

HOOFSTUK 5

EFFEK VAN RECTE TEN AANSIEN VAN DIE GESIN EN GESINSLEWE OP DIE OUER-KIND VERHOUING

5 1 Inleiding

In hoofstuk 4¹ is wat die inhoud van artikel 8 EVRM betref, kortlik verwys na ouerlike gesag as fundamentele element van 'n reg op respek vir die gesinslewe.² Vervolgens word dié aspek meer indringend ondersoek en meer spesifiek die effek daarvan op die ouer-kind verhouding.

In 1993 het afgevaardigdes tot die Verenigde Nasies se wêreldkonferensie oor Menseregte in die Weense Deklarasie en Program van Aksie afgekondig dat -

"the child for the full and harmonious development of his or her personality should grow up in a *family environment*³ which accordingly merits broader protection."³

Vier jaar vroeër het die Algemene Vergadering van die Verenigde Nasies die

¹ Par 4 2 2(q).

² Vir besprekking van hierdie konsep sien Melton "The Rights to a Family Environment for 'Children Living in Exceptionally Difficult Conditions'" 1995 *Law & Policy* 345 348; Van Bueren "The International Protection of Family Members' Rights as the 21st Century Approaches" 1995 *HRQ* 732 739.

³ Part I par 21. Vir volledige weergawe sien Patel en Watters *Human Rights - Fundamental Instruments and Documents* (1994) 48 65 en Bylae III tot die proefskrif.

Konvensie oor die Regte van die Kind⁴ (hierna die Konvensie) aangeneem wat in sy geheel die gesin se leidende rol in die voorbereiding van kinders vir deelname aan die gemeenskap erken.⁵ Die vraag wat in hierdie hoofstuk oorweging verdien, is of die feit datveral artikels 5, 12, 14 en 18 van vermelde Konvensie die kind⁶ in besluitnemingsprosesse ten aansien van aangeleenthede wat hom/haar raak betrek, afbreek doen aan die (belang van die) gesin as beskermingswaardige entiteit. Die feit dat die Konvensie spesifiek handel met die regte van kinders bring verskeie vragen rakende die belang van die gesin na vore. Kan die Konvensie byvoorbeeld as anti-gesin bestempel word deurdat dit die klem plaas op die regte van die kind? In welke mate word erkenning aan die gesin (en moontlike beskerming daarvan) in die Konvensie verleen? Die vraag kom na vore of kinderrechte versoenbaar is met die posisie van 'n kind binne 'n (sosiale) eenheid soos die gesin, dit wil sê: Kan daar van die beskerming van die gesin en die beskerming van die kind in een asem gepraat word? Staan die twee konsepte teenoor mekaar? Hafem⁷ stel die probleem soos volg:

"The growing concern with legal rights for children has precipitated a conflict between two of our most fundamental cultural traditions - family life and

⁴ 20 Nov 1989 en tree in werking op 2 Sept 1990.

⁵ SA het die Konvensie in Jan 1993 onderteken en dit op 16 Jun 1995 geratifiseer. Vir 'n besprekking van die effek hiervan op SA sien Sloth-Nielsen "Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Some Implications for South African Law" 1995 *SAJHR* 401. Vir 'n verdere algemene besprekking sien De Villiers "The Rights of Children in International Law: Guidelines for South Africa" 1993 *Stell LR* 289 ev; Sloth-Nielsen en Van Heerden "New Child Care and Protection Legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 261 ev.

⁶ A 1 definieer 'n kind as 'n persoon onder 18 jaar.

⁷ "Puberty, Privacy and Protection: The Risks of Childrens' Rights" 1977 *American Bar Ass J* 1383. Hafem stel die vraag wat beantwoording verdien soos volg 1383: "Does the movement towards children's rights contain the seeds of destruction for the family?" en verder *ibid*: "The family tradition historically has enjoyed an important compatibility with the individual tradition because of the family's leading role in preparing children for the responsibility of majority status by helping children to develop mature capacities. But with the passion and the power of the civil rights movement, spurred on by other recent celebrations of egalitarianism, one now sees the two traditions of individualism and family life on a collision course. Now there are those who would 'liberate' children from the 'captivity' of the family tradition: 'I propose that we consider the logical and ultimate step - that all legal distinctions between children and adults be abolished'."

individual liberty. This conflict carries the potential of badly damaging both traditions.⁸

Durrant⁸ gee die volgende perspektief:

"[T]his emphasis upon children's unique rights has been identified as one that may conflict with the rights of adults who care for them ... as it may call for state intervention into areas which have been, in many countries, traditionally considered to be within the family's jurisdiction, such as child rearing decisions."

Die vraag is egter of dit nie juis in die kind (en kinderrechte) se belang is dat die gesin beskerm moet word nie. Die antwoorde skyn te vind te wees in die doel en motivering vir die beskerming van die gesin as eenheid. Is die doel van gesinsbeskerming geleë in 'n poging om aan sekere gesinslede mag en beheer oor ander te gee in eersgenoemde se eie belang, of behoort magte, bevoegdhede en regte aan die gesin verleen te word ten einde verantwoordelikhede teenoor en in belang vanveral kinders na te kom? Die gevolgtrekking waartoe hierin gekom word, is dat dit juis van wesenlike belang is om die gesin te beskerm ten einde dit in staat te stel om sy verantwoordelikhede⁹ teenoor sy lede (veral kinders) na te kom.

Spesifiek wat die ouer-kind verhouding (dit wil sê verhoudinge binne die gesin) betref, is die vraag in welke mate kinders die bevoegdheid het om besluitestrydig met die sieninge van hul ouers te neem. Beteken die kind se reg op deelname ingevolge die Konvensie in aangeleenthede wat hom/haar raak dat sy/haar siening swaarder weeg as dié van die ouers? Het die kind 'n reg op selfbeskikking by die neem van besluite wat hom/haar raak? Benewens die

⁸ "The abolition of corporal punishment in Canada: Parent's versus Children's Rights" 1994 *Int J of Children's Rights* 129 130. Comien "State Powers and the Best Interests of the Child under Article 8 of the European Convention on Human Rights" 1989 *NQR* 435 verklaar: "Children's rights problems are amongst the most difficult to resolve, involving as they do the reconciliation of the often competing interests of children, parents and the state." Sien verder Forder 1997 *THEMIS* 130 137.

⁹ Vir 'n besprekking van die inhoud en betekenis van hierdie konsep sien par 5 1 3.

posisie onder die Konvensie, word die posisie van die kind onder die Europese Verdrag vir die Regte van die Mens (EVRM) ook hier onder die loep geneem. Van belang is veral die vraag of die feit dat ouerlike gesag 'n essensiële bestanddeel van die begrip "gesinslewe" in artikel 8 EVRM uitmaak, beteken dat dit onbepaald is. In dié verband is die vraag na die oplossing van geskille wat tussen ouer en kind mag ontstaan in die lig van die bepalings van die Konvensie en die EVRM verder van groot belang. Bestaan daar enige beslegtingskriteria? Is die "beste belang van die kind" die enigste maatstaf of kan dit moontlik getemper word deur ander kriteria soos die "beste belang van die gesin"-maatstaf?¹⁰ Behoort, alvorens daar vir die beste belang van die kind in 'n gegewe gevval getoets word, die vraag nie gevra te word of die gesin, soos bestuur deur die ouers, te kort geskiet het aan juridiese en voorafneergelegde standaarde vir kindersorg nie? Is dit nie so dat 'n kind se eie belang, terwyl hy deel is van 'n gesin, verweef is met dié van die ander gesinslede nie? Hierdie benadering sal meebring dat alleen indien die gesin misluk in sy funksie ten aansien van die gesinslede, die beste belang van die kind as rede kan dien vir staatsinmenging. Hierdie uitgangspunt word soos volg deur Dickens verduidelik:¹¹

"The major premise of this approach is that the *family, directed, of course, by the parents*, should be proven to be *disfunctional before the child's interests can be isolated and protected*" (eie kursivering).

Hierdie benadering word ondersoek in die lig van die vraag tot welke mate staatsinmenging in die ouer-kind-verhouding toegelaat behoort te word.¹² Waar die beste belang van die kind as maatstaf duidelik blyk uit die Konvensie, die EVRM en die Suid-Afrikaanse grondwet, is daar tog ook dié denkrigting wat propageer dat die staat alleen behoort in te meng sou die *status quo* ernstige

¹⁰ Visser "Die Moontlike Uitdruklike Erkenning en Beskerming van die Huwelik en Gesin (Familie) in die Suid-Afrikaanse Grondwet" 1996 *DJ* 351 356.

¹¹ "The Modern Functions and Limits of Parental Rights" 1981 *LQR* 462 468.

¹² Sien in besonder Goldstein ea *Before the Best Interests of the Child* (1979).

gevolge vir die kind se gesondheid inhoud.¹³ Hierdie en ander aangeleenthede word hieronder bespreek in die lig van veral die EVRM¹⁴ en die Konvensie.¹⁵ Twee potensiële geskilareas, te wete besluite oor die kind se opvoeding en geloof, word ter illustrasie gebruik in die ondersoek na bovermelde vrae. Hierdie hoofstuk dien egter uitsluitlik om die effek van 'n reg op respek vir die gesinslewe, soos in hierdie proefskrif gepropageer, op die ouer-kind-verhouding te ondersoek en of só 'n regstrydig sou wees met die konsep van kinderrechte.¹⁶ Die doel is dus nie om in diepte die "gesagsreg" of "kindererrechte" te ondersoek en krities te bespreek nie, maar slegs om dit binne die konteks van die proefskrif aan te spreek.

5 2 Posisie onder Europese Verdrag vir die Beskerming van die Regte en Vryhede van die Mens (EVRM)

5 2 1 Ouerlike gesag in konteks van artikel 8 EVRM: Is ouerlike gesag 'n grondreg?

Hierbo¹⁷ is reeds gewys op die inhoud van artikel 8 EVRM asook artikel 2¹⁸ van

¹³ Sien bespreking par 5 7.

¹⁴ A 8.

¹⁵ Veral a 5, 12, 14 en 18.

¹⁶ Dws die beskouing dat die kind 'n individu is wat meebring dat indien sy regte aangetas word, selfs deur sy eie ouers, hy as 'n persoon geregtig is op beskerming - sien Sloth-Nielsen SAJHR 401 405.

¹⁷ Hfst 4.

¹⁸ Vanweë die relevansie daarvan vir die onderwerp onder bespreking dien weer gelet te word op gemeide a 2 wat lui: "No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the rights of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions." Sien bespreking Douglas "The Family and the State under the European Convention on Human Rights" 1988 *Int J of Law and Fam* 76 90 ev. Kilkelly 64 verduidelik die konsepte van "teaching" en "education" soos volg: "Teaching or instruction has been found to refer to the transmission of knowledge and to intellectual development. Education, on the other hand, includes the whole process whereby, in any society, adults endeavour to transmit their beliefs, culture and other values to the young." Die verpligting om ouers se

die Eerste Protokol tot die Verdrag. Ouerlike gesag is 'n faset van die gesinslewe en val dus as sodanig onder die beskerming van artikel 8 EVRM.¹⁹ In *Nielsen v Denmark*²⁰ beslis die hof soos volg ten aansien van die inhoud van die konsep "gesinslewe" in artikel 8 EVRM:²¹

"It should be observed at the outset that family life in the Contracting States encompasses a broad range of *parental rights and responsibilities* in regard to care and custody of minor children. Family life in this sense, and especially the rights of parents to exercise parental *authority* over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities, is recognised and protected by the Convention, in particular by article 8. *Indeed, the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life*" (eie kursivering).

En verder ten aansien van die inhoud van sodanige ouerlike gesag:²²

"The care and upbringing of children normally and necessarily require that the parents or an only parent decide where the child *must reside and also impose, or authorise others to impose various restrictions on the child's liberty*" (eie kursivering).

Die hof bepaal egter ook dat die regte van ouerlike gesag nie

oortuiginge te respekteer het 'n wye toepassing en sluit nie alleen opleiding in skoolverband in nie, maar staan ook op die taak/rol van die staat in die totale formele opvoedkundige stelsel: Kilkelly 65. Hierdie feit nou volgens Kilkelly in dat ouers selfs waar hulle kinders in alternatiewe sorg geplaas word, kan aandring dat die owerhede hulle (as ouers) se filosofiese en godsdienstige oortuigings respekteer.

¹⁹ Mosselmans "Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen: Het EVRM 'The recommendations on parental responsibilities' en het IVRK als leidraad" 1997 TP 543 546 verklaar: "Weinu, ook het ouderlijke gezag dient als een facet van het gezinsleven aangesien te worden en valt dus als zodanig onder die bescherming van art 8 EVRM. Het Europees Hof heeft namelijk in een aantal uitspraken die betrekking hadden op maatregelen van kinderbescherming duidelijk gesteld dat het ouderlijk gezag behoort tot de fundamentele elementen van het gezinsleven." Sien B, H, O, R, W v UK (1988) 10 EHRR 87 95 82 74 29 onderskiedelik. Sien verder ook die vroeëre bespreking deur Thomassen "Overheid en gezinsleven. De grenzen van interventie in familierelaties" 1993 NJ 1165.

²⁰ (1989) 11 EHMR 175 - sien bespreking van feite in hfst 4 par 4 2 2(q).

²¹ 191 par 61.

²² *Ibid.*

onbeperk is nie en verklaar:²³

"The Court accepts, with the Government, that the rights of the holder of parental authority cannot be unlimited and that it is incumbent on the State to provide safeguards against abuse."

Die EHRM beslis *in casu*, waar die kind 12 jaar oud was, dat dit normaal is vir die ouer om 'n besluit te neem, selfs teen die kind se wense.²⁴ Die moeder se optrede was 'n verantwoordelike uitoefening van haar ouerlike gesag en in die belang van die kind.²⁵

Reeds vroeër in *B, H, O, R, W v United Kingdom*²⁶ is die standpunt van die owerheid dat die konsep van ouerlike regte oudmodies is, dat sulke regte bloot voortvloei uit ouerlike verantwoordelikhede en dat dit slegs bestaan solank dit nodig is vir die beskerming van die persoon of eiendom van die kind.²⁷ Ten aansien van dié standpunt van die owerheid verklaar die hof egter:²⁸

"The main thrust of this view seems to be *not to deny the existence of parental rights but rather to stress that they are not absolute and may be overridden if not exercised in accordance with the welfare of the child*; Indeed, the 1948 Act and the 1980 Act both refer expressly to parental 'rights' and the Children Act 1975 even mentions specifically a parental 'right of access'. Again, when the English courts spoke of access as being a right in the child, *they appear not to have been asserting the absence of any parental right of access whatsoever, but*

²³ 195 par 72.

²⁴ Vir volledige bespreking sien hfst 4 par 4 2 2(q). Kilkelly 36 wys daarop dat die standpunt van die Kommissie verkies word bō dié van die EHRM. Die Kommissie was van mening dat die mening van 'n 12-jarige seun 'n bepalende faktor was taw die vraag of sy opname in 'n psigiatriseuse afdeling van 'n hospitaal, binne die bestek van ouerlike regte val. Kilkelly 37 beweer dat dié standpunt van die Kommissie meer in lyn is met kinderrechte.

²⁵ 196 par 73.

²⁶ (1988) 10 EHRR 87 95 82 74 en 29 onderskeidelik.

²⁷ Sien bv *W v UK* (1988) 10 EHRR 29 54 par 74.

²⁸ *Ibid.*

to have been expressing the principle that in the event of a conflict between concurrent rights of parent and child it is the welfare of the child which should be treated as the paramount consideration" (ieie kursivering).

Die reg op eerbiediging van die gesinslewe beskerm dus, in die algemeen, die vryheid van ouers om hul kinders op te voed sonder willekeurige inmenging deur derdes en meer besonder die staat.²⁹ Ouers is in die eerste plek aangewese om hul kinders te beskerm en op te voed en behoort dit met 'n redelike mate van vryheid te kan doen. Dit is dan ook in belang van die kind dat staatsinmenging tot 'n minimum beperk word.³⁰

Hierdie feit blyk, onder andere, uit die formulering en uitleg van die reg op opleiding in Protokol 1 hierbo. In *Campbell and Cosans v United Kingdom*³¹ beslis die EHRM in dié verband dat die skorsing van kinders uit 'n skool omdat hulle ouers geweier het dat hulle lyfstraf ontvang, 'n inbreukmaking was op nie alleen die kinders se reg op opleiding onder die Protokol nie, maar ook op die reg van die ouers om te verseker dat die opleiding wat hulle kinders ontvang in ooreenstemming met die ouers se godsdienstige en filosofiese oortuigings was. Gemelde bepaling van die Protokol en beslissing van die hof demonstreer die gewig wat geplaas word op die reg van ouers om hulle kinders se ontwikkeling en identiteit te bepaal.³² Aan die ander kant was die hof terselfdertyd bewus van die verreikende implikasies wat 'n erkenning van positiewe verpligtinge op opvoedkundige instansies kan hê. Só bevind die hof in *Belgian Linguistic (No 2)*

²⁹ Sien ook bespreking van Douglas in 1988 *Int J of Law and Fam* 76.

³⁰ Mosselmans 1997 *TP* 543 547 verklaar: "Het recht op eerbiediging van het gezinsteven beschermt dan de vrijheid van ouders om hun kinderen op te voeden zonder willekeurige bemoeienis van derden en meer in bijzonder de overheid. Men mag namelijk niet uit het oog verliezen dat ouders de eerst aangewezen zijn om hun kinderen te beschermen en op te voeden en dat ze dit in redelijke vrijheid moeten kunnen doen. Het is dan ook in het belang van het kind dat de staatsinterventie tot een minimum beperkt blijft." Vir argumente teen staatsinmenging sien par 5 9.

³¹ (1982) 4 EHRR 293.

³² Barton en Douglas *Law and Parenthood* (1995) 37 wys daarop dat die Protokol juis bedoel was om politieke indoktrinasie van kinders deur die staat te verhoed.

*v Belgium*³³ dat respek vir die gesinslewe nie inhoud dat ouers kan aandring dat hulle kinders in 'n bepaalde taal onderrig ontvang nie. Sodanige ouers het altyd die keuse om hulle kinders privaat te laat onderrig.³⁴

Alhoewel ander verwante van 'n kind 'n gesinslewe met 'n kind mag/kan hê³⁵ byvoorbeeld grootouers, ooms en tantes, beslis die Kommissie dat sodanige persone nie op dieselfde mate van invloed en betrokkenheid in die kind se lewe geregtig is nie. In *Price v United Kingdom*³⁶ is beslis dat toegang van grootouers tot 'n kind normaalweg binne die ouers se diskresie val, en wanneer 'n kind in openbare sorg is, dit nie van die owerhede verwag word om grootouers in dieselfde mate te raadpleeg of in ag te neem in hulle besluitneming as wat hulle die ouers sou moes raadpleeg nie.³⁷

5 2 2 Ouerlike gesag en grondregte van kinders

Dit wil voorkom asof die erkenning van 'n reg op respek vir die gesinslewe, in stryd kan wees met die vasstelling van die outonome, individuele regte van 'n kind, hetsy uit hoofde van die EVRM of andersins.³⁸ So byvoorbeeld is daar die kind se reg op sy privaatheid, vryheid van gedagte (denke), gewete en geloof en vele meer, wat hy moontlik strydig met die oortuiging van sy ouers wil uitoefen. Harris verklaar:³⁹

"The burgeoning attention given to children's rights is bound to have an effect

³³ (1979-80) 1 EHRR 252 - sien feite hfst 4 par 4 2 2(g).

³⁴ 285 par 11.

³⁵ Sien hfst 2 - totstandkoming van 'n gesinslewe.

³⁶ Aansoek no 12402/86 (1996) DR 55 244.

³⁷ Sien hfst 4 par 4 2 2(g)(iii) en hfst 7 par 7 11.

³⁸ Harris 317; Beddard *Human Rights and Europe* (1993) 78 ev.

³⁹ *Ibid.*

in diluting the weight to be given to parental authority as an aspect of family life. This is the case also where the child is not able to express his wishes because he is too young. The state must act in 'the best interest of the child'."

Mosselmans⁴⁰ verklaar ten aansien van die beginsel van ouerlike gesag soos volg:

"Wel dient opgemerk dat de uitoefering van het ouderlijk gezag op zich een invloed heeft op de gelding van de grondrechten van de minderjarige. Ouders kunnen aldus *in beginsel* uit hoofde van het ouderlijke gezag een inbreuk maken op de grondrechten van hun minderjarige kind" (ele kursivering).

Ter illustrasie hiervan kan gelet word op die kind se reg op privaatheid en die botsing daarvan met ouerlike gesag as komponent van die gesinslewe inbegrepe in artikel 8 EVRM. Dié aspek het by twee geleenthede voor die Kommissie gedien. In die eerste aansoek⁴¹ het 'n 14-jarige Nederlandse meisie saam met haar vriend van die huis weggeloop. Sy is deur die polisie teruggeneem na haar huis, maar beweer dat die owerhede meer gewig geheg het aan haar ouers se reg op respek vir hul gesinslewe ingevolge artikel 8 (dit wil sê dat 'n kind onder 'n verpligting is om by sy/haar ouers te woon) as op haar reg op privaatheid. Die Kommissie beslis dat hierdie verpligting (van kinders om by ouers te woon) nodig is om die kind se gesondheid en sedes te beskerm, en, alhoewel dit dus in stryd mag wees met die kind se reg op privaatheid ingevolge artikel 8(1), dit geregtig was onder artikel 8(2). Aan die ander kant, in 'n verdere aansoek,⁴² het 'n Deense meisie haar huis verlaat en in 'n plakkersongewing ingetrek. Die welsynsowerhede het geweier om haar te dwing om terug te keer. Nadat alle pogings om haar te oorreed misluk het, het hulle aan haar finansiële ondersteuning verskaf om haar in staat te stel om elders te woon. Die

⁴⁰ 1997 TP 543 547.

⁴¹ *X and Y v Netherlands* aansoek no 6753/74 (1975) DR 2 118; Beddard 80.

⁴² *X v Denmark* aansoek no 6854/74 (1976) DR 7 81; Beddard 80.

Kommissie het die ouers se betoog ingevolge artikel 8 verwerp. In die lig van die hierbovermelde beslissing van *Nielsen v Denmark*⁴⁵ insake die inhoud van ouerlike gesag blyk die reg tans by die ouers te lê om die kind se woonplek te bepaal.

Alhoewel tot nou toe aansienlike gewig geheg is aan ouerlike belang, word terselfdertyd, op grond van artikel 8(2),⁴⁶ erken dat ouerlike regte in die toekoms meer geredelik voor dié van kinders sal moet swig. Hierdie benadering blyk uit 'n verskeidenheid sake⁴⁷ insake die verwydering van kinders uit die sorg van hulle ouers, waar die EHRM die statutére bepalings en prosedure kritiseer waaronder kinders verwyder, of kontak verbied is, maar nie die *meriete* van die tersaaklike besluit kritiseer nie. In *Olszen v Sweden (No 2)*⁴⁸ neem die hof in ag dat kinders wat 'n paar jaar vroeër uit die sorg van hulle ouers verwyder is, nie nou enige kontak met hulle ouers wil hê nie, en hulle pleegouers nie wil verlaat om na hulle natuurlike ouers terug te keer nie. Die Sweedse regering wat alreeds op artikel 8 inbreuk gemaak het deur hul (vorige) prosedurele hantering van die saak, het geargumenteer dat dit onversoenbaar met kinderregte onder die Konvensie sou wees om van die kinders te vereis om weer kontak met die ouers te hê. Alhoewel die hof nie uitdruklik hierdie punt aangespreek het nie, merk die hof tog op dat daar 'n behoefte bestaan vir state om 'n balans te tref tussen ouers en kinders se belang en regte.⁴⁹ Barton en Douglas merk hieroor

⁴⁵ (1989) 11 EHRR 175.

⁴⁶ A 8(2): "There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right (right to respect for family life) except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

⁴⁷ *Eriksson v Sweden* (1990) 12 EHRR 183; *Margaretha and Roger Andersson v Sweden* (1992) 14 EHRR 615; *Nyberg v Sweden* (1992) 14 EHRR 870; *Hokkanen v Finland* (1995) 19 EHRR 139 - sien feite hfst 4 par 4 2 2(g).

⁴⁸ (1994) 17 EHRR 134.

⁴⁹ Barton en Douglas 39.

op:⁴⁸

"This appears to be the first time that the Court has directly considered children's rights in contradiction to those of the parents."

So onlangs soos 1998 het die konflik tussen die belang van ouers (en dus die gesin) en dié van die kind opnuut na vore getree in *Bronda v Italy*.⁴⁹ 'n Kind, 11 jaar oud, wat vroeër in pleegsorg geplaas is, is deur die Kinderhof bevind as "sufficiently mature for her wishes to be taken into account and that she should not therefore be returned to her natural family against her will".⁵⁰ Alhoewel die EHRM beslis dat 'n gesinslewe tussen die applikante (die grootouers) en die moeder en kind bestaan het vir doeleindes van artikel 8 EVRM en dat daar 'n inbreukmaking daarop was deur die plasing van die kind in pleegsorg,⁵¹ dit tog geregtig kan word in die lig van artikel 8(2). Die verwydering van die kind was in ooreenstemming met die reg en het 'n wettige doel nagestreef, te wete die beskerming van die regte en vryhede van ander, naamlik die kind, ingevolge artikel 8(2). Die hof beslis:⁵²

"The Court observes that ... the provisions concerned were applied in order to protect the child."

En verder:⁵³

⁴⁸ *Ibid.* Vir bespreking van die saak sien Gomien 1989 *NQHR* 435 444.

⁴⁹ 9 Junie 1998 (ongerapporteer). Vir volledige bepreking van feite sien hfst 4.

⁵⁰ Par 33.

⁵¹ Die hof verklaar (par 51): "The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life and that domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by article 8."

⁵² Par 55.

⁵³ *Ibid.*

"[T]he wording of the decisions in issue clearly shows that the judges were guided by what was in S's interest and necessary to ensure her mental development."

Ten aansien van die verdere vraag onder artikel 8(2), naamlik of dit nodig is in 'n demokratiese gemeenskap, kom die EHRM tot die volgende gevolgtrekking:⁵⁴

"In conclusion, while a fair balance has to be struck between S's interest in remaining with her foster parents and her natural family's interest in having her to live with them, the Court attaches special weight to the overriding interest of the child, *who, now aged fourteen, has always firmly indicated that she does not wish to leave her foster home*. In the present case, S's interest outweighs that of her grandparents. Consequently, as the national authorities have not gone beyond their margin of appreciation, there has been no violation of Article 8" (eie kursivering).

Hierdie beginsels word opnuut in Nederland deur die HR⁵⁵ bevestig waar die volgende feite sig voordoen. 'n Veertienjarige meisie maak in 1987 aan haar onderwyser ("docent/leerlingbegeleider") bekend dat sy deur haar broer gemolesteer word. Sy beweer verder dat sy probeer selfmoord pleeg het. Op versoek van die meisie het die onderwyser dit nie aan die ouers bekendgemaak nie. Toe dit na bewering weer 'n keer plaasvind, het die meisie ingestem dat die onderwyser dit met 'n werker van RIAGG (De Stichting Regionale Instelling Ambulante Geestelijke Gezondheidszorg) bespreek. Die gesprek moes egter gedurende skooltyd en sonder medewete van die ouers geskied. Op 17 November 1987 vind 'n eerste gesprek plaas en daarna 'n opvolggesprek op 1 Desember 1987. Die onderwyser wat die ouers wil kontak word opnuut deur die meisie versoek om dit nie te doen nie. Die meisie onderneem om haar ouers te betrek as dit weer sou gebeur. Op 11 Desember 1987 lig sy die onderwyser in dat die broer haar opnuut gemolesteer het. Die onderwyser bel die RIAGG-werker en deel haar ook op dié stadium mee van die vroeëre selfmoordpoging.

⁵⁴ Par 62-63.

⁵⁵ 25 Sept 1998 NJ 1999 379.

Die meisie duï aan dat sy nie na haar huis wil terugkeer nie, waarop die RIAGG-werker reëlings tref vir opname in 'n "opvangtehuis". Die RIAGG-werker en skool het die ouers dieselfde middag daaromtrent ingelig. Op 14 Desember 1987 besoek die ouers die dogter. Daar beskuldig sy skielik die vader en nie die broer nie. Dit blyk na verdere ondersoek dat sy egter al die bewerings versin het waarna sy verdere pogings tot selfmoord aanwend en ook uit die bewaarplek wegloop. Sy is daarna in die psigiatriese afdeling van 'n hospitaal opgeneem vir behandeling. Die ouers stel nou aksie in teen RIAGG met as grondslag dat RIAGG onvoldoende rekening gehou het met die belang van die ouers en die dogter. Hulle beweer die dogter is sonder hulle medewete opgeneem en dat hulle vanweë die toedoen van RIAGG weinig kontak met die dogter kon hê. Verder word beweer dat RIAGG sonder voldoende ondersoek die valse bewerings geglo het, en dat die werklike probleme van die dogter hierdeur op 'n te laat stadium na vore getree het. As gevolg hiervan is haar psigiese toestand vererger en is sy te laat aan die korrekte behandeling onderwerp. Die HR beslis soos volg:⁵⁶

"Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat *ouderlijk gezag* weliswaar een aan de ouders toekomend 'recht' is, maar dat dit recht is gegeven in het belang van het kind en daarom niet kan worden losgezien van de verplichting dat belang te dienen" (ele kursivering).

Hierdie sienswyse is volgens die HR⁵⁷ in die kader van artikel 8 EVRM deur die EHRM verwoord waar dié hof vroeër in *Nielsen v Denmark*⁵⁸ bevind het dat die begrip "family life" in die sin van die EVRM omvat "the rights of parents to exercise parental authority over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities".

Die HR bevind verder dat by die beoordeling van die belang van die kind ook

⁵⁶ Par 3 2.

⁵⁷ Par 3 2.

⁵⁸ (1989) 11 EHRR 175 191 par 61.

gekyk moet word na dit wat die kind self wens. Die HR verklaar:⁵⁹

"Daarbij verdient aantekening dat bij de beoordeling van het geen belang van het kind meebrengt, de vraag wat het kind dienaangaande zelf vindt en wenst, naarmate het ouder en rijper wordt steeds meer gewicht in de schaal gaat leggen."

Ook dié gedagte, bevind die HR, is binne die kader van artikel 8 EVRM deur die EHRM tot uitdrukking gebring en meer spesifiek in *Rieme v Sweden*⁶⁰ en *Bronda v Italy*.⁶¹

Volgens die HR omvat ouerlike gesag, binne konteks van artikel 8 EVRM, die bevoegdheid om te beslis oor die vraag waar die kind sy verblyf moet hê.⁶² Maar die HR bevind dat⁶³

"uit het vorenoverwogene volgt evenwel dat, wanneer een kind van een zodanige leeftijd dat met zijn opvattingen rekening valt te houden, gegronde redenen meent te hebben om niet op de door zijn ouders bepaalde plaats te verblijven, een derde ... niet noodzakelijkerwijs jegens de ouders en het kind onrechtmatig handelt door zonder overleg met en toestemming van de ouders eraan mee te werken dat het kind daartoe in staat wordt gesteld".

Sodanige medewerking sal veral nie onregmatig wees nie indien die derde "redelijkerwijs mag aannemen dat zich een acute noodsituatie voordoet"⁶⁴ en waar hy hulp aan die kind aanbied en die ouers so gou redelikewys moontlik daaromtrent inlig. Die eis word vervolgens van die hand gewys. In 'n noot tot

⁵⁹ Par 3 2.

⁶⁰ (1993) 16 EHRR 155 par 73.

⁶¹ 9 Junie 1998 (ongerapporteer) par 62.

⁶² *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHRR 175 par 191 61.

⁶³ Par 3 2.

⁶⁴ Par 3 2.

die beslissing wys Wortmann⁶⁵ verder daarop dat die betrokkenheid van ouers in die besluitnemingsproses en -prosedures omtrent hulpverlening (met inbegrip van die uitsondering in geval van noodtoestand), ook voortvloei uit artikel 8 EVRM waarin prosedurele waarborgs opgesluit lê.⁶⁶ Wortmann wys verder op die nuwe Nederlandse wetgewing⁶⁷ waarin dit nou duidelik gestel word dat 'n instansie onverwyld aan die ouers moet meedeel dat hulp in 'n bepaalde geval verleen word.⁶⁸

'n Verdere omstrede aspek is die bevoegdheid van ouers om hul kinders lyfstraf toe te dien. In 'n aansoek wat voor die Kommissie gedien het,⁶⁹ het Sweedse ouers beswaar aangeteken teen die *Code of Parenthood* van 1979. Dit bepaal onder andere:

"A custodian shall exercise the necessary supervision over the child with due regard to the child's age and other circumstances. The child shall not be subjected to corporal punishment or any form of humiliating treatment."

Die ouers argumenteer dat hierdie bepaling inbreuk maak op hulle bevoegdheid om hulle kinders in ooreenstemming met hulle geloofsoortuiginge groot te maak en dus op hulle artikel 8-regte inbreuk maak. Die Kommissie maak gewag van die feit dat die Kode geen sanksie vir die verbreking daarvan bevat nie en meen dat dit bloot bedoel was om heroorweging te gelas van fisiese straf met die oog op die voorkoming van mishandeling, en wys die aansoek van die hand. Of die hof dieselfde beslissing sou gemaak het indien daar wel 'n sanksie aan

⁶⁵ Par 2.

⁶⁶ *W v UK* (1988) 10 EHRR 29.

⁶⁷ Wet 6 Des 1995 Stb 1996 15.

⁶⁸ Wortmann par 6 loof verder die HR vir die standpunt dat die derde wat hulp verleen enige derde kan wees en nie noodwendig deur 'n owerheldsorgaan spesifiek met die belang van die kind belas nie. Hy wys daarop dat die derde bv 'n familielid kan wees wat die wegeloop minderjarige tydelik in 'n akute noodsituasie inneem.

⁶⁹ *Seven Individuals v Sweden* aansoek no 8811/79 (1982) DR 29 105.

verbonde was, is 'n ope vraag.⁷⁰ Kilkelly⁷¹ verklaar:

"The compatibility with Article 8 of criminalising the corporeal punishment of children by their parents is uncertain, and would be likely to depend on the circumstances."

In die lig van bovemelde bespreking kan die interaksie tussen ouers en kinders in die gesin binne konteks van artikel 8 EVRM soos volg saamgevat word:

- (a) Ouerlike *regte* is 'n fundamentele element van die konsep "gesinslewe".⁷²
- (b) Insgeelyks is ouerlike verantwoordelikhede 'n wesenlike bestanddeel van die konsep "gesinslewe".⁷³
- (c) Ouerlike gesag (regte), met behoorlike inagneming van die ooreenstemmende ouerlike verantwoordelikhede, word in artikel 8(1) EVRM erken en beskerm.⁷⁴
- (d) Dit is egter duidelik dat die ouerlike gesag (regte) erken en beskerm word, ten einde die ouer in staat te stel om sy verantwoordelikhede teenoor die kind na te kom.⁷⁵

⁷⁰ Sien Douglas 1988 *Int J of Law and Fam* 76 93 ev.

⁷¹ 177.

⁷² *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHRR 175 191 par 61.

⁷³ *Ibid*; vir bespreking hiervan sien par 5 2 1.

⁷⁴ *Ibid*. Die gedagte kom dus ook hier na vore dat ouers regte het ten einde hulle verantwoordelikhede teenoor die kind na te kom.

⁷⁵ Mosselmans 1997 *TP* 543 547.

- (e) Ouerlike gesag is nie onbeperk nie.⁷⁶
- (f) Ouderdom (dit wil sê die kind se mate van ontwikkeling) speel 'n rol in besluitnemingsprosesse in aangeleenthede rakende die kind. Dit kom dus daarop neer dat die hof gewig sal verleen aan die kind se siening in sake wat hom aangaan, afhangende van die kind se bevoegdheid om onafhanklike besluite te kan neem.⁷⁷
- (g) Die vraag of inbreukmaking op ouerlike gesag as fundamentele reg regverdigbaar is al dan nie, word beantwoord aan die hand van die bepalings van artikel 8(2) EVRM.⁷⁸ Veral van belang is die vraag of 'n wettige doel deur die inbreukmaking nagestreef word waarvan die beskerming van die regte en vryhede van die kind 'n belangrike een is. In dié verband is die vraag dan veral of bepaalde optrede in die beste belang van die kind is.⁷⁹

Met die volgende stelling van Mosseimans⁸⁰ kan in dié verband volstaan word:⁸¹

"Bij deze blijkt dat het ouderlijk gezag als grondrecht zich in meerdere opzichten van de klassieke grondrechten onderscheidt. Het blijft aldus in eerste instantie gaan om 'ein Abwehrrecht' dat aan de ouders een zekere vrijheid met betrekking tot de opvoeding van hun kinderen garandeert en waaraan van overheidswege enkel gesleuteld zal worden *in zoverre dit noodzakelijk is in het belang van het*

⁷⁶ *B, H, O, R, W v UK* (1988) 10 EHRR 87 95 82 74 en 29 onderskeidelik; *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHRR 175 195 par 72; *Bronda v Italy* 9 Junie 1998 (ongerapporteer); Sien a 8(2).

⁷⁷ *Oissen v Sweden* (1994) 17 EHRR 134; *Hokkanen v Finland* (1995) 19 EHRR 139; *Bronda v Italy* 9 Junie 1998 (ongerapporteer); HR 25 Sept 1998 NJ 1999 379.

⁷⁸ Sien volledige bespreking hfst 4 par 4 3.

⁷⁹ *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHRR 175; *Bronda v Italy* 9 Junie 1998 (ongerapporteer).

⁸⁰ 1997 TP 543 547 vn 6.

⁸¹ 1997 TP 543 547 vn 6.

kind. Bovendien onderscheelt het ouderlijk gezag als grondrecht zich door het feit dat het tevens met *verplichtingen* is omgeven" (eie kursivering).

5 3 Posisie onder Konvensie oor die Regte van die Kind⁸² (die Konvensie)

5 3 1 Posisie van gesin as instelling binne die Konvensie

Alhoewel hierdie Konvensie, soos die titel aantoon, bedoel was om erkenning te verleen aan kinderregte, het dit 'n beduidende effek (eksplisiet en implisiet)⁸³ op die rol van die gesin en die funksies en aard van ouerskap. Die Voorwoord⁸⁴ tot die Konvensie bepaal dat ondertekenaars oortuig is dat

"the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community and [recognise] that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding" (eie kursivering).

Sodanige stellings en beleidsoorwegings onderstreep die siening dat kinders in die eerste plek lede van gesinne is en dat kinders die beste in gesinne grootgemaak kan word.⁸⁵ In die lig van die natuurlike en essensiële band tussen die regte van kinders en die belangrike rol wat die gesin speel in die

⁸² Alhoewel hierdie Konvensie nie afdwingingsmeganismes bevat wat deur individue ingestel kan word nie, sit dit wel die regte uiteen wat lidlande moet onderneem om te respekteer dmv hulle eie interne wetgewing. Dit bevat egter 'n indirekte nakomingsmeganisme, deur van ondertekenaars te vereis om aan 'n komitee periodieke verslae ivm hulle vordering insake die implementering van metodese om aan die Konvensie te voldoen in te handig.

⁸³ *Olszen v Sweden* (1994) 17 EHRR 134.

⁸⁴ Par 5 en 6.

⁸⁵ Adriaenssens "De rechten van het kind" 1992 RW 1108; Sloth-Nielsen 1995 SAJHR 401. Le Blanc *The Convention on the Rights of the Child: United Nations Law Making on Human Rights* (1995) Verklaar in dié verband 112: "The family is often said to be the basic unit of society, its importance to the rights of the child is evident in the large number of articles included in the Convention on the Rights of the Child that in some way pertain to the child within the family structure" (eie kursivering).

vervulling van baie van dié regte, is dit egter verrassend dat die Konvensie geen bepaling bevat wat spesifiek gerig is op die beskerming van die gesin nie.⁸⁶ Gedurende die 1987-sitting van die werkgroep verantwoordelik vir die opstel van die Konvensie, het Australië, die Verenigde State van Amerika asook Oostenryk aangedring op die insluiting in die operatiewe gedeelte van die Konvensie van 'n bepaling tot die volgende effek:⁸⁷

"To help the child enjoy the rights enumerated in this Convention, States Parties undertake to protect the family as the natural and fundamental unit of society."⁸⁸

Oor hoe die beskerming behoort te geskied het, is Hodgson⁸⁹ van mening dat artikel 16 van die *European Social Charter* as president kon dien. Dit lui:

"with a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is the fundamental unit of society, the Contracting Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married, and other appropriate means."

In kritiek op die afwesigheid van bovemelde klousules in die Konvensie verklaar Hodgson:⁹⁰

"It is submitted that the very existence of such a provision in the Convention

⁸⁶ Hodgson 1994 *Aust J of Fam L* 219 224.

⁸⁷ *Ibid*; Le Blanc 113.

⁸⁸ Teenstanders van dié gedagte was weer van mening dat die ICCPR voldoende beskerming aan die gesin teen die staat verleen en dat dit belangrik was dat die Konvensie nie die gesin ten koste van die kind beskerm nie. Le Blanc 113 stel dit soos volg: "In protecting the family from the state, the family must not be given arbitrary control over the child. Any protection from the state given to the family must be equally balanced with the protection of the child within the family."

⁸⁹ 1994 *Aust J of Fam L* 219 224.

⁹⁰ *Ibid*.

would have been contextually appropriate and symbolically important at the very least."

Hoewel erkenning gegee word aan die gesin en die rol daarvan in die Voorwoord tot die Konvensie, bevat die Konvensie geen definitiewe omskrywing van dié begrip nie.⁹¹ Hodgson verklaar in dié verband:⁹²

"[I]t will be open to States Parties to adopt a similar purposive approach to interpretation ... This open-handed approach which implicitly recognises a multiplicity of forms of family, strives for universality and seeks to accommodate differences as between States Parties in their respective conceptions of the family."

So byvoorbeeld sal state wat die Islamitiese reg aanhang hul eie sienings hê aangaande die kern- en uitgebreide gesin en die regte van die kind binne die raamwerk daarvan.⁹³ Die afwesigheid van 'n definisie van die gesin in die Konvensie behoort sodanige state in staat te stel om die outonomie van die Islamitiese gesin te beskerm.⁹⁴ Sloth-Nielsen⁹⁵ wys ook daarop dat hoewel sommige kommentatoeure die skynbaar Eurosentrise model waarop die Konvensie steun, kritiseer, die afwesigheid van 'n definisie van die begrip "gesin" die moontlikheid open vir 'n wyer uitleg van die begrip eerder as 'n eng uitleg (as synde die kerngesin). Bykomend hiertoe is dit duidelik dat artikel 5⁹⁶ 'n wyer omskrywing van die begrip ondersteun aangesien dié artikel verwys na ouers, lede van die uitgebreide gesin of gemeenskap soos voorsiening voor gemaak deur die plaaslike gebruuke, voogde of ander persone wat juridies vir die

⁹¹ Sien nietemin a 5 par 5 3 2(ii).

⁹² 1994 *Aust J of Fam L* 219 224.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ 1995 *SAJHR* 401 406.

⁹⁶ Sien bespreking par 5 3 2(iii); Le Blanc 113.

kind verantwoordelik is.⁹⁷

5 3 2 Ouerskap en die Konvensie

Ingevolge die Konvensie is dit duidelik dat ouers gesien word as die primêre versorgers van kinders. Die Konvensiebepalings wat 'n invloed het op ouerskap kan in vier kategorieë verdeel word:

- (1) Artikels wat die *regte* van ouers erken;
- (2) artikels wat die *verantwoordelikhede* van ouers erken;
- (3) artikels wat ondersteuning aan ouers verskaf in hul opvoedingstaak; en
- (4) artikels wat aan kinders beskerming teen ouers verleen.

Daar word vervolgens vlugtig na die belangrikste artikels verwys, waarna die kind se deelname in besluitnemingsprosesse meer volledig behandel word.

(i) Ouerlike regte onder die Konvensie

Soos verwag kan word van 'n Konvensie oor kinderregte, neem dit die moderne siening aan dat ouerlike regte (alleen) bestaan tot voordeel van kinders, eerder as vir een of ander belang inherent aan die ouers self. Só bepaal artikel 3 byvoorbeeld dat die beste belang van die kind "a primary consideration" is waar openbare of private instellings aksies in verband met kinders neem. Dit vereis van state "to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of the parents".⁹⁸ Dit beteken dus dat state ouerlike regte in ag moet neem, maar dit omver kan werp waar die kind se belang dit vereis.⁹⁹ Volgens Van Bueren¹⁰⁰ behels die beste

⁹⁷ Vir die volledige bespreking van die begrip "gesin" sien hfst 2.

⁹⁸ Barton en Douglas 40; Le Blanc 113.

⁹⁹ *Ibid.*

belang van die kind-maatstaf in artikel 3 van die Konvensie meer as wat tradisioneel daaronder verstaan is. Ten aansien van die tradisionele siening verklaar sy:¹⁰¹

"Arguably the best interests of the child began essentially as a principle of compassion. It was regarded as a self-imposed limitation of adult power, which stemmed from the recognition that an adult is only in a position to take a decision on behalf of a child because of the child's lack of experience and judgment. As has been frequently observed: *Although the question is viewed from the child's best interests, the answer is frequently given from an adult perspective*" (eie kursivering).

Volgens Van Bueren¹⁰² is die verwysing na "all actions" in artikel 3(1) wyd genoeg om te slaan op alle staatsorgane en sluit handelinge sowel as enige versuim om te handel, in. Een implikasie hiervan is dat alle belangrike besluite wat namens 'n kind geneem word in hersiening geneem behoort te word.¹⁰³ Faktore wat in aanmerking geneem moet word om die beste belang van die kind te bepaal is onbeperk en sal afhang van die feite en omstandighede van elke geval.¹⁰⁴ Dit sal insluit die mening van die kind en iede van die kind se gesin, die behoefté aan kontinuitéit, die risiko van benadeling en die kind se behoeftes.¹⁰⁵ Van Bueren verklaar rondom die nuwe benadering tot die beste belang van die kind soos volg:¹⁰⁶

"Hence under the Convention the child is given a much greater role in deciding

¹⁰⁰ "The United Nations Convention on the Rights of the Child: An Evolutionary Revolution" in Davel (red) *Introduction to Child Law in South Africa* (2000) 202-204.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Idem* 265.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

what is in the child's best interests than in the traditional approach. Therefore, the inclusion of best interest of the child in the Convention on the Rights of the Child suggests that this traditional approach has been remolded.¹⁰⁷

Insgelyks bepaal artikel 9(1) dat die staat moet verseker dat 'n kind nie van sy ouers geskei mag word teen laasgenoemde se wil nie, tensy dit in die beste belang van die kind is. Ook hier is dit dié ouers wie se regte gerespekteer moet word, maar onderhewig aan die belang en behoeftes van die kind. Belangrik is artikels 5 en 14 wat aantoon dat ouers regte het maar alleen vir doeleinades van die nakoming van hul verantwoordelikhede teenoor die kind. Artikel 5 lui:

"States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by the local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, *to provide*, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, *appropriate direction and guidance* in the exercise by the child of the rights recognised in the present Convention" (eie kursivering).

Artikel 14 beklemtoon "the rights and duties of parents ... to provide direction to the child in the exercise of" die kind se reg op vryheid van denke, gewete en geldof. Beide hierdie artikels weerspieël die siening dat ouers 'n reg (of interessant, ook 'n plig) het om die wyse waarop hulle kinders grootword te bepaal,¹⁰⁷ maar "in a manner consistent with the evolving capacities of the child".

(ii) Ouerlike pligte (verantwoordelikhede) onder die Konvensie

Indien, soos die Voorwoord aantoon, kinders in gesinne moet grootword, moet die hooftaak om kinders groot te maak gevoiglik by ouers berus.¹⁰⁸ Artikel 18 bepaal:

¹⁰⁷ Barton en Douglas 40; Human "Kinderregte en Ouerlike Gesag: 'n Teoretiese Perspektief" 2000 *Stell LR* 71 83-84.

¹⁰⁸ Barton en Douglas 40; Adriaenssens 1992 *RW* 1108 ev.

"States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern" (eie kursivering).

Veral van belang hier is die vereiste dat ouers die beste belang van die kind as *basiese oorweging* behoort te neem. Dit kan gekontrasteer word met die vereiste in artikel 3¹⁰⁹ dat staatsowerhede die beste belang van die kind as 'n *primère oorweging* behoort aan te neem. Wat die verskil in formulering behels, is oop vir debat.¹¹⁰ Staatsinstellings behoort byvoorbeeld ander oorwegings soos finansiële bronne te kan opper wat moontlik swaarder kan weeg as die beste belang van die kind. Ten aansien van kinders wil dit ook voorkom asof eerstens, erken word dat dit nie altyd moontlik is vir ouers om hulle kinders se belang eerste te plaas nie, en, tweedens, kan ouers se eie outonome regte/belange hierbo na verwys, hulle noop om op te tree op 'n wyse wat 'n nadelige effek op hulle kinders kan hê.¹¹¹ Ten aansien van hierdie onderskeid in bewoording verklaar Hodgson:¹¹²

"To the extent that Article 3(1) appears to contemplate the co-existence of a number of possibly competing primary considerations, the formulation adopted by Article 18(1) seems stronger from the standpoint of the child's protection. This is understandable and reasonable considering the respective contexts of the two provisions."

Artikel 27 bevestig dat "parents ... have the primary responsibility to secure ... the conditions of living necessary for the child's development". Dit word egter erken dat hulle moontlik bystand nodig mag hê ten einde dié

¹⁰⁹ Hierbo par (I).

¹¹⁰ Barton en Douglas 41.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² 1994 *Austr J of Fam L* 219 227.

verantwoordelikheid na te kom.

Alhoewel die Konvensie nie 'n spesifieke definisie van "parental responsibilities" bevat nie, blyk die hele Konvensie in dié verband relevant te wees.¹¹³ Betyken die feit dat die ouers "common responsibilities" het ook dat hulle "equal responsibilities" het? In dié verband kan gekyk word na ander internasionale dokumente. Só bepaal artikel 16(1)(d) van die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* byvoorbeeld dat:

"States Parties ... shall ensure, on a basis of equality of men and women the same rights and responsibilities as parents ... in matters relating to their children."

Artikel 23(4) van die *International Covenant on Civil and Political Rights* verwys insgelyks na "equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage". In 1990 verklaar die Human Rights Committee:¹¹⁴

"During marriage, the spouses should have equal rights and responsibilities in the family. This equality extends to all matters arising from their relationship, such as choice of residence, running of the household, education of the children and administration of assets."

Hodgson¹¹⁵ merk in dié verband soos volg op:

"If for no other reason, the drafters (of the Children's Convention) might have inserted the words 'and equal' between 'common' and 'responsibilities' in the first sentence of Article 18(1) to ensure consistency of formulation with existing human rights instruments and the views of the Human Rights Committee."

¹¹³ Sien a 5 ingevolge waarvan ouers (en sekere ander persone) die verantwoordelikheid het "to provide appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognised in the Convention".

¹¹⁴ CCPR/C/21/Rev 1 Add 2 19 Sept 1990 3.

¹¹⁵ 1994 Austr J of Fam L 219 226.

In die sogenaamde "Guidelines for Periodic Reports"¹¹⁶ word vereis dat intligting aan die Komitee voorgelê word ten aansien van

"the consideration given by law to parental responsibility, including the recognition of the common responsibilities of both parents in the upbringing and development of the child and, that the best interests of the child will be their basic concern".¹¹⁷

In 1984 het die Komitee van Ministers van die Europese Raad 'n aanbeveling aanvaar¹¹⁸ wat spesifiek handel oor die onderwerp van ouerlike verantwoordelikhede. Daar is aanvaar dat

"the term 'parental responsibilities' described better the modern concept according to which parents are, on the basis of equality between the parents and in consultation with their children, given the task of educating, legally representing, maintaining etc their children. In order to do so they exercise powers to carry out duties in the interests of the child and not because of an authority which is conferred on them in their own interests".¹¹⁹

Die vraag wat "ouerlike verantwoordelikhed" beteken en of dit van ouerlike regte en pligte verskil, verdien vervolgens oorweging. 'n Vroeë poging om dié begrip te definieer word gevind in die hierbovermelde aanbeveling aangeneem deur die Komitee van Ministers van die Europese Raad in 1984. Ouerlike verantwoordelikhede word beskryf as

¹¹⁶ Algemene riglyne tay die vorm en inhoud van periodieke verslae wat deur lidlande onder a 44 par 1(B) van die Konvensie voorgelê moet word (aangeneem deur die Komitee oor die regte van die kind op 11 Okt 1996).

¹¹⁷ Die implikasies hiervan is volgens Hodgkin en Newell *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (UNICEF 1998 76-77 en 227-228) dat regsbegrippe soos ouerlike regte en magte herlei moet word na die konsep van ouerlike verantwoordelikhede en dat laasgenoemde konsep in die wetgewing van state weerspieël en gedefinieer moet word deur gebruikmaking van die Konvensie as raamwerk.

