 206A-207C.
139 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 209G-210A.

> proposed right, which falls squarely within the field of intimate human relations, is such that it cannot give rise to legal obligations. Affection cannot be quantified and attention is relative…In addition it will be unenforceable. A *mandamus* will be wholly inappropriate. To grant an action for damages will not heal any rift nor let love sprout from benevolent soil. I am not convinced that public policy, duly honed on the oilstone of s 28, requires that such moral obligation be converted into a legal duty.

Die Hof verwys ook na die Duitse reg en konkludeer dan in die volgende woorde:[140]

> The progressive German law which recognises the right of the illegitimate child to contact with both parents uses as yardstick the best interest of the child and the father's voluntary acceptance and recognition of his parental care responsibilities. Compare *Haupt* (*supra* [doktorale proefskrif *Die Reg van die Kind op Oorlewing, Ontwikkeling en Beskerming*] at 93, 99, 100, 106). It stands to reason that absent the latter prerequisite there can be no meaningful relationship…The German law does not recognise a right of action of the child against the parent in respect of non-economic aspects of parental care. *Haupt* (*supra* at 237)…I hold therefore that there rests no legal duty on the defendant to afford the plaintiff his love, attention and affection. The claim is bad in law. It will serve no purpose to grant leave to amend it.[141]

Hierbo[142] is daar vermeld dat die ouer-kind verhouding uit drie aspekte bestaan. Die tweede aspek naamlik die onstoflike aspek, verwys na die sielkundige, emosionele en ontwikkelingsbenodigdhede van die kind. Dit is ons mening dat hierdie aspek onder andere ten nouste verband hou met `n kind se reg op kontak met sy/haar ouers. Die vraag kom egter nou na vore of die afdwinging van `n (statutêre) reg op kontak, soos hierbo beskryf, ook ontken sal word. Die kind vra nie "liefde" nie, maar wel kontak. Impliseer kontak noodwendig gepaardgaande liefde, toegeneentheid en sorgsaamheid? Per definisie blyk dit nie die geval te wees nie (sien artikel 1(1) van die Kinderwet). Kontak het ander voordele tot gevolg wat onder meer inhou dat dit die kind se afkomskennis kan aanvul. Die aanhaling direk hierbo vermeld uitdruklik dat, desnieteenstaande die Duitse reg `n kind se reg op kontak erken, die reg nie afgedwing kan word nie.[143] Hierdie vermelding dui duidelik daarop dat, hoewel regter

---

140 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T) 210E-H.
141 Sien ook hierbo die bespreking van die Nederlandse reg. Woorde in [ ] ons byvoeging.
142 Para 3.2.1.3.
143 Vgl Robinson 1999 *De Jure* 277 waar hy vermeld dat die ongekwalifiseerde reg van die kind op omgang met sy/haar ouer nie met die alledaagse werklikheid in pas is nie, waar die kind hierdie reg teenoor `n onwillige ouer wil afdwing. Hoe sal die kind dit kan afdwing, vra hy. Die afdwingingsprobleem waarna hy verwys hou ook ander praktiese probleme in soos waar die onwillige ouer ook met ouerlike voogdy beklee is en sy toestemming tot litigasie verkry moet

Van Dijkhorst nie oor die reg op kontak van `n kind beslis het nie, die posisie in Duitsland met betrekking tot die onafdwingbaarheid van die reg op kontak, die onafdwingbaarheid van die derde komponent van die ouer-kind verhouding ondersteun, onderskraag en regverdig. Ons insiens, sou regter Van Dijkhorst waarskynlik ten opsigte van `n reg op kontak van die kind beslis het dat dit bestaan, maar sou hy, ons insiens, die afdwinging daarvan, soos die Duitse reg doen, ontken het.