¹¹⁸ Voorstel no R (84) 4.

¹¹⁹ Par 6 van die verduidelikende memorandum tot dié voorstel word bespreek deur Lowe "The Meaning and Allocation of Parental Responsibility - A Common Lawyer's Perspective" 1997 *Int J of L Policy and the Fam* 192 193.

"a collection of duties and powers which aim at ensuring the moral and material welfare of the child, in particular taking care of the child, by maintaining personal relationship with him and by providing for his education, his maintenance, his legal representation and the administration of his property".¹²⁰

¹²⁰ In Engeland, waar dié konsep van ouerlike verantwoordelikheid sentraal staan tot die *Children Act 1989* bepaal artikel 3(1): "In this Act 'parental responsibility' means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property." Hierdie definisie is al beskryf as 'n "non-definition" deurdat dit bloot verwys na die algemene reg (dws die gemene reg in ander statute) om die inhoud van die konsep te verduidelik (sien Lord Meston in die debat oor die wetgewing: Hansard HL Vol 502 col 1172 (1989)). Deur die konsep op hierdie wyse te omskryf, implementeer die Wet bloot die strategie soos aanbeveel deur die Engelse regskommissie in sy verslag getiteld *Family Law - Review of Child Law - Guardianship and Custody* (Law Com No 172 of 1988 par 2.6). Die siening van die regskommissie was dat alhoewel dit nuttig sou wees om 'n volledige lys van aangeleenthede wat onder verantwoordelikhede sou ressorteer in die Wet op te neem, dit onpraktiese sou wees. Sodanige lys sou van tyd tot tyd gewysig en aangevul moes word ten einde aan te pas by veranderende omstandighede, die ouderdom engraad van volwassenheid van die kind en die omstandighede van elke geval. In die afwesigheid van 'n alomvattende definisie het verskeie Engelse skrywers gepoog om 'n mate van leiding te verskaf deur die vernaamste komponente van ouerlike verantwoordelikheid te identifiseer. Bromley en Lowe (*Bromley's Family Law* (1992)) verklaar dat die konsep ten minste die volgende insluit: "(a) Providing a home for the child. (b) Having contact with the child. (c) Determining and providing for the child's education. (d) Determining the child's religion. (e) Disciplining the child. (f) Consenting to the child's medical treatment. (g) Consenting to the child's marriage. (h) Agreeing to the child's adoption. (i) Vetoing the issue of a child's passport. (j) Taking the child outside the country and consenting to the child's emigration. (k) Administering the child's property. (l) Protecting and maintaining the child. (m) Agreeing to change the child's surname. (n) Representing the child in legal proceedings. (o) Burying or cremating a deceased child. (p) Appointing a guardian for the child." Tsv kritiek op die bepalings van die *Children Act 1989* (Bromley and Lowe 301 vn 28 verklaar bv: "It immediately throws one back to the rights and duties concept which 'responsibility' was supposed to replace") neem die *Australian Family Law Reform Act 1995* wat swaar steun op eersgenoemde, die situasie nie verder nie. A 618 van die *Australian Family Law Act 1975*, soos gewysig deur die 1995 wet, bepaal soos volg: "In this Part, 'parental responsibility', in relation to a child, means all the duties, powers, responsibilities and authority which, by law, parents have in relation to children." Sien ook Bainham "Changing families and changing concepts - reforming the language of family law" 1998 *Child and Fam LQ* 1. In ooreenstemming met die aanbevelings van die Skotse regskommissie sit die *Children (Scotland) Act 1995* die inhoud van die konsep van ouerlike verantwoordelikhede soos volg uitteenv: "[A] parent has in relation to his child the responsibility -
(a) to safeguard and promote the child's health, development and welfare;
(b) to provide, in a manner appropriate to the stage of development of the child - (i) direction; (ii) guidance, to the child;
(c) if the child is not living with him, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
(d) to act as the child's representative,
but only in so far as compliance with this section is practicable and in the interests of the child." (A 1(1)). Die Wet gaan sefs verder en lys sekere regte wat ouers het ten einde hulle in staat te stel om hulle ouerlike verantwoordelikhede na te kom. Só bepaal a 2(1) dat 'n ouer: "has the right -
(a) to have the child living with him or otherwise, to regulate the child's residence;
(b) to control, direct or guide, in a manner appropriate to the stage of development of the child, the child's upbringing;
(c) if the child is not living with him, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and

(iii) Beskerming teen ouers onder die Konvensie

Die erkenning dat kinders individue is met belang van hulle eie wat (moontlik) verwyderd is van dié van hulle ouers, is die belangrikste aspek vanuit 'n kinderregte perspektief. 'n Dimensie hiervan is die verlening van outonome regte aan kinders, soos dié onder artikel 12(1) in die Konvensie wat van state vereis

"[t]o assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child"¹²¹ (eie kursivering).

Die tweede gedeelte van artikel 12 gee aan die kind die geleentheid om gehoor te word in alle geregtelike en administratiewe besluite wat hom/haar affekteer. Beduidend is die feit dat dié reg nie onderhewig is aan 'n ouerlike reg op leiding soos wel in artikel 14 hierbo vervat nie. 'n Belangrike dimensie van hierdie reg is die moontlikheid dat kinders beskerm moet word teen die sieninge van hulle ouers deur aan hulle die geleentheid te bied om hulle sieninge in judisiële en ander verrigtinge te lug of bloot om aan hulle die bevoegdheid te verleen om op optredes te besluit sonder inmenging deur hul ouers. Die Konvensie gaan egter, anders as wat verwag kon word, nie in diepte in op hierdie (moontlik die belangrikste) aspek van die ouer-kind verhouding nie. In die besonder word die verband tussen artikel 14 en artikel 12 nie aangespreek nie. Die vraag wat dus na vore kom is: Onder welke omstandighede moet state die ouer se reg "to

(d) to act as the child's legal representative."

Wat die situasie in Afrika betref, dien gelet te word op die posisies inveral Uganda en Ghana. Sien in dié verband a 6(1) van die *Ugandan Children Statute 1996* en a 6(3) van die *Ghananan Children's Bill 1997*.

¹²¹ Sloth-Nielsen 1995 SAJHR 401 410 verklaar: "This then, is the provision which recognises that the best interest of the child is not merely to be read off from what adults think is best for the child, but that children as bearers of rights have a right to a say as well."

direct a child's intellectual freedom"¹²² respekteer, en wanneer behoort die kind se siening voorrang te geniet? Hierdie aangeleentheid word vervolgens bespreek.

5.4 Reg op die gesin en gesinslewe en besluitnemingsprosesse binne gesinsverband rakende die kind

Nadat nou oorsigtelik gelet is op die belangrikste bepalings insake die ouer-kind-verhouding soos in die EVRM en Konvensie vervat, is die vraag welke effek die Konvensies, in hul geheel gesien, op besluitnemingsprosesse binne die gesin oor aangeleenthede rakende die kind het.

Artikel 5 is in die Konvensie geïnkorporeer in reaksie op die beslissing van die EHRM in *Nielsen v Denmark*¹²³ dat ouerlike besluitnemingsbevoegdhede nie onbeperk is nie.¹²⁴ Om kinders toe te laat om deel te neem aan besluitneming binne die gesin, impliseer 'n verlies aan ouerlike mag. Verder is die reg op vryheid van uitdrukking nie tradisioneel 'n reg wat met kinders binne of buite die gesinseenheid geassosieer word nie. In die Konvensie word die aandag nou¹²⁵ gevvestig op die belang van 'n kind-georiënteerde vryheid van uitdrukking. Die fokus word dus verskuif vanaf dit wat die kind nie mag doen nie na wat die kind wel kan doen en welke besluite of dele van besluite kinders kan maak.¹²⁶ Lidlande tot die Konvensie word gevvolglik verplig om te verseker dat kinders wat oor die vermoë beskik om hulle eie sienings te vorm die reg het

¹²² A 14(2); Mosselmans 1997 TP 543 546 verklaar: "Het is dan ook jammer dat de Internationale Verklaring voor de Rechten van het Kind van 1989 geen regeling bevat die vorm geeft aan de groeiende zelfstandigheid van het kind in de loop der jaren en die de middelen preciseert waardoor die rechten geëerbiedigd zouden kunnen worden."

¹²³ (1989) 11 EHRR 175 - sien feite en bespreking hfst 4 en par 5 2.

¹²⁴ Sien hfst 4 par 4 2(q).

¹²⁵ Veral a 12.

¹²⁶ Van Bueren 1995 HRQ 732 742.

om daardie sienings te lug in alle aangeleenthede rakende die kind en om aan daardie sieninge "due weight in accordance with the age and maturity of the child"¹²⁷ te verskaf. Deur die invoeging van die verwysing na "all matters affecting the child",¹²⁸ is daar nie meer 'n tradisionele area van uitsluitelike ouerlike of gesinsbesluitneming nie. Insgelyks, deur na die twee kriteria van ouderdom en (emosionele) volwassenheid te verwys, het lidlande ook nie meer 'n vrye diskresie oor wanneer om die sienings van kinders te oorweeg en wanneer om dit te ignoreer nie. Dit blyk dus dat die deelnemende regte van kinders in ooreenstemming is met die ideologiese basis van die Konvensie, wat gebaseer is op die beginsel dat kinders regte het "that transcend those of the family of which they are a part".¹²⁹ Aan die ander kant verklaar Van Bueren:¹³⁰

"If states are to respect fully the rights of parents, states need to provide information on how parents can evaluate the evolving capacities of children."¹³¹

Die deelnemende regte van kinders binne die gesin/gesinslewe kom egter alleen neer op ondersteunende en aktiewe deelneming en moet nie verwarring word nie

¹²⁷ A 12 van die Konvensie.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Durrant "The Abolition of Corporal Punishment in Canada; Parents versus Children's Rights" 1994 *Int J of Children's Rights* 129. De Villiers 1993 *Stell LR* 298 verduidelik dat die reg om gehoor te word die sluitsteen van die Konvensie is deurdat hierdie reg die belangrikheid daarvan erken dat kinders as "people and not as objects" behandel word. Robinson en Ferreira "Die Reg van die Kind om gehoor te word: Enkele verkenende perspektiewe op die VN Konvensie oor die Regte van die Kind" 2000 *DJ* 53 meen dit beteken in die privaatregtelike sfeer dat die kind spreekwoordelik 'n mens in eie reg is en as sodanig op 'n eie standpunt geregtig is en dat ander die standpunt moet respekteer. In die publiekregtelike sfeer mond dié reg daarin uit om in geregtelike en administratiewe verrigtinge gehoor te word en dat die beste belang van die kind voorop staan. Sien ook Durrant 1994 *Int J of Children's Rights* 129.

¹³⁰ 1995 *HRO* 732 742.

¹³¹ Die 1984 *Recommendation of the Council of Europe on Parental Responsibilities* is van hulp hierin om aan ouers rigting hierin te gee - sien bespreking van "verantwoordelikhede" 5.3.2(ii).

met "self-beskikking" - 'n term wat nie alleen die reg om deel te neem aan besluitneming impliseer nie, maar ook die reg dat die sienings (van die kind) inderdaad *gevolg moet word*.¹³² Sloth-Nielsen¹³³ verklaar:

"it is clear ... that ... Art 12 ... does not on the face of it give children the right to a say outweighing that of parents or families. It simply affords children the opportunity to express themselves when matters affecting them are discussed" (eie kursivering).

Twee van die mees omstreden gebiede wat die fokusverskuiwing in die basis vir besluitneming binne die gesin uitlig, is dié van opvoeding/opleiding en geloof. Die vraag is dus welke regte, indien enige, kinders het (ingevolge internasionale of nasionale reg) wanneer hulle met hulle ouers se keuse van opleiding verskil.¹³⁴ Vanselfsprekend het ouers die juridiese bevoegdheid om tussenbeide te tree tussen die staat en kind in die beste belang van laasgenoemde. Maar, die feit dat die wense van die ouer en kind meesal ooreenstem, beteken nie noodwendig dat die kind nooit 'n onafhanklike belang kan hê nie. Die *Universal Declaration of Human Rights* weerspieël die tradisionele siening dat "[p]arents have a prior right to choose the kind of education that shall be given to their children".¹³⁵ Dié Deklarasie erken die ouers as die primêre houers van die reg aangesien van die veronderstelling uitgegaan was dat die belang van ouer en kind ooreenstem.¹³⁶ 'n Verskeidenheid ander Konvensies en Deklarasies erken eweneens die bevoegdheid van ouers om hulle kinders op te voed in ooreenstemming met hulle (die ouers se) eie oortuiginge. Só bepaal artikel 18(4) van die *International*

¹³² Van Bueren 1995 HRQ 732 743 mvn a 5.

¹³³ 1995 SAJHR 401 406.

¹³⁴ *Ibid.* Sien verder Van Bueren "Education: Whose Right Is It Anyway?" in Hefferman (red) *Human Rights a European Perspective* (1994) 339.

¹³⁵ A 26(3).

¹³⁶ Van Bueren 1995 HRQ 732 744.

Covenant on Civil and Political Rights:

"The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions."

Artikel 13(3) van die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* lees identies op hierdie punt. Verder bepaal artikel 5(1) van die *Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion and Belief*:

"The parents ... of the child have the right to organise the life within the family in accordance with their religion or belief and bearing in mind the moral education in which they believe the child should be brought up."

Hierdie bepalings reflekteer wat Hafen¹³⁷ noem

"the beginning premise of juvenile and minority status law that children should be subject to the controlling authority of their parents and ultimately that of the State".

Die EVRM beaam die siening in artikel 2 van die Eerste Protokol tot die Verdrag wat lui dat

"...[t]he state shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions".

In *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark*¹³⁸ het ouers beswaar gemaak teen seksvoortligting op skool (ook vir kinders van 9 jaar) op grond daarvan dat dit nie hulle godsdienstige en filosofiese oortuigings respekteer nie.

¹³⁷ 1977 *American Bar Ass J* 1383.

¹³⁸ (1976) 1 EHRR 711; sien Douglas 1988 *Int J of L and Fam* 76 92 ev.

Die meerderheid van die hof meen die kardinale punt was dat die leerplan hoofsaaklik inligting oorgedra het en dat daar geen poging was om kinders te indoktrineer om byvoorbeeld voorbehoedmiddels te gebruik nie. In 'n afsonderlike uitspraak meen mnr Kelberg dat die hof egter (hoewel hy met die meerderheid saamstem) nie voldoende klem geplaas het op die regte van die kind in só 'n geval nie.¹³⁹ Hy meen dat kinders van 'n sekere ouderdom kan *eis* dat hulle sieninge gerespekteer word. Hy verklaar:¹⁴⁰

"It is hardly conceivable that the drafters would have intended to give parents something like dictatorial powers over the education of their children."

Mnr Kelberg sluit af deur te sê dat dit "verkeerd" sou wees om kinders wat verskillende filosofiese sienings as dié van hulle ouers rondom opvoekundige aangeleenthede huldig aan die ouers se siening gebonde te hou.¹⁴¹ Hierdie opkomende bewuswording is egter sover slegs in *minderheidsuitsprake*¹⁴² weerspieël.¹⁴³

Die Konvensie bied egter groter ruimte om die kinderdeelname-benadering te ontwikkel.¹⁴⁴ In teenstelling met ander internasionale verdrae¹⁴⁵ bevat die

¹³⁹ Par 50.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Dieselfde aspek is geopper in die Amerikaanse Hooggereghof in *Wisconsin v Yoder* 406 US 205 213 (1972). In 'n minderheidsuitspraak beweer Douglas R dat indien 'n kind van die Amiese gemeenskap hoërskoolopleiding wil ondergaan (hoewel dit nie *in casu* die geval was nie) en voldoende volwasse was dat haar/sy wense gerespekteer moet word, behoort die staat die godsdienstige besware van die ouers te weerlê.

¹⁴² Soos die mening van Kelberg en Douglas hierbo.

¹⁴³ Dié uitspraak word ook gekritiseer deur van Bueren in Hefferman 339 345 waar sy verklaar: "Curiously, as the right to education is at least as much the child's right as the vicarious right of the parents, two fundamental questions appear to have been ignored by international human rights tribunals. The first question is whether children have the right to participate in decisions concerning the type of education, so that education is in conformity with the child's religious and philosophical convictions. Secondly, which rights, if any, have children under international law, if they disagree with their parents' choice of education."

¹⁴⁴ Van Bueren 1995 *HRQ* 732 744.

Konvensie nie 'n bepaling dat ouers die reg het om hulle kinders te laat opvoed in ooreenstemming met die ouers se oortuiginge nie.¹⁴⁶ Hodgson¹⁴⁷ is van mening dat hierdie reg van ouers egter *implisiet* deel vorm van die Konvensie deurdat artikel 18(1) die primêre verantwoordelikheid van ouers erken in die grootmaak van hulle kinders. Volgens Van Bueren versterk veral artikels 5, 12, 14 en 28(1) egter die argument dat kinders wat in lidlande tot die Konvensie woon, die reg het om deel te neem in besluite ten einde te verseker dat hulle opleiding in ooreenstemming is met *hulle* morele en godsdienstige oortuigings. Die gevolgtrekking is dus dat die Konvensie *potensieel* die regte van die kind beskerm wat op filosofiese gronde verskil van hulle ouers se opvoekundige oogmerke.¹⁴⁸ Dit word veral gesteun deur artikel 5 wat verder gaan as die hierbovermelde internasionale bepalings deur die invoering van die kwalifikasie dat ouerlike leiding die "evolving capacities of the child" in ag moet neem. In 1979 erken die *Warsaw Conference on the Legal Protection of the Rights of the Child* eweneens dat

"as a child becomes older and more responsible, its own views on the events which will shape its future become increasingly important".¹⁴⁹

Hierdie bepalings saamgelees erken dat ouerlike beheer oor die uitvoering van kinderrechte wissel na gelang van die bekwaamheid/vermoë van die kind - absolute beheer by geboorte verander na die reg om advies te gee gedurende

¹⁴⁵ Soos in par 5.4 uiteengesit.

¹⁴⁶ Die meerderheid state betrokke by die opstel van die Konvensie was van oordeel dat só 'n bepaling onvanpas sou wees in 'n dokument wat oor kinderrechte handel. Tydens die tweede lesing daarvan het state soos Kanada, Ierland, Italië, Nederland en die VSA egter hulle kommer oor die afwesigheid van só 'n klousule uitgespreek.

¹⁴⁷ 1994 *Aust J of Fam L* 219 228.

¹⁴⁸ Van Bueren 1995 *HRQ* 732 745.

¹⁴⁹ Hodgson 1994 *Aust J of Fam L* 219 229. Sien ook a 12 wat gesien kan word as 'n fasiliterende klousule in dié verband.

adolessensie.¹⁵⁰ Mosselmans¹⁵¹ verklaar:

"Gelet op de uiteenlopende maten van rijpheid van de minderjarige, corresponderend met zijn zeer variërende levensfasen, zal het ouderlijk gezag evolueren van een *beschermend* (bij het jonge kind) naar een *begeleidend* (bij de puber) karakter. Het ouderlijk gezag is heden immers, niet alleen ten aanzien van de overheid, maar ook naar de minderjarige toe, geen absolut, onaantastbare en statische gezag meer, doch heeft het karakter van een aantastbare, dynamische *doelbevoegdheid* gekregen" (ele kursivering).

Die frase "in a matter consistent with the evolving capacities of the child" bring die volgende vraag na vore: Op watter stadium behoort die ouerlike reg op rigtinggewing ondergeskik te wees aan die kind se begeerte om sy Konvensieregte uit te oefen?¹⁵² Hafem¹⁵³ verklaar:

"Policies that restrict parental prerogatives are likely to create non-committal parental attitudes, either because parents will believe they have no right to give direction to their children or because they fear that in giving them direction they might meet some kind of state-supported resistance."

Die antwoord hierop is dat ouerlike bevoegdhede nie onbehoorlik deur artikel 5 verminder word nie in sover dit uitdruklik die reg van ouerlike leiding insluit maar bloot die realiteit erken dat, in vergelyking met kleiner kinders, groter kinders se vermoë om besluite te neem met dié van volwassenes kan ooreenstem.¹⁵⁴ Aangesien daar geen vaste ouderdom vir alle kinders is waarop dié besluite gemaak kan word nie sal 'n kind se bevoegdheid van geval tot geval

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ 1997 TP 543 545.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ 1977 American Bar Ass J 1383.

¹⁵⁴ In dié verband meen Freeman "The Rights of Children in the International Year of the Child" 1980 *Current Legal Problems* 1 19 dat 'n kind rasionele besluite kan neem indien gevolge daarvan voorsien en aanvaar kan word.

verskil.¹⁵⁵ In *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*¹⁵⁶ verklaar die Engelse Appèlhof:

"[P]arental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision."

Die hof pas dié beginsel op die feite *in casu* toe en beslis:¹⁵⁷

"[A]s a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law."

'n Ewe omstreden aangeleentheid (as dié van opvoeding) is die vraag na 'n kind se vryheid van geloofskeuse).¹⁵⁸ By die bespreking hiervan kom veral twee vrae na vore: In welke geloof moet 'n kind opgroei indien diegene wat vir sy opvoeding verantwoordelik is, nie eenstemmigheid daaroor het nie en tweedens, of die kind 'n geloof van sy eie kan kies, en indien wel, op welke ouderdom hy bevoeg is om dit te doen. Met verwysing na artikels 5 en 14 van die Konvensie verklaar Van Bueren:¹⁵⁹

¹⁵⁵ Van Bueren 1995 *HRQ* 732 745.

¹⁵⁶ (1986) AC 112 186. Sien bespreking van Ray "Parent's and Children's Rights" 1988 *Legal Services Bulletin* 12. Sien ook bespreking van dié saak deur Human 2000 *Stell LR* 71.

¹⁵⁷ 186.

¹⁵⁸ Wat onder "geloof" verstaan word is 'n komplekse aangeleentheid. Colby 1982 *Harvard J of L and Public Policy* 38 52 meen die term sluit in: "Any belief or belief-system by which a person creates, in his own scheme of things, a meaningful order for his world and to which he binds himself by an unreserved seriousness or intense faith." Van Bueren 1995 *HRQ* 732 746 n 67 verwys weer na die term "religion" soos dit gedefinieer is deur die UN Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices. Die studie gebruik die begrip "religion" vir "theistic beliefs and other beliefs such as agnosticism, atheism, free thought and rationalism".

¹⁵⁹ 1995 *HRQ* 732 746.

"Arguably, state parties to the Childrens' Convention are obliged to respect the rights of parents in providing 'direction' to the child in religious matters, but such 'direction' is subject to two conditions: the parental direction should take into account the evolving capacities of the child and should not be so heavy-handed as to amount to coercion"¹⁶⁰ (eie kursivering).

Tydens die opstel van die Konvensie was hierdie aangeleentheid sô omstrede dat verskillende menings onder die verskillende state oor die trefwydte van 'n kind se reg op 'n eie geloofs(oortuiging) selfs gedreig het om die ondertekening van die Konvensie in sy geheel in die weegskaal te plaas.¹⁶¹ State soos Finland en Swede het dit veral benadruk dat standaarde deur die Konvensie gestel nie moet afwyk van standaarde wat reeds deur die *Civil and Political Covenant* gestel is nie. Vroeër het die Menseregtekommisie, in sy kommentaar op die grondwet van Noorweë, die beginsel aanvaar dat kinders onder die *Civil and Political Covenant* inderdaad die reg het om 'n geloof van hulle eie keuse aan te neem. Swede het geargumenteer dat hulle artikel 14 van die Konvensie aangeneem het onder die veronderstelling dat die regte op "freedom of thought, conscience and religion", alreeds vasgelê is in die *Civil and Political Covenant* en dat kinders gevoldiglik reeds die reg gehad het om 'n geloof van hulle eie aan te neem. Finland, wat 'n soortgelyke benadering inneem, argumenteer dat die kind se reg op vryheid van uitdrukking (insluitende sy reg dat aan sy sienings behoorlike gewig verleen word in ooreenstemming met sy ouerdom en volwassenheid) ook van toepassing is op godsdienstige aangeleenthede. Finland se siening is

¹⁶⁰ Forder 1997 *THEMIS* 130 142 vra die volgende vrae: "Kan het woord 'leiden' inhouden dat de ouer het recht heeft om een bepaalde keuze te maken totaal te ontzeggen? Daarnaast doet die bjin 'de zich ontwikkelende vermogens van het kind' die vraag rijzen wanneer het recht van de ouders om 'leiding' te geven ophoudt, omdat dit onverenigbaar is met de zich ontwikkelde vermogens van het kind." Forder wys daarop dat die risiko bestaan dat die reg wat met die een hand aan die kind gegee is, met die ander hand onder die vaandel van "onderontwikkelde vermogens" weer weggegneem word. Volgens Forder is dit nie nodig dat die vermoëns van die kind absolut ontwikkeld moet wees nie, maar moet voldoende wees vir die neem van die besluit. By 'n besluit oor godsdienst behoort die minderjarige insig te hê in die volgende aspekte:

- die aard van die besluit en die gevolge daarvan;
- morele en met familieverbandhouende oorwegings, waaronder die moontlike effek op die verhouding met die ouers.

¹⁶¹ Van Bueren 1995 *HRQ* 732 745.

ondersteun deur die voorsitter van die werksgroep wat beslis het dat die kind se reg op vryheid van uitdrukking 'n algemene bepaling was en dat dit geld ten opsigte van alle aangeleenthede rakende die kind, insluitende godsdienstige aangeleenthede. Nadat die Konvensie deur die algemene vergadering aanvaar is, verklaar Jordanië egter dat hy artikel 14 interpreteer as sou "the child had the right to *practice* not to choose the religion". Hierdie benadering van Jordanië word weerspieël in die voorbehoude van menige Islamitiese state.

Gevollik blyk dat twee afsonderlike benaderings ten aansien van godsdienstige besluitneming binne die gesin by lidlande voorkom. Beide benaderings kan nogtans versoen word met die "beste belang van die kind"-benadering. Islamitiese state sou kon argumenteer dat dit in die beste belang van die kind sou wees om binne die Islamitiese tradisie groot te word. Van Bueren verklaar verder:¹⁶²

"Where international human rights law conflicts with interpretations of divine law the most support for upholding the *privacy of the family* will emerge. ... The *family* is likely to become the testing ground for the success or failure of international human rights law in the next century, as the divine and the secular worlds either clash or learn to coexist" (eie kursivering).

Artikel 5 van die Konvensie swyg egter oor die oplossing van dusdanige meningsverskille tussen ouers en kinders. Vrae wat na vore kom, is watter geskille buite die gesin deur 'n onafhanklike arbiter opgelos kan word, wie die arbiter mag wees en op grond van welke beslegtingskriteria dit moet geskied. In artikel 12(2) van die Konvensie word ten aansien van die tweede vraag voorsiening gemaak dat in alle aangeleenthede wat hom/haar raak, "the child shall be provided the opportunity to be heard in any *judicial* and *administrative* proceedings".

¹⁶² 1995 HRQ 732 745.

Wat die kriteria betref, blyk dit dat "die beste belang" van die kind daarby ingesluit sal wees,¹⁶³ maar meen Hodgson¹⁶⁴ dat daar ook ander kompetenterende en belangrike ouerlike belangte erken en neergelê moet word, soos religieuse, morele en finansiële oorwegings. Dit blyk dus dat "die beste belang van die kind" die primêre oorweging is maar dat dit *realisties* getemper sou kon word deur die "beste belang van die gesin"-oorweging.¹⁶⁵

In die lig van bovemelde bespreking kan die interaksie tussen ouers en kinders in die gesin binne konteks van die Verenigde Nasies se Konvensie oor die Regte van die Kind soos volg saamgevat word:

- (a) Sloth-Nielsen¹⁶⁶ som die rol van die gesin in 'n Konvensie wat uitsluitlik handel oor die regte van kinders na my mening korrek op as sy verklaar:

"In sum, therefore, the Convention cannot be said to be supportive of an anti-family stance. It should rather be seen to be striking a tenuous balance between establishing children as independent bearers of rights, not mere possessions of their guardians, yet at the same time acknowledging the importance of families and the difficulties occasioned by the child's temporary inability to exercise many of those rights him or herself" (eie kursivering).

- (b) Die bepalings daarvan dui op die versigtig-gestruktureerde dualisme inherent aan die Konvensie se benadering tot die kind se posisie binne die

¹⁶³ Ingevolge a 3(1) en a 18(1).

¹⁶⁴ 1994 *Aust J of Fam L* 231.

¹⁶⁵ Visser 1996 *DJ* 351 356.

¹⁶⁶ 1995 *SAJHR* 401 404. Sien ook Le Blanc 113 wat verklaar dat enige beskerming van die gesin teen die staat "must be equally balanced with the protection of the child within the family".

gesin.¹⁶⁷ Aan die een kant word die kind gesien as 'n onafhanklike wese wat die draer is van regte en, in besonder, die reg op 'n sekere mate van selfbeskikking, relatief tot die groeiende vermoëns van die kind.¹⁶⁸ Aan die ander kant erken die Konvensie dat die primêre verantwoordelikheid vir die kind binne die gesin lê, en verklaar Sloth-Nielsen¹⁶⁹

"that the right to self-determination should be balanced by the child's inability to choose what is in fact in his or her best interests, and that the child's notional independence should be countered by the enjoyment of a happy childhood as a child".¹⁷⁰

Ook hier is die posisie dus dat ouers regte en bevoegdhede het, maar vir doeleindeste van die uitvoering van hul verantwoordelikhede teenoor die kind.

- (c) Deur egter in een artikel, te wete artikel 18, meiding te maak van twee belangrike aspekte, naamlik dat die primêre verantwoordelikheid vir die grootmaak van kinders by die ouers (en dus die gesin) lê, maar dat die beste belang van die kind hulle basiese oorweging sal wees, onderstreep die Konvensie die potensiaal vir konflik tussen die beste belang van die kind en die belang van die (volwasse lede van die) gesin.

¹⁶⁷ Vgl Robinson "Die Beskerming van kinders in 'n menseregte akte in Suid-Afrika: Quo Oportet Nos Vadere?" (Intreerde PU vir CHO 1993) 5 wat meen dat die Konvensie dit oorweldigend duidelik maak dat die kind as beskermingswaardige subjek binne gesinsverband gesien moet word.

¹⁶⁸ Sloth-Nielsen 1995 *SAJHR* 401 404 mvn a 5; Human 2000 *Stell LR* 71 84.

¹⁶⁹ *Idem* 405.

¹⁷⁰ Dickens 1981 *LQR* 462 485 verklaar reeds vroeër: "The modern function of parental rights is to prepare children and adolescents for maturity, and as minors come to achieve maturity and to exercise autonomy, this may be seen not as a limitation or defeat of parental control, but as a successful discharge of parental responsibility" (sie kursivering); Hoggett *Parents and Children - The Law of Parental Responsibility* (1987) 17 vra die volgende: "In view of all this, is there any such thing as parental 'rights'? As against the child, the parents have the powers which are necessary to carry out their obligations of bringing the child up, but even those give way as the child becomes old enough to make his own decisions."

- (d) Die Konvensie is verder aanduidend van die huidige internasionale siening betreffende die verhouding tussen die staat, gesin en kind. Ingevolge artikel 5 moet state die verantwoordelikhede, regte en pligte van ouers respekteer om die nodige leiding en rigting aan die kind in die uitoefening van sy regte te verskaf. Dit weerspieël die persepsie van die kind as deel van 'n eenheid (die gesin) wat die primêre verantwoordelikhed vir die welsyn van die kind dra: Kinders is nie kinders van die staat nie.¹⁷¹ Terselfdertyd egter, verseker artikel 5 dat dit die kind is wat die draer is van regte deur die Konvensie aan hom/haar toegeken.¹⁷²

¹⁷¹ Sloth-Nielsen 1995 SAJHR 401 405.

¹⁷² Afrika het die eerste kontinent geword om aan die hierbovermelde globale instrument streeksaanwending te gee bwy die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* (hierna die *African Children's Charter*) (die Konvensie oor die Regte van die Kind) (aangeneem deur die OAE Julie 1990 - deur SA onderteken 1999). Anders as die Konvensie bevat die *African Children's Charter* in a 18 uitdruklike beskerming vir die gesin as instelling. Dit lê: "The family shall be the natural unit and basis of society. It shall enjoy the protection and support of the state for its establishment and development" (a 18(1)). Hoewel die *African Children's Charter* dus uitsluitlik handel met die regte van kinders, word die belang van die gesin ingesien en formeel erken en geniet dit ook in die konteks van kinderrechte spesiale vermelding. A 9 van die *African Children's Charter*, synde die ekwivalent van a 14 van die Konvensie, bepaal dat elke kind die reg het op vryheid van denke, gewete en geloof. In a 9(a) word bepaal: "Parents, and where applicable, legal guardians, shall have a duty to provide guidance and direction in the exercise of these rights having regard to the evolving capacities, and best interests of the child" (ie kursivering). Die verskil met die woorde in a 14 van die Konvensie is biedend. In a 14 word gemeld dat ouerlike leiding "consistent with" die groeiende vermoëns van die kind moet wees, maar ingevoiga a 9 van die *African Children's Charter* word slegs "due regard to the evolving capacities and best interests of the child" vereis (sen Viljoen "Supranational human rights instruments for the protection of children in Africa: the Convention on the Rights of the Child and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child" 1998 CILSA 199 ev vir 'n volledige besprekking van die onderskeid tussen gemelede instrumente). Soortgelyk aan a 18 van die Konvensie piaas a 20 van die *African Children's Charter* die primêre verantwoordelikhed vir die grootmaak en ontwikkeling van kinders op ouers, maar het laasgenoemde eweneens die plig om te verseker dat die beste belang van die kind hulle basieseoorweging is. Ouers het die plig om binne hulle vermoë en finansiële kapasiteit die nodige lewensorstandighede bevorderlik vir die kind se ontwikkeling te verseker en laastens om toe te sien dat huislike dissipline menslik en in ooreenstemming met die inherente waardigheid van die kind uitgeoefen word (a 20(1)(a)-(c)). 'n Aspek wat besondere vermelding verdien, is die beklemtoning daarvan dat kinders ook bepaalde pligte het. A 31 bepaal: "Every child shall have responsibilities towards his family and society, the State and other legally recognized communities and the international community. The child, subject to his age and ability, and such limitations as may be contained in the present Charter, shall have the duty: (a) to work for the cohesion of the family, to respect his parents, superiors and elders and at all times to assist them in case of need." Bovermelde, hoewel vatbaar vir kritiek, dui op die besondere posisie van die gesin in die Afrika-kultuur.

Vervolgens word die posisie in Duitsland, as voorbeeld van hoe nasionaal met die gesin en die ouer-kind-verhouding in 'n grondwet omgegaan word, bespreek.

5 5 Duitsland¹⁷³

5 5 1 Erkenning en beskerming van gesin in die grondwet¹⁷⁴

In die Duitse reg word die ouer-kind verhouding deur die voorskrifte van die *Grundgesetz* (hierna "grondwet") gereël. Die huwelik (as instelling) en die gesin staan in die Duitse reg grondwetlik onder die beskerming van die staat. Artikel 6(1) van die grondwet (hierna as artikel 6 *GG* aangedui), dien as grondslag vir die verhouding tussen die staat, familie en huwelik en lui soos volg:

"Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung."

5 5 2 Grondwet en ouerlike sorg

In die lig van die feit dat grondregte as onmiddellik geldende reg die wetgewer asook die uitvoerende en regsprekende gesag bind, moet die voorskrifte van die *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna *BCB*) in samehang met die voorskrifte van die grondwet bestudeer word ten einde 'n volledige beeld van die regsposisie rondom die verhouding tussen ouers en kinders te verkry.¹⁷⁵ Artikel 1626 *BCB* wat die statutêre hoeksteen van die ouer-kind verhouding is, moet dus teen die agtergrond van artikel 6 *GG* uitgelê word.

¹⁷³ Alhoewel die Duitse reg nie in hierdie proefskrif volledig behandel word nie is 'n bespreking van die aard van ouerlike sorg soos dit in die Duitse reg voorkom tog relevant vir doeleindes van die huidige bespreking en word dit kortliks aangespreek.

¹⁷⁴ Sien vir volledige bespreking Robinson "Die ouer-kind verhouding in die lig van 'n menseregteakte - 'n beknopte oorsig oor die posisie in Duitsland" 1992 SA Publiekreg 228. Sien verder hfst 3 par 3 5'2 tav die juridiese aard van sodanige regte) in die Duitse grondwet.

¹⁷⁵ *Idem* 235.

Artikel 6(2) CG¹⁷⁶ waarborg aan ouers die reg om hulle kinders self op te voed sonder ingrype, beperkinge of die ontheffing daarvan deur die staat. Dié reg word verklaar as die reg tot opvoeding en onderrig van 'n kind ooreenkomsdig die ouer se eie religieuse- en wêreldbeskouing.¹⁷⁷ Ofskoon die kompetensie van ouers om hulle kinders self op te voed grondwetlik gewaarborg word, plaas artikel 6(2) CG die ouerlike reg onder die sogenaamde *Wächteramt des Staates* (staatlike toesighouersamp).¹⁷⁸ Verder moet artikel 6(2) CG met ander bepalings van die grondwet, en veral dié in artikel 2(1) CG saamgelees word. Dié artikel lui dat elke persoon, ook 'n kind, die reg op vrye ontwikkeling van sy persoonlikheid het in dié mate waarin die regte van ander, of grondwetlike voorskrifte of die goeie sedes nie daardeur geskend word nie. Dit spreek gevoldiglik vanself dat hierdie voorskrif, net soos die staatlike toesighouersamp, ook by die uitoefening van die ouerlike reg voor oë gehou moet word.

Teen die bestaande omlyning van ouerlike reg as grondreg kan die voorskrifte van artikel 1626 BGB en die samehang daarvan met die grondwetlike voorskrifte oorweeg word. Die uitgangspunt agterliggend aan die wet was dat die begrip "ouerlike gesag" op onvoldoende wyse die wedersydse regte en verpligtinge in die verhouding tussen ouers en kinders beklemtoon en dat "gesag" daarom met

¹⁷⁶ A 6(2) GG lui soos volg: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Befähigung wacht die staatliche Gemeinschaft.", Maunz, Dürig en Herzog *Grundgesetz Kommentar* (1998) - sien kommentaar by a 6 op 5.

¹⁷⁷ Maunz, Dürig en Herzog n 2 kn 23 by a 6(3) CG verklaar: "Die Menschenrechtskonvention (Zusatzprotokoll vom 20.3.1952...) erkennt das Elternrecht als das Recht an, die Erziehung und den Unterricht entsprechende ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen".

¹⁷⁸ Robinson 1992 SA *Publiekreg* 228 241 wys daarop dat die begrip "zuvörderst" in a 6(2) CG tesame met die gedeelte van die artikel dat die staat oor die uitoefening van die ouerlike sorg waak, uitdruklik te kenne gee dat die staat bepaalde funksies as opvoeder het, en dat hy ook verantwoordelik is vir die nakoming van die verpligtinge wat daarmee saamgaan. Die staat word deur die voorskrif in die posisie gestel om oor ouerlike opvoeding van kinders te waak. Vir volledige bespreking van die inhoud van die rol van die staat sien *idem* 241 ev.

"sorg" vervang moes word.¹⁷⁹ Die ouerlike sorg behels volgens die voorskrifte van artikel 1626 *BGB* die plig en die reg om na die persoon en die vermoë van die minderjarige kind om te sien.¹⁸⁰

Die verantwoordelikheid wat op die ouers gelê word om hulle ouerlike bevoegdhede in die belang van die kind uit te oefen, dui op 'n besondere ontwikkeling in die regsteoretiese denke rondom die ouer-kind verhouding.¹⁸¹ Tot redelik onlangs is daar nog geleer dat ouerlike gesag as verskyningsvorm van die leerstuk van subjektiewe regte in die kategorie beheersingsregte ingedeel moes word en is dit selfs as 'n saaklike reg beskou.¹⁸² Daar is gevoldig ook gepraat van die ouers se reg op besit van hulle kinders aangesien die kinders bloot as regsubjekte aangemerkt is.¹⁸³ Dit is eers in moderne denke as onhoudbaar beskou dat 'n regsubjek in bepaalde regsbetrekkinge as 'n

¹⁷⁹ Dit word algemeen aanvaar dat hierdie statutêre wysiging gevolg gee aan 'n beslissing van die *Bundesgerichtshof* in 1976 (*Bundesgerichtshofscheidung in Zivilsachen* (1976) 334) aangehaal in 1976 NJW 1540 1541 waarin die aard van ouerlike gesag daarin verduidelik word dat dit ouers nie toekom ter bevordering van hulle eie belang nie, maar eerder om die kind te beskerm en sy welsyn te bevorder. Hierdie beslissing berus op die uitgangspunt dat ouers eerder die welsyn van hulle kinders op die hart dra as ander persone en dat ouers daarom 'n beskermingwaardige belang by die welsyn van hulle kinders het. Die hof kom tot die gevolgtrekking dat ofskoon die *BGB* dit oor die begrip ouerlike gesag het (en dat die begrip 'n argaïese reste is van die *patria potestas* van die Romeinse reg), dit sodanig in die Duitse reg ontwikkel het dat dit eintlik oor die belang van die kind in 'n dienende *Schutzverhältnis* handel. Dit hof maak ook die verdere gevolgtrekking dat aangesien ouerlike gesag in die belang van die kind uitgedra moet word, die belang van die ouers aan die welsyn van die kind onderhewig is.

¹⁸⁰ Dit is egter interessant om daarop te let dat a 1626 *BGB* met die onlangse *Gesetz zur Reform des Kinderschaftsrechts* (die *Gesetz*) welke op 1 Julie 1998 op die Duitse wetboek verskyn het, gewysig is. Onder die vorige bedeling het dié artikel gelui dat die vader en die moeder die *reg en die plig* het om vir die minderjarige kind te sorg. Ná die wysiging deur die *Gesetz* lui die artikel dat die ouers die *plig en die reg* het om vir die minderjarige kind te sorg. Robinson "Moderne Ontwikkelinge in die Duitse Reg Aangaande die Regsposisie van Bluite-egtelike Kinders: Enkele Lesse vir Suid-Afrika" 1999 DJ 259 263 n 12 en 273 meen dat ofskoon die wysiging geen besondere verandering aan die bestaande regsposisie teweeg gebring het nie, dit tekenend daarvan is dat die ouerlike sorg eerder as 'n sorgverpligting gesien word wat tgv die kind ultiemoeuf moet word, as wat dit 'n reg is wat die ouers *qua* ouers van die kind toekom. Dit dui volgens hom (*idem* 273) op die lewenswerkliekheid dat daar meer pligte as regte aan die ouerlike sorg verbonde is.

¹⁸¹ Robinson 1992 SA Publiekreg 228 239, met verwysing na Gernhuber 707.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

regsobjek aangemerken kan word. Vandag bestaan daar eenstemmigheid daaroor dat ouerlike sorg as subjektiewe reg nie as 'n tipiese subjektiewe reg aangemerken kan word nie en dat dit gekwalifiseer moet word as 'n eiesoortige familieregtelike reg wat inhoudelik eerder as 'n *Fürsorgerecht* aangemerken kan word.¹⁸⁴ Daar word gevvolglik tans geleer dat ouerlike sorg as subjektiewe reg deur die welsyn (belang) van die kind bestem word en dat huis die welsyn van die kind die ouerlike verpligting jeens die kind begrond. Om dié rede word ouerlike subjektiewe regte as pliggebonden regte getypeer en het die benaming *plig-reg* in die regsliteratuur ontwikkel.¹⁸⁵

5 5 3 Botsing van grondregte van ouers en kinders

Ook hier is die vraag in welke mate die grondreg van ouers om hulle kinders self op te voed, die selfbestemmingsreg van die kind uit hoofde van artikel 2(1) GG beïnvloed, relevant. Is die ouer byvoorbeeld geregtig om 'n besluit waardeur 'n bepaalde wêreldbeskouing of opvoedkundige doel nagestreef word aan sy kind wat nie dieselfde mening oor die betrokke aangeleenthedigheid huldig nie op te dring? Die beantwoording van die probleem hang met twee sleutelbegrippe saam, naamlik *Grundrechtsfähigkeit* en *Grundrechtsmündigkeit*.¹⁸⁶ Die begrip *Grundrechtsfähigkeit* word gebruik om die vermoë van 'n persoon om draer van grondregte te wees, te omskryf. *Grundrechtsmündigkeit* daarteenoor handel met 'n persoon se vermoë om grondregte selfstandig uit te oefen.¹⁸⁷ *Grundrechtsfähigkeit* is dus die eienskap om potensieel in staat te wees om

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.* Robinson *Idem* 252 verklaar in die lig hiervan: "Die tipering van die familieregtelike verhouding in die Duitse reg as ouerlike sorg en die uitleg van die grondwetlike voorskrifte as dat die ouerlike reg 'n pligreg is, is aanduidend van moderne regsdenke in dié verband. Nie alleen getuig die benadering van 'n erkenning van die eiesoortige aard van die familiestructuur nie, maar dit lê ook sterk klem op die feit dat ouerlike bevoegdhede wat uit die ouerlike reg spruit, in die belang van die welsyn van die kind uitgeoefen moet word".

¹⁸⁶ *Idem* 246.

¹⁸⁷ *Ibid.*

draer van grondregte te wees en nie 'n natuurlik-fisiese vermoë om grondregte self te kan uittoeien nie.¹⁸⁸ Ter verduideliking van hierdie onderskeid word aangetoon dat elke natuurlike persoon die vermoë het om draer van die grondreg van byvoorbeeld bewegingsvryheid uit hoofde van artikel 2(2) GG te wees, selfs al kan hy om een of ander fisiese rede nie beweeg nie. Die gebrek aan bepaalde natuurlike eienskappe kan hoogstens tot gevolg hê dat bepaalde grondregte nie selfstandig uitgeoefen kan word nie.¹⁸⁹

Van die begrip *Grundrechtsfähigkeit* word *Grundrechtsmündigkeit* onderskei. Losweg omskryf hou dit die grondwetlike kompetensie van 'n grondregdraer in om grondregte selfstandig te kan uittoeien.¹⁹⁰ 'n Persoon wat byvoorbeeld nog nie sinvol kan onderskei nie, kan nog nie *Grundrechtsmündig* volgens artikel 4 GG wees nie. Dié artikel handel oor geloofs- en gewetensvryheid.¹⁹¹ Uit die voorbeeld is dit duidelik dat *Grundrechtsmündigkeit* afsonderlik vir elke grondreg bepaal moet word.

Opvoeding van 'n kind word deur die feit gekenmerk dat dit met 'n volwassewording van die kind verband hou, sodat die opvoeding deur die ouers geleidelik deur die selfopvoeding van die kind vervang word. Terwyd dit so is dat elke mens van sy geboorte af draer van grondregte is en ook regsubjek in die privaatrechtelike sin van die woord is, kan hy hierdie regte self eers na die bereiking van bepaalde ouderdomsgrense uitoefen. In die grondwet word egter nie sodanige reëlings ten aansien van die uitoefting van grondregte gestel nie. Dit handel by *Grundrechtsmündigkeit* dus daaroor om 'n kriterium vir die uitoefting van die grondregte te vind sodat "der junge Mensch in die Selbständigkeit entlassen werden kann".¹⁹²

¹⁸⁸ Dürig in Maunz kn 13 by a 19(3) GG.

¹⁸⁹ Robinson 1992 SA Publiekreg 228 246.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Idem* 247 met verwysing na Schwerdtner.

Die verhouding tussen ouers en kinders kan na aanleiding van die bogemelde uiteensetting ontieed word. Dit word ongekwallifiseerd aanvaar dat elke mens vanaf die oomblik van sy geboorte *Grundrechtsfähig* is. Dit is egter in besonder die problematiek rondom *Grundrechtsmündigkeit* wat tot ingrypende meningsverskil oor die verhouding tussen ouers en kinders aanleiding gee. Die akute aard van die probleem lê daarin opgesluit dat dit ook by die sogenaamde *Drittewirkung* van grondregte aansluit.¹⁹²

Die standpunte rondom hierdie aangeleenthed wissel van 'n ontkenning van die toepassing van grondregte ten gunste van die kind in die geval waar dit in konflik sou kom met dié van die ouers, tot 'n verduideliking dat in hierdie geval te doen gekry word met 'n direkte en volwaardige konflik van grondregte. Laasgenoemde standpunt kom daarop neer dat die grondwetgewer nagelaat het om voorskrifte rakende *Grundrechtsmündigkeit* in die grondwet neer te lê.

As vertrekpunt vir die oplossing van die probleem word aanvaar dat die reg wat uit artikel 6(2) GG spruit, nie primêr op die belang van die draer van die grondreg, die ouer, gerig is nie, maar dat dit 'n reg is wat *in belang van die kind* in die lewe geroep is. Die grondslag en bestaansgrond vir die ouerlike reg is gevvolglik nie die bevordering van die vryheidsregte van die ouers nie, maar die belang en die persoonlikheidsontwikkeling van die kind. Ouerlike opvoeding is 'n objektiewe noodwendigheid vir die ontwikkeling van die kind. Tot die ontwikkeling van sy eie persoonlikheid is die kind op die beskermende versorging en op die opvoeding van die ouers aangewese. Ouers moet gevvolglik die opvoeding van die kind waarneem en besluite namens die kind neem omdat die kind nie altyd na sy eie behoeftes kan omsien nie.¹⁹³ Vanuit bogenoemde vertrekpunt is dit duidelik dat ouers nie 'n vrye reg, soortgelyk aan 'n saaklike reg, oor hulle kinders het nie, maar dat die kind se reg op die ontwikkeling van

¹⁹² Sien hfst 3.

¹⁹³ *ibid.*

sy persoonlikheid die reg van die ouers inhoudelik bepaal. Die gevolgtrekking word dus gemaak dat die ouerlike reg as 'n "regtens gereeld opvoedingsheerskappy" getipeer kan word. *Grundrechtsmündigkeit* word teen hierdie agtergrond verduidelik as sou dit die ouerlike reg beperk omdat die voorskrifte van sowel artikel 2(1) GG as 6(2) GG dit duidelik maak dat die ouers grondwetlik slegs solank en tot so 'n mate, vir en namens hulle kinders mag besluit as wat die kinders nie in staat is om self besluite te neem nie. Die ouerlike reg word deur die selfbeskikkingsreg van die kind beperk selfs terwyl die kind nog opvoedingsbehoefdig is en nie oor homself kan beskik nie, aangesien die ouerlike reg op die bevordering van die belang van die kind gerig is.¹⁹⁴ By die skynbare botsing van grondregte van ouers en kinders as grondregdraers, gaan dit gevoglik nie oor die omlynning van grondregte soos dit teenoor die staat die geval sou wees nie, maar inderdaad of die kind reeds in staat is om oor homself te beskik soos dit in artikel 2(1) GG bedoel word en of sy ouers nog vir en namens hom moet besluit. Die grondregtelike beskerming teen die staat kan nie *sito-sito* op die verhouding tussen ouers en kinders oorgedra word nie.

Dit blyk dus dat die ouerlike reg en die selfbestemmingsaanspraak van die kind nie as teenoorstaande en grondwetlik verskanste belang gesien moet word nie, maar dat hulle deur die toepassing van die opvoedingsbegrip in wese gelyke gewig dra. Die juridiese bevestiging van ouerlike reg as 'n subjektiewe reg het in sigself 'n konflik met die grondregte van die kind opgesluit, welke konflikte slegs in 'n dialektiese en noodwendig tipiese afweging opgelos kan word. Dit is egter duidelik dat terwyl die ouerlike reg deur die opvoedingstaak, en daardeur meteen deur die belang van die kind bepaal word, daar nie aan ouers 'n seer gelaat word waarbinne hulle hulle diskresie ongebonde kan uitoefen nie.¹⁹⁵

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Idem* 251; Chaskaison ea par 33 3.

vervolgens word die vraag ondersoek of Suid-Afrikaanse wetgewing voldoen aan internasionale en streeksvoorskrifte betreffende die posisie en rol van die gesin en die ouer-kind verhouding en meer spesifiek die reg van die kind om sy/haar siening te lug in aangeleenthede rakende hom/haar.

5 6 Suid-Afrika

Artikel 28(1)(b) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika¹⁹⁶ (hierna die Grondwet) bepaal onder ander, dat elke kind die reg het op gesinsorg "family care" of ouerlike sorg "parental care" of op voldoende en gepaste sorg indien verwyder van die gesinsomgewing. Artikel 28(2) bepaal dat die beste belang van die kind van primêre belang is in elke aangeleentheid rakende die kind. Vrae wat in dié verband ontstaan, is wat verstaan moet word onder die begrippe "ouer", "gesin (family)" en "sorg (care)".¹⁹⁷

Die vraag oor wie as 'n ouer gereken word in die Suid-Afrikaanse reg is nie so eenvoudig soos dit wil voorkom nie. Die Suid-Afrikaanse gemenereg erken byvoorbeeld nie die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind as 'n ouer nie. In *Jooste v Botha*¹⁹⁸ beslis die hof onlang soos volg:¹⁹⁹

"It follows that in the sub-section the word 'parental' must necessarily be read as pertaining to a custodian parent. 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 section 28(1)(b)."