Die posisie in die Duitse reg soos deur regter Van Dijkhorst hierbo uiteengesit, dien as voorbeeld waarvan sommige regsfilosowe van melding maak,[144] naamlik, die reg waarvan melding gemaak word, is in wese nie `n reg nie, maar alleen `n morele aanspraak wat nie in `n geregshof afgedwing kan word nie. So `n "reg" is, desnieteenstaande dit as `n reg geformuleer word, nutteloos as dit kom by die afdwinging daarvan. Dit is ons insiens moontlik om hierdie rede dat Hafen, volgens Human,[145] die mening huldig dat

> … parents have a critical role to play in guiding the development of their children's judgemental capacities towards maturity. He is strongly in favour of encouraging parental responsibility and developing policies that encourage parental responsibility. This he feels, is probably the best thing one can do for children and 'one might even say that children have a right to such policies.

Ons wil egter aanvoer dat die Suid-Afrikaanse reg, die reg op kontak sal afdwing. Met betrekking tot die afdwinging van die reg op kontak word daar onderskei tussen die publiekregtelike afdwinging aan die een kant en die privaatregtelike afdwinging aan die ander kant.

Publiekregtelik kan die reg op kontak op onder andere die volgende wyses afgedwing word:

---

word. Vgl Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* 177 wat ook van mening is dat die onstoflike komponent van die ouer-kind verhouding, indien nie onmoontlik nie, moeilik afdwingbaar is.

144 Sien Human "Theory of Children's Rights" 244.

145 Human "Theory of Children's Rights" 260-261.

(a) Die oomblik as die Hof die reg op kontak van die kind in `n hofbevel bevestig en die bevel nie nagekom word deur die ouer nie, kan die ouer sekerlik vir minagting van `n hofbevel vervolg word en by skuldigbevinding gestraf word. Die straf dien as middel om nakoming van die bevel in die toekoms te verseker en te aksentueer.

(b) Die Kinderwet skep in artikel 30(4) onder andere ook `n strafregtelike afdwingingsmiddel. Artikel 30(3) van die Wet bepaal dat `n mede-houer van ouerlike verantwoordelikhede en regte mag nie sy verantwoordelikhede en regte opgee of oordra aan die ander mede-houer of ander persoon nie; hy mag egter met die ander mede-houer of ander persoon `n ooreenkoms aangaan wat die ander mede-houer of ander persoon toelaat om namens hom alle of sommige van die verantwoordelikhede en regte uit te oefen. Die ooreenkoms vermeld, ontneem ingevolge artikel 30(4) egter nie die mede-houer van sy verantwoordelikhede en regte nie en hy bly bevoeg en aanspreeklik om sy verantwoordelikhede en regte uit te oefen. Die aanspreeklikheid slaan ons insiens, op beide privaatregtelike as strafregtelike aanspreeklikheid.

Privaatregtelik bestaan daar die volgende afdwingingsremedies:

(a) Van Der Linde en Labuschagne[146] is van mening dat deliktuele aanspreeklikheid nie tot die skending van `n subjektiewe reg, met `n plig as teenkant, beperk moet wees nie. Volgens Labuschagne[147] is daar in geval van interaksieregte (en die reg op kontak is `n voorbeeld van `n interaksiereg) nie sprake van pligte in die tradisionele sin van die woord nie. Die opkoms van interaksieregte verg volgens Van Der Linde en Labuschagne "… `n nuwe en/of aangepaste benadering tot die bestaande grondslag van deliktuele aanspreeklikheid."[148] Indien daar vermoënsskade en/of skade vir ongerief en lyding vir die kind sou ontstaan as gevolg van die ouer wat nie die reg op kontak nakom of beoefen nie, dan verg "elementêre geregtigheid" of "nuwewêreldse geregtigheid" kompensasie.[149]

146 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 314.
147 Labuschagne 1998 *THRHR* 140.
148 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 314.
149 Van der Linde en Labuschagne 2001 *THRHR* 315.

(b) Van Zyl en Bekker[150] in kommentaar op *Jooste v Botha*,[151] verwys na die eis vir troubreuk in die geval waar `n verlowing onregmatig verbreek word. Ingevolge hierdie eis, soos alombekend, kan benewens skadevergoeding gegrond op kontrakbreuk (onregmatige verbreking van die verlowingsooreenkoms), ook genoegdoening wat op delik gegrond is, verhaal word. Laasgenoemde deliktuele aksie berus op die herstel van eiser se waardigheid en/of reputasie en daarom vereis dit dat *contumelia* bewys moet word.[152] Na analogie hiervan stel hulle voor, behoort `n eis vir liefde wat nie aan `n kind bewys word nie, ook te bestaan.[153] Hulle stel dit só:[154]

> The moral basis for these two actions may be waning [verwysende na die eis vir owerspel en die eis vir troubreuk], but in the case of parental care there is an increasing awareness that children need 'special safeguards and care, including appropriate legal protection' (see Preamble to the Constitution).[155]

Die betoog vir die erkenning vir die eis van die kind word verder gevoer waar hulle[156] met goedkeuring na Van Aswegen[157] verwys wat `n konstitusionele delik propageer waar `n fundamentele mensereg verbreek word, wat nie self onder een van die erkende subjektiewe regte of regsverpligtinge val nie.[158] Met hierdie betoog vir die erkenning van `n eis vir onbewese liefde van `n ouer teenoor die kind, is dit ook nie buite reik van hulle betoog om erkenning van `n soortgelyke eis vir nie-nakoming van kontak nie.

(c) Sien ook die kommentaar hierbo onder publiekregtelike remedies paragraaf (b).

(d) Artikel 6(2) van die Kinderwet bepaal:

---

150 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 151.
151 *Jooste v Botha* 2000 2 SA 199 (T).
152 Sien *Guggenheim v Rosenbaum (2)* 1961 4 SA 21 (W) 36A; *Sephiri v Scanlan* 2008 1 SA 322 (K) 337F; *contra McCalman v Thorne* 1934 NPD 86 91-92 waar die Hof van mening is dat onregmatige verbreking van die verlowing outomaties *contumelia* insluit en die eis outomaties fundeer.
153 Sien egter Labuschagne 1993 *De Jure* veral 136-138 waar hy redes aanvoer waarom die deliktuele aanspreeklikheid vir troubreuk uitgedien is.
154 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 151.
155 Woorde in [ ] ons byvoeging.
156 Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 151.
157 Van Aswegen 1995 *SAJHR* 63.
158 Hulle kritiseer ook regter Van Dijkhorst se fundering vir die nie-erkenning van applikant se eis op grond van die siening van Haupt, wat volgens hulle met meer "general issues" handel – Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure* 152.

> All proceedings, actions or decisions in a matter concerning a child must-
>
> (a) respect, protect, promote and fulfil the child's right set out in the Bill of Rights, the best interests of the child standard set out in section 7 and the rights and principles set out in this Act, subject to any lawful limitation

Hierdie statutêre bepaling plaas ons insiens `n plig en verantwoordelikheid op die Hoë Hof as oppervoog om onder andere afdwingingsinisiatiewe te ontwikkel, wat die regte van die kind beskerm. Die volgende kan as inisiatiewe in hierdie verband vermeld word:

(i) Die Hof in *Ex parte Van Niekerk: In re Van Niekerk v Van Niekerk*[159] het byvoorbeeld die ouers vir sielkundige behandeling verwys om die familieverhouding te normaliseer en `n gesonde familieverhouding te bou.

(ii) Aansluitend tot (i) maak Vlaardingerbroek[160] melding van "omgangsbegeleiding". Dit is, ons insiens, `n ernstige poging om kontak deur hulpverlening en begeleiding te verwesenlik.

(iii) Die belang van mediasie as alternatiewe geskilbeslegtingsmiddel word meer en meer deur ons Howe beveel.[161]

(iv) `n Sogenaamde "ouderboete"[162] kan ook vermeld word. Hiermee word die kontak nie afgedwing nie, maar word die kontak afgekoop. Hierdie geldsom kan vir die versorging en/of opvoeding van die kind aangwend word deur byvoorbeeld iemand vir `n naweek te huur om na die kind om te sien.