¹⁹⁶ Wet 108 van 1996.

¹⁹⁷ Sien bespreking deur Robinson "The Child's Right to Parental and Family care: Some Brief Remarks" 1998 *Obiter* 329; Haupt *Die Reg van Die Kind op Oorteweling, Ontwikkeling en Beskerming* ongepubliseerde doktorale proefskerif (1999); Bekink en Brand in Davel (red) *Introduction to Child Law in South Africa* (2000) 169 183-184.

¹⁹⁸ 2000 2 SA 199 (T).

¹⁹⁹ 208F-G.

Die hof gaan verder en beslis uitdruklik²⁰⁰ dat die vader van die buite-egtelike kind gevvolglik nie 'n "ouer" is nie.²⁰¹ Die natuurlike vader het geen inherente toegangsreg (omgangsreg) tot die kind nie.²⁰² Aangesien hierdie aangeleentheid elders in die proefskrif²⁰³ aangespreek word, word volstaan met die volgende opmerkings. Dit is duidelik dat bovermelde regsposisie 'n negatiewe invloed kan hê op die kind se reg op ouerlike sorg. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders²⁰⁴ doen geensins afbreuk aan die voorkeurposisie van moeders van buite-egtelike kinders nie. Die belang van die Wet is egter dat dit die beste belang van die kind as oorwegende maatstaf beskou en dit is duidelik dat daar omstandighede kan wees waar dit in die kind se beste belang sal wees indien sy natuurlike vader voogdyskap of toegang en/of beheer oor hom sal hê.

Wie as die "gesin" (family) van die kind gereken word vir doeleindes van sy reg op "family care" is eweneens kompleks. Die probleem rondom die vraag wat onder "gesin" verstaan moet word is reeds volledig hierbo²⁰⁵ aangespreek. Dit blyk egter dat die gesin beskou moet word as die basiese en primêre instelling waarbinne die kind moet grootword. Deur die reg op gesinsorg voor die reg op ouerlike sorg te plaas²⁰⁶ en deur die konsepte van gesin- en ouerlike sorg met die woord "of" te koppel, kan die afleiding gemaak word dat die Grondwet meer

²⁰⁰ 209G.

²⁰¹ Hierdie saak word in meer detail in hfst 6 par 6 5 1 behandel.

²⁰² Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997. Vir volledige bespreking van hierdie aspek sien hfst 6.

²⁰³ Hfst 6.

²⁰⁴ Wet 86 van 1997.

²⁰⁵ Hfst 2. Ten spye van die wye betekenis wat aan die begrip "gesin" gegee word deur die EHRM gee die hof in *Jooste v Botha* (2000 2 SA 199 (T) 209A) met verwysing na a 7 van die Konvensie oor die Regte van die Kind en die voorwoord tot vermeldie Konvensie te kenne dat "the family of the convention is ... the normal bonded custodial relationship", en is dit dan ook wat onder die konsep gesinsorg in a 28(1)(b) verstaan moet word.

²⁰⁶ A 28(2).

waarde heg aan gesinsorg as ouerlike sorg wanneer dit kom by die versorging van kinders.²⁰⁷ Robinson verklaar:²⁰⁸

"The concept of parental care, which is typically reflected in terms of exclusivity as set out in sources relating to the common law, must be elaborated upon by a definition of *family* which lacks such exclusivity. This interpretation would also leave room for typical indigenous and religious views on the family to be considered as included in the meaning of what is meant by *family* in the Constitution."

Die probleem is en bly egter dat alhoewel die kind se reg op gesinsorg erken word, die gesin as instelling geen (uitdruklike) konstitusionele beskerming of erkenning geniet nie.²⁰⁹

Ten aansien van die begrip "sorg", is dit duidelik dat die Grondwet weg beweeg van die gemeenregtelike konsep van ouerlike gesag.²¹⁰ Die kriterium van die beste belang van die kind dien deurgaans as kwalifikasie van ouerlike bevoegdhede. Deur te verklaar dat die kind 'n reg het op gesin- of ouerlike sorg, word 'n besondere nuanse geplaas op die ouer-kind-verhouding. Die gebruik van die konsep "sorg" dui duidelik op 'n erkenning dat kinders kwesbaar is en aan volwassenheid ontbreek in die maak van beslissings.²¹¹ Robinson verklaar:²¹²

"The concept of care consequently has a radically different basis, namely that the parent-child relationship is to be defined in terms of the care that is owed to the

²⁰⁷ Robinson 1998 *Obiter* 329 333.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Sien bespreking hieronder op 337.

²¹⁰ Van Heerden "How the parental power is acquired and lost" in Van Heerden, Cockrell, Keightley ea (reds) *Boberg's Law of Persons and the Family* 313 n 1.

²¹¹ Robinson 1998 *Obiter* 329 333.

²¹² *Ibid.*

child to assist him or her to overcome its own vulnerability and lack of maturity relating to judgment and experience."

Dat die konsep "sorg" ook slaan op 'n klemverskuiwing na ouerlike verantwoordelikhede eerder as ouerlike gesag blyk uit die volgende *dictum* van die hof in *V v V*.²¹³

"There is no doubt that over the last number of years the emphasis in thinking in regard to questions of relationships between parents and their children has shifted from a concept of parental power of the parents to one of parental responsibility and children's rights."²¹⁴

Laastens dien gelet te word op die bepalings van artikel 28 van die Grondwet in die algemeen. Uit die bewoording van artikel 28(1)(b) is dit duidelik dat geen konstitusionele beskerming aan die gesin as instelling verleen word nie. Robinson²¹⁵ is van mening dat sodanige beskerming die fokuspunt van artikel 28 moes gewees het in die lig van die sosio-ekonomiese agtergrond tot die Grondwet wat veral deur die beleid van apartheid gekenmerk is. Dit is duidelik dat hierdie uitdaging nie deur die Grondwet ontmoet word nie. Sloth-Nielsen²¹⁶ meen dat

"... this lacuna may hamper the indigenous development of a children's rights philosophy for instance in the interpretation of the right ... to parental care".

Robinson identifiseer 'n verdere tekortkomming as hy verklaar:²¹⁷

²¹³ 1998 4 SA 169 (K) 176C.

²¹⁴ Sien in dié verband volledige bespreking van ouerlike verantwoordelikhede hieronder par 53 2(ii). Sien ook projek van SA Regskommissie onder projekleier Belinda van Heerden met titel "Review of the Child Care Act".

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ 1995 SAJHR 401 417.

²¹⁷ "An overview of the provisions of the South African Bill of Rights with specific reference to its impact on families and children affected by the policy of apartheid" 1995 *Obiter* 99.

"In fact, not only should the protection of the family as an institution have been provided for but, concomitantly, the *right* of parents to care for, and educate their children. At the same time the duty of the state to watch over a parent's exercising of his rights should have been stipulated for" (eie kursivering).

Die rede vir hierdie stellings van Robinson lê daarin dat kinderrechte²¹⁸ ingekleë word as sodanige "tweedegenerasieregte".²¹⁹ Daardeur word die *staat* (primêr) die verantwoordelikheid opgelê vir die opvoeding, basiese voeding, sekuriteit, ouerlike sorg, ensovoorts van die kind.²²⁰ Die klem word dus verskuipt weg van die verantwoordelikheid van die ouers om die kind hierin te voorsien. Tans staan die kind egter in 'n direkte verhouding tot die staat welke hom (die kind) in staat stel om die staat te verplig om of positief op te tree of om hom van

²¹⁸ A 30 van die Interim Grondwet - tans a 28.

²¹⁹ Die onderskeid tussen eerstegenerasieregte en tweedegenerasieregte kan soos volg uiteengesit word:
Eerstegenerasieregte is die tradisioneel politieke, burgerlike en prosessuele regte wat tipies uitmond in onder andere die reg op lewe, vryheid, eiendom, privaatheid, burgerskap, regverteenwoordiging asook die reg op vryheid van beweging en van spraak. Hierdie regte word daarom ook as *liberty orientated rights of as negative rights* omskryf. Die bedoeling met die toekenning van hierdie regte is om aan die individu soveel vryheid en beheer as wat moontlik is, oor sy eie lewe te gee, en in hierdie opsig is die owerheid verplig om hom van inbreukmakende optrede te weerhou. Hierdie regte staan in sommige gevalle ook as publieke subjektiewe regte (afweerregte) bekend. (DU Plessis "Filosofiese perspektief op 'n menseregtehandvnes vir Suid-Afrika" in Van der Westhuizen en Viljoen (red.) *'n Menseregtehandvnes vir Suid-Afrika* (1988) 8; Venter *Die Publiekregtelike Verhouding* (1984) 36).

Tweedegenerasieregte daarteenoor word breedweg as die reg van die individu op onderwys, gesondheid, voeding en onderdaak getypeer. Gevolglik staan hierdie regte ook bekend as sosiale, kulturele en ekonomiese regte. Die verskil tussen die regte word kernagtig deur Dlamini soos volg uitgedruk: ("The SA Law Commission's Working Paper on group and human rights: Towards a bill of rights for South Africa" 1990 SA *Publiekreg* 96): "The first-generation rights are negative in nature. The civil and political rights prohibit the government from doing something to the individual and consequently it is relatively easier to observe them. Second-generation ... rights impose certain obligations on the government to provide for certain needs. Their satisfaction depend on the resources the government has. For this reason these rights are more difficult to enforce" (eie kursivering).

²²⁰ Robinson 1995 *Obiter* 99. Aanvanklike ondersteuning vir dié standpunt deur die hawe kan gevind word in Jooste v Botha (2000 2 SA 199 (T)) waar die hof verklaar: "Primarily section 28 ... is of vertical application. That is clear from section 28(1) read as a whole. It is only the State with its power and resources that can conceivable give full effect to its provisions. Primarily section 28(1)(b) is aimed at the preservation of a healthy parent-child relationship in the family environment against unwarrented executive, administrative and legislative acts. It is to be viewed against a backdrop of disintegrating family structures caused by governmental policies."

sekere negatiewe optrede te weerhou.²²¹ Robinson²²² verklaar in dié verband:

"The endowment of the child solely with these rights, while at the same time denying the reality of parental care also in this regard, may constitute a deviation from the *Convention on the Rights of the Child* (1989) of the United Nations. The Convention acknowledges the child's right to safety, education, etc, but strongly emphasizes the child's need of parental care."²²³

En verder:²²⁴

"The denial in the Constitution of the reality of the child's need of parental care in the domain of public law, indicates an insensitivity towards the nature of childhood on the side of the drafters of the Constitution. Not only is it necessary that the family as an institution should be protected constitutionally, but also that the *Imbecillitas* of which the child typically is the bearer, be acknowledged. This means that he needs parental education and care also when it comes to his endowment with and exercising of his fundamental rights."

Hy verklaar bovormelde aan die hand van die onderskeid in die Duitse reg tussen *Grundrechtsfähigkeit* en *Grundrechtmündigkeit*.²²⁵ Hy toon aan dat die Grondwet, die kind as draer van tweedegenerasieregte onvoorwaardelik ook met *Grundrechtmündigkeit* beklee en dus die hierbovermelde onderskeid tussen dié twee konsepte negeer.²²⁶ Hy verklaar:²²⁷

"The consequence of this fusing of the two concepts, is that the child is vested

²²¹ Robinson 1995 *Obiter* 99 108.

²²² *Ibid* n 26.

²²³ Sien a 5 van die Konvensie oor die Regte van die Kind par 5 3 2(i).

²²⁴ *Ibid*.

²²⁵ *Ibid* 109; sien bespreking van Duitse reg par 5 5 3.

²²⁶ *Ibid*.

²²⁷ *Ibid*.

with fundamental rights without taking account of his need of parental care also in public law. As far as the exercising of his fundamental rights is concerned, he lacks the parental care even if he may be in a position where he still needs it due to the *imbecillitas* of which he is a bearer."

Dit is dus volgens Robinson onseker of die staat of die ouers verantwoordelik is vir die nakoming van die verpligtinge in die Grondwet uiteengesit.²²⁸ Indien geargumenteer word dat die reg van kinders op gesin- of ouerlike sorg as tweedegenerasieregte 'n direkte verantwoordelikhed op die staat plaas om gesin- of ouerlike sorg te voorsien, is die implikasies dat die gemeenregtelike regte en bevoegdhede van ouers en van gesinne as instellings by wie die primêre verantwoordelikhede teenoor die kind lê, ontken word. Dit kon nooit die bedoeling van artikel 28(1)(b) gewees het nie, aangesien dit sou impliseer dat ouers en gesinne verteenwoordigers van die staat sou wees wat betref die versorging en grootmaak van kinders.

Alhoewel ek bovermelde uiteensetting van Robinson ondersteun, vind hierdie oënskynlike tekortkominge in artikel 28(1)(b) nie neerslag in bevindings van die Konstitusionele Hof nie. In die onlangse beslissing van *Government of the RSA v Grootboom and Others*²²⁹ is respondentie (en hulle kinders) verwyder uit informele huise geleë op private grond wat vir formele lae-koste behuising geoormerk was. Hulle het aansoek gedoen by die Kaapse Hoë Hof²³⁰ vir 'n bevel waardeur die staat verplig word om hulle van voldoende basiese skulling of behuising in terme van artikel 26(1) van die Grondwet te voorsien en hulle kinders van skulling te voorsien op basis van artikel 28(1)(c) van die Grondwet. Die Hoë Hof het die aansoek ten opsigte van hulself afgewys, maar staan die bevel toe ten aansien van die kinders onder artikel 28(1)(c). Aangesien dit egter nie in die beste belang van die kinders sou wees om van hulle ouers verwyder

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ 2000 1 SA 46 (KH).

²³⁰ *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* [2000] 3 BCLR 270 (K).

te word nie beslis die hof dat die ouers saam met die kinders op skuiling geregtig is.

Die Hoë Hof beslis:²³¹

"In the event that parents are unable to provide shelter for their children, section 28(1)(c) imposes an obligation on the state to do so, albeit that by the use of the word shelter the Constitution envisaged that such an obligation falls far short of adequate housing. Although the section does not employ the adjective 'basic' to qualify the concept 'shelter' as is the case with 'nutrition' and 'health care', it follows from the dictionary definition that shelter is a significantly more rudimentary form of protection from the elements than is provided by a house" (sie kursivering).

En verder:²³²

"The wording of section 28 differs from that of section 26 in that there is no similar qualification of the constitutional rights as appears, for example, in section 26(2). Section 28(1)(c) is drafted as an unqualified constitutional right" (sie kursivering).

Gevollik, is die kwessie van beperkings in die begroting nie van toepassing by die bepaling van die omvang van die regte in artikel 28(1)(c) nie.²³³ Dit blyk egter nietemin slegs die geval te wees indien die ouers onbevoeg is om die nodige skuiling te verskaf.²³⁴

Alhoewel die beslissing op appèl omvergewerpt is bevestig die Konstitusionele Hof die siening dat die verantwoordelikhede in artikel 28(1)(b) en (c) primêr by

²³¹ 288B.

²³² 290G.

²³³ 291C.

²³⁴ 288B.

die ouers en gesin lê. Die hof beslis:²³⁵

"They [section 28(1)(b) and (c)] ensure that children are properly cared for by their parents or families, and that they receive appropriate alternative care in the absence of parental or family care ... Section (1)(b) defines those responsible for giving care while ss (1)(c) lists various aspects of the care entitlement" (eie kursivering).

En verder:²³⁶

"It follows from ss (1)(b) that the Constitution contemplates that a child has the right to parental or family care in the first place, and the right to *appropriate* alternative care only where that is lacking. Through legislation and the common law, the obligation to provide shelter in ss (1)(c) is imposed primarily on the parents or family and only alternatively on the State" (eie kursivering).

Die staat is dus alleen verplig om skuiling te verskaf aan kinders wat van hul gesinne verwyder is.²³⁷ Hieruit volg dat artikel 28(1)(c) nie 'n primêre verpligting op die staat plaas nie "to provide shelter on demand to parents and their children if children are being cared for by their parents or families" (eie kursivering).²³⁸

Dit beteken egter nie dat die staat geen verpligting het teenoor kinders wat wel deur hul ouers of gesinne versorg word nie. Die hof verklaar:²³⁹

"In the first place, the State must provide the legal and administrative infrastructure necessary to ensure that children are accorded the protection contemplated by s 28. This obligation would normally be fulfilled by passing laws

²³⁵ Par 76 81H.

²³⁶ Par 77 82A-B.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Par 78 82C-E.

and creating enforcement mechanisms for the maintenance of children, their protection from maltreatment, abuse, neglect or degradation, and the prevention of other forms of abuse of children mentioned in s 28. In addition, the State is required to fulfil its obligations to provide families with access to land in terms of s 25, access to adequate housing in terms of s 26 as well as access to health care, food, water and social security in terms of s 27. It follows from this judgment that ss 25 and 27 require the State to provide access on a programmatic and coordinated basis, subject to available resources."

Die hof wys verder daarop²⁴⁰ dat diegene van die respondentē wat kinders is, in die sorg van hulle ouers was en nie in die sorg van die staat nie. In dié omstandighede was daar gevvolglik geen verpligting op die staat om skuiling te verskaf nie aan "those of the respondents who were children and, through them, their parents in terms of s 28(1)(c)".²⁴¹

Dit is juis hierdie stelling van die Konstitusionele Hof wat die probleem hierbo geskets, naamlik dat alhoewel die kind se reg op gesinsorg erken word, die gesin (en gesinslewe) as instelling geen uitdruklike beskerming geniet nie, opnuut na vore bring. Die vraag is of die beslissing enigsins anders sou wees indien die respondentē ook kon steun op 'n reg op respek vir hulle gesinstewe, welke alleen effektief uitgeoefen sou kon word indien skuiling onmiddellik op versoek aan hulle (as gesinne) beskikbaar gestel sou word? Volgens die Konstitusionele hof sal die staat alleen 'n onmiddellike positiewe verpligting hê indien die versoek gerig word deur of namens kinders wat nie langer in die sorg van 'n ouer of hul gesinne is nie.²⁴² Die vraag is waar laat dit gesinne? Die kind se reg op gesinsorg word erken, maar die gesin (en gesinslewe) geniet nie beskerming nie. Indien die gesin nie in staat is om sorg, byvoorbeeld soos *in casu* in die vorm van skuiling te verskaf nie, geniet die gesin as eenheid en die beoefening van 'n effektiewe gesinslewe (asook die kind) geen onmiddellike beskerming nie.

²⁴⁰ Par 79 82F.

²⁴¹ Par 79 82G-H.

²⁴² Implikasie van stelling in par 79 82G.

Dit is duidelik dat die kind as beskermingswaardige subjek binne *gesinsverband* gesien moet word. Om die kind te beskerm moet sy gesin beskerm word. Dit is my submissie dat regte ten aansien van die gesin en die gesinslewe 'n positiewe bydrae kan lewer om onmiddellike uitkoms aan gesinne in dusdanige benarde omstandighede te bied.

Die Grondwet bevat verder geen erkenning van die kind se reg om sy/haar siening te lug in aangeleenthede wat hom/haar raak nie. Die vraag wat ontstaan is of artikel 12 van die Konvensie oor die Regte van die Kind deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg in die sin dat dit regtens afdwingbare regte vir kinders skep en of dit bloot 'n standaard daarstel waaraan plaaslike reg moet voldoen. In dié verband bepaal artikel 231(4) van die Grondwet dat 'n internasionale ooreenkoms alleen regskrag in die Republiek verkry wanneer dit by nasionale wetgewing as wet verorden word. In die lig van artikel 231(4) van die Grondwet konkludeer Robinson en Ferreira²⁴³ dat die Konvensie slegs in die Suid-Afrikaanse reg aanwending vind indien die betrokke voorskrifte kragtens artikel 231(4) van die Grondwet by wyse van nasionale wetgewing tot Suid-Afrikaanse reg getransformeer is. Tot op hede het dit nog nie gebeur nie. Suid-Afrika het wel die Konvensie onderteken en op 16 Junie 1995 geratificeer. As sodanig is Suid-Afrika slegs op volkerelike vlak (dit wil sê teenoor ander state) gebind aan die Konvensie. Die Konvensie kan wel deur die Suid-Afrikaanse howe as oorredende gesag gebruik word. Trouens, die Grondwet verplig die howe in artikel 39(1) om die volkereg by die uitleg van die Handves van Regte in aanmerking te neem. Dit sluit verdrae in wat nie tot Suid-Afrikaanse reg getransformeer is nie.

Wat die implikasies van die Konvensie vir die Suid-Afrikaanse reg betref, blyk dit dat Suid-Afrika sy wetgewing moet hersien ten einde dit inlyn te bring met die

²⁴³ 2000 DJ 53.

Konvensie.²⁴⁴

5 7 Argumente teen staatsinmenging in gesinsverhouding

Laastens dien gelet te word op die vernaamste argumente teen staatsinmenging in die gesinsverhouding. Verskeie argumente²⁴⁵ word aangevoer teen staatsinmenging behalwe waar dit dien tot voorkoming van ernstige fisiese en emosionele nadeel vir die kind en waar die inmenging minder nadeel sal inhoud as die *status quo*.

- (a) Voorstanders van gesinsoutonomie en beperking op staatsinmenging argumenteer dikwels dat bevordering van die belang van die kind die primêre en enigste basis is vir hul betoog.²⁴⁶ Só verklaar Hafen²⁴⁷ dat grondwetlike beginsels van toepassing op kinders gekategoriseer moet word in regte met die oog op die beskerming van die kind ("rights of protection") en regte van keuse ("rights of choice"). Eersgenoemde sluit in die reg op fisiese beskerming, sekuriteit, ensovoorts. Geen minimum intellektuele of ander vermoë is nodig om 'n aanspraak op sodanige regte te regverdig nie.²⁴⁸ Regte van keuse aan die ander kant is die juridiese bevoegdheid om bindende besluite te neem met langtermyn gevolge, waaronder kontraksluiting, huweliksluiting, uitoefening vangodsdienstige voorkeure of ten aansien van opleiding.²⁴⁹ Sodanige keuse veronderstel

²⁴⁴ Sloth-Nielsen 1995 SAJHR 401 417.

²⁴⁵ Die gedagte is egter nie om volledig op hierdie aspek in te gaan nie en word daar volstaan met enkele algemene opmerkings.

²⁴⁶ Schoeman "Rights of Children, Rights of Parents and the Moral Basis of the Family" 1980 *Ethics* 6 12.

²⁴⁷ 1977 *American Bar Ass J* 1383 1387.

²⁴⁸ *Ibid.* Hierdie aspek hou verband met die begrippe *Grundrechtsfähigkeit* en *Grundrechtsumdingkeit* in par 5 5 3 bespreek.

²⁴⁹ Hafen 1977 *American Bar Ass* 1383 1387.

'n ryphedsvermoë, en behoort volgens Hafen²⁵⁰ nie aan kinders toe te kom nie. Hy verklaar:²⁵¹

"The denial of choice rights during minority is a form of protection against a minor's own immaturity and his vulnerability to exploitation by those having no responsibility for his welfare."

- (b) 'n Verdere argument is dat die gesin dien as die hoofinstelling vir die sosialisering van die kind. Die gemeenskap verlang van die gesin om dié funksie te verrig, aangesien die staat die bronse en vernuf ontbreek om hierdie delikate verhouding te bestuur. Staatsinmenging kan die ouer se vertroue in sy vermoë om te bepaal wat in die beste belang van die kind is en dienooreenkomsdig op te tree, ondermy.²⁵²
- (c) Kommer bestaan verder dat die howe dikwels nie oor genoegsame inligting beskik om besluite in die beste belang van die kind te neem nie.²⁵³ Dit wil tog voorkom asof die ouers, wat geag word die kind die beste te ken, beter daartoe in staat is om die effek van sekere besluite op die kind te voorspel as die howe.²⁵⁴ So word verklaar:²⁵⁵

"Because there is not a consensus in society as to the best methods of raising children or even the objectives of child-rearing, the judge's values as to the methods and objectives may be imposed upon society."

Die feit is egter dat die gesin histories dien as buffer tussen die kind en

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² Hafen "Children's Liberation and the new Equalitarian: Some Reservations about Abandoning Youth to their "Rights"" 1976 BYULR 605 624.

²⁵³ Colby 78.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

die staat ten einde die kind in staat te stel om te ontwikkel op 'n wyse wat diegene wat hom die beste ken, as die beste vir hom beskou.²⁵⁶ Dit erken die praktiese waarde van die vermoede dat die ouer weet wat goed is vir die kind en in 'n beter posisie is om die kind se motiewe, begeertes en behoeftes te verstaan.²⁵⁷ Hierdie kennis stel die ouer in staat om die langtermyngevolge van 'n kind se besluite beter te verstaan as 'n hof.²⁵⁸

- (d) 'n Verdere nadeel van staatsinmenging vir die gesin is die nadelige effek op sy lede se gedeelde sin van identiteit.²⁵⁹ 'n Gesinsidentiteit "encourages an individual sense of distinction" aangesien jy aan 'n klein groepie van persone behoort, afgesonder van die res van die gemeenskap. Hierdie sin vir identiteit laat die gesin toe om as buffer tussen die individu en die gemeenskap te funksioneer, terwyl die individu sy eie individualiteit ontdek en ontwikkel. Staatsinmenging ontwrig verder voortgaande gesinsverhoudinge. Wat die effek van sodanige ontwrigting kan wees, is moeilik om te bepaal. Dit kan veral nadelig wees teenoor die kind vanweë sy/haar behoeftes aan stabiliteit ten einde 'n intieme verhouding met sy/haar ouers te ontwikkel wat nodig is vir 'n later emosioneel-gesonde volwassene.

- (e) Of die staat ouerlike gesag moet steun waar die ouer nie vrywillige gehoorsaamheid van die kind kan verkry nie is by geleentheid bevraagteken.²⁶⁰ Tensy daar 'n algemene vermoede bestaan dat konflik tussen ouer en kind beteken dat die gesinseenheid opgebreek is, is ondersteuning van ouerlike besluitneming deur die staat essensieel vir 'n

²⁵⁶ *Idem* 82.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Garvey 332.

stabiele gesin. Indien die kind weet dat hy na 'n buite-instansie kan appelleer vir steun teen sy ouers, kan dit sy bereidwilligheid om die konflik eerder deur middel van bespreking en kompromis uit te werk as deur konfrontasie, beperk.²⁶¹

- (f) Daar kan geargumenteer word dat die outonome ontwikkeling van die kind belemmer kan word waar geloofsoortuiginge op hom afgedwing word eerder as om hom aan meerdere oortuiginge bloot te stel en hom sodoende deur onafhanklike denke tot sy eie oortuiging te laat kom.²⁶² Indien die kind só tot ander insigte kom as dié van sy ouers bevorder dit pluralisme binne die gemeenskap.²⁶³ Hafen is egter van mening dat die doel van pluralisme eerder bereik sal word deur ouerlike gesag te beskerm.²⁶⁴ Staatsinmenging ten behoeve van kinders sal volgens hom nie soseer beteken dat die kind se oortuiging gestand gedoen word nie, maar eerder dié van die staat, deurdat dit eerder die hof/regter se godsdiestige waardes sal wees wat geïmplementeer sal word.

- (g) Die slotsom waartoe vele skrywers kom is dat die staat slegs behoort in te meng indien die voordele die nadelen duidelik oorskry. Schoeman²⁶⁵ praat in dié verband van 'n sogenaamde "clear-and-present-danger"-kriterium waaraan voldoen moet word alvorens staatsinmenging toegelaat word. Robinson²⁶⁶ met verwysing na die Duitse reg, wys daarop dat die staat se funksie daarin bestaan dat hy die kind van nadeel moet bewaar en die staat sal daarom eers in die ouerlike opvoeding

²⁶¹ Colby 82.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ 1976 *BUYLR* 605 655.

²⁶⁵ 1980 *Ethics* 6 10.

ingryp as daar objektief 'n gevartoestand vir die kind se ontwikkeling of welsyn is. Die staatlike ingrype is ook nie gerig op die bevordering van die welsyn van die kind in die algemeen nie en het daarom ook nie ten doel om optimale opvoeding van die kind te waarborg nie.²⁶⁷ Alhoewel die staatlike toesighouersamp dus uiteraard aan die welsyn van die kind geknoop word, beteken dit nie dat elke tekortkoming of versuum van die ouers 'n grond vir die staat bied om die ouers van die versorging en opvoeding te onthef nie.²⁶⁸ Hierdie benadering bring volgens Dickens²⁶⁹ mee dat alleen indien die gesin misluk in sy funksie ten aansien van die gesinslede, die beste belang van die kind as rede kan dien vir staatsinmenging.²⁷⁰

- (h) 'n Alternatiewe benadering tot die betoog dat gesinsbeskerming en gesinsoutonomie in die belang van die kind gehandhaaf moet word, is die standpunt van Schoeman²⁷¹ waar hy verklaar:

"In contrast, my arguments on behalf of the family, though concerned with the well-being of children, have had as their chief focus *an idea of human relationships*" (eie kursivering).

En verder:²⁷²

"*It is the significance of intimacy*, and not just a concern for the best interest of the child, that is essential to understanding the basis of the parents' moral claim to raise their biological offspring in a context of

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ 1981 *LQR* 462 468.

²⁷⁰ Sien in dié verband die stelling van Dickens in par 51 hierbo.

²⁷¹ 1980 *Ethics* 6 18.

²⁷² *Ibid.*

privacy, autonomy, and responsibility" (eie kursivering).

Dit is dan hierdie geborgenheid wat as basis behoort te dien vir 'n groot mate van gesinsoutonomie en die verlening van uitgebreide verantwoordelikhede aan die gesin vir die ontwikkeling van kinders, asook die siening dat die ouers geag word aan die hoof te staan van die gesin.²⁷³ Hy verklaar:²⁷⁴

"Via intimate relationships, one transcends abstract and rather impersonal associations with others and enters personal and meaningful relationships or unions. Such relationships are meaningful because of the impersonal commitments to others which are constitutive of such relationships" (eie kursivering).

Vir die meeste mense is sodanige verhoudings nie net sentraal tot die definiering van wie hy/sy is nie, maar sal die menslike bestaan minder of selfs geen betekenis inhoud indien die handhawing daarvan bedreig word nie.²⁷⁵ Vanweë die belang van hierdie verhoudings op die selfbeeld en betekenisvolle bestaan van meeste mense, behoort die staat hoë maatstawwe neer te lê alvorens daarmee ingemeng word.²⁷⁶ Hy verklaar verder:

"So, rather than arguing that we have a moral right to family autonomy or that we should have a positive legal right to such autonomy, I will be content in encouraging a kind of appreciation for the meaning of the family over and above the recognition of its accomplishments as an institution dedicated to the production of future citizens" (eie kursivering).

²⁷³ *Idem* 14.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.* Schoeman (*ibid*) verklaar: "Friendships, love, and family represent institutions in which intimacy is central to the relationships."

²⁷⁶ Sien die "clear-and-present-danger"-toets hierbo (g).

Schoeman meen dat wesenlike belange gedien word deur aan ouers die taak van besluitneming ten aansien van belangrike aspekte rondom die gesin toe te ken, selfs waar dit wat ter sprake is, neerkom op 'n konflik tussen die belang van die ouer en die kind. Hy verklaar:²⁷⁷

"I have been suggesting that if the state takes the attitude that conflicts within families are the same as conflicts anywhere, the state will be adding considerable impetus to the evolution of the family as a nonintimate structure."

5.8 Samenvatting

Die posisie onder die Suid-Afrikaanse Grondwet verskil in wesenlike opsigte van die EVRM, die Konvensie oor die Regte van die Kind en veral die Duitse reg. Dit is oorweldigend duidelik dat die kind as beskermingswaardige subjek *binne gesinsverband* gesien moet word.²⁷⁸

Die situasie in die Grondwet²⁷⁹ blyk 'n ontkenning te wees van die werkelikhed dat die gesinsverband waarbinne die kind hom bevind grondwetlik beskermbaar is en dat die kind so binne gesinsverband met fundamentele regte beklee kan word.²⁸⁰ Waar grondwetlike beskerming binne die gesinsverband aan die kind verleen word, word nie alleen die eiesortige aard van die gesin in publiekregtelike verband erken nie, maar word ook erkenning daaraan verleen dat die kind die sogenaamde *imbecillitas* in hom omdra sodat hy ook wat die bekleding met, en uitoefening van fundamentele regte betref, steeds ouerlike sorg en opvoeding behoeft. Hierdie oerwerklikheid word in die Duitse reg

²⁷⁷ 1980 *Ethics* 6 19.

²⁷⁸ Veral a 5 en par 5 en 6 Voorwoord tot die Konvensie oor die Regte van die Kind; sien bespreking par 5.3. Sien verder die bespreking van die saak *Government of the RSA v Grootboom and Others* 2000 1 SA 46 (KH) in par 5.6.

²⁷⁹ A 28(1)(b).

²⁸⁰ A 6 GG en Robinson 1992 *SA Publiekreg* 228 ev.

verdiskonter deur ten aansien van die fundamentele regte van kinders tussen die sogenaamde *Grundrechtsfähigkeit* en *Grundrechtmündigkeit* te onderskei.²⁸¹

Verder, kan gargumenteer word, word ook op die beginsel van *soewereiniteit in eie kring*²⁸² inbreuk gemaak. Benewens die regsteoreties onverantwoordbare inbreuk wat hierdeur op die beginsel van soewereiniteit in eie kring teweeg gebring word, kan die posisie in die Grondwet ook tot die nadeel van die kind lei. Terwyl die kind binne die gesinsverband as sosiale entiteit met 'n liefdesbestemming, op liefdesgekwalificeerde wyse van mediese sorg, veiligheid en skoolopleiding voorsien word, dra die staat as juridies bestemde entiteit wat geroepe is om die orde in die gemeenskap te verseker, se verpligtinge jeens die kind geensins dieselfde kwaliteit nie. Dit blyk dus dat die verskansing van kinderrechte binne die Suid-Afrikaanse konteks hoofsaaklik op die grondslag van tweedegenerasieregte, en buite gesinsverband om, nie regsteoreties verantwoordbaar is nie.

Wat die opvoedingsreg van die ouer betref, kan 'n spesifieke bepaling in die Grondwet tot die effek dat die gesin en gesinslewe beskerm word en dat die versorging en opvoeding van kinders die natuurlike reg en verantwoordelikheid van ouers is, dat dit primêr hulle verpligting is, dat die staat toesig hou oor die uitvoering van die ouerlike versorging en opvoeding en dat die beste belang van die kind die primêre oorweging is, dié verwarring uitskakel. Só 'n bepaling impliseer 'n verweefdheid van regte en verpligtinge.²⁸³ Die begrippe "versorging" en "opvoeding" dui dan op verpligtinge wat die ouers grondwetlik opgelê word. Bovermelde bepaling waarborg aan ouers die reg om hulle kinders self op te voed sonder ingrepe, beperkinge of die ontheffing daarvan

²⁸¹ Sien bespreking par 5 6 3.

²⁸² Sien bespreking hfst 3.

²⁸³ Robinson "Intreerede" (1993) 14.

deur die staat. Daarmee gee die bepaling egter nie te kenne dat die ouerlike reg onbeperkte kompetensies aan die ouers verleen nie. Die gemeenregtelike beskerming wat aan die kind gebied word deurdat die hof oppervoog oor alle minderjariges is, word in die Grondwet bevestig. Daarbenewens kan die belang van die kind ook verg dat hy aan die ouerlike sorg onttrek word.

Só 'n bepaling sal verder van die staat verg om deur ondersteunende maatreëls te poog om ouers tot verantwoordelike optrede jeens hulle kinders aan te spoor. Dit sal in pas wees met die beklemtoning van die gesin as die natuurlike en fundamentele bousteen van die gemeenskap. Wanneer ouers hulle nie by die maatreëls hou nie, kan hulle permanent van owerheidweë van hulle versorgings- en opvoedingsregte onthef word. In so 'n geval rus die verpligting dan op die staat om positief lewensomstandighede vir die gesonde opgroei van die kind te verskaf. Die toesighouding deur die staat blyk uit die bepaling aksessor van aard te wees. Sy funksie bestaan daarin dat hy die kind van nadeel moet bewaar, en hy sal slegs in die ouerlike opvoeding ingryp as daar objektief 'n gevraartoestand vir die kind se ontwikkeling of welsyn is.

Dit is sekerlik geen oordrywing nie om te sê dat binne die Suid-Afrikaanse politiek-maatskaplike milieu dit 'n saak van dringendheid geword het om opnuut en met spesifiek publiekregtelike perspektief oor die regposisie en beskerming van kinders te besin. Om dit egter buite die gesin om en met ontkenning van ouerlike opvoeding te doen, deug nie.

Vervolgens word die effek van 'n reg op respek vir die gesinslewe op die omgangsreg en die reg op inligting van ouers en hul minderjarige kinders ondersoek.

HOOFSTUK 6

EFFEK VAN RECTE TEN AANSIEN VAN DIE GESIN EN GESINSLEWE OP DIE OMGANGSREG EN REG OP INFLICTING VAN OUERS EN HUL MINDERJARIGE KINDERS

6 1 Inleiding

Artikel 8 EVRM waarborg die reg van elkeen op die eerbiediging van sy gesinslewe.¹ In hierdie hoofstuk word die effek van artikel 8 EVRM op die omgangsreg² en reg op inlichting van ouers en hul minderjarige kinders ondersoek.

Ondersoek word gedoen na die omgangsreg van die juridiese ouer³ asook derdes waaronder die vader van die buite-egtelike kind (wat die kind nie erken het nie),⁴ die grootouers,⁵ die sogenaamde sosiale ouer⁶ asook die spermadonor,⁷ pleegouers en ander derdes.⁸ Die vraag of die kind ook 'n omgangsreg het en of dit 'n wederkerige omgangsplig tot gevolg het vir die

¹ Sien hfst 1.

² Sien par 6 2 wat die terminologie betref.

³ Par 6 3 2 1.

⁴ Par 6 3 2 3(a).

⁵ Par 6 3 2 3(b).

⁶ Par 6 3 2 3(c).

⁷ Par 6 3 2 3(d).

⁸ Par 6 3 2 3(e).

persoon met wie die kind omgang verlang, word ook ondersoek.⁹ Vir die doel van die ondersoek word veral gekyk na die regsspraak van die EHRM en die situasie in Nederland in lig van die beslissings van die Hoge Raad (hierna HR) rondom die uitleg van artikel 8 EVRM waaronder genoemde probleemvrae aldaar tuisgebring word. Vervolgens word die reg op inligting van ouers en hul minderjarige kinders ondersoek, eweneens vanuit die oogpunt van artikel 8 EVRM en die uitleg daarvan deur die HR.¹⁰ Laastens word die posisie in Suid-Afrika onder die loep geneem vanuit die hipotese dat regte ten aansien van die gesin en gesinslewe 'n positiewe bydrae tot die ontwikkeling van bovenmelde aangeleenthede hier ter lande kan maak.

6 2 Terminologie

In Afrikaans word die begrip "toegangsreg"¹¹ gebruik om die reg of moontlike reg van 'n geskeide ouer ten aansien van sy kind en die ongehude vader ten aansien van sy buite-egtelike kind aan te dui. In die Engelse en Amerikaanse reg word die begrip "right of access" of soms "visitation right" gebruik.¹² Hierdie terminologie is nie 'n bevredigende beskrywing van dit waarom dit werkelik gaan nie. Dit beliggaam naamlik 'n te oorwegend ruimtelike konnotasie.¹³ In Nederland is tot 1971 van 'n "bezoekrech", in navolging van die Franse "droit de

⁹ Par 6 3 2 4.

¹⁰ Par 6 4.

¹¹ Sien bv Eckard "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - behoort die wetgewer in te gryp?" 1992 TSAR 122; Sonnekus en Van Westing "Faktore vir erkenning van 'n sogenaamde reg van toegang vir die vader van 'n buite-egtelike kind" 1992 TSAR 232; A 2(1) van die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike kinders 86 van 1997.

¹² Sien bv Brönnfin "Louisiana family law - the visitation rights of a non-custodial parent" 1984 *Tulane LR* 487.

¹³ Sien Labuschagne "Persoonlikheidsgoedere van 'n ander as regsoek: Opmerkinge oor die ongehude vader se persoonlikheids- en waardevormende reg ten aansien van sy buite-egtelike kind" 1993 *THRHR* 414; Labuschagne "Vaderlike omgangsreg, die buite-egtelike kind en die werklikheidsonderbou van geregtigheid" 1996 *THRHR* 181.

visite", gepraat. Sedertdien word die woord "omgangsrecht" gebruik.¹⁴ In Duitsland word verwys na "ein Umgangsrecht". Vroeër is die begrip "ein Verkehrsrecht" gebruik. Die begrippe "toegangsreg" en "right of access" is misleidend. Die omgangsreg is wesenlik 'n interaksiereg, wat in onderhawige verband, (gelyktydig) 'n reg van beide vader en kind is.¹⁵ Die begrip "omgangsreg" omvat beide die element van interaksie en die potensiaal tot konstruktiewe beïnvloeding en is gevoldiglik meer beskrywend en derhalwe te verkies.

6.3 Nederland

6.3.1 Inleiding

Die huidige reëeling betreffende die omgangsreg van ouers en hul minderjarige kinders word vervat in artikel 1:377 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek*,¹⁶ soos ingevoer deur die Wet van 6 April 1995.¹⁷ Kortlik dien egter gelet te word op die historiese aanloop tot hierdie wet en reëeling in die Nederlandse reg. In 1939 beslis die HR¹⁸ dat dit

"zeker in het belang zal zijn van het kind dat de band met den vader of moeder aan wie na de echtscheiding de voogdij niet is opgedragen, niet geheel word verbroken".

¹⁴ Doek "De 'definitieve' regeling van het omgangsrecht: een weerbarstige kwestie" 1992 *FJR* 26.

¹⁵ Sien Labuschagne 1993 *THRHR* 414 428-429; par 6.3.2.4.

¹⁶ Hierna egter bloot na verwys as *BW*.

¹⁷ *Stb* 240 1995; tree in werking op 2 November 1995. Sien vir 'n algemene bespreking: Boor "Traditioneel gezag in een 'moderne wet'. Omgang met en gezag over minderjarigen" 1995 *Nemesis* 103; Wortmann "Ouderlijk gezag en omgang" 1995 *FJR* 210; Van der Burght en Rood-de Boer *Personen- en Familierecht (Deel II)* (1998) 56D ev; Doek en Vlaardingerbroek *Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht* (1998) 149 ev.

¹⁸ HR 28 Aug 1939 *NJ* 948; Siemer "Omgaan met omgang; omgang anders dan na echtscheiding" 1993 *FJR* 11.

Met dié uitspraak word die reg op omgang tussen ouer en kind erken.¹⁹ Na die prinsipiële erkenning van 'n omgangsreg as 'n behoefte wat voortvloei uit die natuurlike band tussen ouers en kinders,²⁰ het die regsposisie verder vanuit hierdie natuurregteleke grondslag ontwikkel.²¹

In 1971 word die reg van omgang tussen die kind en die ouer wat na egskeiding nie met die ouerlike gesag²² toevertrou is nie statutêr vasgelê in artikel 1:161 lid 5 *BW*. Die toepassingsgebied van hierdie artikel was egter beperk tot omgang na egskeiding sodat die posisie van ouers in 'n samewoningsverhouding of dié van derdes nie hierdeur aangespreek is nie. Die toepassingsgebied word egter in 1977²³ deur die HR uitgebrei na twee ongehude ouers, maar onderhewig aan twee voorwaardes, naamlik:

- (a) Die kind wat uit die verhouding gebore is moet deur die vader *erken* word sodat daar tussen hulle 'n sogenaamde familieregteleke verhouding bestaan; en
- (b) daar moes 'n gesinsverhouding ('gezinsverband') tussen ouer en kind bestaan.²⁴

Hierdie twee voorwaardes beteken die bestaan van 'n verhouding vergelykbaar met 'n huwelijk sodat na die beëindiging van die samewoningsverhouding die verhouding tussen die ouer en die kind gelykgestel kan word aan die posisie na

¹⁹ Jacobs "Het Omgangsrecht in België en Nederland" 1996 *TP* 827 839.

²⁰ Doek 1992 *FJR* 26.

²¹ Jacobs 1996 *TP* 827 839.

²² Dié begrip is min of meer die ekwivalent van wat in die SA reg as beheer en toesig bekend staan.

²³ HR 26 Mei 1977 *NJ* 1977 417.

²⁴ Jacobs 1996 *TP* 827 839.

egskeiding.²⁵ Hierdie twee vereistes word in daaropvolgende regspraak met selfs groter soepelheid hanteer. In 1983 beslis die HR²⁶ dat die blote bestaan van 'n "gezinsband"²⁷ voldoende rede is om 'n omgangsreëling toe te staan. Jacobs²⁸ verklaar:

"Deze gezinsband heeft een ruimere betekenis dan het gezinsverband. Een gezinsband kan bestaan tussen ouder en kind zonder dat de ouders hebben samengewoond."

Dit blyk dus voldoende te wees dat die vader die kind erken het en die kind afwisselend by die ouers woon.²⁹ Later in 1985 word selfs weggedoen met die eerste voorwaarde, synde die bestaan van 'n familieregtelike verhouding deur erkenning van die kind deur die vader. Die HR³⁰ beslis dat erkenning van die kind deur die vader nie meer 'n vereiste is nie. Alhoewel hierdie uitspraak later uitdruklik deur die HR³¹ in heroorweging geneem is en die standpunt dat blote biologiese vaderskap voldoende is vir 'n omgangsreëling verwerp is, dien die *ratio* van die beslissing van die HR van 1985³² as basis vir verdere statutêre maatreëls en daaropvolgenderegspraak. Die HR³³ beslis naamlik die volgende

²⁵ *Ibid.*

²⁶ HR 28 Okt 1983 *NJ* 1984 764.

²⁷ Par 5 4.

²⁸ *Ibid.* In 'n noot tot dié beslissing van die HR verklaar Luijten par 2 ook: "De term 'gezinsverband' wijst duidelijk op een samenwoning van ouders en kind; de term 'gezinsband' is echter ruimer en zou niet noodzakelijk samenwoning omvatten. Zijn zou slechts op een zekere verbondenheid van ouders en kind wijzen en aldus zou de term 'gezinsverband' van het begrip 'gezinsband' slechts een species zijn."

²⁹ *Ibid.*

³⁰ HR 22 Feb 1985 *NJ* 1986 3. Sien bespreking deur Hammerstein-Schoonderwoerd "De betekenis van art 8 EVRM voor het familierecht" 1990 *NJB* 816.

³¹ HR 10 Nov 1989 *NJ* 1990 628; HR 5 Junie 1998 *NJ* 1999 129.

³² HR 22 Feb 1985 *NJ* 1986 3.

³³ *Ibid.*

aangaande die (nuwe) uitgangspunt by die vasstelling van 'n omgangsreëling.³⁴

"Uitgangspunt daarbij moet zijn dat uit het in art 8 eerste lid Europees Verdrag mensenrechten voor 'een ieder' neergelegde 'recht op eerbiediging van zijn gezinsleven' voortvloeit dat een ieder van wie op grond van de omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat hij tot een kind in zodanige betrekking staat of heeft gestaan dat hij met dit kind een 'gezinsleven' (vertaling van: *vie familiale/family life*) in de zin van deze verdragsbepaling heeft, in beginsel, wanneer het kind niet met hem samenwoont, gerechtigd is met het kind regelmatig omgang of althans contact te hebben."

Hiermee word weggedoen met die oorspronklike twee voorwaarde soos hierbo deur die HR uiteengesit en word in die plek daarvan voortaan die kriterium van die bestaan al dan nie van 'n gesinslewe ("family life") binne die konteks van artikel 8 EVRM gestel.

6 3 2 Omgangsreg na Wet van 6 April 1995

6 3 2 1 Omgangsreg van juridiese ouer

Deur die Wet van 6 April 1995 is die omgangsreëling in die *BW* van artikel 1:161(a)³⁵ verskuif na artikel 1:377a en f van die nuwe titel 15. Artikel 1:377a bepaal:

- "1. Het kind en de niet met het gezag belaste ouder hebben recht op omgang met elkaar.
- 2. De rechter stelt op verzoek van de ouders of van één van hen, al dan niet voor bepaalde tijd, een regeling inzake de uitvoering van het omgangsrecht vast dan wel ontzegt, al dan niet voor bepaalde tijd, het recht op omgang.
- 3. De rechter ontzegt het recht op omgang slechts, indien:
 - a omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of

³⁴ Par 3 4.

³⁵ Vir bespreking van a 1:161 en agtergrond tot die nuwe wet sien Holtrust en Sevenhuijsen "Nieuw Wetsvoorstel Omgangsrecht" 1986 *NJB* 545 ev.

- b de ouder 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 heeft doen blijken, of
- d omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

4. Tot kennisneming van de in dit artikel bedoelde verzoeken is de rechbank bevoegd. Indien evenwel een procedure inzake gezagstoewijzing bij de kantonrechter aanhangig is, kan een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling in verband daarmee aan de kantonrechter worden gedaan."

Hieruit is dit duidelik dat elke ouer wat in 'n familieregtelike verhouding met die kind staan (juridiese ouer), voortaan op grond van artikel 1:377a 'n omgangsreg kan vorder.³⁶ Jacobs³⁷ verklaar ten aansien van die bestaan van só 'n familieregtelike verhouding soos volg:

"Deze familierechtelijke relatie is aanwezig wanneer het ouderschap juridisch is vasgesteldt, niet alleen door huwelijk, maar ook door erkenning."

Dié onderskeid tussen artikel 1:377a en artikel 1:377f *BW*, wat hieronder behandel word,³⁸ is onlangs duidelik deur die HR³⁹ uiteengesit. Die HR bevestig⁴⁰ dat waar die biologiese vader, in dié geval die spermdonor, die kind wat deur sy saad verwek is, erken, daar in beginsel 'n gesinslewe (*ex lege*) tussen die vader en die kind tot stand kom en dat artikel 1:377a *BW* die situasie dan reguleer. As synde die juridiese ouer (deur erkenning) het die vader en kind gevvolglik 'n reg op omgang met mekaar.

Hierdeur word die reikwydte van die omgangsreëling uitgebrei en beslis

³⁶ Jacobs 1996 *TP* 827 840; Wortmann 1995 *FJR* 210.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Par 6 3 2 3.

³⁹ HR 26 Nov 1999 *NJ* 2000 85.

⁴⁰ Sien bespreking van saak par 6 3 2 3(d).

losgemaak van die egskeidingsituasie hierbo vermeld.⁴¹ Vir elke juridiese ouer wat nie gesag oor die kind het nie geld 'n prinsipiële en fundamentele reg op omgang. Op versoek van die ouers of een van hulle, stel die regter dus vir 'n bepaalde tyd 'n omgangsreëling vas. Sodanige reg kan 'n ouer ontsê word indien een van die geformuleerde weieringsgronde in artikel 1:377 lid 3 BW opgeneem, aanwesig is.⁴²

6 3 2 2 Grondslag van omgangsreg: Ouerlike gesag en artikel 8 EVRM

Die omgangsreg van die ouer vorm 'n onderdeel van sy ouerlike gesag.⁴³ Om aanspraak te kan maak op 'n prinsipiële reg van omgang soos vasgestel in artikel 1:377a BW moet die ouer egter die juridiese ouer wees.⁴⁴ Artikel 1:377a is dus ook van toepassing op die ongehude vader *wat die kind erken het*, asook die ouer uit wie se sorg die kind geneem is. Die ouer bly ook nadat die kind in 'n instelling of pleegsorg geplaas is, ontvanklik vir 'n aansoek om omgang met die kind, wat in belang van die kind toegestaan of geweier kan word.

Ouerlike gesag is 'n essensiële bestanddeel van die konsep "gesinslewe" in artikel 8 EVRM.⁴⁵ Eweneens is 'n essensiële element van gemelde konsep die samesyn

⁴¹ Van der Burgh en Rood-de Boer 561 ev.

⁴² In die literatuur word kritiek uitgespreek teen die vermelde vier weieringsgronde. In wese kan dit tot twee gereduseer word, nl: (1) indien 'n omgangsreëling teen die beste belang van die kind sou wees; en, (2) indien 'n kind van 12 jaar of ouer daarteen beswaar maak. Sien Van Wamelen "Omgang, informatie en consultatie" 1993 FJR 158.

⁴³ Jacobs 1996 TP 827 850 verklaar: "Het omgangsrecht is immers een onderdeel van het gezag en word rechtstreeks ontleend aan het feit van de bestaande gezagsverhouding tussen ouder en kind." Hy verklaar verder (*ibid*): "Hoewel de wet van 1995 het omgangsrecht van de ouders vastknoopt aan het ouderlijk gezag, kan niet bewijs worden dat het dieperliggend motief voor het omgangsrecht van de ouder as een fundamenteel menserecht gelegen is in de natuurlike afstammingsband."