4 Slot

Desnieteenstaande die Suid-Afrikaanse reg indirek `n reg op kontak aan `n kind verleen, betoog ons ter wille van regsekerheid dat die Kinderwet na analogie van die Nederlandse bepaling, dit uitdruklik moet erken. Soortgelyk behoort die verpligting van ouers om kontak te behou of te verleen, ook uitdruklik daarin vervat te word.

159 *Van Niekerk: In re Van Niekerk v Van Niekerk, Ex parte* [2005] JOL 14218 (T).
160 Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.
161 Sien in hierdie verband oa *Van Den Berg v Le Roux* [2003] 3 All SA 599 (NK); *Townsend-Turner v Morrow* [2004] 1 All SA 235 (K); *MB v NB* 2010 3 SA 220 (GSJ).
162 Sien Vlaardingerbroek 2009 *FJR* 232.

Anders dan die Nederlandse bepaling,[163] beperk ons die reg op kontak egter nie tot die ongehude vader wat die kind erken of wat slegs in `n *nauwe persoonlijke betrekking* (oftewel die ongetroude vader ingevolge artikel 21 van die Kinderwet) staan nie.[164] Artikel 28(2) van die Grondwet, oftewel "die beste belange van die kind"-maatstaf bied ruimer voorsiening. Die Nederlandse bepaling in artikel 1:377a lid 2 BW maak nie uitdruklik voorsiening vir die kind se reg om aansoek vir kontak te doen nie, welke ons as `n leemte aangemerk het.[165] Indien artikel 14[166] van die Kinderwet nie voorsiening maak vir `n kind om `n aansoek om kontak te bring nie, beveel ons aan dat dit in die vermelde aanbevole statutêre bepaling opgeneem word. Binne bovermelde voorgestelde statutêre raamwerk is daar, ons insiens, ruimte vir die uitdruklike erkenning van `n veeltal afdwingingsremedies.

163 A 1:377a lid 1 BW.
164 Sien para 2.3 hierbo.
165 Sien para 2.3 hierbo.
166 Para 1 hierbo.

Bibliografie

Human "Theory of Children's Rights"

Human S "The Theory of Children's Rights" in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009)

Jacobs 1996 *TPR*

Jacobs K "Het omgangsrecht in België en Nederland" 1996 *TPR* 827-876

Kilkelly *The Child and the European Convention on Human Rights*

Kilkelly U *The Child and the European Convention on Human Rights* (Aldershot Ashgate 1999)

Labuschagne 1993 *De Jure*

Labuschagne JMT "Deïnjuriëring van verlowingsbreuk: Opmerkinge oor die morele dimensie van deliktuele aanspreeklikheid" 1993 *De Jure* 126-139

Labuschagne 1998 *THRHR*

Labuschagne JMT "`n Reg as teenkant van `n reg: Opmerkinge oor die opkoms van interaksieregte" 1998 *THRHR* 137- 141

Louw *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights*

Louw AS *Acquisition of Parental Responsibilities and Rights* (LLD proefskrif UP 2009)

Robinson 1999 *De Jure*

Robinson JA "Moderne ontwikkelinge in die Duitse reg aangaande die regposisie van buite-egtelike kinders: Enkele lesse vir Suid-Afrika" 1999 *De Jure* 259-282

Skelton "Parental Responsibilities and Rights"

Skelton A "Parental Responsibilities and Rights" in Boezaart T (red) *Child Law in South Africa* (Juta Claremont 2009)

Van Aswegen 1995 *SAJHR*

Van Aswegen A "The implications of a bill of rights for the law of contract and delict" 1995 *SAJHR* 50-69

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 2005 *De Jure*

Van der Linde A "Begrensing van die toegangsreg van die natuurlike vader tot sy buite-egtelike kind onder die Europese Verdrag van die Regte van die Mens" 2005 *De Jure* 162-171

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 Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg*