⁴⁴ *Idem* 851. Vir verduidelikking van die begrip "juridiese ouerskap" sien par 6 3 2 1.

⁴⁵ *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHMR 175; sien bespreking hfst 5 par 5 2 1.

tussen ouer en kind. Die EHRM verklaar in *Olsson v Sweden*:⁴⁶

"The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life; furthermore, the natural relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care."⁴⁷

Wanneer die samewoning tussen ouer en kind onmoontlik word, bring dit nie die gesinslewe tussen hulle tot 'n einde nie. Mosselmans⁴⁸ verklaar:

"Contacten tussen ouders en kinderen blijven wesenlijk en moeten ze optimaal als mogelijk gehandhaaf blijven."⁴⁹

In die regsspraak van die EHRM word die weiering van die vasstelling van 'n omgangsreëling gesien as 'n inbreukmaking op die gesinslewe wat net geregtig kan word op die basis van artikel 8(2) EVRM. Benewens die feit dat artikel 8 primêr negatief werk in die sin dat dit beskerming bied teen onregmatige inmenging in die gesinslewe deur owerheidsinstellings, werk dit ook positief deur 'n positiewe verpligting op die owerheid te plaas om toe te sien dat die gesinslewe verder kan bly voortbestaan na skeiding, waarvoor 'n omgangsreg fundamenteel is.⁵⁰

In 1982⁵¹ word aan die Kommissie 'n klagte voorgele aangaande die

⁴⁶ (1989) 11 EHRR 259 283 par 59.

⁴⁷ Sien ook vroeër in *B, H, O, R, W v UK* (1988) 10 EHRR 87 95 82 74 en 29 onderskeidelik; *Eriksson v Sweden* EHRM (1990) 12 EHRR 183. Vir wat onder die konsep "gesinslewe" verstaan word, sien hfst 2.

⁴⁸ "Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van, ouders en hun minderjarige kinderen: Het EVRM 'The recommendations on parental responsibilities' en het I V R K als leidraad?" 1997 TP 543 581.

⁴⁹ Sien ook Vanlerberghe "Omgangsrecht in het licht van Artikel 8 EVRM" 1990 *Jura Falconis* 149 151.

⁵⁰ *Idem* 154.

⁵¹ *Hendriks v Netherlands* aansoek no 8427/78 (1982) DR 29 5.

omgangsreg van 'n geskeide vader in Nederland. Gemelde vader probeer al tien jaar om 'n omgangsreëling met sy seun te kry welke versoek afgewys is vanweë verset daarteen deur die moeder en stiefvader om bepaalde redes. Die Kommissie is van oordeel dat

"the present state [LW op daardie stadium] in the Netherlands does not as such provide for the legal safeguards required by article 8 of the Convention to ensure that contact between a divorced parent not having custody and his or her child exists as a matter of right".⁵²

Siemer⁵³ verklaar:

"Het omgangsrecht self word weliswaar niet genoemd in artikel 8 EVRM maar uit rapport van de Commissie in de zaak Hendriks kan worden afgeleid dat het recht op omgang als het ware opgesloten ligt in, en voortvloei uit het in artikel 8 genoemde recht op eerbiediging van het gezinsleven."

Doek en Vlaardingerbroek⁵⁴ sluit wat die nuwe Nederlandse reëling betref hierby aan as hulle verklaar:

"De wet (artikel 1:377a BW) formuleert als uitgangspunt dat het kind en zijn niet met het gezag belaste ouder recht op omgang met elkaar hebben. Dit recht is, ... gebaseerd op het recht op eerbiediging van het gezinsleven (family life), artikel 8 EVRM."

6 3 2 3 Ander persone (Derdes)

Ander persone wat nie die juridiese ouer van die kind is nie (inluitende die biologiese vader wat die kind nie erken het nie) moet 'n beroep doen op artikel 1:377f BW ten einde 'n omgangsreg te vorder. Artikel 1:377f BW lui:

⁵² Aansoek no 8427/78 (1982) DR 29 5.

⁵³ "Omgaan met omgang; omgang anders dan na echtscheiding" 1993 FJR 11.

⁵⁴ *Jeugdrecht en Jeugdhulpverleningsrecht* (1998) 150.

- "1. Onverminderd het bepaalde in artikel 377a, kan die rechter op verzoek een omgangsregeling vaststellen tussen het kind en degene die *in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind*. De rechter kan het verzoek afwijzen indien het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet of indien het kind, dat twaalf jaar of ouder is, bezwaar maakt.
2. Het bepaalde in de artikelen 377a, vierde lid, 377d en 377e van dit boek is van overeenkomstige toepassing" (eie kursivering).

Aan derdes word slegs 'n reg op omgang verleen indien hy kan aantoon dat hy in 'n "nauwe persoonlijke betrekking" met die kind staan.⁵⁵ Die begrip "nauwe persoonlijke betrekking" is as konsep 'n vertaling van die konsep "family life" soos vervat in artikel 8 EVRM.⁵⁶ Die regsspraak sal hom dus vir die uitleg van "nauwe persoonlijke betrekking" kan wend tot die uitleg van "family life" deur die EHRM. Of die versoek van die persoon toegestaan sal word, word beoordeel in die beste belang van die kind of indien 'n kind van 12 jaar of ouer beswaar maak.⁵⁷ Wat die posisie van derdes onder artikel 1:377f BW betref, word vir doeleinades van die ondersoek verder gekonsentreer op die spesifieke posisie van die ongehude biologiese vader wat die kind nie erken het nie, die posisie van die grootouer, die sosiale ouer asook dié van die sogenaamde spermadonor. Vervolgens sal wanneer die posisie van derdes bespreek word, aandag geskenk word aan die betekenis van "family life" as synde die ekwivalent van die konsep "nauwe persoonlijke betrekking" as grondslag vir 'n omgangsreg vir bovermelde persone.

⁵⁵ Jacobs 1996 *TP* 827 860 verklaar: "Onder de toepassing van de Nederlandse wetgeving dient eenieder, *met uitzondering van de juridische ouder*, aan te tonen dat hij een gezinsleven heeft met het kind opdat zijn eis tot omgangsrecht ontvankelijk zou zijn."

⁵⁶ *Idem* 842; sien regsspraak hieronder behandel par (a)-(e). Die Memorie van Toelichting Tweede Kamer 1992-93 23012 nr 28 verwys dan ook by bovermelde begrip na die regsspraak van die EHRM. Volgens Wortmann 1995 *FJR* 210 215 sal hieronder ressorteer grootouers, broers en susters, gewese pleegouers en die verwekker van die kind.

⁵⁷ A 1:377f *BW*.

(a) Biologiese ouer (nie-juridiese ouer)

Die begrip of konsep "nauwe persoonlike betrekking" maak dit nie onomwonne duidelik wie op 'n omgangsreg ingevolge artikel 1:377f *BW* geregtig is nie. Ten einde inhoud aan dié konsep te gee, is dit nodig om die regsspraak te ontleed. In teenstelling met 'n konsep soos "bloedband", wat as 'n biologiese gegewe nie vatbaar is vir uitleg, kry die konsep van "family life" of gesinslewe as ekwivalent van "nauwe persoonlike betrekking" slegs betekenis deur die uitleg daarvan. In 1985 het die HR,⁵⁸ soos hierbo vermeld,⁵⁹ die weg gebaan vir die vereiste van die bestaan van 'n gesinslewe as grondslag vir die toekenning van 'n omgangsreg. Volgens die HR⁶⁰ is dit (alhoewel die HR sy beslissing later in heroorweging neem)

"in het licht van art 14 Verdrag onverschillig of de betrekking tot het kind berust op wettig ouderschap, op een erkenning, op biologisch ouderschap of op een andere relatie die voor de toepassing van art 8 met die voorgaande op één lijn kan gesteld worden".

Deur sodanige formulering word 'n groot groep persone ontvanklik verklaar vir 'n versoek tot omgang. Nie alleen die juridiese ouer nie, maar ook die biologiese ouer word uitdruklik vermeld as 'n ouer wat op omgang geregtig is. Bowendien sluit die hof sy opsomming af met 'n baie algemene en ruim formulering, naamlik "een andere relatie". Met die begrip word sosiale ouerskap bedoel, dit wil sê 'n ouer wat die sorg en verantwoordelikheid van die kind op hom neem of deel met die biologiese ouer ongeag of hulle van dieselfde geslag is of nie.⁶¹

⁵⁸ HR 22 Feb 1985 *NJ* 1986 3. Vir bespreking sien Heida "Omvangsrecht na verbroken concubinaat" 1985 *NJB* 647.

⁵⁹ Par 6 3 1.

⁶⁰ Par 4.

⁶¹ Jacobs 1996 *TP* 827 861; Willems "Ouderlijke macht van ongehuwden" 1986 *NJB* 607.

Deur die letterlike vermelding van "biologiese ouerskap" in die beslissing van 1985, was die vader voortaan bloot op grond van sy genetiese verwantskap omgangsgeregtig. Die feit dat die verwekker voortaan enkel op die basis van die biologiese band geag word 'n gesinslewe met die kind te hê, het hewige kritiek ontlok.⁶² Die begrip "gezin" is immers 'n outonome begrip wat onafhanklik van die nasionale reg van die verdragstate uitgelê moet word. Dit impliseer dat die nasionale wetgewer en Howe dié begrip nie volgens eie insig kan uitbrei of beperk nie.⁶³ Sodoende moes biologiese ouerskap die verdragsgretelike toets⁶⁴ deurstaan om as "gesinslewe" in aanmerking te kon kom.⁶⁵

Op 10 November 1989 gaan die HR⁶⁶ dan ook terug op sy uitspraak in 1985 dat blote biologiese vaderskap voldoende is vir 'n omgangsreg.⁶⁷ Die direkte rede hiervoor was die beslissing van die EHRM in *Berrehab v Netherlands*.⁶⁸ In die lig van dié beslissing word die omgangsreg van die biologiese vader deur die HR heroorweeg en word "bijkomende omstandigheden"⁶⁹ voortaan vereis alvorens die bestaan van 'n gesinslewe aangemerkt sal word. Die HR beslis dat naas die verwekkerskap ook die aard van die verhouding tussen die verwekker en die moeder 'n invloed sal hê op die bestaan al dan nie van 'n gesinslewe tussen die vader en die kind. In die *Berrehab-saak*⁷⁰ was daar 'n wettige huwelik.⁷¹ Die

⁶² Pessers "Het gezinsleven van de spermadonor" 1989 *NJB* 416; Hammerstein-Schoonderwoerd "De betekenis van art 8 EVRM voor het familierecht" 1990 *NJB* 816.

⁶³ Broekhuijzen-Molenaar "Spermadonor en omgang" 1990 *FJR* 30; Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis* 147.

⁶⁴ Uitleg van a 8 gesinslewe deur EHRM.

⁶⁵ Broekhuijzen-Molenaar 1990 *FJR* 30; hfst 2 par 2 2 5.

⁶⁶ *NJ* 1990 628.

⁶⁷ Doeck en Vlaardingerbroek 151; Hammerstein-Schoonderwoerd 1990 *NJB* 816.

⁶⁸ (1989) 11 EHRR 322. Sien bespreking van feite hfst 4 par 4 2 2(p); Siemer 1993 *FJR* 11 12.

⁶⁹ Par 3 4.

⁷⁰ (1989) 11 EHRR 322.

HR⁷² erken, analogies tot vermelde saak, 'n saamwoonverhouding wat in voldoende mate op dieselfde lyn gestel kan word as 'n huwelik, as 'n gesinslewe.

Benewens die verhouding tussen die ouers, kan ook die verhouding tussen die kind en die biologiese vader na geboorte, 'n gesinslewe meebring. Hiervoor moet daar, na geboorte, voldoende feitelike omstandighede aanwesig wees waaruit blyk dat 'n "nauwe persoonlike betrekking" tussen vader en kind aanwesig is. Deur die vereiste van bykomende omstandighede aanvullend tot biologiese ouerskap, kon die verwekker nie langer op grond van die genetiese band alleen omgang vorder nie. Jacobs merk op:⁷³

"Hierdoor werd recht gedaan aan het begrip family life. De gelijkschakeling van de biologische afstamming met een gezinsleven was hoe dan ook in strijd met de ware betekenis en inhoud van een gezinsleven."

Die EHRM het verder na aanleiding van twee sake die geleentheid gehad om die begrip "bijkomende omstandigheden" uit te lê. Uit *Keegan v Ireland*⁷⁴ blyk dat ook wanneer die verhouding tussen die vader en die moeder vóór die geboorte van die kind verbrokkeld tot niet gaan, daar tog moontlik sprake kan wees van 'n gesinslewe tussen die vader en die kind. Die gesinslewe word afgelei uit die verhouding wat die verwekker (vader) en die moeder in die verlede gehad het en die feit dat die verwekking van die kind die resultaat was van 'n bewuste keuse van beide. Aan die ander kant sou mens hieruit kon aflei dat alleen in gevalle van vlugtige verhoudings of kortstondige kontak voor geboorte en waar daar geen sprake is van 'n gewenste swangerskap nie, daar geen gesinslewe sal

⁷¹ Sien volledige bespreking van saak hieronder in bespreking van HR 5 Junie 1998 NJ 1999 129.

⁷² Par 3 3.

⁷³ 1996 TP 827 862.

⁷⁴ (1994) 18 EHRR 342 - sien volledige bespreking van feite in hfst 2 par 2 2 3(i)(e) asook bespreking van die resente beslissing van die HR op 5 Junie 1998 NJ 1999 129 hieronder.

wees nie. Uit *Kroon v Netherlands*⁷⁵ blyk weer dat alhoewel samewoning in die algemeen noodsaaklik is alvorens gepraat kan word van 'n gesinslewe, daar nogtans in uitsonderlike omstandighede en aan die hand van ander feite aangetoon kan word dat die nodige "duurzaamheid" aanwesig is om 'n gesinslewe tot gevolg te hê. *In casu* het die betrokkenes saam vier kinders gehad.⁷⁶

In Nederland het 'n vader van 'n buite-egtelike kind (wat nie deur die vader erken is nie) in 1991 aansoek gedoen vir 'n omgangsreg. Die partye het vir ongeveer vier jaar 'n verhouding gehad en het met tydperke van onderbreking saamgewoon. In Julie 1989 word 'n dogter uit dié verhouding gebore. Een dag voor die geboorte het die moeder die verhouding met die vader verbreek. Die vader het die dogter na haar geboorte vir 'n tydperk van sewe weke daagliks in die hospitaal besoek maar het na 6 September 1989 geen kontak meer met haar gehad nie. Die HR⁷⁷ beslis dat die besoeke van die vader nie tot gevolg gehad het dat 'n voldoende "nauwe persoonlike band"⁷⁸ tussen vader en kind ontstaan het sodat dit as 'n gesinslewe binne die konteks van artikel 8 EVRM aangemerkt kan word nie. Verder beslis die HR⁷⁹ dat selfs indien 'n gesinslewe toe aanwesig sou wees dit sedertdien in elk geval tot 'n einde gekom het.⁸⁰

⁷⁵ (1995) 19 EHRR 263.

⁷⁶ Sien volledige bespreking hfst 2 par 2 2 3(i)(e) asook in die bespreking hieronder van HR 5 Junie 1998 NJ 1999 129.

⁷⁷ HR 24 April 1992 NJ 1992 478.

⁷⁸ Par 3 3.

⁷⁹ Par 3 4.

⁸⁰ Volgens A-G Moltmaker in advies aan die HR, is die vraag na die bestaan van 'n gesinslewe 'n feitevraag. Hy verklar par 2 1 2: "Of in een concreet geval de omstandigheden toereikend zijn om van 'family life' te kunnen spreken, zal telkens afhangen van de waardering van de omstandigheden door de rechter die over de feiten oordeel." Hy meen dat oor die vraag of daar *in casu* 'n noue persoonlike band tot stand gekom het 'n mens van mening kan verskil.

'n Onlangse beslissing van die HR in dié verband was in 1998.⁸¹ Dit word vervolgens volledig behandel vanweë die belang daarvan vir die onderhawige ondersoek.⁸² In hierdie saak het die volgende feitestel sig voorgedoen: Die partye het vanaf middel 1993 tot en met Augustus 1996 'n verhouding gehad. Uit dié verhouding is in 1995 'n kind gebore. Die vader van die kind het die hof genader om 'n bevel vir die vestiging van 'n omgangsreg tussen hom en die kind. Die vader het die kind nooit erken nie. Die moeder is vanregsweë belas met die ouerlike gesag oor die kind. Die vader is in 1995 as voog benoem. Die vader voer aan dat daar tussen hom en die kind sprake is van 'n gesinslewe soos bedoel in artikel 8 van die EVRM. Die moeder ontken dat daar ooit sodanige gesinslewe tussen die vader en kind tot stand gekom het. Indien daar egter wel op 'n stadium sprake daarvan was, het dit deur tydsverloop tot 'n einde gekom. Die moeder ontken dat die vader ooit met haar en die kind saamgewoon het. Daarbenewens meen sy dat 'n omgangsreg nie in die beste belang van die kind sou wees nie. Sy voer aan dat die man weinig tot geen belang in die kind getoon het. Die kind het verder 'n gehoorprobleem wat 'n spesiale benadering tot interaksie vereis waartoe die vader nie in staat is nie. Die volgende bykomstige feite is van belang: Die vader was aanwesig by die bevalling en het die moeder tot en met die verbreking van die verhouding in Augustus 1996 gereeld besoek. Die vader het by enkele geleenthede die kind se doek omgeruil en by 'n enkele geleentheid die kind opgepas. Die moeder het by verskillende geleenthede telefoniese kontak met die vader gehad betreffende die kind se gehoorprobleem en die operasie wat in dié verband beoog is; die kind was een jaar oud toe die verhouding tussen die vader en moeder verbreek is; die versoek tot 'n omgangsreg is nege maande na die verbreking van die verhouding ingedien.

⁸¹ 5 Junie 1998 NJ 1999 129.

⁸² Vir volledige vonnisbesprekking sien Van der Linde "Hoge Raad 5 Junie 1998 NJ 1999 129 - Begrensing van die omgangsreg van die biologiese vader met sy natuurlike kind: Blote biologiese vaderskap onvoldoende" 1999 DJ 181.

Die verhoorhof verwys na artikel 1:377f *BW* wat bepaal dat 'n omgangsreg op versoek vasgestel kan word tussen 'n kind en 'n persoon wat in 'n noue persoonlike verhouding tot die kind staan, tensy sodanige vasstelling strydig sou wees met die belang van die kind. Wat die vader se versoek betref, vereis die verhoorhof dat hy, naas biologiese vaderskapsbande, voldoende bykomende omstandighede moet meld waaruit blyk dat hy in 'n noue persoonlike verhouding met die kind staan, oftewel (in die bewoording van artikel 8 EVRM) dat daar 'n band tussen hom en die kind bestaan wat aangemerkt kan word as "vie familiæ/family life/gesinslewe" in die sin van vermelde artikel.⁸³ Die omstandighede hierbo vermeld, word nie as voldoende aanduiding van die bestaan van so 'n gesinslewe beskou nie en die aansoek word van die hand gewys. Die vader beroep hom in finale instansie op die HR.

Dit is dan ook artikel 8 EVRM wat as basis dien vir die aansoek *in casu* en die vader steun (op appèl) veral op vier uitsprake van die EHRM, wat die uitleg van vermelde artikel betref. Sy vernaamste argument⁸⁴ is dat blote biologiese ouerskap voldoende is vir 'n omgangsreëling.⁸⁵ Tweedens stel die vader dit dat indien blote biologiese vaderskap onvoldoende is om 'n gesinslewe daar te stel, daar voldoende bykomende omstandighede aanwesig was om 'n gesinslewe aan te neem.⁸⁶ Ten aansien van die eerste argument word aangevoer dat die HR verkeerdelik in sy uitspraak van 10 November 1989⁸⁷ uit die beslissing van

⁸³ Par 6.

⁸⁴ Sien middel 1 par 5.

⁸⁵ Vgl HR 10 Mei 1985 *NJ* 1986 5; HR 15 Julie 1985 *NJ* 1986 6; HR 16 Mei 1986 *NJ* 1986 627.

⁸⁶ Middel II par 25.

⁸⁷ *NJ* 1990 628. Sien ook HR 22 Okt 1993 *NJ* 1994 153: In die saak volg die HR sy vroeëre beslissing van 1989 en verklaar (Par 3 2): "Wordt een kind geboren uit een relatie die in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn valt te stellen, dan moet worden aangenomen dat de enkele geboorte tussen dat kind en zijn beide ouders een als 'vie familiæ/family life' in die sin van artikel 8 EVRM aan te merken betrekking doet ontstaan, ook als die geboorte plaatsvindt nadat de samenleving tussen de ouders definitief is verbroken."

*Berrehab v Netherlands*⁸⁸ afgelei het dat die vraag of daar 'n gesinslewe bestaan tussen vader en kind "aankom op die aard van die relatie tussen de vader en moeder, waaruit het kind is geboren".⁸⁹

In *Berrehab v Netherlands*⁹⁰ is die eerste applikant (die vader), 'n burger van Marokko, 'n verblyfpermit geweier na die ekskelding met sy Nederlandse vrou. Die tweede applikant is sy dogter, wat by haar moeder gewoon het. Oor die bestaan van 'n gesinslewe tussen applikante beslis die hof:⁹¹

"The Court likewise does not see cohabitation as a *sine qua non* of family life between parents and minor children. It has held that the relationship created between the spouses by a lawful and genuine marriage ... has to be regarded as family life ... It follows from the concept of family on which art 8 is based that a child born of such union is ipso jure part of that relationship; hence from the moment of the child's birth and by the very fact of it there exists between him and his parents a bond amounting to 'family life', even if the parents are not then living together" (sie kursivering).

Hieruit lei die HR⁹² (volgens applikant *in casu* verkeerdelik) af dat indien daar nie sprake is van 'n huwelik of 'n verhouding wat daarmee vergelyk kan word nie, die biologiese vader besondere omstandighede moet aanvoer waaruit 'n gesinslewe blyk, alvorens 'n omgangsreëling toegestaan sal word.⁹³ Gemelde beslissing⁹⁴ is sedertdien in resente uitsprake van die HR gevolg.⁹⁵ In

⁸⁸ (1989) 11 EHRR 322.

⁸⁹ HR 5 Junie 1998 NJ 1999 129 par 10.

⁹⁰ (1989) 11 EHRR 322 par 21.

⁹¹ 329 par 21.

⁹² HR 10 Nov 1989 NJ 1990 628.

⁹³ Par 10. Tale skrywers het kritiek op dié uitspraak gelewer en meen dat uit die *Berrehab*-saak (1989) 11 EHRR 322 alleen afgelei kan word dat 'n wettige huwelik tussen man en vrou voldoende is vir die daarstelling van 'n gesinslewe.

⁹⁴ 10 Nov 1989 NJ 1990 628.

⁹⁵ HR 22 Des 1995 NJ 1996 419.

laasgenoemde beslissing⁹⁶ is in die aansoek verder swaar gesteun op *Keegan v Ireland*⁹⁷ en *Kroon v Netherlands*.⁹⁸

Uit dié twee uitsprake van die EHRM lei skrywers af dat daar meer geredelik tot 'n bevinding van 'n gesinslewe gekom moet word en dat 'n biologiese vader slegs in buitengewone omstandighede nie op 'n omgangsreëling geregtig sou wees nie. Só verklaar Loenen byvoorbeeld:⁹⁹

"Beide uitspraken tesamen lijken te suggereren dat alleen een verwekker die uitsluitend een zeer vluchtig contact met de moeder heeft gehad geen aanspraak kan maken op het bestaan van enig gezinsleven."¹⁰⁰

Tog bevind die HR¹⁰¹ dat blote biologiese vaderskap nie voldoende is nie en volg dus die vroeëre beslissings van die HR wat inhoud dat die verhouding tussen die vader en die moeder 'n beslissende faktor is.

Die vader *in casu*¹⁰² steun eweneens op die Kroon en Keegan-sake,¹⁰³ die standpunt van gemeide skrywers asook op twee meer resente beslissings van die EHRM in *Boughanem v France*¹⁰⁴ en *C v Belgium*.¹⁰⁵ In *Boughanem v*

⁹⁶ HR 22 Des 1995 NJ 1996 419.

⁹⁷ (1994) 18 EHRR 342.

⁹⁸ (1995) 19 EHRR 263.

⁹⁹ 1995 *Nemesis* 14-15.

¹⁰⁰ Sien verder De Bruijn-Lückers "Invulling van het concept 'Gezinsleven'" 1995 *NJCM-Bulletin* 40-41.

¹⁰¹ HR 22 Des 1995 NJ 1996 419.

¹⁰² HR 5 Junie 1998 NJ 1999 129.

¹⁰³ (1995) 19 EHRR 263; (1994) 18 EHRR 342.

¹⁰⁴ (1996) 22 EHRR 228 par 35.

¹⁰⁵ 7 Aug 1996 EHRM NJ 1997 540.

France¹⁰⁶ beslis die hof:

"The Court considers that the Government's doubts as to the reality of family ties between Mr Boughanemi and Miss S are not wholly unfounded. ... The concept of family life on which article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate. Although that tie may be broken by subsequent events, this can only happen in exceptional circumstances. In the present case neither the belated character of the formal recognition nor the applicant's alleged conduct in regard to the child constitutes such a circumstance."

Uit die woorde "the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is legitimate" moet volgens die vader *in casu* afgelei word dat die verhouding tussen vader en moeder nie die uitgangspunt moet wees vir die beoordeling van die vraag of daar 'n gesinslewe tussen die vader en die kind bestaan nie. Die uitsluitlike vraag is na die band tussen die vader en die kind self, welke band deur die blote verwekking van die kind ontstaan. Die stel van bykomende vereistes deur die HR¹⁰⁷ is instryd hiermee.

Ten aansien van die beoordeling van die relevante geskilpunt vermeld advokaat-generaal Moltmaker¹⁰⁸ (in advies aan die HR) die volgende:

- (a) Uit voorafgaande beslissings van die HR¹⁰⁹ blyk dat blote biologiese vaderskap nie voldoende is nie, maar (aan die ander kant) selfs al was daar nooit enige kontak tussen die biologiese vader en kind nie, kan daar tog van gesinslewe tussen hulle sprake wees, inaggenome die aard en bestendigheid van die verhouding tussen die vader en die moeder vóór

¹⁰⁶ (1996) 22 EHRR 228 par 35.

¹⁰⁷ 10 Nov 1989 NJ 1990 628; 22 Des 1995 NJ 1996 419.

¹⁰⁸ Conclusie Moltmaker par 2.

¹⁰⁹ HR 10 Nov 1989 NJ 1990 628; HR 22 Des 1995 NJ 1996 419; HR 22 Okt 1993 NJ 1994.

die geboorte van die kind.

- (b) Wat egter nooit hieruit afgelei moet word nie, is dat 'n goeie en bestendige verhouding tussen die vader en die moeder 'n noodsaaklike voorwaarde vir die bestaan van 'n gesinslewe tussen vader en kind vorm nie. Anders gestel, indien daar geen verhouding tussen die vader en die moeder was nie, of selfs slegs 'n vlugtige verhouding, kan die kontak tussen die vader en kind ná die geboorte van so 'n betekenis wees dat dit voldoende is om 'n gesinslewe tussen vader en kind tot gevolg te hê.¹¹⁰ In beide situasies word die vraag of daar 'n gesinslewe bestaan het beoordeel aan die hand van die feitelike waardering van die aard en bestendigheid van die vader en moeder se verhouding vóór die geboorte en/of die verhouding tussen die vader en die kind ná die geboorte.
- (c) Indien die EHRM¹¹¹ biologiese vaderskap as voldoende beskou het, is die vraag waarom die EHRM dan nie met só 'n eenvoudige vasstelling volstaan het nie. Die EHRM doen dit egter nie maar begin deur aandag te bestee aan die aard van die verhouding tussen die vader en die moeder vóór die geboorte. Aangesien daaroor twyfel bestaan, bestee die hof vervolgens aandag aan die omstandighede ná die geboorte en noem dan as eerste (en enigste) feit die latere erkenning van die kind en ag die feit kennelik voldoende.

Die HR¹¹² sluit in hoofsaak hierby aan en verduidelik dat nóg uit die bovermelde uitspraak van die EHRM nóg uit die ander uitsprake waarop *in casu* gesteun word, afgelei kan word dat die blote geboorte 'n gesinslewe tussen die

¹¹⁰ Sien veral in die verband HR 25 April 1997 NJ 1997 560 bespreking hieronder.

¹¹¹ *Boughanemi v France* (1996) 22 EHRR 228.

¹¹² 5 Junie 1998 NJ 1999 129 par 3 3.

biologiese vader en kind tot gevolg het. Die HR¹¹³ volstaan met sy bevinding¹¹⁴ dat die biologiese vader bykomende omstandighede moet aanvoer waaruit voortvloei dat daar tussen hom en die kind 'n band bestaan wat as 'n gesinslewe aangemerkt kan word.¹¹⁵ Die omstandighede *in casu* (insluitende die feit dat die vader as voog benoem is) dra nie voldoende gewig om tot die slotsom te raak dat daar 'n voldoende persoonlike verhouding tussen die vader en kind bestaan nie.¹¹⁶

In 'n nota tot die beslissing meen De Boer dat die beslissing onbevredigend is deurdat die omstandighede na sy mening voldoende is om 'n "nauwe persoonlike betrekking" tussen vader en kind daar te stel wat neerkom op die bestaan van 'n gesinslewe. Die vader het vir die grootste deel van drie jaar 'n seksuele verhouding met die moeder gehad - (weliswaar sonder samewoning) - en binne die drie jaar het die geboorte plaasgevind, waarby die vader aanwesig was.¹¹⁷

In 1997 het 'n aangeleentheid voor die HR gedien waar wel voldoende bykomende omstandighede aanwesig was om 'n gesinslewe binne die konteks van artikel 8 EVRM daar te stel.¹¹⁸ *In casu* het die partye 'n verhouding gehad waaruit 'n kind D in 1991 gebore is. Die man (verwekker) was by die geboorte aanwesig en het die geboorte aangemeeld. Hy het die kind egter nie erken nie. Die partye het sowel vóór as ná die geboorte van D die bedoeling gehad om 'n gesin te vorm. Met die oog daarop het hulle saamgewoon. Dié samewoning is enkele kere verbreek, maar telkens weer herstel totdat daar in Maart 1993 'n

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ 10 Nov 1989 NJ 1990 628.

¹¹⁵ Par 3 3.

¹¹⁶ Par 3 5.

¹¹⁷ Par 1.

¹¹⁸ HR 25 April 1997 NJ 1997 560.

finale breuk in die verhouding ontstaan het. Die partye het nietemin vir die volgende periodes saamgewoon: 1 Maart 1991 tot 4 Junie 1991; 1 Julie 1992 tot 18 September 1992 en 20 November 1992 tot 18 Maart 1993. Die man het hom tot die regbank gewend vir die vasstelling van 'n omgangsreëling. Die regbank het die man in sy versoek nie-ontvanklik verklaar omdat na die regbank se oordeel, die periode van samewoning te kort was om te kan praat van gesinslewe binne die konteks van artikel 8 EVRM. Die vrou meen dat daar nie sprake was van 'n gesinslewe nie, alternatief, dat die gesinslewe tot 'n einde gekom het. Die HR beslis soos volg:¹¹⁹

"Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat in ieder geval bij de geboorte van het kind sprake was van een relatie die zowel tussen de man en de vrouw als tussen de man en het kind als family life in de zin van artikel 8 EVRM moet worden beschouwd."

Indien in 'n dergelike geval moeilikhede ontstaan wat, soos *in casu*, lei tot 'n definitiewe breuk tussen hulle

"zal in het algemeen niet reeds uit deze enkele omstandigheid kunnen worden afgeleid dat tussen de man en het kind geen family life meer bestaat".¹²⁰

Tot op hierdie stadium was dit duidelik dat 'n "gesinslewe" eerstens, kan voortvloei uit die verhouding tussen die moeder en die verwekker vóór die geboorte van die kind. Tweedens, kan 'n "gesinslewe" ook voortvloei uit die band wat die verwekker ná die geboorte met die kind opbou. Uit die jongste beslissing van die HR¹²¹ kom 'n derde benadering egter na vore in die vasstelling van die vraag of 'n gesinslewe tussen die verwekker en die kind bestaan. In dié beslissing het die volgende feitestel sig voorgedaan: Die partye

¹¹⁹ Par 3 2.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ HR 19 Mei 2000 NJ 2000 545.

het vir enkele maande in 'n sogenaamde "partner-relatie" geleef, uit welke verhouding 'n kind gebore is. Gedurende dié periode het die partye afwisselend saamgewoon en verskil die partye oor die aard en intensiteit van die verhouding. Wat vasstaan is dat die verhouding nie stabiel was nie en kon dit nie op dieselfde lyn as 'n huwelik gestel word nie. Die partye het egter gesamentlik die onbeplande swangerskap bespreek en besluit om die kind te hou. Hulle het saam op 'n naam besluit en het die vader die moeder op laasgenoemde se versoek op 'n swangerskapkursus vergesel. Die vader was ook by die geboorte aanwesig. Ná die geboorte het die vader vir vier dae by die moeder se woning ingewoon. Die moeder erken dat sy ter wille van die kind aanvanklik kontak met die man behou het ahoewel hulle verhouding agteruit gegaan het. Vir 'n periode van vyf maande na die geboorte was daar dan ook enkele kontakte tussen die vader en die kind. Die verhoorhof, welke beslissing bevestig is deur die HR, bevind voldoende bykomende omstandighede aanwesig om 'n "gesinslewe" daar te stel. Die HR verklaar:¹²²

"Door op grond van de opgesomde feite en omstandigheden, *die deels betrekking hebben op de periode vóór de geboorte van Jen deels op de periode ná haar geboorte*, door het Hof kennelijk beschouwd in onderling verband en samehang ... heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting" (iele kursivering).

Wortmann¹²³ bevestig dat uit dié beslissing voortvloei dat ook 'n kombinasie van omstandighede vóór en ná die geboorte in onderlinge samehang en verband, tot die bestaan van 'n "gesinslewe" kan lei. In die onderhawige geval gaan dit om 'n onstabiele verhouding tussen die vader en moeder. Hoewel die verhouding ten tye van die geboorte nog bestaan het is dit enkele maande daarna beëindig. Die verhouding tussen die vader en die moeder regverdig dus nie opsigself 'n bevinding van die bestaan van 'n gesinslewe nie. Ook die kontak

¹²² Par 3 2.

¹²³ In 'n noot tot die beslissing par 3 3.

tussen die vader en kind ná die geboorte lei nie tot die gevolgtrekking dat 'n gesinslewe tussen hulle bestaan het nie. Wortmann¹²⁴ verklaar ter ondersteuning van die beslissing van die HR:

"Maar in samenhang en onderling verband en rekening houdend met de omstandigheden rond de geboorte (ie was de verwekker op verzoek van de moeder daarbij aanwezig, hadden moeder en verwekker samen de voornaam van het kind gekozen, en heeft de verwekker na de geboorte een paar dagen in het huis van de moeder verblijven) kunnen deze feiten de conclusie dat er 'family life' is, kennelijk rechtvaardigen."

(b) Grootouer

Reeds in *Marckx v België*¹²⁵ het die EHRM beslis dat "family life" nie tot die ouer-kind verhouding beperk is nie. Gesinslewe binne die betekenis van artikel 8 EVRM omvat ook die bande tussen kleinkind en grootouer, omdat hierdie verwante 'n belangrike rol vervul in die gesinslewe. Die HR¹²⁶ het in 1987 die beginsel van die bestaan van 'n gesinslewe as voorwaarde vir die omgangsreg van die grootouer bevestig. Die vraag bly egter wat 'n gesinslewe tussen grootouer en kleinkind inhoud. Inhoudelik kan dit tog nie met die gesinslewe wat tussen ouer en kind bestaan gelykgestel word nie. 'n Ouer en grootouer staan nie in dieselfde verhouding tot die kind nie. Die ouer het 'n opvoedings- en versorgende funksie terwyl dit nie, of altans nie in dieselfde mate, van die grootouer verwag kan word nie.¹²⁷ Die HR doen nietemin in genoemde beslissing in beginsel afstand van die ruim uitleg van die begrip "family life" deur die HR in 1985¹²⁸ naamlik dat die blote biologiese band voldoende sou wees vir

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ (1979) 2 EHRR 330. Sien volledige bespreking hfst 2 par 2 2 3(l)(a); Slemer 1993 FJR 11.

¹²⁶ HR 15 Mei 1987 NJ 1988 654. Sien ook vroeëre beslissing van die rechtkbank Breda 3 Junie 1986 NJ 1987 262.

¹²⁷ Jacobs 1996 TP 827 864.

¹²⁸ HR 22 Feb 1985 NJ 1986 3.

die vordering van 'n omgangsreg. Volgens die HR¹²⁹ kan sodanige aansoek deur die grootouer alleen toegestaan word indien "voldoende concrete omstandigheden" bestaan het, wat 'n gesinslewe met die kleinkind aantoon.¹³⁰ Die HR bewandel hiermee 'n tussenweg. Hoewel 'n blote bloedband nie voldoende is nie vereis dat hof egter aan die ander kant nie samewoning in gesinsverband en daadwerklike sorg¹³¹ alvorens 'n gesinslewe bestaan nie.

In 1993 het die volgende feitestel voor die HR gedien:¹³² Aansoekers is die grootouers van 'n tweeling A en J. Die tweeling is uit hul dogter N gebore. N het sielkundige probleme en die vader (N se Marokkaanse vriend) wil geen kontak met die kinders hê nie. Die kinders is deur die regbank in pleegsorg geplaas waarteen die grootouers hulle in hoë beroep wend. Die regbank beslis:¹³³

"Uit de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden vloeit voort dat tussen de grootouders en de kinderen een zo nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan, althans door de grootouders is nagestreefd, dat zij ontvangen dienen

¹²⁹ HR 15 Mei 1987 NJ 1988 654; HR 23 Maart 1990 NJ 1991 150; HR 13 Des 1991 NJ 1992 575; HR 25 Junie 1993 NJ 1993 628.

¹³⁰ Die HR gee nie navolging aan die advies van A-G Moltmaker hierin dat tav grootouers en broers en susters die bloedband wel voldoende moet wees vir die ontvanglikheid van 'n omgangsreg nie. Volgens die HR is die vraag of die grootmoeder *in casu* "een rol van betekenis heeft gespeeld in die verzorging en opvoeding van Z en daarvoor ook verantwoordelijkheid heeft gedragen". Getuienis toon egter dat die kind slegs by enkele geleenthede by die ouma oornag het en verder was daar slegs sprake van kort wedersydse besoeke wat normaalweg gebruiklik is in die familieverkeer. In 'n noot tot die beslissing wys 'n kommentator daarop dat daar "een effektief familieleven" vereis word, waaronder faktore soos mate van sorg en verantwoordelikheid vir die kind beoordelingsmaatstawwe sal wees. Insgelyks beslis die hof in 1992 (28 Feb 1992 NJ 1992 357) dat die omstandighede *in casu* nie voldoende was vir 'n effektiewe gesinslewe "bijenkond uit zorg en langdurige verantwoordelikheid" nie. Sien ook HR 25 Junie 1993 NJ 1993 628.

¹³¹ Jacobs 1996 TP 827 864. Hier teenoor verskil die posisie in België. Kragtens a 375 bis 88W het die grootouers in beginsel vanweë die bloedband met die kleinkind 'n reg van omgang met die kleinkind. Dit is dus ingevolge Belgiese reg nie nodig vir die grootouer om 'n sogenaamde "affectieve band" aan te toon soos wat van ander derdes vereis word nie. Die reg tot omgang sal dan slegs geweier word indien dit teen die beste belang van die kind is.

¹³² HR 19 Nov 1993 NJ 1994 330.

¹³³ Par 3 6.

te worden in hun hoger beroep."

Die Raad vir Kinderbeskerming wend hulle tot hoër beroep aangesien wetgewing (op daardie stadium) nie enige voorsiening maak vir sodanige reg van grootouers nie en, tweedens, omdat

"de contacten tussen de grootouders en de kinderen onvoldoende frequent zijn om van familie- of gezinsleven in die zin van art 8 EVRM te kunnen spreken".¹³⁴

Die HR beslis dat die band tussen nabye bloedverwante soos grootouers en kleinkinders *in beginsel* vir beskerming ingevolge artikel 8 EVRM in aanmerking kom met verwysing na *Marckx v Belgium*,¹³⁵ maar dat van geval tot geval bepaal moet word in hoeverre verdere feitelike omstandighede moet vasstaan alvorens 'n grootouer hom op sodanige beskerming kan beroep.¹³⁶

In casu waar dit gaan om die versorging en opvoeding van hul kleinkinders, laat die grootouers duidelik blyk dat hulle die kleinkinders in hulle gesin wil laat opneem en self die versorging wil behartig. Vir doeleinades van artikel 8 EVRM beslis die HR dat daar met hierdie "emotioneel gewichtige wens"¹³⁷ van die grootouers behoorlik rekening gehou moet word. Die HR neem ook in ag dat die plasing van die kinders in pleegsorg (by ander) later onomkeerbaar kan word deurdat, na verloop van tyd, die wegneem van daardie kinders in stryd kan wees met die beste belang van die kinders. Die HR¹³⁸ verklaar die grootouers ontvanklik in hulle versoek. In 'n noot tot die saak wys 'n kommentator¹³⁹ op

¹³⁴ Par 2.

¹³⁵ (1979) 2 EHRR 330.

¹³⁶ Par 3 5.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Hammerstein-Schoonderwoerd par 1.

die belang van hierdie saak as synde die volgende:

- (a) In hierdie saak het die HR 'n verdere uitleg ("invulling") gegee aan die begrip "family life" in artikel 8 EVRM.
- (b) Al het die kleinkinders en grootouers nie vir 'n bepaalde tyd saamgewoon nie,¹⁴⁰ kan die bestaan van "een nauwe persoonlike betrekking" ook blyk uit ander feite en omstandighede soos *in casu*

"de mate van zorg die de grootouders voor hun kleinkinderen hadden getoond en de wens hen in hun gezin te kunnen opnemen".¹⁴¹

Kormos¹⁴² pleit in ooreenstemming met bovermelde vir die volgende benadering:

"1) een ruime opvatting van het begrip "nauwe persoonlijke betrekking";
 2) het toekennen van gewicht aan niet afslatende pogingen van grootouders om het contact met het kleinkind te herstellen of tot stand te brengen voord als het (potensiële) belang van het kind bij de relatie extra zwaar weegt."¹⁴³

(c) Sosiale ouer

Wat die posisie van die sogenaamde "sosiale ouer" betref, het die volgende

¹⁴⁰ Saamwoning is nie vereiste nie: vgl HR 15 Mei 1987 NJ 1988 654.

¹⁴¹ Par 2.

¹⁴² "Grootouder en kleinkind: met recht een paar apart" 1994 FJR 246 251.

¹⁴³ Sien egter die onlangse bevinding van die hof Hertogenbosch ook in 1997 (22 Okt 1997 NJ 1998 579) dat daar nie 'n noue verbondenheid tussen grootouer en kleinkind ontstaan het wat as 'n gesinslewe aangemerkt kan word nie. Die verhouding tussen grootouers en kleinkind bestaan *in casu* vir slegs sowat twee maande en omvat niks meer as blote besoeke aan die moeder (hul dogter) en die kleinkind in die hospitaal en 'n enkele besoek daarna nie. Die hof bevind ook dat die kontak met die moeder (hul dogter) tydens haar swangerskap "niet worden aangemerkt as nauwe betrokkenheid bij het kind".

feitestel op 23 Junie 1995 voor die HR gedien.¹⁴⁴ Uit die huwelik tussen A en B, wat later deur egskeiding ontbind is, is 'n dogter C gebore (1981). Die moeder B en X (vriend) het vanaf Maart 1987 tot Julie 1993 'n LAT-verhouding¹⁴⁵ gehad. Gedurende hierdie periode het B en C byna elke naweek en elke vakansie by X gaan woon. C noem die man "papa". Die man X is nie die biologiese vader van C nie en het C nooit erken nie. Nadat die LAT-verhouding tussen die partye in Julie 1993 verbreek is, het 'n mondelinge omgangsreëling tussen die man X en C gegeld. In Februarie 1994 het die moeder B hierdie kontak tussen X en C verbreek. X versoek 'n omgangsreëling wat deur die regbank toegestaan maar in hoër beroep afgewys word. Die hof meen dat X, wat nie die biologiese vader is nie, onvoldoende feite en omstandighede na vore gebring het wat objektief gesien - duis op "een nauwe persoonlike betrekking"¹⁴⁶ tussen hom en C dat 'n gesinslewe in die sin van artikel 8 EVRM aangemerkt kan word. Die partye het nooit (voltyds) saamgewoon nie. Die man is weliswaar van mening dat hy naweke en vakansies "activiteiten heeft ontplooid, die tot de verzorging en opvoeding van C hebben bijgedragen, maar objectief bezien staat zulks niet vast".¹⁴⁷ Verder gee C (tans 12) te kenne dat sy nie enige kontak en dus 'n omgangsreëling met X wil hê nie.

Die HR steun die standpunt van die hof. Die HR stel die regsposisie ten aansien van sosiale ouers soos volg:¹⁴⁸

"Nu in het onderhavige geval een beroep werd gedaan op zogenaamd 'sociaal ouderschap', is het hof terecht ervan uitgegaan dat bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzoek *strenge eisen* gelden voor wat betreft de aan te voeren concrete omstandigheden met betrekking tot het bestaan tussen de

¹⁴⁴ HR 23 Junie 1995 NJ 1996 17. Sien De Graaf "Jeugdrecht" 1994 AA Katern 2702.

¹⁴⁵ Sg "Living-Apart-Together"-verhouding.

¹⁴⁶ Par 3 2.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Par 3 3.

man en het kind van gezinsleven als bedoeld in art 8 EVRM" (eie kursivering).

Die aktiwiteite waarop die man hom beroep, het verder nie daartoe geleid dat C "een nauwe persoonlike band"¹⁴⁹ met hom gehad het en hom as stiefvader aanvaar het nie. Ook die feit dat die partye na die verbreking van die verhouding tot 'n omgangsreëling ooreengekom het, laat die HR nie tot 'n ander oordeel kom nie.¹⁵⁰ Die betekenis van die uitspraak is dat by gebrek aan (biologiese of juridiese) ouerskap, streng eise geld vir die bestaan van 'n gesinslewe. Daarby word ook waarde geheg aan die wyse waarop die kind die kontak met die aansoeker (man) ervaar.¹⁵¹

(d) Spermadonor

Na aanleiding van die beslissing van die HR op 10 November 1989¹⁵² dat blote biologiese verwantskap onvoldoende is om 'n omgangsreg vir 'n vader van 'n buite-egtelike kind daar te stel, kom die vraag na die posisie van die spermadonor na vore. Die posisie word volledig behandel na aanleiding van die volgende feitestel wat in 1990 voor die HR¹⁵³ gedien het. In 1985 het M en sy eggenote bevriend geraak met die verweerders wat in 'n lesbiese verhouding gestaan het. Na onderlinge oorleg is besluit dat M (die donor) sperma tot beskikking sou stel vir kunsmatige bevrugting van verweerde T (die moeder). Nadat kunsmatige bevrugting¹⁵⁴ plaasgevind het, word 'n kind op 30 Junie 1987 gebore. Die donor het die kind na die geboorte by geleentheid opgepas en het

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Sien Huijgen *Personen- en Familierecht, Huwelijksvermogensrecht en Erfrecht* (1999) 57.

¹⁵² Sien bespreking par 6.3.2.3(a).

¹⁵³ HR 26 Jan 1990 *NJ* 1990 630.

¹⁵⁴ Vir 'n algemene bespreking van kwessies rondom KI sien Holtrust "Draagmoeders en Wensvaders" 1986 *NJB* 774; Pessers "Van Baarmoeder tot Buisvader" 1986 *NJB* 778; Holtrust "De zaaddonor. Het recht van donoren en lesbische moeders" 1989 *Nemesis* 12.

die kind en die verweerders gereeld besoek totdat die verweerders in April 1988 alle kontak verbreek het. M doen aansoek vir 'n omgangsreg met die kind wat inhoud dat hy die kind een naweek per maand by hom mag hê. Hy baseer sy aansoek op die volgende gronde:¹⁵⁵

- (a) As donor van die sperma was hy die biologiese vader van die kind wat meebring dat hy (automaties) 'n gesinslewe met die kind het binne die betekenis van artikel 8 EVRM soos deur die HR uitgelê op 22 Februarie 1985;
- (b) dat daar tussen die partye 'n afspraak was (ooreenkoms) ten aansien van weeklikse omgang vir die man met die kind; en
- (c) dat daar tussen hom en die kind 'n emosionele band bestaan deurdat hy vir die eerste agt maande na die geboorte elke week omgang met die kind gehad het waardeur tussen hom en die kind 'n gesinslewe in die sin van artikel 8 aanwesig was.

Die regbank te Utrecht staan 'n omgangsreg aan die man toe op grond van sy weeklikse besoek *in kombinasie* met sy donorskap. Aan die eventueel gemaakte afsprake word geen juridiese waarde geheg nie. Donorskap alleen word egter as onvoldoende beskou om 'n gesinslewe tot gevolg te hê. Hoewel die man ontvanklik is vir 'n omgangsreg word die aansoek egter in belang van die kind afgewys. Sodanige omgangsreg sou vir die moeder en haar vriendin absoluut onaanvaarbaar wees en sou soveel spanning tot gevolg gehad het dat dit nie in die belang van die kind sou wees om 'n omgangsreg aan M te verleen nie.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Par 1(a), (b) en (c).

¹⁵⁶ Vir vonnisbesprekings sien Van Warmelen "Het kind van de sperma-rekening" 1989 *NJB* 413; Pessers "Het gezinsleven van de spermadonor" 1989 *NJB* 415.

In hoër beroep na die hof Amsterdam deur die donor word egter ook die bevinding van die regbank dat die man in beginsel omgangsgeregtig is omvergewerpt. Die hof beslis dat die man slegs vir 'n omgangsreg ontvanklik sou wees indien hy in sy versoekskrif voldoende konkrete omstandighede uiteengesit het vir die bestaan van 'n gesinslewe soos bedoel in artikel 8 EVRM. Die hof bevind dat die feitelike kontak tussen die man en kind "een te summier karakter" gehad het en derhalwe het die man in die oë van die hof geen gesinslewe met die kind gehad nie. Die hof te Amsterdam wy afsonderlike oorweging aan die vraag of die spermadonor as biologiese vader aangemerkt kan word en beslis:¹⁵⁷

"Een zaaddonor kan niet worden beschouwd als biologische vader omdat hij niet voldoent aan het criterium van artikel 1:394 lid 3 Boek I BW met betrekking tot biologisch vaderschap."

Volgens vermelde artikel is 'n vader slegs hy wat met die moeder gemeenskap gehad het. Hierop verklaar Broekhuijzen-Molenaar:¹⁵⁸

"De relatie tussen een zaaddonor en het kind dat via kunstmatige inseminatie met zijn zaad is verwekt, verschilt evenwel niet wezenlijk van de relatie tussen de biologische vader en het kind dat via geslachtsgemeenschap met zijn zaad is verwekt, omdat die verschillen bepaald worden door feitelijke omstandigheden en niet door genetische afkomst. In die zin dient de zaaddonor dan ook op één lijn gesteld te worden met de biologische vader."

'n Spermadonor behoort dus in beginsel aansoek te kan doen vir 'n omgangsreëling met die kind indien die verhouding voldoen aan 'n gesinslewe soos bedoel in artikel 8 EVRM. Of só 'n gesinslewe aanwesig is, word onder andere beantwoord in die lig van die volgende faktore soos uiteengesit deur

¹⁵⁷ Par 3 3.

¹⁵⁸ 1990 *FJR* 30 33.

Broekhuijzen-Molenaar:¹⁵⁹

"[H]oe is of was de relatie met de moeder waaruit het kind is geboren (gaat het hier slechts om een 'vriendendienst' - zoals dat het geval kan zijn bij twee lesbische vrouwen die een goede kennis uitnodigen om als donor op te treden of om een hechte verstandhouding met die moeder) en hoe is de relatie ten opzichte van het kind (heeft de vader vaderschapsambities die hij waar maakt, ziet hij het kind veel, verzorgt hij het enz.)"

Wat die afsprake (ooreenkomste) tussen die partye betref, beslis die hof dat dit juridies geen waarde het nie aangesien dit nie moontlik is om by ooreenkoms oor regte en verpligte binne familieverband te beskik nie. Broekhuijzen-Molenaar stel dit soos volg:¹⁶⁰

"Het is echter niet mogelijk om door een overeenkomst een omgangsrecht te scheppen in een geval waarin het familierecht (inclusief artikel 8 EVRM) dat recht niet geeft. Omgekeerd is het ook niet mogelijk om afstand van een omgangsrecht te doen, daar waar dit als een onvervreembaar recht wordt toegekend."

Die HR,¹⁶¹ met verwysing na die vroeëre beslissing op 10 November 1989,¹⁶² bevestig hierdie standpunt van die hof (Amsterdam) en beslis:¹⁶³

"Om een betrekking tussen de biologische vader en het kind als 'vie familiale/family life' aan te merken, zijn nog bijkomende omstandigheden vereist en derhalve is het enkele biologische vaderschap daartoe niet voldoende ... Dit geldt ook voor het biologisch vaderschap dat op donorschap berust."

¹⁵⁹ *Idem* 34.

¹⁶⁰ *Idem* 35.

¹⁶¹ 26 Jan 1990 NJ 1990 630.

¹⁶² NJ 1990 628.

¹⁶³ Par 3 3.

Die kontak *in casu* het ook volgens die HR "een te summier karakter"¹⁶⁴ gehad om tot 'n bevinding van 'n gesinslewe te kom.

Wat die posisie van die spermadonor betref, blyk dit dus dat hy inderdaad as biologiese vader aangemerkt kan word en moet hy vir doeleindes van die vasstelling van 'n omgangsreg bewys dat hy ten tye van geboorte in 'n verhouding gestaan het met die moeder gelykstaande aan dié van 'n huwelik¹⁶⁵ of dat daar feitelike omstandighede aanwesig is wat andersins dui op die bestaan van 'n gesinslewe. Hy sou dan ontvanklik wees vir 'n omgangsreg, selfs al sou hy kontrakueel daarvan afstand gedoen het.¹⁶⁶

'n Totaal ander situasie het egter in 1999 voor die HR gedien.¹⁶⁷ 'n Vrou M, en haar vriendin het 'n lesbiese verhouding. Uit M word 'n kind, R, gebore wat deur kunsmatige bevrugting verwek is. Die saaddonor is hiertoe deur die partye versoek. Die saaddonor (hierna die vader) het R met die toestemming van die moeder reeds voor geboorte erken. Die partye asook die vriendin van M het reeds voor geboorte van R ooreengekom dat die vader die kind - en uiteindelik ook ander kinders wat deur die partye op dieselfde wyse verwek sou word - deur middel van erkenning sy van ("achternaam") sou gee. Die vader hoef ook geen onderhoud vir R te betaal nie. Na die geboorte het diverse versoekte plaasgevind deur die vader aan die moeder en R. Die moeder het met R ook telkemale die grootouers aan vaderskant besoek. Die vader en grootouers was ook by die doop aanwesig en maak die grootvader selfs by dié geleentheid 'n toespraak. Rusie ontstaan egter tussen die partye. Die vader doen aansoek dat 'n omgangsreg met R aan hom verleen word. Die moeder staan die aansoek teen op basis dat daar geen gesinslewe tussen die vader en R bestaan het nie,

¹⁶⁴ Par 3 4.

¹⁶⁵ Posisie na 10 Nov 1989; Broekhuijsen-Molenaar 1990 *FJR* 30 35.

¹⁶⁶ *Idem* 35-36.

¹⁶⁷ HR 26 Nov 1999 *NJ* 2000 85.

alternatief dat die gesinslewe verbreek is. Die regbank staan die aansoek toe, maar die moeder gaan in hoër beroep waar sy aanvoer dat sy en die vader nooit enige liefdesverhouding gehad het nie. Sy en haar vriendin wou graag meerder kinders hê en hulle ag dit belangrik dat al die kinders dieselfde van moet hê. In hul belewing was dit slegs moontlik deur telkens dieselfde manlike donor, die kinders te laat erken. Dit was volgens die moeder die bedoeling van die partye dat die vader slegs as saaddonor sou optree. Die vader ontken dit. Hy voer aan dat die partye ooreengekom het dat hy wel kontak met die kind sou hê, maar dat hy die versorging en opvoeding aan die moeder en haar vriendin oorlaat. Die moeder het egter later kontak verhinder.

Die hof verwerp die beroep van die moeder. Die hof beslis, welke standpunt deur die HR bekragtig word, dat hier 'n belangrike punt van onderskeid getref moet word. Die vader het R *in casu* erken. Dit staan dus vas dat die vader die biologiese en juridiese ouer van R is. Deur die erkenning reeds vóór R se geboorte, is daar in beginsel reeds sprake van 'n gesinslewe tussen die vader en R.¹⁶⁸ Slegs swaarwegende feite en omstandighede kan dié gesinslewe verbreek. Geen sodanige omstandighede is teenwoordig nie. Inteendeel, die feite dui daarop dat dit die aanvanklike bedoeling van die partye was om 'n persoonlike band tussen die vader en R te laat ontwikkel. Die blote feit dat die vader tans geen kontak meer met R het nie, wat deur die toedoen van die moeder veroorsaak is, beskou die hof nie as voldoende om te bevind dat die gesinslewe tussen die vader en R verbreek is nie. Die HR bekragtig die bevinding van die hof en wys verder op die belangrike onderskeid tussen artikel 1:377a en 1:377f BW. *In casu* is artikel 1:377a BW van toepassing wat bepaal dat 'n kind en sy nie-met-gesag-belaste ouer, 'n reg op omgang het met mekaar. Tereg het die hof bevind dat die vader, deur sy erkenning van R, nie alleen die biologiese vader is nie, maar ook die juridiese vader. Artikel 1:377f BW handel met ander

¹⁶⁸ Par 4. Sien bespreking hfst 6 par 6 3 2 1.

derdes, waaronder die biologiese vader wat sy buite-egtelike kind nie erken nie.¹⁶⁹

(e) Pleegouers, tantes, susters

'n Gesinslewe bestaan nie alleen tussen ouers en hulle kinders nie, maar kan ook tussen byvoorbeeld pleegouers en pleegkinders bestaan.¹⁷⁰ Sodanige gesinslewe is afhanklik van konkrete omstandighede, waaronder die duur en aard van die verhouding tussen die pleegouers en pleegkinders.¹⁷¹ In die lig hiervan kan pleegouers onder bepaalde omstandighede aanspraak maak op omgang met hul pleegkind ook nadat hy weer by sy eie ouers of elders geplaas is.¹⁷²

In 1992¹⁷³ het 'n tante aan vaderskant aansoek gedoen om 'n omgangsreëling met 'n minderjarige. Die huwelik tussen die ouers is deur egskeiding ontbind en die kind is in pleegsorg geplaas. Die vader is as vreemdeling teruggestuur na Suriname. Die tante, 'n Nederlandse burger, doen aansoek vir 'n omgangsreëling. Die regbank, waarmee die HR saamstem,¹⁷⁴ beslis soos volg:

"Of een tante aan art 8 EVRM een recht op omgang met haar nicht kan ontlenen hangt af van het antwoord op de vraag of door haar voldoende concrete feitelijke omstandigheden zijn gesteld voor het bestaan tussen hen van gezinsleven. Het gaat daarbij om feitelijke omstandigheden waaruit voort kan vloeien dat tussen betrokkenen een zo nauwe persoonlijke betrekking bestaat dat voor een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigdheid van een

¹⁶⁹ Sien ook HR 15 Nov 1996 NJ 1997 423.

¹⁷⁰ Doek en Vlaardingerbroek *Jeugdrecht* 1998 239; HR 6 Nov 1987 NJ 1988 829; HR 16 Maart 1989 NJ 1990 24; HR 23 Maart 1990 NJ 1991 149.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*; in lig van a 1:377f; sien ook Eriksson v Sweden (1990) 12 EHRR 183.

¹⁷³ HR 2 Okt 1992 NJ 1992 768.

¹⁷⁴ Par 3 3.

omgangsregeling plaats is."

Die tante erken dat sy nooit met die minderjarige saamgewoon het nie en selfs geen kontak met haar gehad het nie, maar dat dit toegeskryf kan word aan die optrede van die owerheid deur die plasing van die kind in pleegsorg en die uitsetting van die vader. Volgens Moltmaker (in advies aan die HR)¹⁷⁵ is die feit dat kontak verhinder is deur omstandighede buite die tante se beheer irrelevant vir die ontvanklikheidsvraag en adviseer hy die HR soos volg:¹⁷⁶

"De feitelijke afwezigheid van een zodanige nauwe persoonlijke betrekking verhindert het ontstaan van een omgangsrecht op basis van art 8 EVRM."

In 1991¹⁷⁷ het 'n suster voor die regbank Breda aansoek gedoen om 'n omgangsreëling met haar suster wat in 'n instigting vir geestelik gestremdes opgeneem is. Die verhouding tussen die aansoeker en die vader het na afsterwe van die moeder verswak. Die vader verbied haar enige kontak met haar suster. Die aansoek word deur die regbank toegestaan in die lig van die vroeëre hegte band en deurdat dit blyk dat "beide zusjes zéér op elkaar betrokken waren".¹⁷⁸ Die hof wys daarop dat artikel 8 EVRM aan elkeen die reg op respek vir sy gesinslewe bied en dat

"zulks geld voor ouders, grootouders en pleegouders, maar niet minder ook voor broers en zussen, die in gezinsverband met elkaar hebben geleefd en die een grote mate van lotsverbondenheid met elkaar kunnen voelen".¹⁷⁹

¹⁷⁵ Par 2 3 3.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ 30 Mei 1991 NJ 1992 451.

¹⁷⁸ Par 1.

¹⁷⁹ *Ibid.*

6 3 2 4 Omgangsreg van minderjarige

(a) Reg tot omgang

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 tot beskikking van volwassenes is nie maar ook vir minderjariges. Vanlerberghe¹⁸⁰ 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."

(b) Omgangsreg en omgangsplig

Die omgangsreg is van nature 'n wederkerige reg. Die betrokkenheid van minstens twee partye wat dié reg laat realiseer word veronderstel wat nie noodwendig beteken dat hulle dit vrywillig doen nie. Beteenk die toekenning van 'n omgangsreg aan 'n minderjarige egter noodwendig 'n omgangsplig vir die ouer? Sommige skrywers meen dat sodanige plig noodwendig geïmpliseer word.¹⁸¹ Ander meen dat sodanige plig nie uit artikel 8 EVRM afgelei kan word nie. Vanlerberghe verklaar:¹⁸²

"Art 8 stelt duidelijk een recht op eerbiediging van het gezinsleven vast en heeft het geenzins over het bestaan van een dergelijke plicht. Deze plicht zou

¹⁸⁰ 1990 *Jura Falconis* 147 156.

¹⁸¹ Jacobs 1996 *TP* 827 872.

¹⁸² 1990 *Jura Falconis* 147 156.

onmiddellijk botsen met die rechten en vrijheden van die anderen, in casu het privé- en gezinsleven van die ouer die geen omgang wenst."

Die vraag rondom die reg van 'n kind om met sy biologiese vader kontak te hê het op 22 Desember 1995 voor die HR gedien.¹⁸³ Die moeder het gedurende Julie 1984 tot Oktober 1984 'n seksuele verhouding met 'n man gehad. Huile het nooit saamgewoon nie. Die man het die verhouding verbreek nadat hy daarvan bewus word dat die vrou swanger is. Op 21 Junie 1985 is 'n kind Jeroen (J) gebore. J (12 jaar/groep 6) wil graag sy vader ontmoet. Die man is intussen getroud en het vanaf J se geboorte nooit enige kontak met hom gehad nie. Hy is nie bereid om vrywillig mee te werk aan enige vorm van omgang met J nie aangesien hy dit nie emocioneel sal kan verwerk nie en dit verder sy huwelik onder druk sou plaas. Sy vrou verwag verder in Mei 1995 'n baba. Die man meen dat hy nie tot omgang met J verplig kan word nie aangesien daar nie sprake is van 'n gesinslewe soos bedoel in artikel 8 EVRM tussen hulle nie. Hy beroep hom daarop dat blote biologiese vaderskap onvoldoende is vir 'n omgangsreg en dat daar bykomende omstandighede nodig is wat afgelei kan word uit die verhouding met die moeder vóór die geboorte, wat oplyn staan met 'n huwelik of uit feitelike kontak met die kind ná geboorte.

Die hof Amsterdam (hof a quo) is egter van oordeel dat, indien dit die kind is wat hom op artikel 8 EVRM beroep ten einde kontak met sy vader te realiseer, daar *nie* dieselfde voorwaardes gestel behoort te word as wanneer die biologiese vader op omgang met sy nie-erkende buite-egtelike kind aanspraak maak nie. Die hof is van oordeel dat J

"heeft de bovenbedoelde 'bijkomende omstandigheden' in het geheel niet in die hand gehad. Een intended (feitelijk) 'family life' van Jeroen verdient eerder en meer bescherming dan dat van de man. De biologische vader draagt immers

¹⁸³ HR 22 Des 1995 NJ 1996 419.

mede verantwoordelikheid voor het bestaan van het kind".¹⁸⁴

Na oordeel van die hof Amsterdam is die bovenmelde feite en omstandighede voldoende om aan te neem, binne die konteks van 'n aansoek deur J vir 'n omgangsreg met sy biologiese vader, dat 'n gesinslewe met betrekking tot die man bestaan.¹⁸⁵ Daarby meen die hof dat indien dit vir die ontwikkeling van J wenslik is dat hy enige kontak, al is dit beperk, met sy vader moet hê, dit vir die vader "naar maatstaven van maatschappelijke betamelijkheid niet vrij staat zich aan deze verantwoordelikheid te onttrekken".¹⁸⁶ Dat die man nie die swangerskap gewil het nie en geen kontak wil hê nie, doen geensins afbreuk daaraan nie. Bowendien vind die hof steun vir sy oordeel in artikel 7 van die Konvensie oor die Regte van die Kind (die Konvensie) wat voorsiening maak vir die reg van die kind om sover moontlik sy ouers te ken, wat meer inhoud as om slegs hulle name te ken.¹⁸⁷ Hierdie kontekstuele uitleg deur die hof Amsterdam gee die eienaardige resultaat dat die kind 'n gesinslewe het met die verwekker, maar omgekeerd het die biologiese vader, op grond van dieselfde kriterium, geen gesinslewe met die kind nie.¹⁸⁸

Talle skrywers lewer kritiek op hierdie uitspraak van die hof Amsterdam. Von Brucken Fock¹⁸⁹ stel 'n alternatiewe grondslag voor om die regte van die kind af te lei en sodoende die hierbovermelde ekstreme uitleg van die begrip gesinslewe te vermy. Hy meen dat die regte van die kind inderdaad uit artikel 8 EVRM voortvloeï maar eerder verband hou met die reg op die "private life" in

¹⁸⁴ Par 3 3. Sien vonnisbespreking Von Brucken Fock "Het recht van het kind om met zijn biologische vader contact te hebben" 1995 *FJR* 117; De Graaf 1994 *AA Katern* 2608.

¹⁸⁵ Par 3 4.

¹⁸⁶ Par 3 5.

¹⁸⁷ Par 3 6.

¹⁸⁸ Von Brucken Fock 1995 *FJR* 117 119.

¹⁸⁹ 1995 *FJR* 117 119.

artikel 8 en nie uit die beskerming van die gesinslewe nie. Die kind het 'n reg op afkomskennis en dit omvat meer as die blote verneming van die naam van die vader. Die beeld wat die kind van sy vader wil vorm is belangrik vir sy identiteitsontwikkeling en die ewewigtige ontplooling van sy persoonlikheid.¹⁹⁰

Teenoor die persoonlikheidsregte van die kind op afkomskennis en sy reg op identifikasie staan die vader se persoonlikheidsreg op privaatheid.¹⁹¹ Die regter sal by die beoordeling, die persoonlikheidsregte van beide partye moet opweeg om tot 'n besluit te kom. Von Brucken Fock¹⁹² meen egter dat daar in aanmerking geneem moet word dat die vader die verantwoordelikheid dra vir die bestaan van die kind sodat die belang van die kind by bovemelde belang-afweging primêr moet wees.

Afhoewel die HR¹⁹³ met die hof Amsterdam saamstem dat

"niet dezelfde voorwaarden behoeven te worden gesteld als wanneer de biologische vader op enige vorm van contact met een door hem verwekt maar nie erkend kind aanspraak maakt"

wys die HR daarop dat in die lig van die regsspraak van die EHRM - in die besonder *Berrehab*,¹⁹⁴ *Keegan*¹⁹⁵ en *Kroon*,¹⁹⁶ - ook vanuit die oogpunt van die kind blote biologiese bande nie voldoende is om 'n gesinslewe daar te stel

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Jacobs 1996 *TP* 827 874; Vanlerberghe 1990 *Jura Falconis* 147 156.

¹⁹² 1995 *FJR* 117 120.

¹⁹³ 22 Des 1995 *NJ* 1996 419 par 3 3.

¹⁹⁴ (1989) 11 EHRR 322.

¹⁹⁵ (1994) 18 EHRR 342.

¹⁹⁶ (1995) 19 EHRR 263.

nie.

Die aard en bestendigheid van die verhouding tussen die moeder en die verwekker mag nie buite rekening gelaat word nie.¹⁹⁷ Die bestendigheidsvereiste dui daarop dat die verhouding nie van 'n geheel verbygaande aard moet wees nie.¹⁹⁸ Of 'n verhouding voldoende bestendig is, moet van geval tot geval beoordeel word. Faktore soos gesamentlike huisvesting, 'n gesamentlike huishouding en wedersydse versorging is van belang. Volgens die HR was 'n seksuele verhouding van drie maande onvoldoende om 'n gesinslewe tot gevolg te hê.¹⁹⁹ Wat die verwysing na artikel 7 van die Konvensie betref, meld die HR dat die hof Amsterdam dit verkeerdlik toepas op die situasie waar die kind persoonlike kontak teen die wense van die vader in (soos *in casu*) wil afdwing. Die HR verklaar;²⁰⁰

"Niet aannemelijk is dat de verdragsluitende staten een zo ver gaand recht op het oog hebben gehad."

Volgens Von Brucken Fock²⁰¹ is dit opvallend dat die HR nie 'die bedoeling/"intentie" van die moeder en/of die verwekker as afsonderlike beoordelingsfaktor in aanmerking neem om te bepaal of 'n gesinslewe tot stand

¹⁹⁷ HR 22 Des 1995 NJ 419 par 3 3.

¹⁹⁸ Von Brucken Fock "De Hoge Raad laat Jeroen in de kou staan" 1996 FJR 62.

¹⁹⁹ Par 3 3. Vir kritiek sien vonnisbespreking Von Brucken Fock 1996 FJR 62. Ook Wiglevens "Recht op omgang van kind met biologische vader?" 1996 Advocaat 326 meen dat dit jammer is dat "enkele verwekkerschap" nie voldoende is om 'n gesinslewe daar te stel nie. Hy verklaar 326: "... ik zou niet weten wat het kind dan naast het verwekkerschap zou kunnen aanvoeren. Het kan, als pasgebore baby in ieder geval zelf geen family life creëren. Ook heeft het geen invloed op de aard en de bestendigheid van de relatie van zijn ouders voor en na zijn geboorte, zoals de Hoge Raad vermeldt." Wiglevens 1996 Advocaat 326 327 wys daarop dat die HR aan die een kant die onderskeid maak mbt wie die aansoek bring (vader of kind) maar andersyds stel die HR tog dat nadere omstandighede aangevoer moet word mbt die aard en bestendigheid van die verhouding van die ouers voor die kind se geboorte maar "het kind kan daar echter zelf volstreckt geen invloed op uitoefen".

²⁰⁰ Par 3 4.

²⁰¹ 1996 FJR 62 63.

gekom het nie. Dit lyk vir hom aanvegbaar, veral in die lig van die uitspraak van die EHRM in Keegan²⁰² waar die feit dat die swangerskap beplan was, bepalend was van die vraag of 'n gesinsverhouding tot stand gekom het. Verder meer hy dat, indien daar sodanige bedoeling/"intentie" was, die medeverantwoordelikheid van die vader jeens die kind des te groter geag moet word. Hy verklaar:²⁰³

"Van een vader die bewust heeft meegewerk aan de totstandkoming van een zwangerschap mag niet alleen moreel doch ook rechtens meer inspanningen worden gevergd dan wanneer dat niet het geval is."

Hy gaan verder en maak die volgende stelling:²⁰⁴

"Ik zou hier zelfs de vraag willen opwerpen of de intentie zelf niet reeds, wanneer deze in rechte is komen vast te staan, als een voldoende bijkomende omstandigheid dient te worden beschouwd om familieleven tussen de biologische vader en het kind aan te nemen."

Om hierdie bedoeling vas te stel, meen hy, moet ook vasgestel word welke maatreëls die partye getref het om swangerskap te voorkom tydens die seksuele verhouding van drie maande. Volgens hom is dit relevant in welke mate die vader daarmee rekening gehou, of behoort te gehou het, dat die seksuele verhouding 'n swangerskap tot gevolg kon hê.

Von Brucken Fock²⁰⁵ meen verder dat die HR se bevinding aangaande artikel 7 van die Konvensie nie oortuigend is nie en dat die HR alle rede gehad het om

²⁰² (1994) 18 EHRR 342.

²⁰³ 1996 FJR 62 63.

²⁰⁴ *Idem* 64.

²⁰⁵ *Ibid.*

artikel 7 ekstensief uit te lê.²⁰⁶ Die mees natuurlike wyse om ouers te ken is tog deur kontak met hulle te hè. In soverre die verwekker hom ook op artikel 8(1) EVRM kon beroep deurdat kontak met die kind sou neerkom op 'n inbreukmaking op sy reg op privaatheid en gesinslewe, meen Von Brucken Fock dat sodanige inbreuk geregverdig kan word deur in belang van die kind saamgelees met artikel 7 van die Konvensie die reg aan die kind te verleen om sy vader te ken en vir dié doel (beperkte) kontak met hom te hè. Hy meen dat die beslissing van die HR nouliks bygedra het tot die ontwikkeling van die regte van die kind.

'n Belangrike vraag is egter steeds: Kan die doel wat die kind wens te bereik juridies afgedwing word, en wat is die waarde van so 'n afgedwonge omgangsreg? Vanuit 'n etiese oogpunt kan geargumenteer word dat die man wat die kind verwek het ook die verantwoordelikheid daarvoor moet dra en kontak met die kind moet hou in sover dit skynbaar vir die kind van groot belang is. Jacobs²⁰⁷ verklaar egter:

"Maar het juridisch afdwingen van deze norm botst op de grenzen en de mogelijkheden van het recht. Een alimentatieplicht bv kan men afdwingen omdat dit een minder vergaande en emotioneel belastende maatregel is en niet hetzelfde persoonlijke engagement vereist van de vader, zoals omgang impliceert."

Omgang, daarenteen, sal slegs van waarde wees wanneer dit nie onder dwang geskied nie en in 'n gemoedelike atmosfeer plaasvind. Wat sodanige gedwonge omgangsreg aanbetref, verklaar Vanlerberghe:²⁰⁸

"Toch lijkt het moeilijk aan te nemen dat een omgangsplicht in het belang van

²⁰⁶ Sien ook vonnisbespreking Wigleven 1996 *Advocatenblad* 326.

²⁰⁷ 1996 *TP* 837 874.

²⁰⁸ 1990 *Jura Falconis* 147 156.

het kind is. Er bestaat een grote kans dat de omgangsplichtige ouder zijn misnoegen op het kind zal afreageren."

Hierdie toedrag van sake, soos meegebring deur artikel 8 EVRM, vind egter weinig aanwending in die verdragstate, wat geïllustreer kan word met die situasie in Nederland. Volgens artikel 1:377a BW het die kind en die nie-met-gesag-belaste ouer 'n reg op omgang met mekaar. Uit hierdie wederkerige formulering kan afgelui word dat sowel die ouer as die kind die reg op omgang besit.²⁰⁹ Of die wetgewer dit uitdruklik só bedoel het, word betwyfel veral in die lig van die formulering van lid 2 van dieselfde artikel waarvolgens die regter op versoek van die ouers of één van hulle, 'n reëling insake die uitoefening van 'n omgangsreg vasstel. Oor die kind word geen woord gerep nie. Dus, selfs ook al sou die kind die houer (titularis) wees van 'n omgangsreg, kan hy dié reg nie effektiief uitoefen nie.²¹⁰

²⁰⁹ Jacobs 1996 *TP* 837 870.

²¹⁰ *ibid*; dieselfde geld vir die posisie in België. vir 'n insiggewende bespreking van die posisie in Duitsland sien Robinson "Moderne Ontwikkelinge in die Duitse Reg Aangaande die Regsposisie van Buite-egtelike Kinders: Enkele Lesse vir Suid-Afrika" 1999 *DJ* 259 276 ev. Die omgang met die buite-egtelike kind deur sy/haar vader is voorheen deur a 1711 *BGB* gereël. Dié artikel het bepaal dat die ouer wat die ouerlike sorg tav die kind het, gewoonlik die moeder (sien a 1705 *BGB* voor herroeping daarvan) die omgang van die ander ouer tot die kind kon bepaal. Wanneer persoonlike omgang die kind se welsyn sou dien, kon die hof aan só 'n ouer 'n reg tot omgang met die kind verleen. Die posisie word tans deur die saamlees van a 1626(3) en 1684 *BGB* gereël. A 1626(3) skep die vermoede dat dit gewoonlik tot die welsyn van 'n kind (binne- of buite-egtelik) strek om omgang met albei ouers te hé. A 1684(1) brei hierop uit deur te bepaal dat 'n kind 'n reg op omgang met albei ouers het. Elke ouer is tot omgang met die kind verplig en geregtyig (Robinson 1999 *DJ* 259 276). Uit die bewoording van hierdie artikels blyk dit dat die omgangsreg nie as 'n reg in belang van die ouers van 'n kind nie, maar as 'n plig-reg van die ouers in belang van die kind gesien moet word (*ibid*). Hiermee word ondubbelzinnig 'n subjektiewe reg tav die kind teenoor sy/haar ouers geskep wat op die grondslag berus dat die omgang met albei ouers aan die kind se behoeftte voldoen om 'n verhouding met albei ouers te behou en uit te bou. Dit is egter eweneens duidelik dat die vader van die buite-egtelike kind 'n selfstandige reg tot omgang met die kind het. Hierdie omgangsreg kan slegs beperk of uitgesluit word as dit die welsyn van die kind sou dien (*idem* 277). Wat die reg van die kind op omgang betref word dieselfde probleme soos hierbo uiteengesit voorsien en kan die vraag terg gevra word hoe die kind daarin sal staag om sy/haar subjektiewe reg af te dwing (*ibid*).

6 4 Reg op inligting (informasie) van ouers en hul minderjarige kinders

6 4 1 Reg op inligting van ouers en hul minderjarige kinders in lig van artikel 8 EVRM

Ook vir die bespreking van dié onderwerp is dit belangrik om te onthou dat 'n gesinslewe tussen getroude ouers en hul kinders vanaf die oomblik van geboorte bestaan. Deur die geboorte ontstaan dan van regsweë 'n gesinslewe.²¹¹ Dit is nie 'n vereiste dat die ouers saamwoon nie.²¹² 'n Gesinslewe bestaan van regsweë ook tussen samewonende nie-getroude pare en hul kinders. 'n Gesinslewe kan egter ook tot stand kom tussen die biologiese vader wat die kind nie erken nie, asook ander derdes soos grootouders. In dié gevalle ontstaan die gesinslewe egter nie van regsweë nie maar vanweë die bestaan van 'n feitelike "nauwe persoonlike band".²¹³ Koens²¹⁴ wys daarop dat onderdele van die konsep "gesinslewe" inhoud die reg van ouers en minderjarige kinders op mekaar se geselskap en samesyn. Inbreukmaking hierop deur die owerheid is dan alleen geregtigdig indien dit val onder die gronde in artikel 8(2) EVRM. Vir die ouer-kind verhouding na egskeiding of andersinse verbreking van die verhouding tussen die ouers beteken dit dat die gesinslewe tussen ouer en kind voortgesit moet kan word. Naas bovermelde negatiewe verpligting van die owerheid vloei ook 'n positiewe verpligting voort uit artikel 8 EVRM. Dit hou in die verpligting om maatreëls daar te stel ten einde diegene tussen wie 'n gesinslewe bestaan in staat te stel om dit voort te sit.²¹⁵

²¹¹ *Berrehab v Netherlands* (1989) 11 EHRR 322.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Koens "Het recht op informatie" 1991 *FJR* 210 211.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Koens 1991 *FJR* 210 211.

Só het die reg op inligting ten aansien van sowel die kind as die nie met die kind saamwonende ouer, 'n bepaalde emosionele waarde in die lig van die emosionele betrokkenheid tussen ouers en hul minderjarige kinders.²¹⁶ Dié reg is selfs van groter belang in situasies waar daar vanweë bepaalde omstandighede geen omgang tussen die ouer en kind bestaan nie.²¹⁷

Die reg op inligting het op indirekte wyse aan die lig gekom in *Gaskin v United Kingdom*.²¹⁸ Die aansoeker, Gaskin, het die grootste gedeelte van sy Jeugjare by verskillende pleeggesinne in pleegsorg deurgebring. Kragtens die bepalings van die *Boarding Out of Children's Regulations* 1955 was die plaaslike owerheid verplig om vertroulike inligting aangaande die jeugdige se uit huisplasing by te hou. Die registers bevat onder andere inligting van medici, maatskaplike werkers, die polisie, pleegouers, ensovoorts. Na bereiking van meerderjarigheid probeer Gaskin alle moontlike inligting omtrent sy jeugjare, ook as baba en kleuter, bekom wat betref sy versorging en opvoeding en oor die persone by wie hy tydens sy jeugjare gewoon het. Met behulp van hierdie inligting wil hy bepaalde probleme probeer te bowe kom en hoop hy om meer te verneem aangaande sy jeugjare. Die EHRM beslis soos volg:²¹⁹

"in the opinion of the Commission 'the file provided a substitute record for the memories and experience of the parents of the child who is not in care'. It no doubt contained information concerning highly personal aspects of the applicant's childhood, development and history and thus could constitute his principal source of information about his past and formative years. Consequently lack of access thereto did raise issues under article 8. The Court agrees with the

²¹⁶ Mosseimans 1997 *TP* 543 623.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ (1990) 12 EHRR 36. Sien vonnisbespreking Koens "Het Recht op inzage in Kinderbeschermingsdossiers" 1990 *FJR* 201. Alhoewel dié saak reeds in hfst 4 bespreek is onder die reg op afkomstekennis (hfst 4 par 4 2(2v)) word die beginsels daarin vervat kortlik hier herhaal, aangesien dit ook kan dien as steun vir die siening dat ouer en kind die geleentheid behoort te hé om hulle gesinslewe voort te sit deur ingelig te bly oor belangrike gebeurtenisse in mekaar se lewe.

²¹⁹ 45 par 36-37.

Commission. The records contained in the file undoubtedly do relate to Mr Gaskin's private and family life in such a way that the question of his access thereto falls within the ambit of article 8" (ele kursivering).

In die lig van die *ratio verklaar koens*:²²⁰

"uit het feit dat het kinderbeschermingsdossier word gezien als een substituut voor die ouderlijke informatiebron mag worden afgeleid dat gezinsleven in de verdragsrechtelijke betekenis voor de jeugdige een recht inhoudt op informatie van en over zijn ouders."

Wat die reg op inligting van ouers aangaande die wel en weé van hul kind betref dien weer gelet te word op *Nielsen v Denmark*²²¹ waar die hof beslis dat die gesinslewe binne konteks van artikel 8 EVRM tussen ouer en kind bepaalde regte en verantwoordelikhede omvat.²²² Op basis hiervan kan die reg op inligting van ouers betreffende die wel en weé van hul kind, hetsy dit verstrek word deur derdes, hetsy deur die ouers aan mekaar, gesien word as 'n essensiële onderdeel van sodanige ouerlike regte en verantwoordelikhede en moet dit aldus as 'n fundamentele element van die "gesinslewe" van ouers en kinders beskou word.²²³

Aldus kan uit artikel 8 EVRM vir die nasionale owerhede 'n positiewe verpligting afgelei word om byvoorbeeld in gevalle waar ouerlike gesag eksklusief aan die een ouer opgedra word en die ander ouer geen omgangsreg het nie (om bepaalde redes) aan daardie ouer en die kind die moontlikheid te bied om hulle

²²⁰ 1991 *FJR* 210 212.

²²¹ (1989) 11 EHRR 175.

²²² Sien bespreking van gemelde saak hfst 4 par 4 2 2(q) en hfst 5 par 5 2 1.

²²³ Koens 1991 *FJR* 210 212. Hy verklaar ook elders (1990 *FJR* 201 206): "De lering ... uit het Gaskin arrest ... is dat als het recht op inzage door de betrokkenen, waarbij niet alleen moet worden gedacht aan ouders en kinderen, maar bijv ook aan pleeg-, stief- en adoptieouders, valt binne de grenzen van het in art 8 ... EVRM gewaarborgde recht op ererbiediging van het privé- en gezinsleven ..."

gesinslewe voort te sit deur ingelig te bly oor belangrike gebeurtenisse in mekaar se lewe.²²⁴ Op sodanige reg op inligting kan nie alleen ouers en kinders aanspraak maak nie, maar ook ander persone, soos grootouers, broers en susters, welke persone in 'n bepaalde verhouding tot die kind staan sodat dit as 'n gesinslewe in die verdragregtelike sin aangemerkt kan word.²²⁵ By die beoordeling van só 'n versoek tot inligting wat 'n belang-afweging binne die kader van artikel 8(2) impliseer, moet rekening gehou word met die intensiteit van die persoonlike band wat tot op daardie stadium tussen die aansoeker en die kind bestaan het.²²⁶ Doek verklaar.²²⁷

"Daar waar een omgangsregeling niet kan worden vasgesteld ..., is een regelmatige informatie voor de ouder-niet-voogd over de ontwikkeling van zijn kind vaak de nog enige resterende 'compensatie' en in elk geval het minimum waar hij, mede op grond van zijn recht op eerbiediging van zijn gezinsleven (art 8 EVRM) aanspraak kan maken."

Dit beteken egter nie dat die reg op inligting 'n alternatief vir omgang mag word waar die versorgende ouer bloot onwillig is om medewerking tot omgang te verleen nie.²²⁸

²²⁴ Koens 1991 *FJR* 210 212; Jacobs 1997 *TP* 543 626.

²²⁵ *Ibid*; Koens *FJR* 210 212 verklaar: "Men kan daarbij denken aan bijv grootouders, stiefouders en pleegouders die ontvankelijk zijn in hun verzoek tot het treffen van een omgangsregeling met het kind maar ten aanzien van wie dat verzoek niet moet worden gehonoreerd."

²²⁶ Koens 1991 *FJR* 210 212.

²²⁷ "Informatie - Recht van de Gescheiden Ouder-Niet-Voogd en Artikel 8 EVRM" 1988 *FJR* 67 69. Koens 1991 *FJR* 210 214 verwys na Doek en verklaar: "Hij wijst er in dat verband terecht op dat de gronden voor ontzegging van dit recht 'zwaarder' zullen moeten zijn dan bij de ontzegging van de omgang." Oor die houding van die HR oor sodanige siening sien besprekking hieronder par 6 4 2.

²²⁸ Rijks "Informatierecht van de gescheiden ouder niet-voogd en art 8 EVRM" 1988 *FJR* 192.

6 4 2 **Reg op inligting van ouers en hul minderjarige kinders in Nederland**

In 1985 het 'n vader van 'n vierjarige seun aansoek gedoen vir 'n omgangsreg met die seun. In die alternatief word die hof versoek om 'n "informatieregeling" vas te stel. Die aansoek om omgang word van die hand gewys maar met verwysing na artikel 8 EVRM word die alternatiewe aansoek toegestaan.²²⁹ Die hof beslis dat die moeder een maal elke ses maande aan die vader inligting sal verskaf oor belangrike ontwikkelinge in die lewe van die kind, in die besonder oor sy vordering op skool en dat die moeder een maal per jaar 'n resente foto aan die vader sal stuur. Die hof was van oordeel dat dit nie nodig was om wetgewing omtrent die reg op inligting af te wag nie aangesien artikel 8 EVRM regstreekse werking in Nederland het.²³⁰ Oor dié effek van artikel 8 soos deur die hof uitgelê, verklaar Doek:²³¹

"De kinderrechter is van oordeel dat een dergelijk recht op informatie steunt op het bepaalde in artikel 8 lid 1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Uit het in deze verdragsbepaling voor 'een ieder' neergelegte 'recht op eerbiediging van zijn gezinsleven' vloeit voort dat een ieder van wie op grond van de omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat hij tot het kind in een zodanige betrekking staat of heeft gestaan dat hij met dit kind een 'gezinsleven' in de zin van die verdragsbepaling heeft, in beginsel, wanneer het kind niet met hem samenwoont en hij krachtens rechterlijke beslissing geen omgang met het kind mag hebben, aanspraak erop mag maken dat hij door de 'andere' ouder op de hoogte wordt gesteld omtrent belangrijke ontwikkelingen in het leven van het kind. Hij heeft er recht op dat het - oorspronkelijke - gezinsleven door informatieverstrekking zoveel mogelijk levend wordt gehouden. Een goede informatieuitwisseling tussen de ouders over het kind zal - zo mag toch wel worden aangenomen - een belangrijk aspect van het gezinsleven tussen de ouders en het kind zijn geweest."

²²⁹ Beschikking Kinderrechter hof s' Gravenhage 2 Jun 1987.

²³⁰ Sien vonnissbesprekings deur Doek 1988 FJR 67; Rijks 1988 FJR 192; Koens 1991 FJR 210 214.

²³¹ *Ibid.*

Hierdie posisie word later deur die HR bevestig.²³² Hierdie, deur die regsspraak erkende reg op inligting, word in 1995 deur die Wet van 6 April 1995 in wetgewing vasgelê. Artikel 1:377b *BW* lui:

- "1. De ouder, die alleen met het gezag is belast, is gehouden de andere ouder op de hoogte te stellen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind en deze te raadplegen - zo nodig door tussenkomst van derden - over daaromtrent te nemen beslissingen. Op verzoek van een ouder kan de rechter ter zake een regeling vaststellen.
- 2. Indien het belang van het kind zulks vereist kan de rechter zowel op verzoek van de met het gezag belaste ouder als ambtshalve bepalen dat het eerste lid van dit artikel buiten toepassing blijft."

Hierdie reg op inligting vir die nie-met-gesagbelaste ouer word as 'n plig op die gesagbelaste ouer geformuleer. Naas die reg op inligting maak gemelde artikel ook voorsiening vir 'n reg op konsultasie (raadpleging).

Ingevolge artikel 1:377c *BW* is die nie-met-gesagbelaste ouer ook geregtig op inligting deur derdes wat uit hoofde van hul beroep oor bepaalde inligting betreffende die kind beskik soos dokters,²³³ onderwysers,²³⁴ ensovoorts. Artikel 1:377c *BW* lui:

- "1. Onverminderd het bepaalde in artikel 377b van dit boek wordt de niet met het gezag belaste ouder desgevraagd door derden die beroepshalve beschikken over informatie inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding betreffen, daarvan op de hoogte gesteld, tenzij die derde de informatie met op gelijke wijze zou verschaffen aan

²³² HR 8 Feb 1991 *RvdW* 1991 49-50.

²³³ wortmann "Medische informatie over kinderen" 1996 *NJB* 561 wys op die problematiek rondom die verskaffing van mediese inligting deur die dokter aan 'n aansoeker veral in die lig daarvan dat inligting slegs met toestemming van die pasiënt openbaar gemaak mag word, tensy hy kragsens wet daartoe verplig word. By 'n kind o/12 is dit die ouer (met gesag belas) wat die toestemming gee. Oor die problematiek rondom die weiering van ouer kinders om toestemming te gee sien Wortmann *ibid*.

²³⁴ Sien bespreking deur Vlaardingerbroek "Informatierecht, verder uit- of aangekleed?" 1994 *Echtscheidings Bulletin* 1-4.

degene die met het gezag over het kind is belast dan wel bij wie het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, of het belang van het kind zich tegen het verschaffen van informatie verzet.

2. Indien de informatie is geweigerd, kan de rechter op verzoek van de in het eerste lid van dit artikel bedoelde ouer bepalen dat de informatie op de door hem aan te geven wijze moet worden verstrekt. De rechter wijst het verzoek in ieder geval af, indien het belang van het kind zich tegen het verschaffen van de informatie verzetten.”²³⁵

Die wet voorsien alleen in 'n reg op inligting en konsultasie aan die nie-met-gesagbelaste ouer deur die ander ouer. Kragtens regsspraak blyk dit egter dat ook ander persone wat in 'n verhouding tot die kind staan wat as 'n gesinslewe aangemerkt kan word, sodanige reg teenoor die niet-gesagbelaste ouer het.²³⁶ Hierdie aangeleentheid het pertinent ter sprake gekom in 'n beslissing van die HR in 1993.²³⁷ Die partye het mekaar in 1986 leer ken. Hulle gaan saam met vakansie maar nog voor die vakansie besluit die vrou om die verhouding te beëindig. By terugkoms blyk sy egter swanger te wees. Tydens swangerskap het die partye slegs af en toe kontak en die man is nie by die bevalling teenwoordig nie. Na geboorte woon die partye egter vanaf September 1987 tot Januarie 1988 saam waarna hul verhouding finaal beëindig is. Die man val die vrou daarna herhaaldelik lastig en rand haar ook aan waarna sy 'n sogenaamde "straatverbod" teen hom kry. Die man doen aansoek vir 'n omgangsreg en 'n reg op inligting aangaande belangrike ontwikkelings in die kind se lewe.

Die vraag of die verhouding/band tussen die vader en kind sodanig was dat dit as 'n gesinslewe binne artikel 8 EVRM aangemerkt kan word, word ontkennend

²³⁵ Vir bespreking van die wetgewing sien Wortmann 1995 *FJR* 213; Doek en Vlaardingerbroek *Jeugdrecht* 155 ev; Van der Burght en Rood-de Boer 562 ev. Vir 'n bespreking van die posisie voor 1995 sien HR 17 Des 1993 *NJ* 1994 332 waar die hof van mening was dat die nie-met-gesagbelaste ouer alleen teenoor die ander ouer op inligting kan aanspraak maak en nie regstreeks teen derdes soos onderwysers nie.

²³⁶ Wortmann 1995 *FJR* 210 215.

²³⁷ HR 17 Des 1993 *NJ* 1994 360.

beantwoord. Die HR beslis²³⁸ dat die

"(betrekkelijk kortstondig)samewonen gevestigde band tussen beiden niet langer als een als 'vie familiale/family life' in de zin van art 8 EVRM aan te merken betrekking kon gelden".

Wat die tweede deel van die aansoek, synde die reg op inligting, aanbetref, wys advokaat-generaal Moltmaker²³⁹ in sy advies aan die HR daarop dat sommige skrywers van mening is dat

"voor de ontvankelijkheid van een verzoek om informatie minder hoge eisen gesteld behoeven te worden aan de 'bijkomende omstandigheden' dan bij een verzoek om het vaststellen van een omgangsregeling".²⁴⁰

Dit is dus denkbaar dat vir die ontvankelijkheid van 'n versoek om informasie/inligting minder hoë eise gestel moet word aan die "bijkomende omstandigheden" as by 'n versoek om vasstelling van 'n omgangsreg. Moltmaker²⁴¹ adviseer tog teen sodanige relativering en huldig bepaalde praktiese besware:

"In de eerste plaats wordt een informatierecht beschouwd als een tot zijn meest rudimentaire vorm teruggebracht omgangsrecht. Het ligt dan bepaald niet voor de hand voor de ontvankelijkheid verschillende criteria te hanteren. In de tweede plaats zou het verschil in de criteria veelal moeilijk zijn te omschrijven of zodanig subtiel zijn, dat de hantering daarvan aan de partijen veelal niet duidelijk zal zijn te maken, zelfs aan de motivering bijzonder hoge eisen worden gesteld."

²³⁸ Par 3 4.

²³⁹ Par 3 6 6.

²⁴⁰ Doek 1988 FJR 67 68 verklaar bv nav die beslissing hierbo in par 6 4 2 van die kinderreger te s'Gravenhage 2 Junie 1987: "Deze beschikking zegt implisiet: het onthouden van informatie aan een ouder-niet-voogd over zijn kind kan slechts in uiterst gevallen plaatsvinden. Anders gezegd, de gronden voor het onthouden van informatie dienen 'zwaarder' te zijn dan die welke behoren te gelden voor het ontzeggen van omgang aan de ouder-nie-voogd."

²⁴¹ Par 3 6 7.

Die HR beslis dan ook in navolging hiervan dat dit deurslaggewend is vir beide versoek, naamlik omgang en inligting, dat daar tussen vader en kind 'n gesinslewe in die sin van artikel 8 EVRM moes bestaan het aangesien dit

"niet alleen strekt tot legitimatie van het verzoek, maar tevens tot bescherming van de uit deze verdragsbepaling voortvloeiende rechten van moeder en kind".²⁴²

In 'n onlangse beslissing van die hof Amsterdam²⁴³ het 'n biologiese vader aansoek gedoen vir 'n reg op inligting wat inhoud dat hy op hoogte gehou word omtrent die kind se geestelike en liggaaamlike ontwikkeling asook een maal per jaar van 'n resente foto voorsien word. Die partye het mekaar in 1990 ontmoet en vir ongeveer tien maande saamgewoon. Vanaf Oktober 1991 was daar egter slegs by enkele geleenthede kontak tussen partye. Die vrou het swanger geword en 'n maand voor die kind se geboorte is die verhouding tussen die partye final verbreek. Die vader het die kind nooit erken nie en na die kind se geboorte was daar nooit enige kontak tussen vader en kind nie. In 1994 is die man tot gevangenisstraf gevonnis. Die moeder het intussen saam met 'n ander man gewoon en het hulle saam met die kind en 'n ander kind van die moeder 'n gesin gevorm. Die moeder meen dat 'n inligtingsreëling nie in belang van die kind is nie aangesien hy 'n belang het by 'n rustige gesinslewe waarop die inligtingsreëling inbreuk sal maak. Volgens die moeder leef sy in vrees vir die vader en wil sy graag 'n nuwe lewe begin. Volgens die vader hou die gesinslewe wat daar tussen hom en die moeder bestaan het in dat hy op inligting rakende die kind geregtig is. Voorts is hy van mening dat die kind 'n belang het om te weet van wie hy afstam. Dis ook nie sy bedoeling om die rustige gesinslewe van die kind te versteur nie. Die hof is van oordeel

"dat de enkele omstandigheid dat er tussen de vader en het kind gedurende een

²⁴² Par 3 6.

²⁴³ 18 Junie 1998 (ongerapporteer) nr 103 rek nr 59/97.

zeker tijdsverloop geen contact is geweest, niet zonder meer als gebeurtenis mag worden aangemerkt waardoor een eenmaal als *family life* te kwalificeren betrekking word verbroken. Alleen in samehang met andere zwaarwegende feiten en omstandigheden kan het tijdsverloop waarin vader en kind geen contact hebben een factor vormen bij het beantwoorden van de vraag of een eenmaal bestaande *family life* nadien is verbroken".

Die aansoek word toegestaan.²⁴⁴

Ook wat ander derdes soos grootouers en tantes betref, behoort 'n versoek tot inligting op dieselfde basis hanteer te word. In dié verband verklaar die hof Hertogenbosch onlangs²⁴⁵

"dat ook in dat geval slechts sprake zou zijn van ontvankelijkheid wanneer het bestaan van *family life* zou kunnen worden aangenomen."

'n Interessante vraag wat by geleentheid na vore getree het, is welke gewig aan die siening van kinders gegee moet word by die verlening van 'n omgangsreg of reg op inligting aan 'n ouer. Dié aangeleentheid het in 1992 voor die HR gedien.²⁴⁶ Na egskeiding is die vader aangestel as voog van vier kinders, en die moeder as die sogenaamde "toeziende voog". Die moeder gaan in hoër beroep en doen in die alternatief aansoek vir 'n omgangsreëling. Die kinders gee in afsonderlike briewe te kenne dat hulle teen enige vorm van kontak met die moeder is. Die hof weier die aansoek om 'n omgangsreëling, maar staan 'n reg op inligting toe wat inhoud dat die vader die moeder minstens twee keer per jaar moet inlig omtrent die kinders se skoolvordering en gesondheid sodat sy 'n beeld kan vorm van die opgroei van haar kinders. Hierteen gaan die vader in hoër beroep na die HR wat oorgaan tot 'n afweging van belangte tussen die kinders se reg op privaatheid kragtens artikel 8 EVRM en die moeder se reg op

²⁴⁴ Vir vonnisbesprekking sien Pieters "Omgang, informatie en consultatie" 1999 FJR 263.

²⁴⁵ 22 Okt 1997 NJ 1998 579 par 4 11.

²⁴⁶ HR 12 Junie 1992 NJ 1992 589.

haar gesinslewe. Die HR meen dat die moeder se reg sterker is in die lig van die omstandighede.

Uit artikels 1:377b en 1:377c *BW* blyk dit egter dat die kind nie op sy beurt 'n reg op inligting het ten aansien van sy ouer (wat nie met gesag teenoor hom beklee is nie) en broers en susters wat moontlik by sodanige ouer woon nie. Leenen²⁴⁷ skets die probleem soos volg:

"De meest logische oplossing voor het kind om informatie te verkrijgen over de ouder en broers en zussen, met wie hy niet samewoont, is door briefwisseling. Deze correspondentie kan echter door een van beide ouders worden tegengewerkt. Dan moet er een andere oplossing worden gevonden".

Leenen²⁴⁸ meen dat die kind op artikel 8 EVRM sou kon steun in die lig van die HR beslissing in 1993.²⁴⁹ Gemelde skrywer verklaar:²⁵⁰

"Mits het kind in een nauwe persoonlijke betrekking tot zijn/haar broertje of zusje staat, kan het op grond van art 8 EVRM aanspraak maken op informatie. Het nalaten van de wetgever om in onze wetgeving een recht op informatie van het kind over broers en zussen op te nemen is dan ook in strijd met art 8 EVRM."

Só 'n reg op inligting geld egter tans net teenoor die met-gesagbelaste ouer. Die ouer moet dus die inligting omtrent broers en susters aan die ander kind verskaf. Of artikel 8 EVRM só geïnterpreteer kan word dat die kind direk met die broers en/of susters kan korrespondeer of kommunikeer is onseker. Leenen²⁵¹ pleit vir 'n selfstandige reg op inligting van die kind in dié verband in die Nederlandse wetgewing. Dit geld nie net ten aansien van inligting oor broers

²⁴⁷ "Het recht van het kind op informatie over ouders, broers en zussen" 1999 *FJR* 58 61.

²⁴⁸ *Idem* 59.

²⁴⁹ 17 Des 1993 *NJ* 1994 360.

²⁵⁰ Leenen 1999 *FJR* 58 59.

²⁵¹ *Idem* 61.

en susters nie maar ook ten aansien van sy ouer by wie hy nie woon nie en wat nie 'n omgangsreg met hom het nie. Leenen²⁵² verklaar: "Iimmers als een ouder dat recht wel heef waarom het kind dan niet?"

6 5 Suid-Afrika

6 5 1 Omgangsreg

In die Suid-Afrikaanse reg het die ongehude vader nie 'n inherente omgangsreg met sy buite-egtelike kind nie. Die hof kan egter só 'n reg toestaan as dit in belang van die kind is.²⁵³ Die volgende *dictum* in *T v M*²⁵⁴ vat die positiefregtelike posisie soos volg saam:

"While at common law the father of an illegitimate child, unlike the father of a legitimate child, has no right of access, the difference between the respective positions of the two fathers is not one of real substance in practice since in our modern law whether or not access to a minor child is granted to its non-custodian father is dependent not upon the legitimacy or illegitimacy of the child but in each case wholly upon the child's welfare which is the central and constant consideration. Accordingly, and to the extent that one may choose to speak in terms of an inherent right or entitlement, it is the right or entitlement of the child to have access, or to be spared access, that determines whether contact with the non-custodian parent will be granted. Furthermore, when the question of access is judicially determined for the first time, there is no *onus* in the sense of an evidentiary burden or so-called risk of non-persuasion on either party. This is because the litigation really involves a judicial investigation in which the Court can call evidence *mero motu* and is not adversarial. Accordingly, a Court should be slow to determine facts by way of the usual approach adopted in opposed motions".

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *S v S* 1993 2 SA 200 (W); *B v S* 1993 2 SA 211 (W); *B v S* 1995 3 SA 571 (A); *T v M* 1997 1 SA 54 (A); *contra Van Erk v Holmer* 1992 2 SA 636 (W); Labuschagne 1993 *THRHR* 414; Labuschagne "Aanvaarding van verantwoordelikhede as ontstaansbron van 'n omgangsreg vir 'n ongetrouwe vader met sy buite-egtelike kind" 1995 *TSAR* 161; Labuschagne 1996 *THRHR* 181.

²⁵⁴ 1997 1 SA 54 (A) 57-58.

Sedertdien het die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders²⁵⁵ op die wetboek verskyn. Artikel 2(1) daarvan bepaal dat die hof op aansoek van die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind 'n bevel kan gee waarby toegangsregte tot of bewaring van of voogdy oor die kind aan die natuurlike vader verleen word. Ingevolge artikel 2(2) word die bevel nie toegestaan nie, tensy die hof tevrede is dat dit in die beste belang van die kind is. Die hof moet 'n aantal faktore in ag neem, waaronder die verhouding tussen die applikant en natuurlike moeder, die verhouding tussen die kind en applikant en die graad van verbondenheid wat applikant teenoor die kind getoon het (waaronder betaling van onderhoud, kraamkoste, ensovoorts).

Ingevolge die Nederlandse reëling kan enigeen wat in 'n noue persoonlike verhouding tot die kind staan, aansoek doen,²⁵⁶ terwyl slegs die natuurlike vader se posisie deur wetgewing²⁵⁷ aangespreek word.²⁵⁸ In die Nederlandse reg wil dit voorkom asof 'n omgangsreg vestig sodra die aansoeker 'n gesinslewe aantoon.²⁵⁹ Dit is slegs vir die biologiese vader wat nie die kind erken het nie nodig om sodanige nouer persoonlike band aan te toon. Sou hy egter die kind erken het, is hy in beginsel omgangsgeregtig.²⁶⁰

Deur die kind te erken, is die natuurlike vader ingevolge die Nederlandse reg dus uit hoofde van artikel 8 EVRM, te wete 'n reg op respek vir die gesinslewe, omgangsgeregtig, wat hom slegs binne die raamwerk van artikel 8(2) EVRM ontnem kan word. Hierdie onderskeid tussen erkenning en nie-erkennings word

²⁵⁵ Wet 86 van 1997.

²⁵⁶ A 1:377f BW gelees met a 8 EVRM.

²⁵⁷ Wet 86 van 1997.

²⁵⁸ A 2 Wet 86 van 1997. Sien egter bespreking van voorgestelde wetgewing deur die SA Regskommissie taw die toegangsregte van derdes verderaan in hierdie paragraaf.

²⁵⁹ Sien bespreking par 6 3 2 3.

²⁶⁰ Par 6 3 2 3(a).

nie in die Suid-Afrikaanse reg gemaak nie en word alle vaders van buite-egtelike kinders as nie-juridiese ouers geag wat ingevolge Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders²⁶¹ aansoek moet doen vir 'n toegangsreg. In die Suid-Afrikaanse reg word die bevel egter slegs toegestaan indien dit in die beste belang van die kind is. Alhoewel artikel 2 van die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders²⁶² in die rigting beweeg van die bestaan van 'n gesinslewe ingevolge artikel 8 EVRM (veral gesien in lig van die faktore wat die hof in aanmerking moet neem) kan ('n) uitdruklike reg(te) ten aansien van die gesin (en gesinslewe) in die Suid-Afrikaanse Grondwet, ten spyte van ander voordele, ook bydra om die beginsels en basis vir die omgangsreg van 'n vader met sy buite-egtelike kind uit te brei. Só verklaar Visser²⁶³ ten aansien van die belang van die insluiting van regte ten aansien van die gesin:

"Die beter hantering van vraagstukke betreffende vermoedens van vaderskap, die toegangsregte van 'n buite-egtelike vader en die buite-egtelike kind tot mekaar sowel as die moontlike toegangsreg van grootouers tot kinders sal kan plaasvind."

Artikel 8 EVRM hou verder die moontlikheid in dat elkeen, dit wil sê ook die minderjarige kind, geregtig is op respek vir sy gesinslewe, wat beteken dat ook die kind (in beginsel) aansoek behoort te kan doen vir 'n omgangsreg met sy biologiese vader.²⁶⁴ Vir hierdie moontlikheid word nie voorsiening gemaak in die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders nie en kan die erkenning van 'n reg op die gesin en gesinslewe in die Suid-Afrikaanse grondwet dus ook in hierdie verband 'n bydrae lewer.

²⁶¹ Wet 86 van 1997.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ "Die Moontlike Uitdruklike Erkenning van Fundamentele Regte ten aansien van die Huwelik en Gesin (familie) in die Finale Grondwet van Suid-Afrika" 1996 *DJ* 351 352.

²⁶⁴ Par 6 3 2 4.

In 1999 het die aangeleentheid van *Jooste v Botha*²⁶⁵ voor die Hoë Hof gedien. Die eiser is 'n 11-jarige seun bygestaan deur sy moeder. Hy dagvaar die verweerde, sy biologiese vader, vir R450 000 skadevergoeding. Die vader en moeder het gedurende Junie/Julie 1987 geslagsgemeenskap gehad as gevolg waarvan eiser gebore is. Hulle is nooit getroud nie en het nooit saamgewoon nie. Sedert die eiser se geboorte weler die verweerde om hom te erken, met hom te kommunikeer en lief te hê of andersins enige belangstelling in hom te toon. As gevolg van die weiering deur die vader het die kind skade gelik in die vorm van *inuria*, emosionele lyding en verlies aan lewensgenietinge. Die bewering is dat die verweerde 'n regspig het om die kind aandag, liefde, koesterung en belangstelling te toon, alternatief dat die grondwet sodanige plig op hom plaas in die lig daarvan dat die kind geregtig is op ouerlike sorg ingevolge artikel 28(1)(b).

In eksepsie teen die aksie word aangevoer dat daar geen aksiegrond aanwesig is nie. Die hof ondersoek die gemenereg en beslis dat aangesien daar geen regspig op ouers rus om hulle "wettige" kinders lief te hê nie, dit aksiomatis is dat daar geen sodanige plig ten aansien van buite-egtelike kinders is nie.²⁶⁶ In sover die eiser se eis gebaseer is op die gemenereg moet dit misluk.

Wat artikel 28(1)(b) betref, beslis die hof soos volg:²⁶⁷

"What section 28(1)(b) envisages, therefore, is a child in care of somebody who has custody over him or her. To that situation every child is entitled."

En verder:²⁶⁸

²⁶⁵ 2000 2 SA 199 (T).

²⁶⁶ 206F.

²⁶⁷ 208F.

²⁶⁸ 208F-G.

"It follows that in the sub-section the word 'parental' must necessarily be read as pertaining to a custodian parent. 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 section 28(1)(b)."

Die hof²⁶⁹ wys vervolgens op artikel 7 van die Konvensie oor die Regte van die Kind wat lui dat elke kind "... as far as possible (have) the right to know and be cared for by his parents".

Die hof wys ook op die voorwoord van die Konvensie²⁷⁰ en meen:²⁷¹

"The family of the convention is therefore the normal bonded custodial relationship."

Die vader van die buite-egtelike kind is gevvolglik nie 'n "ouer" binne die betekenis van artikel 28(1)(b) en artikel 7 van die Konvensie nie.²⁷² Die eksepsie word gevvolglik gehandhaaf.

Die vraag wat ontstaan is, wat die beslissing sou gewees het indien die kind gevra het vir 'n omgangsreg met sy vader. Uit die voorafgaande bespreking blyk dit dat sodanige reg in beginsel internasionaal erken word. Artikel 8 EVRM verleen aan elkeen die reg op respek vir sy gesinslewe, dit wil sê ook aan die minderjarige. Oor die praktiese probleme verbonde aan só 'n bevel is reeds veel gesê.²⁷³ Die vraag is of 'n geldsom in plaas van 'n *mandamus* 'n gesikte bevel sou wees. Vanlerberghe²⁷⁴ verklaar:

²⁶⁹ 208H.

²⁷⁰ Par 5 en 6. Sien bespreking hfst 5 par 5 3 1.

²⁷¹ 209A.

²⁷² 209G. Vir wat onder die begrip "ouer" vir doeleindes van 'n omgangsreg in die Duitse reg verstaan word soos gereël deur a 1626(3) en 1684 BGB, sien Robinson 1999 DJ 259 276.

²⁷³ Par 6 3 2 4(b).

²⁷⁴ 1990 *Jura Falconis* 147 156.

"Wanneer de vader 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 geldsom*" (ie kursivering).

Dit is egter in dié verband belangrik om te onthou dat 'n gesinslewe binne die konteks van artikel 8 EVRM inderdaad aanwesig moes gewees het. Reeds vroeër²⁷⁵ is aangetoon dat 'n kortstondige ontmoeting nie 'n gesinslewe daarstel nie. In die lig van die regsspraak van die EHRM en HR hierbo bespreek, wil dit voorkom asof ook in *Jooste v Botha*²⁷⁶ geen sprake van 'n gesinslewe was nie en sou 'n aansoek om omgang, alternatief 'n geldsom, ook in die saak misluk het.

Wat die toegangsregte van derdes tot 'n kind in die Suid-Afrikaanse reg betref is vroeër in die bespreking daarop gewys dat daar nie tans enige wetgewing bestaan wat die situasie reël nie. Reeds in 1996 egter, beveel die Suid-Afrikaanse Regskommissie²⁷⁷ konsepwetgewing in dié verband aan onder die titel "Access to Minor Children by Interested Persons Act 19..."²⁷⁸ Klousule 2 daarvan lui:

"Application for access to minor child

2. (1) If a grandparent of a minor child is denied access to the child by the person who has parental authority over the child, such grandparent may apply to court for an order granting him or her access to the child and the court may grant the application on such conditions as the court thinks fit.
- (2) Any other person who alleges that there exists between him or her and a minor child any particular family tie or relationship which makes it desirable in the interest of the child that he or she should have access to the child, may, if such access is denied by the person who has parental authority over the child, apply to court for an order granting him or her access to the child and the court

²⁷⁵ Hfst 2 par 2 2 3(e).

²⁷⁶ 2000 2 SA 199 (T).

²⁷⁷ Project 100: *Access to minor children by interested persons* June 1996.

²⁷⁸ Die verslag is in Engels en die Afrikaanse teks en titel sal eers later bekend wees.

may grant such application on such conditions as the court thinks fit."

Subklousule (3) bepaal dat die hof sodanige bevel slegs sal gee indien die hof oortuig is dat dit in die beste belang van die kind sal wees.

Hierdie voorgestelde wetgewing is na my mening vatbaar vir kritiek. Hierbo²⁷⁹ is daar op gewys dat artikel 8 EVRM aan elkeen die reg op respek vir sy/haar gesinslewe bied, dit wil sê ook aan die minderjarige. Vir dié moontlikheid word nie in die voorgestelde wetgewing voorsiening gemaak nie. Dit is telkens slegs die grootouer of ander derde wat die aansoek kan bring.²⁸⁰ Uit klousule 2(1) blyk dat grootouers oënskynlik bloot op grond van hulle bloedverwantskap met die kleinkind 'n aansoek vir toegang kan bring. Hulle hoef nie soos die ander derdes in subklousule (2) "'n gesinsband of verhouding" met die kind aan te toon nie. Hoewel dit verwelkom word, is die afwesigheid van faktore of riglyne wat die hof in aanmerking moet neem ter bepaling van die beste belang van die kind 'n leemte. Die bestaan van 'n gesinslewe, hoewel dit inhoudelik met die gesinslewe wat tussen ouer en kind bestaan sal verskil, kan in dié verband 'n belangrike riglyn wees.²⁸¹

6 5 2 Reg op inligting

Wat die reg op inligting betref bepaal artikel 32 van die Grondwet:²⁸²

- "(1) Elkeen het die reg op toegang tot -
 - (a) enige inligting wat deur die staat gehou word; en
 - (b) enige inligting wat deur 'n ander persoon gehou word en wat vir die

²⁷⁹ Par 6 3 2 4.

²⁸⁰ 'n Praktiese probleem is dat die kind deur die (onwillige) ouer bygestaan sal moet word. Voorsiening behoort hiervoor gemaak te word in die betrokke wetgewing. Vir soortgelyke kritiek taw a 1:377a BW in die Nederlandse reg sien par 6 3 2 4.

²⁸¹ Vir die bepaling hiervan kan die besprekking inveral par 6 3 2 3(b) moontlik van nut wees.

²⁸² Wet 108 van 1996.

uitoefening of die beskerming van enige regte benodig word.”

Dit is duidelik dat hierdie artikel nie primêr voorsiening maak vir die nie-met-gesagbelaste ouer of ander derdes, waaronder die biologiese vader wat die kind nie erken het nie, se behoefté aan inligting omtrent die wel en weë van die kind nie.²⁸³ Soos hierbo²⁸⁴ aangetoon, hou die reg op inligting betreffende belangrike gebeurtenisse in die kind se lewe verband met die reg op respek vir die gesinslewe in artikel 8 EVRM. Indien daar dus sprake is van 'n gesinslewe (oftewel die bestaan van 'n noue persoonlike band) is die aansoeker op inligting, nie alleen vanaf die met-gesagbelaste ouer nie, maar ook van derdes, geregtig. Dieselfde geld vir die kind se reg op inligting ten aansien van die wel en weë van 'n ouer, broer of suster soos hierbo bespreek. Regte ten aansien van die gesin en gesinslewe kan dus ook hierdie leemte in die Suid-Afrikaanse reg vul en bydra om 'n positiewe verpligting op die owerheid te plaas ten einde diegene tussen wie 'n gesinslewe bestaan in staat te stel om dit voort te sit.²⁸⁵

Vervolgens word die moontlike effek van regte ten aansien van die gesin en gesinslewe op diverse aspekte van die Suid-Afrikaanse reg ondersoek.

²⁸³ Sien bespreking van a 32 De Waal ea *The Bill of Rights Handbook* 378 ev. Alhoewel die hof die ouer wat met beheer en toesig beklee is, kan beveel om die ander ouer, van verslae rakende die kind se gesondheid, vordering, ens te voorsien (sien in dié verband *Botes v Daly* 1976 2 SA 215 (N)) is soortgelyke bevele, sover vasgestel kon word, nog nie deur die hawe aan die natuurlike vader van die buite-egtelike kind aan wie nie 'n toegangsreg verleen is nie, toegestaan nie.

²⁸⁴ Par 6 4 1.

²⁸⁵ Sien ook Labuschagne "Die Reg op Afkomskennis as Mensereg" 1996 Stell LR 307.

HOFSTUK 7

MOONTLIKE EFFEK VAN REGTE TEN AANSIEN VAN DIE GESIN EN GESINSLEWE OP DIVERSE ASPEKTE VAN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

7 1 Inleiding

Die inhoud, gevolge en beperking van 'n reg op respek vir die gesinslewe is hierbo¹ aangespreek. In die daaropvolgende hoofstukke is die effek van só 'n reg op die ouer-kind verhouding,² die posisie van die natuurlike vader tot sy buite-egtelike kind,³ en die uitwerking wat só 'n reg op dié aspekte van die Suid-Afrikaanse reg⁴ kan hê, uiteengesit. Vervolgens word gelet op diverse aangeleenthede en probleemareas binne die Suid-Afrikaanse reg wat positief aangespreek sou kon word deur die insluiting van regte ten aansien van die gesin en gesinslewe in die Grondwet.

7 2 Toelating en deportasie van vreemdelinge

7 2 1 Inleiding

Die effek van 'n reg op respek vir die gesinslewe in artikel 8(1) EVRM op die

¹ Hfst 4.

² Hfst 5.

³ Hfst 6.

⁴ Hfst 5 par 5 6 en hfst 6 par 6 5.

toelating en deportasie van vreemdelinge is hierbo⁵ volledig uiteengesit. Die regsposisie kan soos volg saamgevat word:⁶

- (a) Verdragstate het die reg om die binnekoms, verblyf en uitsetting van vreemdelinge te kontroleer.⁷
- (b) Artikel 8 EVRM plaas nie 'n algemene verpligting op state om egspele se keuse van domisilie te eerbiedig en dus 'n vreemdeling-gade sonder meer toe te laat nie.⁸
- (c) Bovermelde uitgangspunt geld ook waar dit gaan om die toelating van 'n minderjarige kind wie se ouers reeds 'n verblyfreg in 'n lidland het.⁹
- (d) Die kriterium vir die skending van artikel 8 EVRM is dan in hoeverre die toelating of nie-deportasie van 'n gesinslid die enigste moontlikheid daarstel vir die betrokkenes om 'n gesinslewe met mekaar te hê. Anders gestel, bestaan daar enige objektiewe hindernisse wat verhinder dat die betrokkenes hul gesinslewe uitoefen in 'n land waarvan een van die gesinslede 'n burger is?¹⁰
- (e) Die plig om die gesinslewe te respekteer is egter groter waar dit reeds in 'n staat tot stand gekom het en selfs groter waar dit reeds vir 'n geruime

⁵ Hfst 4 par 4 2 2(o) en (p).

⁶ Sien Koens 1997 *FJR* 220 224; Chaskalson ea *Constitutional Law of South Africa* (1999) par 33 3(a).

⁷ *Abdulaziz Cabales and Balkandali v UK* (1985) 7 EHRR 471; *Berrehab v Netherlands* (1989) 11 EHRR 322; *Moustaquin v Belgium* (1991) 13 EHRR 802.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Gül v Switzerland* (1996) 22 EHRR 93; *Ahmut v Netherlands* (1997) 24 EHRR 62.

¹⁰ Koens 1997 *FJR* 200 225.

tyd bestaan.¹¹

- (f) By die vraag in (d) of daar objektiewe hindernisse is om die gesinslewe elders voort te sit, geld die volgende faktore:

- Kan die toegelate vreemdeling self nog terugkeer na die land waarvan een of meer gesinslede burgerskap het?
- Is noodsaaklike langdurige geneeskundige behandeling van die toegelate vreemdeling alleen moontlik in die betrokke land of kan dit elders ontvang word?¹²
- Aard en intensiteit van bande wat die vreemdeling wat toegang versoek met sy/haar land van herkoms het, byvoorbeeld: Hoe lank het hy/sy daar gewoon het; moontlike taalkundige en kulturele bande met die land van herkoms; of daar nog naby-familielede woon, ensovoorts.¹³
- Aard en intensiteit van die bande van 'n reeds toegelate vreemdeling met die land van die gesinlid wat aansoek doen - het eersgenoemde nog sy buitelandse nasionaliteit; is 'n bepaalde vorm van gesinslewe byvoorbeeld "via bezoeken mogenlik" in sy land van herkoms?¹⁴
- Aard en intensiteit van die bande met die lidland waar die vreemdeling gedeporteer staan te word, byvoorbeeld, woon daar gesinslede of verwante in die lidland met wie die vreemdeling nog bande het?¹⁵ Kan van sodanige gesinslede redelikerwys verwag

¹¹ *Berrehab v Netherlands* (1989) 11 EHRR 322; *Beldjoudi v France* (1992) 14 EHRR 801; *Moustaquin v Belgium* (1991) 13 EHRR 802.

¹² *GÜL v Switzerland* (1996) 22 EHRR 93.

¹³ *Ahmut v Netherlands* (1997) 24 EHRR 62.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Berrehab v Netherlands* (1989) 11 EHRR 322.

word om hom/haar na die buiteland te volg? Hoe ingrypend is die gevolge vir die gesinslewe van diegene wat deur die uitsetting van die vreemdeling geskei word?¹⁶

- Is daar sprake van kinders wat in die lidland gebore is.¹⁷
- Welke gevolge sal die nie-uitsetting hé vir die ekonomiese welsyn van die betrokke land? Het die vreemdeling 'n werk/beroep beoefen? Betaal hy onderhoud vir sy eggenote/kinders? Was daar sprake van 'n inbreukmaking op die openbare orde?¹⁸
- Die kind van 'n vreemdeling-moeder het ingevolge artikel 8 EVRM die reg om in die land van geboorte sy jeugjare deur te bring, onderwys te ontvang en aldaar deur sy ouers grootgemaak te word sodat hy kan "wortelen" in sy land van nasionaliteit.¹⁹

Die vraag wat vervolgens ondersoek word is of sodanige reg op respek vir die gesinslewe, indien dit in die Grondwet vervat sou word, enige positiewe bydrae tot die posisie van vreemdelinge hier ter lande kan maak. In dié verband word enkele beslissings van die Zimbabweanse howe en onlangse uitsprake deur die Suid-Afrikaanse howe kortlik in oënskou geneem.

7 2 2 Posisie van vreemdelinge aan hand van regspraak

In *Rattigan v Chief Immigration Officer, Zimbabwe*²⁰ en *Salem v Chief Immigration Officer, Zimbabwe*²¹ het die volgende feite voor die hof gedien:

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Berrehab v Netherlands* (1989) 11 EHRR 322; HR 8 Mei 1992 NJ 1992 708.

¹⁸ *Gül v Switzerland* (1996) 22 EHRR 93. Sien verder volledige bespreking van die posisie in Nederland deur Vrouenraets 1998 *MR* 3-9.

¹⁹ HR 8 Mei 1992 NJ 1992 708.

²⁰ 1995 2 SA 182 (Z).

²¹ 1995 4 SA 280 (Z).

In beide sake was die applikante (die vrou) 'n burger van Zimbabwe en getroud met nie-burgers (vreemdelinge) wat begerig was om Zimbabwe hul permanente verblyfplek te maak. Die mans kon nie 'n immigrasiepermit bekom om in Zimbabwe te woon en te werk nie omdat hulle "no scarce skill" besit het nie. Die huweliqe was nie skynhuweliqe nie en is aangegaan deur die onderskeie paartjies met die bedoeling om 'n gemeenskaplike woonplek en *consortium* tot stand te bring. Die aansoeke is gebaseer op artikels 11 en 22 van die zimbabwese Grondwet. Die applikante beweer dat die weiering van die respondentie om permitte aan hulle onderskeie mans uit te reik en die gevolglike vereiste dat hulle die land moet verlaat, die vrouens (as burgers) se fundamentele reg op vryheid van beweging, beperk. Indien die mans verplig sou word om die land te verlaat, sal die reg van die vrouens om in Zimbabwe te woon direk beïnvloed word "since their freedom of movement is determined by what happens to their husbands".²²

Die hof bevind dat artikel 11 'n substantiewe bepaling is wat elke persoon in Zimbabwe onder andere "the right to life, liberty, security of the person and protection for the privacy of his home", waarborg.²³ Artikel 22 bepaal dat "no person shall be deprived of his freedom of movement". Hierdie beskerming behels die reg om vryelik binne Zimbabwe rond te beweeg; die reg om op enige plek in Zimbabwe te woon; die reg om die land te verlaat en binne te kom en immuniteit teen uitsetting uit Zimbabwe.²⁴ Alhoewel die applikante se reg op vryheid van beweging nie *direk* beperk is nie, verwys die hof na hul *consortium* en bevind dat "to live together as spouses in community of life ... lie at the very heart of marriage".²⁵

²² 187E-G.

²³ 186I.

²⁴ 187A-C.

²⁵ *Ibid.*

Die hof verwys na *Dow v Attorney-General*,²⁶ waar die bewegingsvryheid van 'n moeder, wie se kinders verwek is deur 'n vreemdeling-vader, ter sprake was. In dié saak was dit as 'n inbreukmaking op die moeder se reg op vryheid van beweging beskou indien haar kinders gedeporteer sou word. Die hof bevind in *Rattigan*²⁷ dat die band tussen man en vrou in beginsel net so sterk is as dié tussen moeder en kind in die lig daarvan dat die huwelik beskou word as "the most fundamental institution known to mankind".²⁸ Ten slotte verwys die hof na sake wat ingevolge artikel 8 EVRM (wat beskerming verleen aan die gesinslewe) beslis is en bevind dat die beskerming van artikel 11 saamgelees met artikel 22 in beginsel dieselfde effek behoort te hê.²⁹ Die hof kom tot die gevolg trekking dat die verbod op mans om met hul vrouens saam te woon "devalued the protection of freedom of movement accorded to the wife as a member of a family unit".³⁰

In *Salem v Chief Immigration Officer, Zimbabwe*³¹ poog die applikant om die beslissing in *Rattigan*³² uit te brei om in te sluit nie alleen die reg van haar vreemdeling-man om in Zimbabwe te woon nie, maar ook "to lawfully engage in employment or other gainful activity in Zimbabwe". Die applikant was swanger en nie in staat om haar eie werk voort te sit nie. Sy benodig haar man om haar en later ook die kind, te onderhou. Sy beweer dat indien hy nie kan werk om haar te onderhou nie, sy genoodsaak sou wees om Zimbabwe te verlaat.³³ Die hof verwys na die wedersydse onderhoudsplig van gades en

²⁶ [1992] LRC (Const) 623 (B).

²⁷ 1995 2 SA 182 (Z).

²⁸ 189G.

²⁹ 190H.

³⁰ 190I.

³¹ 1995 4 SA 280 (Z).

³² 1995 2 SA 182 (Z).

³³ 282D.

beslis dat

"unless the protection guaranteed under section 22(1) of the Constitution embraces the entitlement of a citizen wife residing permanently with her alien husband in Zimbabwe, to look to him for partial or total support ... the exercise of her unqualified right to remain residing in this country as a member of a family unit, is put in jeopardy".³⁴

In *Dawood, Shalabi, Thomas and Another v Minister of Home Affairs*³⁵ het die volgende feite onlangs voor die Kaapse hof gedien: Die applikante in hierdie drie aansoeke doen aansoek vir 'n bevel dat die ondergenoemde artikels van die Wet op Vreemdelinge-Beheer³⁶ (hierna die Wet) strydig is met die Grondwet:

- (a) Artikel 25(1), wat bepaal dat 'n voorgeskrewe fooi betaalbaar was in 'n aansoek vir 'n immigrasiepermit deur die vreemdeling-gade van 'n persoon wat wettig en permanent in Suid-Afrika woonagtig is; en
- (b) artikel 25(9)(b), wat die streekkomitee van die Immigranteurraad magtig om die hierbovermelde immigrasiepermit slegs uit te reik indien die vreemdeling-gade ingevolge artikel 26(1) van die Wet in besit is van 'n tydelike verblyfpermit.

Om gemelde artikel 25(9)(b) in perspektief te plaas, dien gelet te word op artikel 25(9)(a) wat bepaal dat die streekkomitee as *algemene reël* slegs gemagtig is om 'n immigrasiepermit uit te reik indien die aansoeker ten tye van sodanige magtiging *buite* die Republiek is. Artikel 25(9)(b) verwys vervolgens na sekere uitsonderings op dié algemene reël. Só is die algemene reël byvoorbeeld nie

³⁴ 283F-G. Sien ook *In re Wood and Hansard* 1995 2 SA 181 (Z); *Kohlhaas v Chief Immigration Officer, Zimbabwe* 1998 3 SA 1142 (Z); *Hambly v Chief Immigration Officer* (ongerapporteerde Saaknr 937/95 10 Sept 1998).

³⁵ 2000 1 SA 997 (K).

³⁶ Wet 96 van 1991.

van toepassing op 'n behoeftige, bejaarde of verswakte familielid van iemand wat permanent in die Republiek woonagtig is nie óf die gade of afhanglike kind van iemand wat permanent in die Republiek woonagtig is nie op voorwaarde dat die persone wat binne dié uitsondering(s) val in besit moet wees van 'n tydelike verblyfpermit ingevolge artikel 26(1) van die Wet.³⁷ In sodanige gevalle kan die persoon dus aansoek doen vir 'n immigrasiepermit terwyl hy/sy binne die Republiek is.

Die praktiese effek van artikel 25(9)(b) is dus dat selfs indien 'n vreemdeling-gade getroud is met 'n permanente Suid-Afrikaanse inwoner en hulle feitlik as man en vrou in Suid-Afrika woon, die vreemdeling-gade verplig kan word om Suid-Afrika te verlaat en buite te bly terwyl sy/haar aansoek vir 'n immigrasiepermit oorweeg word as hy/sy nie in besit sou wees van 'n wettige verblyfpermit ingevolge artikel 26(1) van die Wet nie.³⁸

Applikante betoog dat vermelde artikels inbreuk maak op die reg op die integriteit van die gesinslewe van sowel die vreemdeling-gades as dié van dié gades wat permanent in Suid-Afrika woonagtig is. Hulle beweer dat alhoewel sodanige reg op die integriteit van die gesinslewe nie uitdruklik in die Grondwet vervat is nie, sodanige reg wel binne die trefwydte van artikel 10 van die Grondwet val wat bepaal dat elkeen ingebore waardigheid het en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.³⁹

Die hof wys daarop dat alhoewel die reg op die integriteit van die gesinslewe nie uitdruklik in die Grondwet voorkom nie, die Konstitusionele Hof in *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the*

³⁷ Sien ook a 25(5) van die Wet.

³⁸ 1040B-F.

³⁹ 1031H-J.

*Constitution of the Republic of South Africa Act 1996*⁴⁰ dit duidelik maak dat

"the provisions of the NT would clearly prohibit any State interference with the right to marry or to establish and raise a family. NT 7(1) enshrines the values of *human dignity, equality and freedom*, while NT 10 states that everyone has the right to have their dignity respected and protected".⁴¹

Die Konstytusionele Hof was dus van mening dat daar voldoende indirekte beskerming vir die gesin en gesinslewe bestaan in ander bepalings van die Grondwet. In die lig van die stelling van die Konstytusionele hof⁴² stem die hof saam met applikante dat

"the most obvious home" for the protection of the abovementioned 'core element' of the right to family life is s 10 of the Constitution".⁴³

Die hof doen dit deur die sogenaaarde "purposive approach"⁴⁴ tot uitleg van die Grondwet te voig. In dié verband wys die hof egter daarop dat 'n "purposive approach" nie noodwendig die mees "generous" of gunstige uitleg beteken nie.⁴⁵ Hogg⁴⁶ verklaar:

"[i]n the case of most rights ... the widest possible reading of the right which is the most generous interpretation, will 'overshoot' the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection."

⁴⁰ 1996 4 SA 744 (KH).

⁴¹ 1033A-B. Sien ook bespreking in hfst 1 par 1 5.

⁴² 1996 4 SA 744 (KH).

⁴³ 1035I.

⁴⁴ 1036B.

⁴⁵ 1036D-E.

⁴⁶ *Constitutional Law of Canada* (1997) 820.

Die standpunt van die respondent was juis dat indien die hof 'n reg op die gesin binne die trefwydte van artikel 10 bring, dit sou neerkom op "overshooting the purpose of s 10".⁴⁷ Die hof is egter van mening dat sodanige uitleg nie op die "most generous conceivable approach" van artikel 10 neerkom nie en eweneens nie op 'n "overshooting" van die doel van artikel 10 nie.⁴⁸ Die beskerming van menswaardigheid is sentraal tot die Grondwet. Só verklaar artikel 1 van die Grondwet dat Suid-Afrika 'n soewereine demokratiese staat is, gegrond op die waarde van *menswaardigheid*, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede. Artikel 7(1) bepaal verder dat die Handves van Regte die hoeksteen is van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van *menswaardigheid*, gelykheid en vryheid. Artikel 36(1) bepaal verder dat die regte in die Handves van Regte slegs kragtens 'n algemeen geldende regvoorskrif beperk kan word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op *menswaardigheid*, gelykheid en vryheid. Artikel 39(1)(a) vereis van 'n hof om by die uitleg van die Handves van Regte die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op *menswaardigheid*, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, te bevorder.⁴⁹

Die hof wys vervolgens op die bepalings van artikel 39 van die Grondwet wat bepaal dat 'n hof by die uitleg van die Handves van Regte die volkereg in ag moet neem en buitelandse reg in ag mag neem. In dié verband word verwys na die uitgebreide beskerming wat die gesin as natuurlike en fundamentele eenheid van die gemeenskap in internasionale verdrae geniet waarvan sommige

⁴⁷ 1036H.

⁴⁸ 1036I.

⁴⁹ 1037A-I.

deur Suid-Afrika geratificeer is en ander bloot onderteken is.⁵⁰

Die hof wys verder op die standpunt van die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane*⁵¹ dat die reg op menswaardigheid as een van die twee belangrikste regte in die Handves van Regte gesien word en as basis dien vir ander regte in die Grondwet. Die hof beslis:⁵²

"Interpreting s 10 in a 'purpose' manner and considering international law in the course of such interpretation, as the Court is obliged to do in terms of s 39(1)(b), I am satisfied that the abovementioned 'core element' of the right to family life (ie the right of husband and wife to live together in a community of life) does indeed fall within the scope of s 10."

Ten aansien van die voorgeskrewe fooi betaalbaar deur die vreemdeling-gade van 'n persoon wat 'n permanente Suid-Afrikaanse inwoner is, bevind die hof dat dit 'n inbreukmaking op artikel 10 daarstel. Dit is duidelik dat sou sodanige vreemdeling-gade onwillig, of nie in staat wees om die fooi te betaal nie, 'n aansoek om 'n immigrasiepermit nie aanvaar sal word nie en nie voor die gepaste streekkomitee sal dien nie. Dit bring mee dat die vreemdeling-gade nie eers die geleentheid het om deur die streekkomitee oorweeg te word vir die uitreiking van 'n immigrasiepermit nie. Die vreemdeling-gade sal vervolgens nie langer met die ander gade kan saamwoon nie en sal verplig wees om die land te verlaat. Wat die effek hiervan betref, verklaar die hof dat⁵³

"... his or her right to live with his or her South African permanent residence

⁵⁰ 1038B-E. Sien a 23(1) van die *International Covenant on Civil and Political Rights* (1996) (geratificeer deur SA Des 1998); a 10 van die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1996) (onderteken deur SA in Okt 1994, maar nog nie geratificeer nie); a 18 *African (Banjul) Charter on Human and People's Rights* (geratificeer deur SA in Julie 1996); a 8 *European Convention on Human Rights* wat bepaal dat elkeen die reg het op respek vir sy gesinslewe, ens.

⁵¹ 1995 3 SA 391 (KH).

⁵² 1038B.

⁵³ 1038A.

spouse in a 'community of life' will certainly be violated, unless the latter spouse also leaves the country with the former".⁵⁴

Dieselde geld vir die bepalings van artikel 25(9)(b) van die Wet wat die effek het dat die vreemdeling-gade verplig kan word om die land te verlaat terwyl sy/haar aansoek om 'n immigrasiepermit oorweeg word in die omstandighede hierbo uiteengesit.⁵⁵ Die hof stel dit egter duidelik dat dié bevinding nie daarop neerkom dat 'n vreemdeling wat met 'n permanente Suid-Afrikaanse inwoner in die huwelik tree bloot op grond van die huwelik geregtig is dat 'n immigrasiepermit aan hom/haar uitgereik word nie. Die hof beslis verder:⁵⁶

"However, the right of spouses to live together in a community of life means, in my view, that an alien spouse who is living in South Africa with his or her South African resident spouse and who intends to make South Africa his or her permanent home *should at least be entitled to stay in the country while his or her application for an immigration permit is being submitted to and considered by the relevant regional committee.* From a pragmatic point of view, this will also enable the regional committee to interview the alien spouse in person (and/or the spouses together) during the course of its deliberations, should this be considered necessary" (eie kursivering).

In *Patel v Minister of Home Affairs*⁵⁷ het die volgende feite voorgekom: Die tweede applikant is in 1969 in Indië gebore. Op 9 Desember 1992 het hy Suid-Afrika met 'n besoekersvisum binnegekom. Hy is daarna voorsien van 'n tydelike verblyfpermit wat geldig was tot 20 Januarie 1993. Hy het vervolgens onsuksesvol aansoek gedoen vir 'n werkspermit. Hy is versoek om die land te verlaat, maar het versuim om dit te doen. In Oktober 1994 is hy gearresteer en na Indië gedeporteer. Op 28 Augustus 1995 het hy die land onregmatig binnegekom deur gebruik te maak van 'n gesteelde tydelike verblyfpermit. Op

⁵⁴ Die hof 10398 wys op bepaalde praktiese en juridiese hindernisse in dié verband.

⁵⁵ 1040H.

⁵⁶ 1041A-C.

⁵⁷ 2000 2 SA 343 (D).

3 Oktober 1996 het hy in die huwelik getree met 'n Suid-Afrikaanse burger. Op 4 Junie 1999 is hy skuldig bevind aan die oortreding van artikel 57(e) van die Wet op Vreemdelinge-Beheer⁵⁸ deurdat hy 'n vals verblyfpermit voorgelê het. Hy is vervolgens aangehou kragtens 'n deportasie-lasbrief uitgereik ingevolge vermelde artikel 45. Geen verhoor, en dus 'n geleentheid om aangehoor te word het die uitreiking van die lasbrief voorafgegaan nie. Ook 'n aansoek om permanente verblyf is intussen deur die owerhede afgewys, maar eweneens sonder die aanhoor van die applikante se saak en sonder verskaffing van redes. Die hof beslis dat vreemdelinge op dieselfde beskerming onder die Grondwet geregtig is as 'n burger. Die hof beslis soos volg:⁵⁹

"In the result, I take the view that the second applicant is entitled to the rights set out in ss 9, 10, 12, 21 and in particular to the rights set out in s 33 to administrative action which is lawful, reasonable and administratively fair. He is thus entitled to the right to be heard in respect of his application for permanent residence and in respect of the issue of the deportation order. In my view, the applicants have established *prima facie* that they were not given a hearing or, at any rate, an adequate hearing in respect of both the application and the issue of the deportation order. They have also established *prima facie*, in my view, that those decisions were not taken after due consideration of the applicants' constitutional rights to live together as spouses in community of life (cf *Dawood's case*) and of freedom of movement placing first applicant 'in the dilemma of having to decide whether to accompany' second applicant to India or to exercise her constitutional right to continue residing here without her husband. (Compare *Dawood's case* ... and *Kohlhaas v Chief Immigration Officer, Zimbabwe, and Another* 1998 (3) SA 1142 (ZS))."

'n Belangrike verdere aspek wat die hof aanraak, is die feit dat 'n deportasie-bevel inbreuk sou maak op applikante se kinders se reg op gesins- of ouerlike sorg ingevolge artikel 28(1)(b) van die Grondwet. Die deportasie-lasbrief word vervolgens opgeskort.

⁵⁸ Wet 96 van 1991.

⁵⁹ 350B-E.

7 2 3 Behoefté aan uitdruklike regte ten aansien van gesin en gesinslewe

Hierdie beslissings⁶⁰ bring opnuut die vraag na die belang van die insluiting van uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe in die Grondwet na vore. Indien die gesin as die basiese eenheid van die gemeenskap gesien word en die rol waardeer word wat die huwelik, met as kernelement die reg om saam te woon, in die totstandkoming van 'n gesinslewe speel, bly die vraag steeds hoekom hierdie instellings nie uitdruklike beskerming in die Grondwet geniet nie. Só verklaar Schwellinus:⁶¹

"If we regard marriage as the cornerstone of society in South Africa, why do we not protect it in our Constitution but rely on casuistic protection afforded in other legislation? This is even more anomalous given the fact that such protection is granted by other human rights legislation. ... Should we therefore conclude that the family in South Africa is not regarded as worthy of protection? Given the central position that marriage and the family have occupied in South Africa, that cannot be so."

Hoekom is dit dus nodig om "the most obvious home"⁶² vir sodanige regte by ander bepalings van die Grondwet soos artikel 10 te soek? In Zimbabwe weer, is soortgelyke aangeleenthede rondom deportasie hanteer op die basis van artikels 11⁶³ en artikel 22⁶⁴ van die Zimbabweanse Grondwet.⁶⁵ Die *ratio* vir hierdie beslissings is dat die *consortium omnis vitae* wat voortvloei uit die huweliksverhouding van sodanige fundamentele belang is,

⁶⁰ Soos bespreek in par 7 2 2.

⁶¹ "Marriage and Fundamental Rights" 1995 *Obiter* 319 322.

⁶² *Dawood, Shalabi, Thomas and Another v Minister of Home Affairs* 2000 1 SA 997 (K) 1035I.

⁶³ "Privacy of the home".

⁶⁴ "Freedom of movement".

⁶⁵ *Rattigan v Chief Immigration Officer, Zimbabwe* 1995 4 SA 280 (Z); *Kohlhaas v Chief Immigration Officer, Zimbabwe* 1998 3 SA 1142 (Z).

"that it would violate the citizen spouse's right to freedom of movement if such spouse were placed in the dilemma of having to decide whether to accompany (the alien spouse) to a country other than Zimbabwe and live together there, or to exercise (his or her) constitutional right to continue residing in Zimbabwe without the alien spouse".⁶⁶

Alhoewel die beskerming wat aan die gesin en gesinslewe in die sake onder bespreking⁶⁷ verleen word, verwelkom word, sou die aangeleenthed met veel groter oortuiging en minder geforseerd hanteer kon word, sou daar byvoorbeeld 'n reg analoog aan artikel 8 van die EVRM in die Grondwet vervat gewees het. Aangeleenthede wat betrekking het op toegang van vreemdelinge tot lidlande of deportasie van sodanige persone word sonder moeite onder artikel 8 EVRM deur die EHRM hanteer.⁶⁸

In die gewysdes⁶⁹ onder bespreking maak die hof veel gewag van die feit dat die partye 'n huwelik aangegaan het en dat een van die kernelemente van hierdie *consortium omnis vitae* die reg van die partye is om as man en vrou saam te woon. 'n Vraag wat ontstaan is wat die bevinding van die hof sou gewees het indien die partye bloot in 'n stabiele informele verhouding betrokke was en daar 'n gesinsverhouding tussen hulle bestaan het. Sou die vreemdeling-party tot die verhouding op dieselfde beskerming kon aandring as die getroude gade? Ook in dié verband sou regte ten aansien van 'n gesinslewe analoog aan artikel 8 EVRM veel kon bydra om die aangeleenthed te beredder. Só verklaar die EHRM in *Kroon v Netherlands*:⁷⁰

⁶⁶ *Kohlhaas v Chief Immigration Officer, Zimbabwe* 1988 3 SA 1142 (Z) 1144J-11458.

⁶⁷ *Dawood, Shalabi, Thomas NO v Minister of Home Affairs* 2000 1 SA 997 (K); *Patel v Minister of Home Affairs* 2000 2 SA 343 (D).

⁶⁸ Hfst 4 par 4 2 (b) en (p).

⁶⁹ Soos bespreek in par 7 2 2.

⁷⁰ (1995) 19 EHRR 263 283 par 30. Sien ook *Keegan v Ireland* (1994) 18 EHRR 342 en *Johnston v Ireland* (1987) 9 EHRR 203. Vir volledige bespreking van dié sake sien hfst 2 par 2 2 3(l)(e).

"[T]he notion of 'family life' in Article 8 is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto 'family ties' where parties are living together outside marriage" (eie kursivering).

Eweneens sal daar sonder moeite gehandel kan word met verhoudings tussen byvoorbeeld grootouers en kleinkinders, kinders onderling (broers en susters) en moontlik selfs homoseksuele verhoudings⁷¹ indien dit blyk dat daar 'n gesinsverhouding tussen die partye aanwesig was en die owerheid op die punt staan om een van die gesinslede te deporteer. 'n Vraag wat by geleentheid voor die Duitse Konstitusionele Hof gedien het, was of die feit dat 'n vreemdelingvader wat 'n buite-egtelike kind by 'n Duitse burger verwek het en die kind erken en in 'n gesinsverhouding met die kind gestaan het, 'n invloed behoort te hê op die owerheid se beslissing om 'n verblyfpermit aan hom toe te ken of nie.⁷² In dié saak word naamlik verklaar dat indien die saamleef van 'n buitelander en sy deur hom erkende Duitse kind redelikerwys slegs in Duitsland kan plaasvind, immigrasiepolitiese belange in die reël ondersesk staan aan die staat se plig om die gesinslewe te beskerm. Die hof wys daarop dat alhoewel die vader voorafgaande verblyfregte-like bepalings geskend het, die latere samewoning, wat konstitusionele beskerming geniet, 'n nuwe dimensie aan die saak gee. In Duitsland staan die gesin dan ook onder die direkte beskerming van die staat.⁷³

Die uitbreiding van die begrip "gesinslewe" is een van die beste voorbeelde waarop die EHRM, die EVRM uitlê om tred te hou met sosiale veranderings. Dié begrip het 'n dinamiese kern en is allerminds staties van aard. Deur beskerming

⁷¹ Sien in dié verband *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 1999 3 SA 173 (KH), waar die hof a 25(a) van die Wet op Vreemdelinge-Beheer onkonstitutioneel bevind het vanweë differensiasie oogt sekuele oriëntasie en dusstrydig met a 9 van die Grondwet.

⁷² *BVerfGE Beschl v 10/8/1994 NJW 1994 3155*. Vir vonnisbespreking sien Labuschagne "Publiekregte-like effek van die ongehude vader se omgangsreg met sy bulte-egtelike kind" 1997 *Stell LR* 99.

⁷³ A 6(1) CG - sien hFst 3 par 3 5 2.

aan 'n verhouding te verleen wat aan die eienskappe van 'n gesinslewe voldoen, sal 'n positiewe bydrae gemaak word tot die hantering van aangeleenthede wat betrekking het op die toelating tot, of deportasie van, gesinslede uit Suid-Afrika.⁷⁴

7.3 Intestate erfreg en swart gewoontereg: Bevoegdheid van buite-egtelike kind om intestaat van natuurlike ouer te erf

Artikel 23(10) van die Swart Administrasie Wet⁷⁵ magtig die Staatspresident om regulasies uit te vaardig wat onder andere bepaal hoe die boedels van oorlede Swartes beredder en verdeel moet word⁷⁶ en wat tabelle van erfopvolging met betrekking tot Swartes vasstel.⁷⁷ Regulasie 2⁷⁸ is in dié oopsig van belang. In *Mthembu v Letsela*⁷⁹ het die volgende feite voor die hof gedien: Die applikant is die moeder en natuurlike voog van 'n sewejarige dogter Tembi Mthembu. Applikant beweer dat sy en die oorledene, L, ooreenkomsdig Swart gewoontereg getroud was. Tembi is uit hierdie verhouding gebore. L het intestaat gesterf. Die applikant het onder andere aansoek gedoen dat die reël wat Swart vroue uitsluit van intestate erfopvolging (die gewoonteregtelike reël) onkonstitusioneel verklaar word as synde in stryd met Hoofstuk 3 van die interim Grondwet en dat artikel 23 van die Swart Administrasie Wet⁸⁰ en regulasie 2, ongeldig verklaar moet word in soverre hulle die aanwending van

⁷⁴ Sien ook Visser "Die Moontlike Uitdruklike Erkenning van Fundamentele Regte ten aansien van die Huwelik en Gesin (familie) in die Finale Grondwet van Suid-Afrika" 1996 DJ 351 357.

⁷⁵ Wet 38 van 1927. Vir 'n resente algemene bespreking van aspekte van die swart gewoontereg sien Nhlapo "African Family Law under an Undecided Constitution - the Challenge for Law Reform in South Africa" in Eekelaar en Nhlapo (red)s *The Changing Family - Family Forms and Family Law* (1998) 617.

⁷⁶ A 23(10)(a).

⁷⁷ A 23(10)(e).

⁷⁸ Afgekondig by GK R200 van 1987-02-06.

⁷⁹ 1998 2 SA 675 (T).

⁸⁰ Wet 38 van 1927.

die gewoonteregtelike reël vereis. Die eerste respondent is die oorledene se vader. Hy ontken die applikant se bewerings dat sy en L 'n gebruiklike verbinding aangegaan het en betwiss dat Tembi as die oorledene se enigste erfgenaam beskou word. Respondent beweer dat die gewoonteregtelike reëls van erfopvolging toegepas moet word, wat meebring dat respondent die enigste erfgenaam van L is.⁸¹ Die aansoek berus op vier gronde, te wete:⁸²

- (a) Regulasie 2⁸³ is *ultra vires* volgens die gemenereg.
- (b) Regulasie 2 is implisiet herroep deur artikel 1(1) gelees met artikel 1(4)(b) van die Wet op Intestate Erfopvolging.⁸⁴
- (c) Die gewoonteregtelike reël⁸⁵ behoort ontwikkel te word ingevolge artikel 35(3) van die interim Grondwet met inagneming van die beginsel van gelijkheid, om diskriminasie tussen mans en vrouens te verhinder.
- (d) Indien vermelde gewoonteregtelike reël nie aldus ontwikkel word nie sal dit strydig wees met die beginsels van openbare beleid en natuurlike gerechtigheid binne die betekenis van artikel 1 van die Wysigingswet op die Bewysreg.⁸⁶ Applikant stel dit gevvolglik dat die hof artikel 1(1)(b) en artikel 1(2) van die Wet op Intestate Erfopvolging⁸⁷ behoort toe te pas wat bepaal dat waar 'n oorledene nie oorleef word deur 'n gade nie, maar deur 'n afstammeling (selfs 'n buite-egtelike afstammeling) sodanige

⁸¹ 678F-679B.

⁸² 681D-G.

⁸³ Hierbo.

⁸⁴ Wet 81 van 1987.

⁸⁵ Hierbo.

⁸⁶ Wet 45 van 1988.

⁸⁷ Wet 81 van 1987.

afstammeling die boedel moet erf.

Op elk van die gronde beslis die hof soos volg:

- (a) Ingevolge artikel 23(1) en (2) van die Swart Administrasie Wet word erkenning verleen aan gewoonteregtelike erfopvolging en ingevolge sodanige reg volg 'n manlike persoon 'n oorledene as erfgenaam op. Die wetgewer het die beginsel van primogenituur in artikel 23(1) en (2) erken.⁸⁸ Gevolglik het die gedelegeerde bevoegdheid opgedra aan die staatspresident om regulasies uit te vaardig ingevolge artikel 23(10)(a) van die Swart Administrasie Wet,⁸⁹ die bevoegdheid ingesluit om die beginsel van primogenituur aan te wend en na te volg in die voorskryf van die wyse waarop die boedels van oorlede Swartes beredder en verdeel moet word.⁹⁰
- (b) Dit was duidelik die bedoeling van die wetgewer om die intestate erfopvolging van Swartmense te reguleer.⁹¹ Die verwysing na artikel 23 van die Swart Administrasie Wet in artikel 1(4)(b) van die Wet op Intestate Erfopvolging,⁹² sluit 'n verwysing na artikel 23(10) in. Hieruit volg dat regulasie 2 ook deur verwysing geïnkorporeer is en nie deur artikel 1(4)(b) herroep is nie.⁹³
- (c) Die diskwalifikasie van die applikant se dogter om van haar oorlede vader

⁸⁸ 682B-C.

⁸⁹ Wet 38 van 1927.

⁹⁰ 682G-I.

⁹¹ Sien a 23(1)(2)(9)(10) en reg 2.

⁹² Wat lui dat "intestate boedel" insluit enige gedeelte van 'n boedel wat nie uit hoofde van 'n testament vereert nie of *ten opsigte waarvan artikel 23 van die Swart Administrasie Wet nie van toepassing is nie* (eie kursivering).

⁹³ 683H-684B.

te erf, vloei voort uit haar status as 'n buite-egtelike kind en nie vanweë die feit dat sy 'n dogter was nie. Die stelsel van primogenituur geld in die gewoontereg. Die hof verklaar:⁹⁴

"If on the other hand, a man and a woman do not enter into a customary union, the woman remains a member of her own family and she falls under the guardianship of her guardian in her own family. *Children born out of wedlock are regarded as illegitimate as far as their natural father and his family is concerned.* They become members of their mother's family and they fall under the guardianship of their mother's guardian. *They also do not inherit from their natural father if he dies intestate.* The rationale for this is that they have no rights against their natural father or his family, whether during the lifetime of their natural father or after his death" (eie kursivering).

En verder:⁹⁵

"It matters not that Tembi is a girl. Even an illegitimate son would have had no right to inherit intestate from the deceased ... In my view there cannot, therefore, be any talk of unfair discrimination on the grounds of sex or gender in the present case. It also follows, that the value of equality has not been infringed."

- (d) Aangesien die ontwikkeling van die gewoonteregtelike reël ingevolge artikel 35(3) van die interim Grondwet, soos deur applikant voorgestel, nie alleen die inheemsregtelike opvolgingsreg sal beïnvloed nie, maar ook die inheemsregtelike familieregreëls, moet sodanige ontwikkeling eerder deur die parlement onderneem word.⁹⁶
- (e) Indien die hof die gewoonteregtelike reël van erfopvolging ongeldig sou

⁹⁴ 686C-D.

⁹⁵ 687F-G.

⁹⁶ 686I-J. Die hof beveel in dié verband 'n ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie aan - 687B.

verklaar aangesien dit in stryd met openbare beleid is, sou die hof westerse norme toepas op 'n reël van die gewoontereg wat steeds deur baie Swartmense nagevolg en toegepas word. Aangesien sodanige verklaring deur die hof ook gewoonteregtelike familieregreëls sal raak, vereis nog openbare beleid, nog die interim Grondwet van die hof om dit te doen.⁹⁷

Die hoë premie wat die hof plaas op die belangrikheid van die inheemse familiereg vir 'n groot deel van die bevolking, is geregverdig. Só verklaar Nhlapo⁹⁸ byvoorbeeld:

"The importance of family law in traditional African systems cannot be sufficiently emphasized ... The family unit is so crucial in traditional thinking that customary family law is invariably the best-developed branch of customary law for most African communities. Even in the most unsophisticated systems of tribal law there will exist an elaborate network of principles, rules and regulations regarding courtship, the marriage ... and succession."

Desondanks gaan verskeie stemme reeds geruime tyd op vir die hervorming van gewoonteregtelike erfopvolging, hoewel daar gemaan word oor die wyse waarop dit behoort te geskied. Kerr⁹⁹ verklaar:

"It has long been recognized that society has changed since the rule of primogeniture of males through males and universal succession developed ... It is important in a democratic state that the democratic process in regard to changes in law be followed and those affected by customary law be given the opportunity to discuss possible reforms and to convey their views to their elected representatives and/or to a commission appointed by legislature."

⁹⁷ 688B-C. Dié beslissing is onlangs op appèl bevestig in *Mthembu v Letsela* [2000] 3 All SA 206(A).

⁹⁸ "International protection of human rights and the family: African variations on a common theme" 1989 *Int J of Law and the Fam* 1 9.

⁹⁹ "Customary law, fundamental rights, and the Constitution" 1994 *SAJL* 719 732.

Bekker¹⁰⁰ verklaar:

"Many customs and usages, are moreover, a social given and the application of human rights norms will not make them disappear overnight. It will indeed be a pity if a constitutional court should declare a rule of customary law unconstitutional before a process of law reform and other policy interventions have been put into operation."¹⁰¹

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het intussen inderdaad 'n besprekingsdokument hieroor geloods waarin kommentaar gevra word rondom die voorkoms van die gewoonteregtelike beginsel vandag en die houbaarheid daarvan in die lig van die gelykheidsbeginsel in die Grondwet.¹⁰² Dit wil egter voorkom asof die gewoonteregtelike beginsel al hoe meer in die praktyk verontagsaam word. Bekker en De Kock¹⁰³ wys daarop dat die ekonomiese en sosiale basis waarop die reël berus, verander het:

"The cattle economy has been converted into a cash economy. Members of the family are scattered all over the country. This has profoundly changed the position of the first born."

Maithufi¹⁰⁴ wys eweneens op die verandering in die reëls betreffende die primogenituur maar beklemtoon dat 'n onderskeid getref moet word tussen

"succession to status and to the inheritance of the property of the deceased.

¹⁰⁰ "How compatible is African customary law with human rights? Some preliminary observations" 1994 *THRHR* 440 446.

¹⁰¹ Sien verder in die algemeen Labuschagne "Psigo-kulturele onderbou van effektiewe menseregte: Opmerkings oor die posisie van die Vrou in die inheemse reg" 1995 *Stell LR* 348; Bennett *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution* (1995) 126.

¹⁰² 108 van 1996. Issue paper 12, Project 90 "The harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law" - projekleier prof RT Nhlapo.

¹⁰³ "Adaptation of the customary law of succession to changing needs" 1992 *CILSA* 366 368.

¹⁰⁴ 1998 *THRHR* 142 147.

Succession to status is not necessarily nor inevitably accompanied by the inheritance of the property" (ie kursivering).

Alhoewel die oudste seun dus die status van die oorledene oorneem, impliseer dit nie dat hy noodwendig die hele boedel van die oorledene erf nie.¹⁰⁵ So kom dit dikwels voor dat die jongste seun grond erf. Die rede hiervoor soos deur Bennett¹⁰⁶ verduidelik, is dat die jongste seun die laaste is om die huis te verlaat en onder die omstandighede is hy in die beste posisie om na sy ouers om te sien. Hy moet beide die vermoë en die insentief gegee word om dit te doen.¹⁰⁷ Ook wat vroue betref, is daar getuenis dat hulle dikwels die man se grond oorneem, veral waar daar jonger kinders is.¹⁰⁸

Aan die een kant wil dit dus voorkom asof onsekerheid bestaan rondom die presiese inhoud van die gewoonteregtelike beginsel. Andersyd verskaf artikel 9¹⁰⁹ nou 'n regsbasis vir veranderinge in die praktyk, deurdat dit blyk dat die beginsel van primogenituur ongeleidig is aangesien dit *prima facie* diskriminerend is op gronde van ouderdom, geslag en geboorte (ongelyke behandeling van buite-egtelike kinders *in casu*).¹¹⁰

In die onlangse beslissing in *Zondi v President of the Republic of South Africa*¹¹¹

¹⁰⁵ Vir 'n volledige uiteenstelling sien Maithuji 1998 *THRHR* 142 147; Watney "Basiese opvolgingsreëls by die Bapedi van Sekwati" 1992 *TSAR* 198; Kerr 1994 *SALJ* 719 730.

¹⁰⁶ *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* (1991) 400.

¹⁰⁷ Die beginsel van ultimogenituur; sien Watney 1992 *TSAR* 298.

¹⁰⁸ Sien verder Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 266 369; Kaganas en Murray "Law and Women's Rights in South Africa. An overview" 1994 *Acta Juridica* 1.

¹⁰⁹ Wet 108 van 1996.

¹¹⁰ Tav buite-egtelikhed sien Dlamini "The legal status of illegitimate black children" 1984 *Obiter* 8 17; Burman "Illegitimacy and the African Family in a Changing South Africa" 1991 *Acta Juridica* 36. Sien verder Bennet "The equality clause and customary law" 1994 *SAJHR* 122; Labuschagne "Menseregte vir kinders: Opmerkinge oor die posisie van die kind in die inheemse reg" 1994 *DJ* 341.

¹¹¹ 2000 2 SA 49 (N).

was die verhouding wat ter sprake was die sogenaamde "artikel 22(6)-huwelik".¹¹²

Die huwelik was dus nie 'n gebruiklike verbinding nie. Geen kinders is uit dié verhouding tussen S (die oorledene) en B, sy eggenote, gebore nie. S was wel die vader van twee buite-egtelike kinders. S sterf intestaat. B is vooroorlede. Alhoewel S dus 'n wewenaar was, was sy huwelik met B nog een binne gemeenskap van goed, nog een buite gemeenskap van goed met 'n huweliksvoorraardekontrak. Sy boedel moes gevvolglik kragtens Swart gewoontereg verdeel word. Volgens die beginsel van primogenituur hierbo uiteengesit, was S se broer X, die erfgenaam van sy boedel. Die hof beklemtoon die feit dat die verbinding nie 'n gewoonteregtelike verbinding was nie maar 'n artikel 22(6)-huwelik.¹¹³ Die feit dat die beslissing nie handel oor die grondwetlikheid van die Swart gewoontereg nie, word ook spesifiek aangetoon.¹¹⁴ Trouens, die hof wys daarop dat Swart gewoontereg deur die Grondwet erken en respekteer word.¹¹⁵ Die hof verklaar ten aansien van gewoonteregtelike erfopvolging:¹¹⁶

"One can readily understand that if a man is married by customary union he would expect on his death to have his property devolve according to that

¹¹² Swart Administrasie Wet 38 van 1927. Gemelde artikel lui: "'n Huwelik tussen Swartes na die inwerkingtreding van hierdie Wet aangegaan, het nie die wetlike gevolge van 'n huwelik in gemeenskap van goedere tussen die eggenote nie: Met dien verstande dat by 'n huwelik wat nie gedurende die bestaan van 'n gebruiklike verbinding tussen die man en 'n ander vrou dan die eggenote, aangegaan word nie, die toekomstige eggenote bevoeg is om te eniger tyd binne een maand voor die bevestiging van daardie huwelik gesamentlik te verklaar voor 'n magistraat, Kommissaris of 'n huweliksbevestiger (wat hiermee gernagtig word om daardie verklaaring te attesteer) dat dit hulle voorneme en begeerte is dat hulle huwelik gemeenskap van goedere en van wins en verlies ten gevolg moet hê, en daarop het hulle huwelik daardie gemeenskap ten gevolge behalwe met betrekking tot grond in 'n lokasie wat onder erfpag besit word. Daardie grond is van die gemeenskap uitgesluit."

¹¹³ 52B-C.

¹¹⁴ 52B-C.

¹¹⁵ A 211 Grondwet.

¹¹⁶ 52B-D.

system."

En verder:¹¹⁷

"[C]ustomary law has its own built-in family support systems. Thus it is that illegitimate children would be supported by the mother's side of the family, not being entitled to any support from the father's side."

Die feit dat S *in casu* 'n artikel 22(6)-huwelik aangegaan het, dui volgens die hof daarop dat hy *nie* die gewoontereg daarop van toepassing wou hê nie en beslis:¹¹⁸

"The proprietary regime resulting from his marriage was fundamentally no different from that brought about by an antenuptial contract."

Hoekom dan, vra die hof, word daar in regulasie 2 onderskei tussen die verskillende soorte huwelike vir doeleinnes van die intestate erfreg?¹¹⁹ In die lig van artikel 9 van die Grondwet beslis die hof:¹²⁰

"In my view, the regulation in question offends against the equality provisions of the Constitution. Children, both legitimate and illegitimate, of a deceased African person married by antenuptial contract or in community of property would qualify to inherit intestate. Indeed illegitimate children of all races in this country would so qualify. The illegitimate children of persons in the same position as the deceased herein would not qualify. This, in my view, amounts to gross discrimination against the latter children. Fortunately, as indicated, the s 22(6) marriage was abolished in 1988 but there is reason to believe that there may be many thousands of persons who have contracted these marriages and, if they die intestate, their deceased estates would be governed by the regulation in question. In the interests of promoting the values espoused by the

¹¹⁷ 52C.

¹¹⁸ S2E.

¹¹⁹ S2B.

¹²⁰ 53F-J.

Constitution, the regulation should without further ado be struck down thus conferring on all illegitimate children the same succession rights."

S se boedel vererf gevolglik ingevolge die Wet op Intestate Erfopvolging.¹²¹

'n Vraag wat na vore kom is of regte ten aansien van die gesin en gesinslewe in die Grondwet enige effek op die beslissings in *Mthembu v Letsela*¹²² en *Zondi v The President of the Republic of South Africa*¹²³ sou gehad het. Die posisie van die buite-egtelike kind in die gewoonteregtelike erfreg is steeds onaangespreek. Bo en behalwe die bepalings van artikel 9 van die Grondwet, behoort 'n reg op respek vir (só) 'n kind se gesinslewe 'n positiewe bydrae te kan maak, in die besonder wat betref sy reg om te erf. In dié verband beslis die EHRM in *Marckx v Belgium*¹²⁴ en *Vermeire v Belgium*¹²⁵ ten aansien van die intestate erfreg:¹²⁶

"Matters of intestate succession - and of disposition - between near relatives prove to be intimately connected with family life so as to attract the protection of Article 8."

Benewens die posisie van die buite-egtelike kind kom die vraag na die posisie van 'n persoon wat in 'n saamwoonverhouding met die oorledene betrokke was en wat op dieselfdevlak as 'n huwelik gestel kan word, na vore. Behoort só 'n persoon, sou daar sprake wees van 'n gesinslewe tussen hulle, 'n aanspraak kon

¹²¹ Wet 81 van 1987.

¹²² 1998 2 SA 675 (T) welke later op appèl bevestig is in *Mthembu v Letsela* [2000] 3 All SA 206 (A).

¹²³ 2000 2 SA 49 (N).

¹²⁴ (1979) 2 EHRR 3 30 351 par 52.

¹²⁵ (1993) 15 EHRR 488 503 par 25 ev.

¹²⁶ Sien bespreking hfst 4 par 4 2(a) en (b).

hê om intestaat van die oorledene te erf?¹²⁷ 'n Reg op respek vir die gesinslewe, sou dit in die Grondwet geïnkorporeer word, maak ontwikkeling op dié gebied moontlik.

7.4 Uitbreiding van vermoede pater est quem nuptiae demonstrant na sosiologiese (*de facto*) huweliksverhouding

Daar bestaan in ons reg 'n vermoede dat 'n kind wat uit 'n getroude vrou gebore (of verwek) is, dié is van die man met wie sy getroud is.¹²⁸ Aan hierdie vermoede is aanvanklik so 'n kragtige werking toegeken dat die weerlegging daarvan slegs in beperkte gevalle moontlik was.¹²⁹ Aanvanklik kon gades selfs nie getuig dat hulle nie gedurende die konsepsieperiode geslagsomgang gehad nie nie.¹³⁰ Hedendaags, egter, kan die vermoede deur bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede weerlê word.¹³¹ Dat dit hedendaags nie (meer) om die regstegniese huwelik, as sodanig, handel nie, blyk uit die feit dat dié vermoede ook op vernietigbare en putatiewe huwelike van toepassing is.¹³²

'n Soortgelyke vermoede geld egter nie ten aansien van 'n kind wat uit 'n konkubinaat (sosiologiese huwelik) verwek of gebore is nie.¹³³ Hierdie vermoede kan in die eerste instansie deur die huwelikspartye weerlê word. 'n

¹²⁷ Soortgelyk, behoort 'n kind intestaat te kan erf van 'n sosiale ouer indien daar 'n gesinslewe tussen sosiale ouer en kind bestaan het?

¹²⁸ Sien Davel en Jordaan Personereg (1995) 94-95; Thomas "A child with three fathers" 1982 DJ 295.

¹²⁹ Sien bv *Abrahams v Adams* 1878 Buch 85; *Brauel v Brauel* 1922 WPD 162; Labuschagne "Biogenetiese vaderskap: bewysregtelike en regsppluralistiese problematiek" 1984 DJ 58 61.

¹³⁰ *Surman v Surman* 1926 AD 47 50-53. Sien verder a 101(3) van die Algemene Regswysigingswet 46 van 1935; *R v Isaacs* 1954 1 SA 266 (N) 269.

¹³¹ *R v Isaacs* 1954 1 SA 266 (N) 270; *Mitchell v Mitchell* 1963 2 SA 505(D) 506; Labuschagne 1984 DJ 62; Davel en Jordaan 103.

¹³² Sien *Erasmus v Erasmus* 1940 TPD 377 379; a 6 van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987; Labuschagne 1984 DJ 64-66.

¹³³ Labuschagne 1994 *Obiter* 265 267.

Feitelike basis vir bevraagtekening sal uiteraard eers gelê moet word.¹³⁴

In *Kroon v Netherlands*¹³⁵ het die EHRM die eerste tree gegee in die rigting van die vervanging van die suiwer regstegniese basis vir die vermoede met 'n sosiologies-feitelike basis.¹³⁶ In gemelde saak wys die EHRM daarop dat in die betrokke saak 'n gesinsverhouding tussen die biologiese vader en kind bestaan het en dat daar op die Nederlandse owerheid 'n plig rus om familieregteleike betrekkinge tussen hulle te bewerkstellig.¹³⁷ Die reël dat die moeder nie die vaderskap van haar eggenoot kan ontken nie en dat die biologiese vader nie sy kind kan erken nie, word deur die EHRM verworp. Die EHRM konkludeer soos volg:¹³⁸

"In the Court's opinion, 'respect' for 'family life' requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone. Accordingly, the Court concludes that, even having regard to the margin of appreciation left to the State, the Netherlands has failed to secure to the applicants the 'respect' for their family life to which they are entitled under the Convention. There has accordingly been a violation of Article 8."

Teen dié agtergrond het die Hof 's Gravenhage¹³⁹ ten aansien van 'n analogiese geval soos volg opgemerk:

"Het hof is er zich van bewust dat de Hoge Raad vrijwel onmiddellijk na voormelde uitspraak van het EHRM [Kroon] heeft overwogen, dat het vinden van

¹³⁴ Sien *F v L* 1987 4 SA 525 (W) 528.

¹³⁵ (1995) 19 EHRR 263. Sien bespreking van feite hfst 4 par 4 2 2(c).

¹³⁶ Labuschagne "Die vermoede pater est quem nuptiae demonstrant, sosio-morele transformasie in die reg op nakomskennis" 1996 *Obiter* 30 40.

¹³⁷ 283 par 32 en 36.

¹³⁸ 285 par 40.

¹³⁹ 12 Mei 1995 NJ 1995 601 par 6.

oplossingen voor wat zou moeten gelden indien een zodanige inmenging aanwezig zou moeten worden geacht, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan. Nu evenwel nog steeds geen nieuw voorstel van wet tot herziening van het afstammingsrecht is ingediend en het er niet naar uitziet dat de wetgever op korte termijn de op Nederland als verdragspartij rustende positieve verplichting om voormalde ongerechtvaardigde inmenging ongedaan te maken zal kunnen nakomen, dient de rechter vooralsnog telkens van geval tot geval een passende oplossing te bedenken."

Die hof gelas in dié saak dat die (getroude) moeder en biologiese vader, wat reeds jare saamwoon, laasgenoemde se vaderskap (in effek) kan erken.¹⁴⁰

Uit 'n beslissing van 22 Oktober 1993¹⁴¹ blyk dat die partye vir ongeveer vier jaar in 'n konkubinaat gelewe het. Voortvloeiend hieruit is 'n kind gebore. By geboorte was die verhouding egter reeds verbreek, maar die vader het die kind, met samewerking van die moeder, reeds voor geboorte erken. Die vraag was of die man 'n omgangsreg met sy kind het. Die HR wys daarop dat so 'n verhouding, synde gelykstaande aan 'n huwelik, 'n gesinsverhouding ("family life") ingevoige artikel 8 EVRM daarstel, ook as die verhouding by geboorte reeds beëindig is.¹⁴² Hierdie beslissing verteenwoordig die finale tree in die toepassing van die vermoede *pater est quem nuptiae demonstrant* op 'n konkubinaat. Hierdeur gee die familiereg 'n verdere tree nader aan die sosiale werklikheid.¹⁴³

Só 'n siening staan in die ware gees van respekteering van die psigoseksuele

¹⁴⁰ Par 7.

¹⁴¹ NJ 1994 153.

¹⁴² Par 3 3.

¹⁴³ Labuschagne "Vaderlike omgangsreg en die toepassing van die vermoede *pater est quem nuptiae demonstrant* op 'n konkubinaat" 1994 *Obiter* 265 268. Labuschagne verklar verder 1996 *Obiter* 31 40: "'n Sosio-morele transformasie van die menslike gemeenskapslewe, in besonder ook van geslagsverhoudinge, het genoemde vermoede van die werklikheid vervreem." Sien ook sy betoog reeds vroeër "Biogenetiese vaderskap: Bewysregtelike en regsppluralistiese problematiek" 1984 *DJ* 58.

outonomie van die mens en van 'n menseregtekultuur in die algemeen. Aangesien die integriteit van 'n langtermyn seksuele en sosiale verhouding en die aansien en waardigheid van die betrokke partye beskerming verdien, behoort slegs 'n persoon betrokke by so 'n verhouding die reg te hê om vaderskap te betwiss. Slegs indien dit in belang van die kind is, sou 'n derde dit kon doen.

7.5 Homoseksualisme en ouerskap

Artikel 8 saamgelees met artikel 14 EVRM verbied diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie by toekenning van ouerlike gesag.¹⁴⁴ Niteenstaande die feit dat daar in artikel 9(3) van die Grondwet,¹⁴⁵ 'n uitdruklike verbod op diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie geplaas word, het daar sedertdien nog weinig ter verbetering van die famillieregtelike status van persone van homoseksuele oriëntasie plaasgevind. In *Van Rooyen v Van Rooyen*,¹⁴⁶ 'n beslissing wat voor die inwerkingtreding van die Grondwet gegee is, was die hof nie bereid om te aanvaar dat homoseksuele binne 'n gesinseenheid as ouers kan optree nie.¹⁴⁷ Volgens die hof moes die kinders beskerm word teen hul moeder se homoseksuele leefstyl om te verseker dat hulle nie aan "wrong signals"¹⁴⁸ insake menslike verhoudings blootgestel sou word nie.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Sien bespreking van *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 21 Des 1999 (ongerapporteer) hfst 4 par 4 2 2(r).

¹⁴⁵ Wet 108 van 1996. Sien verder bespreking deur Robinson "Children and Divorce" in Davel (red) *Introduction to Child Law in South Africa* (2000) 65 76.

¹⁴⁶ 1994 2 SA 325 (W) 329I-330B.

¹⁴⁷ 329I-330D.

¹⁴⁸ 330A.

¹⁴⁹ Sien Cameron "Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights" 1993 SALJ 450; Singh "Discrimination Against Lesbians in Family Law" 1995 SAJHR 571; Labuschagne "Eengeslaghuwelike: 'n Mensregtelike en Regsevolusionére Perspektief" 1996 SAJHR 534.

Sedertdien is daar egter 'n duidelike houdingsverandering by ons howe te bespeur en die feit dat boekgerugteheid toenemend omskep word in praktiese en belewenisgerugteheid, ook ten aansien van persone van homoseksuele oriëntasie, is verblydend.¹⁵⁰

In *V v V*¹⁵¹ beslis die hof dat dit regtens verkeerd is om 'n homoseksuele oriëntasie *per se* as abnormaal te beskryf in die lig van die gelykheidsbeginsel in die Grondwet. Die hof verleen *in casu* gesamentlike beheer en toesig aan beide ouers. In *Fitschen v Fitschen*¹⁵² beslis die hof verder dat die homoseksuele oriëntasie van die moeder van twee minderjarige kinders nie *per se* teen die belang van die kind is nie, maar ken tog, op basis van die getuenis, alleenbewaring aan die vader toe. Die algemene opvatting onder die burgery dat ouerskap deur persone van homoseksuele oriëntasie *per se* strydig met die beste belang van kinders is, word verder nie deur navorsingsresultate en deskundige menings ondersteun nie.¹⁵³

Artikel 28(2) van die Grondwet bepaal tans dat die beste belang van 'n kind in alle aangeleenthede rakende daardie kind voorrang moet geniet. In die lig van hierdie artikel, asook in die lig van die grondwetlike verbod op diskriminasie op grond van 'n persoon se seksuele oriëntasie, en met inagneming van die

¹⁵⁰ Sien by *Langemaat v Minister of Safety and Security & Others* 1998 3 SA 312 (T) 316F-H; *V v V* 1998 3 SA 169 (K) 188E-190G; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality & Another v Minister of Justice & Others* 1999 3 SA 173 (KH).

¹⁵¹ 1998 4 SA 169 (K). Sien ook bespreking deur Steyn "From Closet to Constitution: The South African Gay Family Rights Odyssey" in Eekelaar en Nhlapo (red) *The Changing Family - Family Forms and Family Law* 25 427.

¹⁵² Saaknr 9564/95 (K) van 31 Julie 1997 (ongerapporteer).

¹⁵³ Sien by Susoeff "Assessing Children's Best Interests When a Parent is Gay or Lesbian: Toward a Rational Custody Standard" 1985 *UCLA LR* 852 903; Beargie "Custody Determinations Involving the Homosexual Parent" 1988 *Family LQ* 71 85-86; Dooley "Immoral Because They're Bad, Bad Because They're Wrong: Sexual Orientation and Presumptions of Parental Unfitness in Custody Disputes" 1990 *Calif Western LR* 395 423-424.

bestaande navorsingskennis, lyk die volgende opmerkings van Bonthuys¹⁵⁴ sinvol en geregtigheidskonform:

"It is suggested that the courts should only allow the homosexuality of the parent to influence the decision where there is indeed evidence to suggest that it would have a detrimental effect on the children ... It is conceivable that there may be cases where the sexual conduct of the homosexual parent takes place in a way which may be harmful to the children, just as there may be cases of heterosexual parental behaviour which may harm the children. Only when evidence is submitted that such conduct has indeed occurred may the court take this into account. It is also of great importance that the burden to prove that the sexual orientation of one parent would be harmful to the child should rest on the person alleging it and that the homosexual parent should not be faced with the almost impossible task of proving that his or her homosexuality would not be harmful to the child ... The approach should ... be that homosexuality is as irrelevant as heterosexuality, unless there is evidence which indicates that it affects the interests of the child. Where there is evidence that the homosexuality might be detrimental to the child, it should not be the predominant factor, but should be weighed together with other factors in determining the best interest of the child."¹⁵⁵

Hierdie gedagte kom dan ook pertinent na vore in die onlangse saak van *Ex parte Chritchfield*¹⁵⁶ waar die hof die *Van Rooyen*-saak verwerp.¹⁵⁷ Die hof

¹⁵⁴ "Awarding Access and Custody to Homosexual Parents of Minor Children: A Discussion of *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 2 SA 325 (W)" 1994 *Stell LR* 298 312. Robinson 77 wys op aspekte wat daartoe kan lei dat beperkinge van 'n homoseksuele ouer se fundamentele regte moontlik geregverdig kan word in die lig van die beste belang van die kind. Hy Verklaar (*ibid*): "While it is clear that currently existing bigotry and its consequences does not in itself create a valid reason to limit the constitutionally guaranteed rights of a gay or lesbian parent, it is equally clear that while the child is growing up there may be strong recrimination from peers and other parents against such child when it becomes known that his or her parent is gay or lesbian. The child may also become confused by its parent's unwillingness to conform to a generally accepted norm. There is in terms of the equality clause in the Constitution indeed nothing abnormal or wrong about a homosexual relationship, but it may be in the best interests of a child to discriminate against its homosexual parent if that would be the only way in which the child would be spared unnecessary suffering."

¹⁵⁵ Sien ook De Vos "The Right of a Lesbian Mother to Have Access to Her Children: Some Constitutional Issues" 1994 *SALJ* 687; Viljoen "Signs of the Times: Changing Attitudes Under the New Constitution?" 1995 *Stell LR* 232 243-247. Vgl Heaton *The Meaning of the Concept "Best Interests of the Child" as Applied in Adoption Applications in South African Law* (LLM-verhandeling UNISA 1988) 111-13.

¹⁵⁶ 1999 3 SA 132 (W).

verklaar:¹⁵⁷

"[In a society such as ours which proscribes discrimination on the basis of sexual orientation, these encounters can be viewed in no more serious light than conventional adultery ... In my view the Court should not be particularly concerned with the sexual predilections of litigants when it comes to custody matters ... It is an entirely different matter where such predilections pose an actual or potential threat to the welfare, psychological or physical, of young children.]"

'n Reg op respek vir die gesinslewe kan, in die lig van die onlangse standpunt ingeneem deur die EHRM,¹⁵⁸ 'n belangrike bydrae maak op die terrein van homoseksuele ouerskap.

7 6 Transseksualisme en ouerskap

In *X, Y en Z v United Kingdom*¹⁵⁹ bevind die EHRM dat 'n *de facto*-familie of gesinsband tussen X ('n vrou-na-man transseksueel), Y (die vrouw met wie X in 'n samewoningsverhouding betrokke was) en Z (die kind by wyse van kunsmatige inseminasie verwek), bestaan het.¹⁶⁰ In 'n kommentaar op dié beslissing wys De Boer¹⁶¹ daarop dat geslagsverandering as gevolg van mediese ontwikkelings hedendaags 'n werklikheid is en dat dit ten aansien van huweliksluiting, aanneming en vaderskap erken behoort te word. Dit lyk na 'n redelike en realistiese benadering. Die sentrale vraag ten aansien van artikel 8 EVRM is telkens of 'n familielewe tussen die betrokke partye tot stand gekom het en nie

¹⁵⁷ 139C-F.

¹⁵⁸ Sien bespreking van *Hendricks v Netherlands* aansoek no 8427/78 (1982) DR 29 5; *Hoffmann v Austria* (1994) 17 EHRR 293; *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 21 Des 1999 (ongerapporteer) in hfst 4 par 4 2 2(f).

¹⁵⁹ (1997) 24 EHRR 143.

¹⁶⁰ Sien bespreking hfst 4 par 4 2 2(hh)(iii).

¹⁶¹ NJ 1998 1229 1230.

of daar 'n (juridiese) huwelik bestaan nie.¹⁶² Die huweliksregtelike status van die transseksueel word verder in 'n toenemende mate wêreldwyd erken.¹⁶³ Die posisie in Suid-Afrika, veral in die lig van artikel 9 van die Grondwet, is nog nie deur die howe uitgespel nie.¹⁶⁴ Die reg van transseksuele om, in ooreenstemming met hulle (moontlike) veranderde huweliksregtelike status, ouerskap van kinders te aanvaar, lyk na 'n logiese konsekvensie van moderne ontwikkelinge. Die erkenning van regte ten aansien van die gesin en gesinslewe sal veel kan bydra indien dit blyk dat 'n *de facto*-gesinsband aanwesig was. Die finale antwoord sal in elk geval aan die beste belang van elke betrokke kind onderhewig wees.¹⁶⁵

7.7 Gesamentlike beheer en toesig

In hoofstuk 4¹⁶⁶ is daarop gewys dat 'n gesinslewe nie tot 'n einde kom by egskeiding nie. Geskeide ouers en hul kinders is gevolelik geregtig op die voortsetting van hul reg op respek vir die gesinslewe ná egskeiding. Die veriening van beheer en toesig aan die een ouer sal dus noodwendig inbreuk maak op die reg op respek vir die gesinslewe van die ander ouer. Sodanige inbreukmaking kan alleen geregtig word deur 'n beroep op artikel 8(2) EVRM.¹⁶⁷

¹⁶² Sien De Boer 1994 *NJB-Kronieken* 26; Labuschagne 1994 *Obiter* 265; Labuschagne "Kunsmatige Inseminasie en die Toepassingsveld van die Vermoede pater est quem nuptiae demonstrant" 1997 *Obiter* 117.

¹⁶³ Labuschagne "Menseregteleke Beskerming van Seksuele Oriëntasie en die Huweliksregtelike Status van die Transseksueel" 1996 *SALJ* 229.

¹⁶⁴ Dit is egter te betwyfel of ons howe 'n ander opsie sou hê as om geslagsverandering vir huweliksregtelike doeleinades te erken. Trouens, die erkenning van eengeslighuwelike, of ten minste sekere weselike gevolge daarvan, lyk onvermydelik - sien Labuschagne 1996 *SAJHR* 534; Schutte-Heide-Jorgensen "Recht op Homohuwelik" 1997 *AA* 86.

¹⁶⁵ A 28(2) van die Grondwet.

¹⁶⁶ Par 4.2.2(r).

¹⁶⁷ Kilkelly 241 verklaar: "A custody order will only be compatible with the Convention ... where an appropriate balance is reached between the interference with family life which it causes and the protection of a child, which it aims to achieve, and accordingly, it must

Alhoewel artikel 6(3) van die Wet op Egskeiding¹⁶⁸ dit nie uitdruklik stel nie, word dit algemeen aanvaar dat dit inderdaad voorsiening maak vir bevele vir gesamentlike beheer en toesig aan geskeide ouers.¹⁶⁹ Dit blyk egter dat die howe huiwerig is om sodanige bevele uit te reik.¹⁷⁰ Die algemene rede onderliggend aan die huiwering word soos volg in *Kastan v Kastan*¹⁷¹ uiteengesit:

"Orders for joint custody are rare. Such few examples as can be gleaned from the law reports would seem to point emphatically in a direction away from orders of this nature and the reason for this, I would think is clear. Custody of children involves day to day decisions and also decisions of longer and more permanent duration, involving their education, training, religious upbringing, freedom of association, and generally how best to ensure their good health, welfare and happiness. To leave decisions of this nature to the joint decision of parents who are no longer husband and wife could be courting disaster, particularly where the divorce has been preceded by acrimony and disharmony between the parents."

In *Venton v Venton*¹⁷² egter, meen die hof daar is geen rede waarom gesamentlike beheer en toesig as 'n juridiese onmoontlikheid gesien moet word nie. Die moeilikhede wat daaruit voortspruit is nie voldoende om só 'n afleiding te regverdig nie. Alhoewel sodanige bevele praktiese probleme tot gevolg kan hê, sal elke geval van die feite en omstandighede afhang.¹⁷³ In navolging van die beslissing in *Kastan v Kastan*¹⁷⁴ wys die hof daarop dat die bevoegdheid

be based on relevant and sufficient reasons."

¹⁶⁸ Wet 70 van 1979.

¹⁶⁹ *Venton v Venton* 1993 1 SA 763 (D) 765B-D.

¹⁷⁰ *Schlebusch v Schlebusch* 1988 4 SA 548 (DK). In *Edwards v Edwards* 1960 2 SA 623 (D) 624F is sodanige bevele selfs beskou as 'n juridiese onmoontlikheid.

¹⁷¹ 1985 3 SA 235 (K) 236B.

¹⁷² 1993 1 SA 763 (D).

¹⁷³ 766D-E.

¹⁷⁴ 1985 3 SA 235 (K).

van die hof om sulke bevele te verleen spaarsamig uitgeoefen moet word. Dit behoort egter verleen te word waar die beste belang van die kind dit verg.

Robinson¹⁷⁵ wys daarop dat alhoewel sodanige bevele gevare inhoud, die hoeve in dié verband geleei behoort te word deur artikels 7 en 18(1) van die Konvensie oor die Regte van die Kind. Artikel 7(1) erken onder ander die reg van die kind om beide ouers te ken en deur hulle versorg te word. Artikel 18(1) bepaal dat state "shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child". Gesamentlike beheer en toesig verseker 'n voortsetting van die verhouding tussen beide ouers en kind na egskeiding.

Benewens bovenmelde artikels van die Konvensie oor die Regte van die Kind, is dit in die lig van die interpretasie van artikel 8(1) EVRM duidelik dat 'n reg op respekte vir die gesinslewe in die Grondwet ook 'n waardevolle bydrae op die gebied van gesamentlike beheer en toesig-bevele kan maak. Dit sal sover gaan om aan beide ouers die grondwetlike reg tot voortsetting van hul gesinslewe met die kind te verseker welke siegs onder die beperkingsgronde ontneem kan word.

7 8 Aanneming van kind binne homoseksuele verhouding

In die bespreking hierbo¹⁷⁶ is daarop gewys dat artikel 8 EVRM nie 'n absolute reg op aanneming meebring nie. Sou daar egter 'n gesinslewe tussen die partye binne die konteks van artikel 8 bestaan het, kan die weiering van 'n aansoek om aanneming op 'n inbreukmaking van vermelde artikel neerkom. Hoewel die HR¹⁷⁷ bevind het dat 'n gesinsverhouding ooreenkomsdig artikel 8 EVRM tussen

¹⁷⁵ "Children and Divorce" in Davel (red) *Introduction to Child Law in South Africa* (2000) 65 81.

¹⁷⁶ Hfst 4 par 4 2 2(bb).

¹⁷⁷ HR 5 Sept 1997 NJ 1998 686.

die lesbiese aansoeker en die kind bestaan het, is die aansoek tot aanneming nietemin van die hand gewys.¹⁷⁸

In Suid-Afrika bepaal artikel 17 van die Wet op Kindersorg:¹⁷⁹

- ”n Kind kan aangeneem word -
- deur 'n man en sy vrou gesamentlik;
 - deur 'n wewenaar of weduwee of 'n ongetroude of geskeide persoon;
 - deur 'n getroude persoon wie se gade die ouer van die kind is;
 - deur die natuurlike vader van die kind wat buite die eg gebore is.”

Dit blyk egter duidelik uit artikel 17(a) en (c) dat 'n homoseksuele paar nie 'n kind gesamentlik sou kon aanneem nie.¹⁸⁰ Die vraag is egter of artikel 17 nie in dié verband in stryd met die grondwetlike verbod op diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie is nie.¹⁸¹ Ook in dié verband kan 'n reg op respek vir die gesinslewe daartoe bydra (benewens ander bepalings in die Grondwet) om onder omstandighede, aan persone in 'n homoseksuele verhouding die reg te verleen om 'n kind gesamentlik aan te neem. Vanselfsprekend sal die beste belang van die betrokke kind ook hier die primêre oorweging wees.¹⁸²

7 9 Naamsvoering

Die posisie met betrekking tot naamsvoering deur 'n getroude vrou word tans deur die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes¹⁸³ gereël. Artikel 26

¹⁷⁸ Sien bespreking van dié saak en kritiek daarop hfst 4 par 4 2 2(bb)(iv).

¹⁷⁹ 74 van 1983.

¹⁸⁰ Die moontlikheid bestaan egter wel dat een van sodanige persone die kind as enkel persoon ITV a 17(b) van die Wet kan aanneem.

¹⁸¹ Sien in dié verband De Vos 1994 SAL 687.

¹⁸² A 28(2) van die Grondwet; sien in dié verband egter die uitgangspunt soos gepropageer deur Bonthuys 1994 *Stell LR* 312.

¹⁸³ Wet 51 van 1992.

daarvan bepaal:

- "(1) Behoudens die bepalings van hierdie Wet of enige ander wet mag geen persoon hom of haar 'n ander van toeëien of homself of haarself by 'n ander van noem of onder 'n ander van deurgaan as dié waaronder hy of sy in die bevolkingsregister opgeneem is nie, tensy die Direkteur-generaal hom of haar gemagtig het om daardie ander van aan te neem: Met dien verstande dat hierdie subartikel nie van toepassing is nie wanneer -
- (a) 'n vrou na haar huwelik die van aanneem van die man met wie sy sodanige huwelik aangegaan het of na aanname van sy van, 'n van wat sy te eniger tyd voorheen gedra het, weer aanneem;
 - (b) 'n getroude of geskeide vrou of 'n weduwee 'n van wat sy te eniger tyd voorheen gedra het, weer aanneem; en
 - (c) 'n vrou, hetsy getroud of geskei, tot die van wat sy na die huwelik aangeneem het, enige van byvoeg wat sy te eniger tyd voorheen gedra het.
- (2) Op aansoek van 'n persoon kan die Direkteur-generaal, indien hy of sy oortuig is dat daar 'n gegronde rede is vir die persoon se aanname van 'n ander van, die persoon magtig om 'n ander van as sy of haar van soos in die bevolkingsregister opgeneem, aan te neem, en die Direkteur-generaal moet die vervangende van op die voorgeskrewe wyse in die bevolkingsregister opneem."

'n Getroude vrou is dus geregtig om die van (familienaam) van haar eggenoot aan te neem, maar is nie verplig om dit te doen nie. Die eggenoot mag egter nie, so wil dit voorkom, die van (familienaam) van sy eggenote aanneem nie. Verder, bepaal artikel 9(2) van dié Wet dat kinders (met die uitsondering van die buite-egtelike kind), onder die van (familienaam) van die vader van die betrokke kind geregisteer moet word. Sonnekus¹⁸⁴ wys daarop dat die voer van 'n gemeenskaplike van, die praktiese voordeel het dat die eenheid van die gesin daardeur na buite kenbaar gemaak word. Nieteenstaande die feit dat die gelykheidsbeginsel in die Grondwet¹⁸⁵ hierdie toedrag van sake insake naamsvoering onhoudbaar maak, het die EHRM reeds by meer as een geleentheid te kenne gegee dat aspekte van naamsvoering binne konteks van

¹⁸⁴ "Naamsvoering binne die familiereg - versoenbaar met fundamentele menseregte" 1993 TSAR 608 615 624.

¹⁸⁵ A 9.

'n persoon se reg op respek vir sy gesinslewe lê dus nie in die gedwonge aanname van die man se van nie maar is geleë in die partye se reg op die uitoefening van hul keuse van 'n gesinsnaam. Die man behoort dus ook sy vrou se van te kan aanneem en daarbenewens behoort elke eggenoot(e) die reg te hê om sy van te behou naas die gekose gesinsnaam.¹⁸⁶ Verder het die HR¹⁸⁷ beslís dat 'n statutêre reëling tot die effek dat kinders die familiennaam van hul vader volg, behalwe as die vader in geen familieregeltelike betrekking (deur wettige geboorte, aanneming, erkenning of wettiging) tot die kind staan nie, in stryd is met artikel 26 ICCPR en artikel 8 EVRM.¹⁸⁸ In die belang van regsekerheid is dit egter nodig dat die keuse van 'n gesinsnaam vir die kinders slegs een maal gemaak word en behoort dit in beginsel vir al die kinders te geld.¹⁸⁹ Sodoende word 'n element van die eenheidsgedagte van die gesin wel nog behou. Al die kinders het dan wel gemeenskaplik die van van minstens één van hul ouers.¹⁹⁰

Wat die posisie van die buite-egtelike kind betref, bepaal artikel 10 van die Wet op die Registrasie van Geboorte en Sterftes¹⁹² dat dié kind onder die naam van die moeder geregistreer word, tensy die vader sy vaderskap skriftelik teenoor die persoon aan wie die aangifte van die geboorte gedoen is, erken.¹⁹³ Op die gesamentlike versoek van die moeder en die vader kan die kind dan in die van van die vader geregistreer word indien die vader die

¹⁸⁶ *Burghartz v Switzerland* (1994) 18 EHRR 101; *Stjerna v Finland* (1997) 24 EHRR 195; HR 23 Sept 1988 NJ 1989 740.

¹⁸⁷ *Burghartz v Switzerland* (1994) 18 EHRR 101.

¹⁸⁸ HR 23 Sept 1988 NJ 1989 740.

¹⁸⁹ Sien besprekking hfst 4 par 4 2 2(w)(ii).

¹⁹⁰ HR 23 Sept 1988 NJ 1989 740; Sonnekus 1993 TSAR 608 632.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Wet 51 van 1992.

¹⁹³ A 10(1)(b).

voorgeskrewe besonderhede omtrent homself op die aangifte van geboorte aanteken. Nieteenstaande erkenning deur die vader kan aangifte van geboorte egter steeds ook onder die naam van die moeder gedoen word.¹⁹⁴ Die gedagte word ook, soos hierbo¹⁹⁵ aangetoon, in die Nederlandse reg aangetref waar die wet¹⁹⁶ in navolging van die vermelde beslissing van die HR¹⁹⁷ aangepas is om te lui dat die moeder en die vader self mag bepaal of hul kinders, met wie hulle in 'n "familierechtelike betrekking" staan, die "achternaam" van die moeder of die vader sal dra. Wat die posisie sou wees indien die moeder van die buite-egtelike kind nie instem dat die kind die gesinsnaam (van) van die natuurlike vader mag dra nie, is onseker. In dié verband het die EVRM nog nie beslis of dit strydig sal wees met die konsep van 'n reg op respek vir die gesinslewe indien die owerhede weier om die kind in die naam van die vader te registreer nie.¹⁹⁸ Ook wat naamvoering betref, kan die uitdruklike erkenning van 'n reg op respek vir die gesinslewe, bykomend tot ander bepalings (soos artikel 9), 'n positiewe bydrae totregsontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg lewer.

7 10 Reg op afkomskennis

Hierbo¹⁹⁹ is verwys na die effek van artikel 8 EVRM op 'n persoon se reg op intligting rakende aspekte van sy verlede. Besonderhede aangaande 'n persoon se verblyf in pleegsorg word deur die EHRM geag te val binne die reg op respek vir sy gesinslewe.²⁰⁰ Wat 'n buite-egtelike kind se reg om te weet wie sy ouers

¹⁹⁴ A 10(2).

¹⁹⁵ Hfst 4 par 4 2 2(w)(ii).

¹⁹⁶ A1:5 BW.

¹⁹⁷ HR 23 Sept 1988 NJ 1989 740.

¹⁹⁸ Sien toekomstige ontwikkeling hfst 8.

¹⁹⁹ Hfst 4 par 4 2 2(v).

²⁰⁰ *Caskin v UK* (1990) 12 EHRR 36.

is betref, bevind die HR²⁰¹ dat die reg nie absoluut is nie. Sodanige reg moet in bepaalde omstandighede wyk voor die regte en vryhede van ander (soos die vader) indien dit in 'n gegewe geval swaarder sou weeg. Dat só 'n kind se reg op afkomskennis egter in artikel 8(1) EVRM vasgelê is, staan vas, onderhewig aan die vermelde afweging van belang. Dieselfde beginsel geld wat inligting omtrent saad-, eiersel of embryo donors betref.²⁰²

In Suid-Afrika verleen artikel 32 van die Grondwet aan 'n persoon 'n grondwetlike reg op alle inligting wat deur die staat of enige orgaan van die staat op enige regeringsvlak gehou word asook inligting wat deur enige persoon gehou word of in soverre sodanige inligting benodig word vir die uitoefening of beskerming van enige van só 'n persoon se regte.²⁰³ Sluit dit die reg op afkomskennis in? Sal hieronder ressorteer 'n persoon se reg op insae in rekords aangaande sy plasing in pleegsorg of aanneming? Om gevolg te gee aan dié grondwetlike reg op toegang tot inligting is die Wet op Bevordering van Toegang tot Inligting²⁰⁴ afgekondig,²⁰⁵ maar dit het nog nie in werking getree nie. Veral artikel 11 wat 'n reg van toegang tot rekords van openbare liggame verleen én artikel 50 wat handel met die rekords van privaatliggame, is vir doeleindes van hierdie bespreking van belang. Hier teenoor bepaal artikel 34 en 63 onderskeidelik weer dat 'n versoek om toegang tot 'n rekord van 'n openbare of privaatliggaam geweier mag word indien die openbaarmaking daarvan die onredelike openbaarmaking van persoonlike inligting oor 'n derde party, insluitend 'n oorlede individu, sal meebring. Dit is onseker in welke mate dié gronde vir weiering van toegang tot rekords op bovenmelde aangeleenthede sal reflekter.

²⁰¹ HR 15 April 1994 NJ 1994 608.

²⁰² Sien bespreking hfst 4 par 4 2 2(v)(iv).

²⁰³ Vir 'n onlangse bespreking van dié reg sien Gaum "The right to access of information - Korf v Health Professions Council of South Africa 2000 1 SA 1171 (T)" 2001 *THRHR* 146.

²⁰⁴ Wet 2 van 2000.

²⁰⁵ SK 3 Feb 2000 CK 20852.

Kragtens artikel 33(1)(c) van die Wet op Menslike Weefsel²⁰⁶ mag niemand 'n feit openbaar waardeur die identiteit van 'n lewende persoon van wie enige weefsel, bloed of gameet verwyder of onttrek is vir enige doel in artikel 19 vermeld, moontlik vasgestel kan word nie. In artikel 19(c) word spesifiek na kunsmatige inseminasie verwys. Kragtens regulasie 6 van die regulasies,²⁰⁷ uitgevaardig ooreenkomstig artikel 37 van die Wet op Menslike Weefsel,²⁰⁸ moet lêers aangelê word waarin detailbesonderhede van gameetskenkers aangeteken word. Kragtens regulasie 6(2)(b) moet inligting ten aansien van die ouderdom, lengte, massa, kleur van hare, kleur van oë, gelaatskleur, bevolkingsgroep, nasionaliteit, geslag, geloof, beroep, hoogste opvoedkundige kwalifikasie en belangstellingsveld van die skenker aan die ontvanger en haar eggenoot beskikbaar gestel word. Ingevolge regulasie 6(2)(d)(ii) en (iv) moet die Direkteurgeneraal tussen 1 Januarie en 31 Januarie van elke jaar vertroulik in kennis gestel word van die uitkenningsnommer van die toepaslike skenkerslêer asook die uitkenningsnommer van die toepaslike ontvangerslêer.²⁰⁹ Regulasie 6(2)(e) bepaal uitdruklik dat die skenkerslêer aan niemand anders ter insae beskikbaar gestel mag word nie, behalwe waar 'n wet anders bepaal of op bevel van 'n gereghof. Kragtens regulasie 6(2)(a) mag 'n skenkerslêer slegs vernietig word met die skriftelike toestemming van die Direkteur-generaal. Genetiese afwykings by 'n kind wat uit kunsmatige bevrugting gebore is, word deur die betrokke geneesheer gemonitor.²¹⁰ Dat 'n kind 'n reg het op afkomskennis kan beslis nie uit die "bestaande" regopposisie in Suid-Afrika afgelei word nie.

Dit wil voorkom asof 'n reg op afkomskennis wel uit die saamlees van verskeie artikels van die Grondwet afgelei kan word. Só byvoorbeeld is artikels 9(1), 9(2),

²⁰⁶ Wet 65 van 1983.

²⁰⁷ R1182 van 1986-06-10.

²⁰⁸ Wet 65 van 1983.

²⁰⁹ Sien reg 10. Die betrokke geneesheer moet albei lêers in bewaring hou - reg 6(2) en 10(2).

²¹⁰ Labuschagne "Die Reg op Afkomskennis as Mensereg" 1996 Stell LR 307 312.

10 en 14 van besondere belang. Dit is egter duidelik dat die uitdruklike insluiting van 'n reg op respek vir die gesinslewe 'n belangrike bydrae kan lewer tot die ontwikkeling van die reg op toegang tot inligting aangaande aspekte van 'n persoon se afkoms, en/of opgroei in pleegsorg. Dit sal die moontlikheid van die ontwikkeling van dié reg, as aspek van 'n persoon se gesinslewe, in ooreenstemming met die beslissings van die EHRM en HR, open. Só verklaar Kilkelly:²¹¹

"[T]he consideration of such matters within the framework of the right to respect for family life under Article 8 offers clear scope for balancing the rights of parents with those of their children."

7.11 Verwydering en plasing van kinders in openbare sorg

7.11.1 Inleiding

Hierbo²¹² in die bespreking aangaande die inhoud van die reg op respek vir die gesinslewe, is daarop gewys dat dit die reg van die ouer en kind op wedersydse samesyn insluit.²¹³ Die verwydering van kinders uit die sorg van hul ouers stel dus in beginsel 'n inbreukmaking op die ouer (en kind) se reg op respek vir hul gesinslewe daar.²¹⁴ Die vraag of sodanige inbreukmaking geregtig is al dan nie, word beantwoord met verwysing na artikel 8(2) EVRM.²¹⁵ Ten aansien van die rol van die owerheid is verklaar dat dit insluit die positiewe verpligtig om

²¹¹ *The Child and the European Convention on Human Rights* (1999) 88.

²¹² Hfst 4 par 4 2 2(g)(i).

²¹³ *B, H, R, O, W v UK* (1988) 10 EHRR 87 95 82 74 en 29 onderskeidelik; *Eriksson v Sweden* (1990) 12 EHRR 183; *Johansen v Norway* (1997) 23 EHRR 33; *Margaretha and Roger Andersson v Sweden* (1992) 14 EHRR 615; *Olsson v Sweden* (1989) 11 EHRR 259; *Rieme v Sweden* (1993) 16 EHRR 155. Chaskalson ea par 33 3(f).

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Kilkelly 263; Vir die gronde vir verwydering sien bespreking hfst 4 par 4 2 2(g)(ii) en par 4 3.

stappe te doen met die oog op die spoedige hereniging van ouer en kind, aangesien die natuurlike gesinslewe nie sonder meer deur 'n openbare sorgbevel beëindig word nie.²¹⁶

'n Prosesregtelike dimensie word verder aan artikel 8(1) EVRM verleent in die saak *H, O, W v United Kingdom*²¹⁷ waar die EHRM bepaal dat die ouer 'n reg het om betrek te word in prosesse en op hoogte gehou te word van die verskillende stappe in die besluitnemingsproses wat tot die anneming van kinders kan lei. In *McMichael v United Kingdom*²¹⁸ word dié reg van ouers uitgebrei om in te sluit toegang tot inligting en verslae omtrent die kinders "which potentially could lead to the children being freed for adoption".²¹⁹ Ook die aspek van kontak tussen ouer en kind ná verwydering is hierbo onder die loep geneem.²²⁰

Die vraag wat in hierdie paragraaf oorweging verdien, is in welke mate hierdie beginsels rondom die inhoud van artikel 8 EVRM in Suid-Afrika neerslag vind. Aandag word geskenk aan (enkele van) die verwyderingsgronde; die waardesisteem by oorweging van die vraag of 'n kind verwyder moet word; optrede/handeling ter voorcoming van verwydering; die voorbereidingsproses indien op verwydering besluit is; en rekonstruktiewe (herenigings-)dienste/optrede, ensovoorts. Die sleutelvraag wat ondersoek word is of die insluiting van uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe enige positiewe bydrae kan maak in aangeleenthede wat handel met die verwydering van kinders uit die sorg van hul natuurlike ouers. Die doel van die bespreking

²¹⁶ Hfst 4 par 4 2 2(g)(i).

²¹⁷ (1988) 10 EHRR 95; (1988) 10 EHRR 74 en (1988) 10 EHRR 29 onderskeidelik. Sien hfst 4 par 4 2 2(g)(iii).

²¹⁸ (1995) 20 EHRR 205.

²¹⁹ 234 par 72.

²²⁰ Hfst 4 par 4 2 2(g).

is nie om die Wet op Kindersorg²²¹ in besonderheid te ontleed nie. Die doel is bloot om die invloed wat regte ten aansien van die gesin en gesinslewe op aspekte daarvan, en die verwydering van kinders in besonder, kan hê, te ondersoek. In dié verband word veral gesteun op 'n ondersoek deur Matthias²²² waarin sy onderhoude rondom bovermelde aspekte met 42 maatskaplike werkers voer.

7 11 2 Verwyderingskriteria onder artikel 14(4) van Wet op Kindersorg²²³

7 11 2 1 Ouerlike versuim of kind-gesentreerde fokus?

In artikel 14(4)(aB) van die Wet op Kindersorg²²⁴ word kriteria uiteengesit vir beantwoording van die vraag of die kind sorgbehoewend is. Die klem word gevvolglik op die posisie van die kind geplaas. Voor artikel 14(4)(aB) het die vorige artikel 14(4)(b) die aangeleentheid uit 'n ander hoek benader. Die vraag was naamlik of die kind 'n ouer of voog het wat nie in staat was om vir die kind te sorg nie.²²⁵ Dit blyk dus dat die gronde vir verwydering van die een uiterste, te wete ouerlike versuim, na die ander, te wete die behoeftes van die kind, verskuif het. In haar ondersoek toon Matthias²²⁶ aan dat alhoewel dit goed is dat 'n kind-georiënteerde fokus ingevoer is, die meerderheid respondentes wat deur haar ondervra is nie saamstem met die wyse waarop dit ingevoer is nie.

²²¹ Wet 74 van 1983.

²²² *Removal of Children and the Right to Family life: South African Law and Practice* (1997).

²²³ Wet 74 van 1983.

²²⁴ Ingevoeg deur die Wysigingswet op Kindersorg Wet 96 van 1996.

²²⁵ Sien in dié verband Zaal "Child Removal Procedures under the Child Care Act: Some New Dangers to Contend with" 1988 SALJ 224; Robinson "Ouerlike gesag en die Gemolesteerde Kind" 1991 Koers 19; Olivier en Robinson "Van Sorgbehoewendheid (1960) tot Ouerlike Geskiktheid (1983)" 1991 TRW 125.

²²⁶ 16.

Die rede is dat ouerlike versuim, en dus die nie-nakoming van ouerlike verantwoordelikheid as kriterium, totaal uit die Wet verwijder is. Matthias verklaar:²²⁷

"The new removal grounds might be seen as a charter granting parents an unfettered right to abdicate all of their parental responsibilities to the state."

Reeds vroeë²²⁸ is daarop gewys dat die afwesigheid van regte ten aansien van die gesin in die Grondwet, die kind in 'n direkte verhouding tot die staat plaas ten opsigte van die regte in artikel 28 daarvan aan hom verleen. Dit wil voorkom asof die standpunt van Matthias hierby aansluit. Ouerlike verantwoordelikheid vorm 'n wesenlike bestanddeel van die konsep "gesinslewe". In *Nielsen v Denmark*²²⁹ beslis die hof:²³⁰

"[F]amily life in the Contracting States encompasses a broad range of parental rights and responsibilities in regard to the care and custody of minor children" (eie kursivering).

Die kind het dus as inhoud van sy reg op respekte vir sy gesinslewe die reg om deur die ouer onderhou te word in soverre dit binne die ouer se vermoë is. Die insluiting van regte ten aansien van die gesin in die Grondwet behoort weer die klem terug te plaas op die verantwoordelikheid wat ouers in die opvoeding van die kind het en sal daartoe bydra dat ouers alles in hul vermoë sal doen om hulle verantwoordelikhede na te kom uit vrees vir stigmatisering as onbevoegde ouers. Matthias se gevolgtrekking is dan ook dat 'n kombinasie van verwyderingsgronde gebaseer op ouerlike versuim en die behoeftes van die

²²⁷ *ibid.*

²²⁸ Hfst 5 par 5 7.

²²⁹ (1989) 11 EHRR 175.

²³⁰ 191 par 61.

kind gevvolg behoort te word. Sy verklaar:²³¹

"[I]t is likely that the combination approach would allow the social worker to decide whether to confront the parent with his/her responsibilities, or to opt for an entirely child-centered inquiry. It would render the Child Care Act a more useful resource for dealing appropriately with different types of situations."

Uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe (ook vir die kind) kan hiertoe bydra. Hierdie aspekte word in die bespreking wat volg nader toegelig.

7 11 2 2 Leefstyl van ouers

Ingevolge die vorige artikel 14(4)(b)(iv) van die Wet op Kindersorg kon maatskaplike werkers ouers konfronteer met hulle verantwoordelikhede deurdat dit moontlik was om 'n kind te verwijder waar die ouer gewoontes en gedrag geopenbaar het wat nadelig kon wees vir die fisiese, psigiese en sosiale welsyn van die kind. Ingevolge die huidige artikel 14(4)(aB) is daar egter geen ekwivalente bepaling wat gebruik kan word om ouers te dwing om hulle ouerlike verantwoordelikhede (ook as element van die kind se reg op respek vir sy gesinslewe) na te kom nie. Matthias verklaar:²³²

"The old ground could be used so that it was the parent who took full responsibility for changing his or her lifestyle. Under the new grounds parents will escape responsibility entirely."

Matthias²³³ meen dat daar 'n hele aantal gevalle bestaan waar dit nuttig sal wees om 'n verwyderingsgrond te hê wat onverantwoordelike (maar finansieel-bevoegde) ouers konfronteer met die feit dat dit hulle versuim is wat daartoe

²³¹ 16.

²³² 24.

²³³ *Ibid.*

gelei het dat hul kind na 'n plek van alternatiewe sorg verwyder moes word. Uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe kan in dié verband dus vir die kind ook van veel betekenis wees, aangesien dit die konsep van ouerlike verantwoordelikhede omsluit. Dit kan ouers noop om uit vrees vir stigmatisering hul leefwyse te verander en meewerk dat kinders deur hul ouers (in plaas van die owerheid) grootgemaak word.

7 11 2 3

Armoede

Ingevolge artikels 14(4)(b)(v) en 14(4)(b)(x) van die Wet op Kindersorg voor wysiging daarvan, was die feit dat ouers nie 'n kind voldoende onderhou het nie of geen sigbare bestaanmiddele gehad het nie, gronde vir die verwydering van 'n kind. Die naaste huidige ekwivalent is artikel 14(4)(aB)(v) wat bepaal dat 'n kind sorgbehoewend is indien hy in 'n toestand van fisiese of geestelike verwaarloosing is.²³⁴ Respondente in die ondersoek deur Matthias²³⁵ was dit eens dat armoede alleen nooit 'n grond vir verwydering moes daarstel nie. Waar armoede egter verwaarloosing, wanvoeding en dies meer tot gevolg het, sai daar voldoende rede aanwesig wees om die kind te verwyder.²³⁶ Aangesien vermelde toestande gewoonlik hand aan hand gaan met armoede, het talle van die respondent gemeen dat armoede wel in effek verwydering tot gevolg sou hè. As oplossing hiervoor het hulle gemeen dat die staat arm ouers, wat andersins bevoeg en gewillig was om na hul kinders om te sien, van 'n staatsubsidie behoort te voorsien. In dié verband het een respondent op die volgende situasie gewys waarmee sy te kampe gehad het. Die owerheid het haar versoek vir 'n enkele voedselkoepon van R200.00 per maand vir 'n gesin met

²³⁴ Die voordeel van dié bewoording is dat dit nie die ouer stigmatiseer nie, maar die klem plaas op die sorgbehoewende kind - Matthias 23.

²³⁵ *Idem* 22.

²³⁶ *Ibid.*

vier kinders van die hand gewys. Sy verklaar:²³⁷

"The state refused to pay the grant on the basis that the family had a house. It stated that, 'they must sell the house'. But the family had no jobs and the house was the last thing that they had left. So, the state then ended up removing all four children at a cost of R600 per child per month in place of a single food voucher of R200 per month that would have kept those children with their parents."

'n Verdere punt van belang by verwydering van kinders weens (in effek) armoede is dat hulle deur die uithuisplasing in aanraking kom met toestande en ander lewensstyle as dié waaraan hulle in hul eie huise gewoond was. Die veranderde leefstyl en waardes bring nuwe verwagtings mee wat tot gevolg het dat kinders, wanneer hulle weer met hulle gesinne herenig word, dikwels ontevrede is. Die gevolg is dat ouers onbevoeg en minderwaardig voel. 'n Verdere probleem word soog deur 'n respondent gestel:²³⁸

"If you remove a child, the family is not going to visit the child because often they do not have the bus fee. Thus, the bond with the child is going to weaken. You weigh the two. What is better for the child? Relationships with the family, or more food? Usually, it is better to maintain the bond and receive love, rather than fancy food. The norms and the values of the family also get passed on and this doesn't happen at an institution."

Die realiteit is egter dat daar geen staatsbystand bestaan vir ouers wat self na hulle kinders wil omsien, maar nie die middele daartoe het nie.²³⁹ Matthias

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Idem 23.*

²³⁹ *Ibid.* In dié verband moet die kinderonderhoudstoelae (R100/maand) soos vervat in Regulasie 418 SK 18771 van 31 Maart 1998 en wat beskikbaar is aan kinders onder 7 jr in gedagte gehou word. R16(2) bepaal: "n Primäre versorger kwalifiseer vir die bedrag bedoel in subregulasie (1) indien die huishoudelike inkomste waarvan die primäre versorger lid is, minder is as -
 (i) R9 600 per jaar; of
 (ii) R13 200 per jaar en die betrokke kind en sy of haar primäre versorger -
 (aa) In 'n landelike gebied bly; of
 (bb) In 'n informele woning bly."

verklaar:²⁴⁰

"There is no financial safety net to preserve familial units whose only problem is financial."

Sy doen die volgende aanbeveling²⁴¹:

"It has been shown that poverty-based removals will continue to occur (despite the new 1996 wording) until State maintenance of poor children is extended to situations where they can be kept with their families who can be assisted financially. It is recommended that the children's courts be given the power, after considering a social worker's report, to award such a grant in appropriate cases."

Uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe sal in dié verband (gesien die juridiese aard daarvan soos hierbo²⁴² bespreek), veel bydra om dié situasie in die belang van ouers en kinders positief te verander. Vanweë die feit dat sodanige reg die instandhouding van die gesin as instelling waarborg en bepaalde positiewe verpligtinge²⁴³ op die owerheid plaas, kan dit die staat noop om veral aandag te skenk aan die feit dat armoede nie 'n rede behoort te wees wat tot die opbreek van gesinne aanleiding gee nie.²⁴⁴

Dit is egter duidelik dat die toelae weinig verligting bied.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Idem* 57.

²⁴² Hfst 3 par 3 5.

²⁴³ Sien hfst 4 par 4 2.

²⁴⁴ Sien hfst 3 en 4. Sien ook a 27 van die Konvensie oor die Regte van die Kind wat die reg van die kind erken op 'n lewensstaandaard voldoende vir die kind se fisiese, verstandelike, geestelike, morele en sosiale ontwikkeling. Alhoewel a 27 die primêre verpligting op die ouers of diegene verantwoordelik vir die kind plaas, plaas a 27(3) 'n positiewe verpligting op die lidande om in ooreenstemming met nasionale toestande en binne hul vermoë voldoende stappe te doen om ouers en ander versorgers in dié verband te ondersteun in die vorm van materiële bystand en ander ondersteuningsprogramme.

7 11 3 Waardesisteme onderliggend aan verwydering van kinders

Fox Harding²⁴⁵ wys op die twee basiese waardesisteme by die vraag na die verwydering van kinders.

7 11 3 1 Eenheid van gesin (behoud daarvan)

Voorstanders van hierdie denkrijeting staan bekend as die sogenaamde "kinship defenders" en hulle hoofoogmerk is om gesinne bymekaar te hou en meer spesifiek arm gesinne waar die biologiese bande bedreig word deur magte buite hulle beheer.²⁴⁶ Hulle beklemtoon ekonomiese toestande en beweeg weg van die gedagte van ouerlike versuim. Ouers en kinders word gesien as slagoffers en geen stappe behoort gedoen te word om kinders te verwijder alvorens alternatiewe soos dagsorg en finansiële en behuisingsondersteuning nie oorweeg is nie.²⁴⁷ Voorstanders van dié denkrijeting glo dat die gesinseenheid net in uitsonderlike gevalle versteur moet word en dat die klem in owerheidsbeleid eerder behoort te val op die voorsiening van meer middele aan ouers ten einde hulle in staat te stel om vir die kind in sy eie huis te sorg.²⁴⁸

7 11 3 2 Gemeenskap as ouer

Voorstanders van dié denkrijeting (sogenaamde "society-as-parent protagonists") staan die verwydering van kinders en die oordrag van ouerlike regte voor vanweë hulle beklemtoning van goeie sorg eerder as die behoud van biologiese

²⁴⁵ "Two value positions in recent child care law and practice" in Morgan and Righton (reds) *Child Care: Concerns and Conflict* (1989) 23-41.

²⁴⁶ Fox Harding 23.

²⁴⁷ *Idem* 24.

²⁴⁸ *Ibid.*

bande.²⁴⁹ 'n Hoë premie word geplaas op faktore soos sekerheid en permanensie sodat wanneer 'n kind verwyder word en kanse op hereniging skraal is, hy nie verwarring word met meerdere ouerlike figure nie. Fox Harding verklaar:²⁵⁰

"It may then be better for his welfare to sever contact with the family of origin completely and enable the substitute carers to assume the full parental role. The emphasis is on the child as a unit distinct from his (or her) family, and on the responsibility of society to care for the child in the best way possible - if necessary, by giving care of him or her, permanently and legally, to adults other than the parents."

7 11 3 3 Posisie in Suid-Afrika

In die lig van die bewoording van kindersorgwetgewing en die beskikbaarheid van staatsondersteuning vir pleegkinders en kinders in inrigtings, is die klem in Suid-Afrika volgens Matthias²⁵¹ op die verwydering van kinders uit die sorg van ouers. Sy verklaar:²⁵²

"There has thus been, from the point of view of the official policy approach of the state, an imbalance which favours the 'society-as-parent' position. Not enough effort and resources have been directed to supporting children in their biological family groups."

Hierdie afleiding word regverdig deur haar onderzoek na voorkomende dienste deur maatskaplike werkers, riglyne deur hulle gebruik in die neem van besluite en die voorbereiding van gesinne indien besluit sou word om die kind te verwyder. Vervolgens word hierdie aspekte hieronder verder bespreek.

²⁴⁹ *Ibid.* 28.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² *Ibid.*

(a) Voorkomende dienste

Matthias toon aan dat daar wel maatskaplike werkers is wat betrokke is by 'n wye verskeidenheid voorkomende maatreëls alvorens tot die verwydering van die kind oorgegaan word. Dit sluit in leiding aan ouers, ('n mate van) finansiële ondersteuning, regshulp, alkohol en dwelmmiddelbehandeling, sluit van "working-agreements" met ouers, groepswerk en gemeenskapsdiens. Ander weer het aangetoon dat hulle vanweë hul werkslading weinig aandag aan dié faset skenk en dat daar in sommige gemeenskappe weinig ondersteuningsdienste bestaan in die vorm van dag- en naskoolsorg vir kinders van werkende ouers. Matthias kom tot die volgende gevolgtrekking:²⁵³

"Overall the researcher gained the impression that the problem of insufficient resources for preventative work is widespread. In order to keep more children with their families, the area of preventative services will have to become a far greater priority than is presently the case in South Africa."

Dit is my submissie dat uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe ook dié behoefté sal aanspreek. Daardeur sal 'n positiewe verpligting op die staat geplaas word om, ten einde uitvoering te gee aan dié reg van ouers en kinders, wat onder andere die reg op genot van wedersydse samesyn inhoud, uitvoerig aandag te skenk aan die verskaffing van behoorlik geformuleerde beleidsoorwegings op die terrein van voorkomende maatreëls ten einde te verhinder dat kinders sonder meer uit die sorg van ouers verwyder word.

(b) Riglyne by besluit om kinders te verwyder

Matthias toon aan dat met enkele uitsonderings na, geen van die respondentte enige spesifieke "assessment tool" of riglyne kan aantoon wat gevolg word by

²⁵³ *Idem* 30.

die neem van 'n besluit om 'n kind te verwyder al dan nie.²⁵⁴ Sy dui aan

"that it tended to be the larger urban agencies which had more mechanisms in place to support the investigative social worker in her decision-making".²⁵⁵

Sy verklaar verder:²⁵⁶

"Often, therefore, it would seem that in non-urban agencies removals resulted from personal decisions based on the social worker's experience and skill, in assessing whether a child's life was in danger."

Eweneens kan uitdruklike regte ten aansien van die gesin 'n positiewe bydrae lewer tot die daarstelling van eenvormige riglyne van owerheidsweë in die regulering van 'n beleid rondom die verwydering van kinders. Só sal ook die opmerking van Maluccio²⁵⁷ dat "social workers are accused of playing God when they make decisions that affect a child's future", ondervang kan word.

(c) Voorbereiding vir verwydering

Respondente in die ondersoek van Matthias is gevra welke voorbereidende maatreëls hulle neem om ouers en kinders voor te berei wanneer besluit is om 'n kind te verwyder.²⁵⁸ Na aanleiding van die antwoorde maak sy die volgende gevolgtrekking:²⁵⁹

"In looking at different jurisdictions throughout the country, it was often difficult

²⁵⁴ *Idem* 31.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Permanency Planning for Children: Concepts and Methods* (1956) 45.

²⁵⁸ Matthias 33.

²⁵⁹ *Ibid.*

to elicit whether families and children tend to be sufficiently prepared for the removal process. The impression that the researcher obtained was that in bigger organisations in the urban areas there were more mechanisms in place to ensure accountability."

Ook hier kan uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe bydra tot die daarstelling van 'n voorgeskrewe en verpligte prosedure ter voorbereiding van ouers en kinders by die traumatische proses van verwydering van kinders.

7.11.4 Gesinsherenigingsdienste

Gesinsherenigingsdienste word in die Regulasies²⁶⁰ kragtens die Wet op Kindersorg²⁶¹ omskryf as

"die proses waardeur dienste deur 'n maatskaplike werker of waar van toepassing in konsultasie met 'n kinder- en jeugsorgwerker gelewer word met die doel om ouers, die uitgebreide gesin en kinders in alternatiewe sorg te bemagtig en te ondersteun, wat daarop gemik is om daardie kinders binne die kortste moontlike tyd met hulle gesinne of gemeenskap van herkoms te herenig op 'n wyse in ooreenstemming met die belang van die kind en behoudens 'n voorlopige maksimum tydramwerk van twee jaar of 'n verlengde tydperk, en het gesinsherening 'n ooreenstemmende betekenis".

Regulasie 14 handel met gesinsherenigingsdienste en lui:

"(1) Indien dit in belang van die verwesenliking van die ontwikkelingsdoelwitte van die kind in bewaring van 'n pleegouer, kinderhuis of nywerheidskool kragtens 'n bevel ingevolge artikel 15(1) van die Wet op 'n verlenging daarvan is om sodanige kind ingevolge artikel 34 van die Wet oor te plaas of om sodanige kind ingevolge artikel 37 van die Wet te onthef, moet die maatskaplike werker wat gesinsherenigingsdienste lewer en die toesighoudende maatskaplike werker in oorleg met mekaar en, waar moontlik, die ouer of voog van die kind of die persoon in wie se bewaring die kind onmiddellik voor die aanvang van die

²⁶⁰ CK 18770 31 Maart 1998 No R 416.

²⁶¹ Wet 74 van 1983.

verrigtinge was, die hoof van die kinderhuis of nywerheidskool en die betrokke kind, 'n verslag en aanbeveling aan die Direkteur-generaal voorlê.

(2) Die verslag soos in subregulasie (1) bedoel moet op die grondslag van die ontwikkelingsevaluering van die kind en sy of haar ekologiese omstandighede gebaseer wees en moet die *bestaande en toekomstige ontwikkelingsprogramme vir die kind en familie weerspieël, asook dienste wat aan die kind en familie gelewer word om ontwikkelingsdoelwitte soos aangedui in die ontwikkelingsprogramme te bereik*" (eie kursivering).

Wat normaalweg behoort te gebeur, is die ontwikkeling van 'n kontrak of werksooreenkoms met die gesin welke dokument, hoewel nie regtens afdwingbaar nie, uitstippel wat die gesin behoort te doen of te verander ten einde die hereniging met die kind te faciliteer.²⁶² Matthias toon egter aan dat maatskaplike werkers tans weinig doen op die terrein van herenigingsdienste. Van die redes hiervoor is: (1) Ouers kan nie gevind word nie; (2) hoë werkslading van maatskaplike werkers; (3) onbereidwilligheid van ouers om saam te werk; (4) probleme rondom die verbetering van die materiële posisie van ouers; (5) gebrek aan ondersteuningsdienste aan maatskaplike werkers; (6) negatiewe houding van maatskaplike werkers teenoor die dienste omdat hulle nie weet wat om te doen nie; en (7) gebrekkige bevoegdheid van die Kinderhof in dié verband; ensovoorts.²⁶³

Wat die gebrekkige materiële posisie van ouers betref, bring dit volgens Matthias weer die vraag na 'n staatsonderhoudstoelaag, spesifiek met die doel om behoeftige kinders binne die gesin te hou, na vore.²⁶⁴ Dit behoort 'n positiewe bydrae te lewer tot sinvolle herenigingsdienste. Ten aansien van die onbereidwilligheid van ouers om saam te werk, wys sy op die afwesigheid van enige masjinerie om ouers tot samewerking te verplig. Ingevolge regulasie 14(7) het die ouer of persoon in wie se bewaring die kind was die *reg om uitgenooi*

²⁶² Matthias 35.

²⁶³ *Idem* 36.

²⁶⁴ *Ibid.*

te word om deel te neem aan die hersieningsverrigtinge. Dit blyk dat ouers dikwels van mening is dat indien die kind verwyder is, die ouer nie langer meer enige verantwoordelikheid teenoor die kind het nie. Hierdie houding van ouers word ongelukkig aangemoedig deur die radikale verskuiwings na die kindgesentreerde benadering ten aansien van verwyderingsgronde soos hierbo²⁶⁵ uiteengesit. Die ouer word dus nie meer as 'n onbevoegde ouer bestempel nie.²⁶⁶ In dié verband verklaar sekere respondenten in die ondersoek van Matthias soos volg:²⁶⁷

"We need a court order that can apply conditions on parents. It must, for example, compel parents to attend a reconstruction programme. We also need a way to compel parents to visit their children whilst their children are institutionalised. ... There must be repercussions for uncooperative parents."

Die vraag is of regte ten aansien van die gesin en gesinslewe die situasie kan verbeter. Daar is reeds gewys op die feit dat sodanige reg ook vir die kind bestaan en dat dit inhoud dat ouers ook *verantwoordelikhede* teenoor kinders het.²⁶⁸ In die belang van dié reg van die kind sal 'n reg op die gesin 'n positiewe plig op die staat plaas om ouers te verplig om tot hereniging saam te werk. Waar ouers wel gewillig is om saam te werk, maar hulle materiële posisie sodanig is dat hereniging nie oorweeg kan word nie, sal regte ten aansien van die gesin kan meewerk tot die daarstelling van 'n basiese onderhoudstoelaag wat tot hereniging kan lei.

7 11 5 Toekomsbeplanning

Indien herenigingspogings onsuksesvol is, is die alternatief om vir die toekoms

²⁶⁵ Par 7 11 2 1.

²⁶⁶ *Idem* 35.

²⁶⁷ *Idem* 37.

²⁶⁸ *Nielsen v Denmark* (1989) 11 EHRR 175.

van die kind te beplan deur voorsiening te maak vir 'n stabiele, permanente heenome wat nie die terugkeer na die biologiese gesin behels nie.²⁶⁹ Ten aansien van die probleme hiermee verklaar Matthias:²⁷⁰

"One very serious implication of permanency planning is the termination of parental rights. When actively using the permanency planning approach, therefore, the biological family has only a short time in which to rehabilitate before losing all rights over the child."

Alhoewel die plasing van kinders in langtermyn-pleegsorg kan voorkom, is die posisie egter dat die biologiese ouers voogdy behou. Pleegouers kan dus nie voogdy bekom nie. 'n Verdere aspek is dat alleen pleegouers onder bepaalde omstandighede geregtig is op 'n staatsubsidie en nie ook aannemende ouers nie. Matthias verklaar:²⁷¹

"The introduction of state subsidies for adoption by poor adoptive parents would remove the present unfair dilemma of either receiving legal guardianship of the child (adoptive parent but without state financial assistance) or else foregoing this in order to receive a state grant instead (foster parenting)."

Dié gedagte vind ondersteuning by Sloth-Nielsen en Van Heerden²⁷² wat verklaar:

"A far better, and more constitutionally correct, option would involve establishing whether *prospective adoptive parents were willing and able to carry out their parental responsibilities, if necessary with appropriate State aid*. This would then not necessarily preclude adoption by poor families (which after all seems to be a key objective of the drafters) and would be in line with the

²⁶⁹ Matthias 41.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*; sien verder Sloth-Nielsen en Van Heerden "Proposed amendments to the Child Care Act and Regulations in the Context of Constitutional and International Law Developments in South Africa" 1996 SAJHR 247 254.

²⁷² 1996 SAJHR 247 255.

provisions of the Convention and of the final Constitution" (eie kursivering).

Indien hereniging onmoontlik blyk te wees, behoort regte ten aansien van die gesin en gesinslewe vir die kind te beteken die reg op stabilitet en permanensie in 'n ander gesin as sy biologiese gesin. Indien 'n gesin gewillig en andersins bevoeg is om die kind aan te neem, maar vanweë hulle finansiële posisie as sodanig nie kan nie, behoort die reg op 'n gesinslewe in te sluit die daarstelling van 'n staatsubsidie ook aan dié (potensiële) aannemende ouers.²⁷³

7.12 Ander

Benewens die aspekte reeds bespreek, kan regte ten aansien van die gesin en gesinslewe 'n bydrae lewer op die gebied van onderhoud,²⁷⁴ ouers se bevoegdheid om hulle kinders by wyse van lyfstraf te tугtig²⁷⁵ en die reg van gevangenes op kontak met hul gesinslede.²⁷⁶

²⁷³ Matthias 44, Sy verklaar verder 57: "The current availability of state grants for foster (but not adoptive) parents works to the disadvantage of children by maintaining them in less secure fostering situations." Sien ook in dié verband a 27 van die Konvensie oor die Regte van die Kind waar a 27(3) 'n verpligtig op lidstate plaas om "In accordance with national conditions and within their means, to take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and in case of need to provide material assistance and support programmes".

²⁷⁴ In *Marckx v Belgium* (1979) 2 EHRR 330 word te kenne gegee dat die bestaan van 'n gesinsverhouding tussen 'n volwassene en minderjarige kind, 'n onderhoudsverpligtig tot gevolg kan hê. Sien bespreking hfst 4 par 4 2 2(e) waar ook die kwessie van 'n onderhoudsverpligtig vir die stiefouer of "partner" van die kind se moeder op basis van a 8(1) EVRM aangespreek word.

²⁷⁵ A 12(1)(e) van die Grondwet verbied die behandeling of straf van 'n persoon op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse. In die saak *Christian Education SA V Minister of Education of the Government of the RSA* [1999] 9 BCLR 951 (SOK) wat gehandel het oor die verbod op lyfstraf in skole deur a 10 van die Suid-Afrikaanse Skole Wet 84 van 1996, gee die KH te kenne dat die inbreukmaking op die ouers se reg op vryheid van geloof in dié verband geregtig was oa op basis daarvan dat ouers steeds die reg het om hulle kinders huis op hierdie wyse (lyfstraf) te tугtig. In soverre dié toedrag van sake in die toekoms in stryd kan wees met a 12(1)(e) kan 'n reg op respek vir die gesinslewe 'n rol speel by beoordeeling van die vraag of ouers se keuse van tугtiging beskerming verdien (natuurlik binne die grense van redelikheid en met inagneming van die gronde vir inbreukmaking in hfst 4 par 4 3 uiteengesit).

²⁷⁶ Alhoewel a 35(2)(fl)(i) en (ii) van die Grondwet aan aangehoudenes die reg gee om te kommunikeer met en besoek te word deur sy of haar gade of lewensmaat en deur naasbestaandes is daar 'n verskeidenheid ander aspekte wat ter sprake kan kom. Het naasbestaandes

7.13 Samevatting

In die voorafgaande bespreking is gelet op diverse aangeleenthede en probleemareas wat positief aangespreek sou kon word deur die insluiting van regte ten aansien van die gesin en gesinslewe in die Grondwet. Dit is geensins 'n geslotte aantal aspekte nie, maar vir doeleindes van die bespreking word daarvan volstaan. Soos reeds vroeër aangetoon²⁷⁷ is die regsposisie wat die regte ten aansien van die gesin en gesinslewe aanbetrif voortdurend aan die ontwikkel. Vervolgens word die moontlike toekomstige ontwikkeling van dusdanige reg(te) bespreek.

gevangenes die reg om van een gevangenis na 'n ander oorgeplaas te word ten einde kontak met sy gesin te vergemaklik? Behoort gevangenes toegelaat te word om begrafnisse en troues van gesinslede by te woon ens? 'n Reg op respek vir die gesinslewe kan hierdie kwessies help aanspreek, natuurlik steeds met inagneming van die gronde vir inbreukmaking op dié reg in buitengewone gevalle.

²⁷⁷ Hfst 4.

HOOFSTUK 8

ARTIKEL 8 EVRM EN TOEKOMSTIGE ONTWIKKELING

8 1 Inleiding

Tot dusver is gewys op die dinamiese aard van artikel 8 EVRM en die feit dat die konsep "gesinslewe" voortdurend aan die ontwikkel is.¹ Dieselfde geld wat die inhoud van die reg op respek vir die gesinslewe behels.² Ter afsluiting is dit nodig om die blik kortliks te werp op moontlike toekomstige ontwikkeling rondom artikel 8 EVRM.

8 2 Insluiting van moderne gesinstrukture binne die konsep "gesin"

'n Bulgsame benadering tot die bestaan van 'n gesinslewe, stel die Kommissie en EHRM in staat om dié konsep te laat aanpas by die uitdagings van moderne gesinstrukture. Dié feit word veral beklemtoon deur *X, Y and Z v United Kingdom*³ waar die verhouding tussen 'n vrou-na-man transseksueel en sy kind gebore by wyse van kunsmatige inseminasie as 'n gesinslewe aangemerkt is. Die EHRM plaas hierdeur die klem eerder op die sosiale as die biologiese realiteit van die situasie. Die hof beskou die man se status as transseksueel asook die feit dat die kind deur die semen van 'n skenker verwek is, as irrelevant by die vraag of 'n gesinslewe tussen hulle bestaan het. Alhoewel die klem wat die hof plaas op

¹ Hfst 2.

² Hfst 4.

³ (1997) 24 EHRR 143.

die *de facto* gesinsbande wat tussen die partye bestaan het, ook reeds in ander sake uitgewys is, is hierdie die eerste saak waarin die konsep "gesinslewe" formeel uitgebrei is om ouerlike verhoudings in te sluit sonder 'n bloedband. Die hof het egter steeds, niteenstaande die bevinding van 'n gesinslewe, gevind dat dié verhouding nie formele beskerming geniet nie en dat inbreukmaking daarop deur artikel 8(2) EVRM geregtig kan word. In dié verband verklaar Kilkelly:⁴

"This illustrates that although the concept of family life applies to relationships of blood, marriage and adoption of a certain type, the measures required to respect these relationships may not always be the same."

In die *Kerkhoven-saak*⁵ in 1992, weier die Kommissie om te bevind dat die stabiele verhouding tussen twee vrouens en die kind uit die een gebore deur kunsmatige inseminasie binne die bestek van 'n gesinslewe val. Niteenstaande die feit dat hulle as gesin saamgeleef het en ouerlike take gedeel het, hanteer die Kommissie dié aangeleentheid onder die konsep van "private life" alhoewel geen duidelike redes vir dié onderskeid gegee is nie.

Die siening word egter al hoe meer gehuldig dat daar geen rede is waarom alle vorme van langdurige, stabiele verhoudings tussen ouers en kinders nie binne die bestek van 'n gesinslewe in artikel 8 EVRM moet val nie. Só verklaar 'n Kommissielid:⁶

"The principal elements of family life are mutual affection, which may exist between persons - irrespective of their sex - and between children of one or both of these persons, and the wish of such persons to found and/or maintain a 'family unit' by establishing a joint household, either through marriage or cohabitation, in short, the wish to establish a union, which is legally and/or socially recognized,

⁴ *The Child and the European Convention on Human Rights* (1999) 194.

⁵ Aansoek no 15666/89 dec 19 5 92 (ongerapporteer).

⁶ *Mnr Schermers X, Y, Z v UK* (1997) 24 EHRR 143 158 par 78.

creating or entailing mutual responsibilities."

Sodanige redenasie, kan geargumenteer word, sluit in verhoudings tussen persone van dieselfde geslag.⁷ Dié uitgangspunt is egter nog nie deur die Kommissie of die EHRM aanvaar nie: Indien die konsep van gesinslewe egter voortgaan om die moderne sosiale werklikheid te weerspieël, wil dit voorkom asof dit in die toekoms na bovemelde verhoudings sal uitbrei.

Verdere uitdagings vir die konsep "gesinslewe" lê op die terrein van eiersel- en spermdonasies.⁸ Alhoewel die afwesigheid van 'n bloedband nie langer in die weg staan van 'n gesinslewe nie, wil dit aan die ander kant voorkom asof 'n blote biologiese of genetiese band soos in geval van eiersel- en spermdonasies ook nie voldoende is om 'n gesinslewe daar te stel nie.⁹

Die EHRM het verder nog nie bepaal of die verhouding tussen oom/tante en sy/haar broers- of susterskinders binne die betekenis van 'n gesinslewe val nie. Die Kommissie se benadering is om getuienis te verlang van voldoende "close personal ties" bykomend tot die bloedband alvorens dit as 'n gesinslewe aangemerken kan word.

Alhoewel die verhouding tussen aannemende ouers en die aangename kind in beginsel die beskerming van artikel 8 EVRM sal meebring, is dit ietwat onseker of die verhouding tussen pleegouers en pleegkind op dieselfde basis hanteer sal word. Indien die kind deur die pleeggesin versorg word en sterk bande met hulle opgebou het, is dit verwagte dat die verhouding as gesinslewe aangemerkt moet word.

⁷ Sien bespreking deur Steyn "From Closet to Constitution: The South African Gay Family Rights Odyssey" in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family - Family Forms and Family Law* (1998) 405 419.

⁸ Dolgin *Defining the Family - Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age* (1997) 176.

⁹ *C v Netherlands* aansoek no 17124/90 (1993) 16 EHRR CD 38.

sal word, niteenstaande die afwesigheid van 'n formele juridiese band.

In die lig van veral die beslissings in *Keegan v Ireland*¹⁰ en *Kroon v Netherlands*,¹¹ word die vraag of die verhouding tussen 'n vader en sy buite-egtelike kind binne die bestek van artikel 8 EVRM tuisgebring kan word, bepaal met verwysing na sowel die ouers se verhouding voor- en na die geboorte van die kind as hulle maritale status.¹² Dié benadering is onbevredigend in sover dit die konsep van "buite-egtelikhed" weerspieël, wat neerkom op diskriminasie teen kinders op grond van hulle ouers se optrede. Die oogmerk van bovermelde benadering is skynbaar om te onderskei tussen ongetrouwe vaders wat toegewyd is aan die kind, maar nie in 'n stabiele verhouding met die kind staan nie (om welke rede ookal) en vaders wat geen belangstelling toon nie.¹³ So vereis artikel 8 EVRM tans bykomende omstandighede benewens blote biologiese bande om 'n gesinsverhouding tussen só 'n vader en kind daar te stel, met die beskerming van die belang van die kind as onderliggende motief. Dié benadering is egter wel effektief in soverre dit gebruik kan word om 'n man (vader) uit te sluit waar die kind vanweë verkragting of bloedskande verwek is, of die kind (onbepland) verwek is tydens 'n kortstondige seksuele kontak. Dié vereiste van addisionele bykomende omstandighede is dus nuttig in soverre dit onderskei tussen dusdanige verhoudings en dié gebaseer op 'n liefdevolle langdurige verhouding. Alhoewel dié benadering op die oog af dus meriete kan hé, verloor dit uit die oog dat die vasstelling van 'n gesinslewe bloot die eerste stap is in die aanwending van artikel 8 EVRM en dat die blote bestaan van 'n gesinslewe nie opsigself die omvang van die regte wat daaruit voortvloeи bepaal nie.¹⁴ Só byvoorbeeld, sal 'n bevinding van 'n gesinslewe tussen 'n verkragter

¹⁰ (1994) 18 EHRR 342.

¹¹ (1995) 19 EHRR 263.

¹² Kilkelly 192. Sien bespreking hfst 6 par 6 3 2 3(a).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Idem* 193.

en die kind as gevolg daarvan gebore, nie noodwendig die verkragter 'n omgangsreg met die kind verleen nie.¹⁵ Om hierdie rede en die feit dat dit teen kinders diskrimineer soos vermeld, meen Kilkelly¹⁶ dat die tradisionele benadering moet plek maak vir die uitdruklike aanvaarding van die feit dat geboorte altyd 'n gesinslewe tot stand bring tussen 'n kind en beide sy ouers, wat ook al die aard van hul verhouding. Sy verklaar:¹⁷

"Fundamentally, it would permit the application of Article 8 in a way that ensures that all children enjoy the right to respect for family life, regardless of their parent's behaviour or status."

Ingevolge dié benadering sal 'n vermoede ten gunste van 'n gesinslewe tussen ouer en kind bestaan en kan die hof dan vanuit dié posisie ingaan op die vraag of inmenging met só 'n verhouding ingevoerde artikel 8(2) EVRM geregtig is al dan nie. Dit sal dus geld ongeag of die inbreukmaking in die vorm is van die weiering van toekenning van ouerlike verantwoordelikheid, bewaring, omgang of die plasing van die kind vir aanneming. Alhoewel die verhouding tussen die ouers en dié tussen die vader en kind dus faktore mag wees in die afweging van die belang ter sprake, sal dié faktore nie deurslaggewend wees vir die uitslag van die aansoek soos onder die tradisionele benadering nie. In dié verband behoort die beslissing van die EHRM in *Boughanemi v France*¹⁸ vir alle artikel 8 EVRM aangeleenthede te geld waar die hof in 'n *immigrasie-aangeleenthed* beslis:¹⁹

"(T)he concept of family life on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, *regardless*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ (1996) 22 EHRR 228.

¹⁹ 245 par 35.

*of whether or not the latter is legitimate*²⁰ (eie kursivering).

Kilkelly verklaar:²¹

"The Court's approach in these two cases suggests therefore that the presumption in favour of family life has now been extended finally to unmarried fathers and their children."

Wat toekomstige ontwikkelings van artikel 8 EVRM in dié verband betref, word voorsien dat die EHRM hierdie benadering in sake betreffende die uitleg van "gesinslewe" sal toepas. Daardeur kan die hof die buigsaamheid van die konsep herbevestig wat aanpasbaarheid van die konsep tot ander gesinstrukture sal verseker ten einde gelyke behandeling aan alle kinders in dié verband te verleen.

Alhoewel die Kommissie en EHRM tot dusver verantwoordelik was vir die dinamiese ontwikkeling van die konsep "gesinslewe", is dit duidelik dat die 21ste eeu nuwe uitdagings daar sal stel. Wat die inhoud van só 'n reg betref, is die uitdagings veeltal. Vervolgens word dié aspek kortlik onder die loep geneem.²²

8.3 Inhoud

Uitdagings ten aansien van die inhoud wat uit dusdanige voorgestelde reg op respek vir die gesinslewe voortvloei is onder andere die volgende:

- (a) Ten aansien van die gesinsnaam (van) van die buite-egtelike kind, het die EVRM nog nie geleentheid gehad om te beslis of die weiering om die kind onder die van van die vader te registreer, versoenbaar is met 'n reg op respek vir die gesinslewe nie.

²⁰ Sien ook *Söderback v Sweden* (1998) 29 EHRR 95.

²¹ 191.

- (b) Van besondere belang, is die ontwikkeling van 'n reg op inligting aangaande risiko's vir die gesondheid en lewe.²² Alhoewel die presiese trefwydte van dié reg as element van die gesinslewe onder artikel 8 EVRM nog onseker is, kan dit in die toekoms aangevoer word in besware teen voorkombare omgewings- en industriële rampe soos olielekasies, lekkasies vanuit kern- of ander kragstasies en selfs die beweerde gevaar wat deur selfoonmaste en selfone gestel word. Ander potensiële uitdagings in dié verband kan voorkom in verband met nasionale gesondheidsdienste, waar onvoldoende mediese behandeling of 'n vertraging in behandeling tot 'n geskil onder artikel 8 EVRM aanleiding kan gee, waar dit 'n nadelinge invloed op die gesondheid van 'n gesinslid gehad het. Toekomstige ontwikkeling van die positiewe verpligting van die owerhede in dié verband is voor-die-hand-liggend.
- (c) In die bespreking hierbo²³ is gewys op die dilemma by die verwydering van kinders weens verwaarloosing waar dié toestand hoofsaaklik aan armoede toegeskryf kan word. Die vraag na die roi en positiewe verpligting van die staat om voortydige bystand te verleen aan 'n gesin ten einde latere staatsinmenging te verhoed is kortlik aangespreek. Dit blyk dat die ontwikkeling van 'n positiewe verpligting op die staat in dié verband veel kan bydra om die gesinslewe te beskerm. Kilkelly²⁴ verklaar:

"The development of a positive obligation in this area, consistent with Article 8 jurisprudence in other areas of family life, would require that support and assistance be provided to the family prior to the removal of the children on the grounds of neglect. This approach would help to give the Court some purpose in this area and would also make the

²² Sien hfst 4 par 4 2 2(x) vir 'n bespreking hiervan.

²³ Hfst 7 par 7 11 2 3.

²⁴ 174.

Convention's protection of children and the family practical and effective."

Wat finansiële bystand in die algemeen betref, verklaar Duffey:²⁵

"In general one would expect a somewhat cautious approach from the Commission and Court. It seems nevertheless very *probable* that some welfare benefits come within the scope of Article 8 and *possible* that minimum welfare provision may now constitute a positive obligation inherent in the effective respect for private and family life by the State" (eie kursivering).

Hierdie siening steun grootliks op die standpunt van die EHRM vroeër in *Marckx v Belgium*²⁶ waar die hof verklaar²⁷ dat gesinslewe insluit "Interests of a material kind".

- (d) Nieteenstaande die afwesigheid van uitdruklike beginsels en standarde betreffende die verskillende elemente van 'n kind se reg op identiteit, toon regspraak tekens van 'n dinamiese benadering aan die kant van die EVRM. 'n Aantal belangrike beginsels is neergelê wat as basis kan dien vir die verdere ontwikkeling van, in besonder, die reg van 'n kind om sy/haar oorsprong te ken. In dié verband kan toekomstige besware teen die beleid van geheimhouding in gevalle van beide aanneming en kunsmatige reproduksie, gedoen word in die lig van die kind se (eie) belang in die vasstelling van wie sy/haar biologiese ouers is.²⁸ Kilkelly²⁹ verklaar:

²⁵ "The Protection of Privacy, Family Life and Other Rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights" 1983 YEL 191 199.

²⁶ (1979) 2 EHRR 33.

²⁷ 35 par 52.

²⁸ Sien bespreking in hfst 4 par 4 2 2(v).

²⁹ 114.

"Increased awareness of the child's need and right to have access to essential birth information requires that the application of Article 8 to such complaints includes a consideration of the deeper moral, sociological and ethical rights issues involved."

- (e) Die Kommissie en EHRM was tot dusver verantwoordelik vir die aansienlike ontwikkeling van die komplekse en sensitiewe aspekte rondom bewaring en toegang. Hierdie aangeleenthede is egter tot dusver grotendeels benader vanuit die perspektief van die ouer of volwassene. Oor die toekomstige ontwikkeling van dié aspek aan die hand van artikel 8 EVRM verklaar Kilkelly:³⁰

"However, until child applicants introduce their own complaints in this area, the Court will not be encouraged to afford express recognition to the child's right with regard to respect for his/her family life."

- (f) Verdere aspekte inherent aan artikel 8 EVRM, soos die effektiewe genot en beskerming van die reg van bewaring en toegang, kan in die toekoms aandag geniet.³¹ Dit kan van die EHRM verwag word om duidelikheid te bring omtrent die maatreëls wat deur 'n lidland aangeneem moet word om te verseker dat ouers en kinders die bewaring (en toegang) kan geniet wat juridies deur die nasionale howe aan hulle toegeken is.³²
- (g) Artikel 8 kan in die toekoms verder dien om die proporsionaliteit of balans toe te lig wat gehandhaaf moet word in gevalle waar wettige oogmerke soos die bekamping van misdaad of veiligheid en sekuriteit kontak tussen ouers en kind, verhinder of belemmer. Dit sal veral die geval wees waar kontak tussen kind en ouer verbied word vanweë die

³⁰ 262.

³¹ *Hokkanen v Finland* (1995) 19 EHRR 139.

³² Sien die bespreking hierbo hfst 4 par 4 2 2(s) van *Ignaccolo-Zenide v Roemenië* 25 Jan 2000 (ongerapporteer).

ouer se gevangesetting. In welke mate artikel 8 EVRM kan meewerk om in dié omstandighede kontak tussen ouer en kind te bewerkstellig, kan in die toekoms blyk kontensieus te wees.

- (h) Hierbo³³ is gewys op die EHRM se hantering van dispute waar bewaring en toegang weerhou is van 'n ouer suiwer op die basis van laasgenoemde se godsdienstige of seksuele voorkeure.³⁴ Sodanige maatstawwe kan eweneens in die toekoms onder die oordeel van die EHRM val. Kilkelly³⁵ verklaar:

"(W)hile bias or covert discrimination in favour of awarding custody to mothers, family units based on marriage, and against members of minority religions which are illegal or deemed socially harmfull may be difficult to establish, it may nonetheless raise an issue under the Convention where its result is to avert a balanced assessment of the matter with regard to what is in the child's best interests."

- (i) Wat die verwydering van kinders uit die sorg van hul ouers betref, kan die vraag na die reg van ouers dat hulle godsdienstige en filosofiese oortuigings in die opvoeding van hulle kinders gerespekteer word in die toekoms aandag onder artikel 8 EVRM geniet.³⁶ Waar die staat dus nou die verantwoordelikheid vir die grootmaak van die kind oorneem deur die kind in 'n plek van alternatiewe sorg te plaas, kan die vraag of artikel 8 EVRM bovermelde aangeleenthede aanraak, ter sprake kom. In *Olsson v Sweden*³⁷ beweer die ouers hulle kinders se plasing by 'n gelowige gesin strydig was met hul wens om hul kinders in 'n nie-religieuse

³³ Hfst 4 par 4 2 2(r).

³⁴ *Hoffman v Austria* (1994) 17 EHRR 293; *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal* 21 Des 1999 (ongerapporteer).

³⁵ 262.

³⁶ Sien a 2 tot die Eerste Protokol tot die EVRM.

³⁷ (1989) 11 EHRR 259.

omgewing te laat grootword. Dié klagte misluk egter weens onvoldoende getuenis en onvoldoende aanduiding van hul wense tot dié effek.³⁸

Nieteenstaande bewysprobleme, kan die feit dat kinders wie se ouers hulle binne 'n bepaalde godsdienstige opvatting grootgemaak het, by ouers geplaas word wat 'n ander godsdienstige oortuiging huldig, heel moontlik onder artikel 8 EVRM tuisgebring word. Die vraag of die godsdienstige oortuiging van die ouers ten alle koste voortgesit en gehandhaaf moet word en of dit voldoende is indien die ouerhede alle redelike stappe gedoen het om aan die ouers se wense gehoor te gee, kan in die toekoms oorweging verg. Dieselfde geld ten aansien van ouers se filosofiese en kulturele oortuiginge. 'n Verdere vraag is of administratiewe probleme in die vind van 'n gepaste pleeggesin as regverdiging kan dien vir die plasing van kinders ver van die ouers. Is dit dus 'n aspek van die ouers se reg op respek vir hul gesinslewe dat die kind relatief naby sy ouerhuis in 'n plek van bewaring geplaas word ten einde die ouers die geleentheid te bied om hom/haar te besoek? In dié verband kan in die toekoms na die EHRM gekyk word vir die daarstelling van definitiewe riglyne en grense van só 'n reg binne artikel 8 EVRM.

- (j) Wat die procedurele aspekte betref, word veel gewag gemaak van die feit dat ouers betrek moet word in die besluitnemingsproses.³⁹ Tot dusver is byna uitsluitend gefokus op die regte van ouers in dié verband.⁴⁰ Geen woord is nog gerep omrent die reg van die kind binne artikel 8 EVRM om in die besluitnemingsproses betrek te word of onafhanklik verteenwoordig te word nie, afhangende van faktore soos ouderdom en

³⁸ Alhoewel hulle beweer het dat hulle ateïste is, was hul tog lidmate van die Kerk van Swede en is die kinders aldaar gedoop en het die faktore twyfel gewerpt oor hulle bedoeling.

³⁹ *H v UK* (1988) 10 EHRR 95; *W v UK* (1988) 10 EHRR 29.

⁴⁰ Vir bespreking van die ouers se posisie sien hfst 4 par 4 2(g)(iii).

volwassenheid. Kilkelly verklaar:⁴¹

"Notwithstanding that many Convention States already have such structures firmly in place consistent with the requirements of the UN Convention on the Rights of the Child, ... this consensus should arguably help, rather than hinder the Court's development of such principles in future cases."

En verder:⁴²

"There is no shortage of relevant standards to which the Court can refer in considering a challenge to the failure to consult or involve the child in a decision making process which concerns him, particularly in the area of family law under Article 8, where a similar right has been granted to parents."

- (k) Aspekte rondom die aanneming van kinders en die verband met artikel 8 EVRM kan in die toekoms verdere oorweging verdien. In dié verband is daar veral vrae rondom die posisie van die kind. Dit is byvoorbeeld onseker of 'n kind se reg op respek vir sy gesinslewe onder artikel 8 EVRM vereis dat aan die kind onafhanklikeregsverteenwoordiging toegeken moet word in aannemingsaangeleenthede. Ander aspekte waaronder die keuse van 'n kind se aannemende ouers ten einde kontinuïteit in sy/haar opvoeding te verseker, asook respek vir die ouer en kind se godsdienstige en kulturele (etniese) agtergrond, is ewe omstrede. Eweneens is die aard van die staat se positiewe verpligting om die gesinslewe te respekteer in die konteks van aanneming steeds in 'n groot mate onseker, veral waar dit daarop gerig is om die integrasie van die kind in 'n nuwe gesin te faciliteer. Die vraag na die belangrikheid daarvan om natuurlike ouer en kind steeds toe te laat om kontak te hê, is steeds onbeantwoord. Beteken

⁴¹ 293.

⁴² 138.

die feit dat 'n aannemingsbevel verleen is dat die gesinslewe tussen die kind en sy natuurlike ouers nou sonder meer tot 'n einde gekom het? Kilkelly vra byvoorbeeld:⁴³

"Where family life exists under article 8(1) it is unclear whether voluntary adoption will interrupt these ties or even cause them to cease altogether."

Die vraag of die natuurlike band tussen moeder en kind voortduur na die aanneming binne die konteks van artikel 8 EVRM is nog onbeantwoord. Die Kommissie het egter bevind⁴⁴ dat waar 'n moeder aanvanklik toestem tot die aanneming van haar kind, en later van plan verander en verlang dat die kind aan haar teruggegee word,

"that the tie of family life had been *re-established* between them" (eie kursivering).

Dit kan dus aanvaar word dat die verhouding tussen moeder en kind net in *uitsonderlike omstandighede* buite die trefwydte van artikel 8 EVRM sal val.⁴⁵ In dieselfde opsig behoort die regspositie ten aansien van die ongetrouwe vader wat toekomstige kontak met sy kind wat vir aanneming geplaas is verlang, in toekomstige regspreek aangespreek te word.

Vir doeleindeste van die bespreking word hiermee volstaan. Uit die ondersoek is nietemin duidelik dat ontwikkeling wat die voorgestelde reg(te) betref geensins aangehandel is nie en voortdurend opwindende uitdagings bied.

⁴³ 301.

⁴⁴ Aansoek no 7626/76 X v UK (1977) DR 11 160.

⁴⁵ Kilkelly 301.

HOOFSTUK 9**SLOTBESKOUING EN AANBEVELING**

In die ondersoek is 'n betoog gelewer vir die insluiting van uitdruklike fundamentele regte ten aansien van die gesin en gesinslewe in die Suid-Afrikaanse Grondwet. Die waarde van die ondersoek is egter nie afhanklik van die korrektheid en aanvaarding van bovermelde betoog nie. Selfs indien aanvaar word dat die gesin en gesinslewe wel voldoende indirekte beskerming in die Grondwet geniet soos deur die Konstitusionele Hof beslis,¹ was vrae na aspekte soos wat 'n gesin uitmaak en wat regte ten aansien van die gesin en gesinslewe as inhoud het, grootliks onbeantwoord. In die ondersoek is gepoog om hierdie en ander aangeleenthede aan te spreek en antwoorde op die vrae te bied. Uit die ondersoek blyk nietemin verder dat die mate van indirekte beskerming wat die gesin en gesinslewe geniet, groter effektiwiteit sal verkry indien uitdruklike regte ten aansien van die gesin en gesinslewe wel in die Grondwet vervat sou word. Daar word aangetoon dat pogings om aspekte van die gesinslewe onder artikels wat indirekte beskerming verleen huis te bring dikwels geforseerd is, terwyl sodanige aspekte internasionaal met groter gemak hanteer word deur dit uitdruklik onder 'n reg op respek vir die gesinslewe huis te bring. Vervolgens word aanbeveel dat die volgende regte in die Grondwet vervat word:

- "(1) Die gesin geniet die spesiale beskerming van die staat.
The family enjoys the special protection of the state.
- (2) Elkeen het die reg op respek vir die gesinslewe.²
Everyone has the right to respect for family life."

¹ Hfst 1 par 15.

² Só 'n formulering is geslags-neutraal in ooreenstemming met soortgelyke regte in die Grondwet.