Van Der Vyver JD en Joubert DJ *Persone- en Familiereg* 3de uitg (Juta Cape Town 1991)

Van Zyl en Bekker 2000 *De Jure*

Van Zyl GJ en Bekker JC "Vonnisbespreking van *Jooste v Botha*" 2000 *De Jure* 149-154

Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis*

Vanlerberghe B "Omgangsgercht in het licht van artikel 8 EVRM" 1990 *Jura Falconis* 149 ev

Vlaardingerbroek ea *Het hedendaagse personen- en familierecht*

Vlaardingerbroek P ea *Het hedendaagse personen- en familierecht: behoudens het huwelijksvermogensrecht* 4de uitg (Kluwer Deventer 2004)

Vlaardingerbroek 2009 *FJR*

Vlaardingerbroek P "Die wetgewer laat Jeroen (en de vele ander kinderen) niet in de kou staan" 2009 *FJR* 228-239

Wortmann 1995 *FJR*

Wortmann SFM "Ouderlike gezag en omgang" 1995 *FJR* 210-215

Register van wetgewing

Nederland

A 1:247 BW

A 1:377a lid 1, 2 en 3 BW

Suid-Afrika

Children's Act (Kinderwet) 38 van 2005

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Verdrae

European Convention on Human Rights

United Nations Convention on the Rights of the Child

Register van hofsake

Europese Hof vir die Regte van die Mens

Hendricks v Nederland Aansoek No 8427/8 (1982) DR 295

Hoffman v Austria (1994) 17 EHRR 293

Ignaccolo-Zenide v Roemenië EHRM 25 Jan 2000 (ongerapporteer)

Rieme v Sweden (1993) 16 EHRR 155

Salgueiro da Silva Mouta v Portugal EHRM 21 Des 1999 (ongerapporteer)

Nederland

Hof Amsterdam 9 Junie 2009, nr 200.026.995/01 LJN BI9807

Hof Amsterdam 9 Junie 2009, nr 200.028.832/01 en 200.028.832/02 LJN BI8257

Hof's-Gravenhage 2 Juni 2009 nr 200.007.856/01, LJN BI17307

Hof's-Gravenhage 9 Juni 2009, nr 200.008.475/01 LJN BI393

HR 22 Des 1995, *NJ* 1996 419

HR 11 April 2008, *NJ* 2008 555

Suid-Afrika

Allsop v McCann 2001 2 SA 706 (K)

B v S 1995 3 SA 571 (A)

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* 2005 1 SA 580 (KH)

Clinton-Parker v Administrator, Transvaal; Dawkins v Administrator, Transvaal 1996 2 SA 37 (W)

Fraser v Children's Court, Pretoria North 1997 2 SA 218 (T)

Government of the Republic of South Africa v Grootboom 2001 1 SA 46 (KH)

Guggenheim v Rosenbaum (2) 1961 4 SA 21 (W)

Heystek v Heystek 2002 2 SA 754 (T)

Jooste v Botha 2000 2 SA 199 (T)

Krugel v Krugel 2003 6 SA 220 (T)

MB v NB 2010 3 SA 220 (GSJ)

McCalman v Thorne 1934 NPD 86

P v P 2002 6 SA 105 (N)

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

Sephiri v Scanlan 2008 1 SA 322 (K)

T v M 1997 1 SA 54 (A)

Townsend-Turner v Morrow [2004] 1 All SA 235 (K)

V v V 1998 4 SA 169 (K)

Van Den Berg v Le Roux [2003] 3 All SA 599 (NK)

Van Niekerk: In re Van Niekerk v Van Niekerk, Ex parte [2005] JOL 14218 (T)

Wicks v Fisher 1999 2 SA 504 (N)

Townsend-Turner v Morrow [2004] 1 All SA 235 (K)

Lys van afkortings

BW	(Nieuw) Burgerlijk Wetboek
CRC	United Nations Convention on the Rights of the Child
EVRM	Europese Verdrag van die Regte van die Mens
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
SAJHR	South African Journal on Human Rights
THRHR	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht