



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

Denkleiers • Leading Minds • Dikgopolo tša Dihalefi

**Tugtiging van kinders met spesifieke verwysing na lyfstraf en die mate van
staatsinmenging**

Voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM (KINDERREG)

deur

JOHANITA THERON

29117314

by die

Privaatreg, Regsfakulteit, Universiteit van Pretoria

November 2014



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

Denkleiers • Leading Minds • Dikgopolo tša Dihalefi

TUGTIGING VAN KINDERS MET SPESIFIEKE VERWYSING NA LYFSTRAF EN DIE MATE VAN STAATSINMENGING

deur

JOHANITA THERON

29117314



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

Denkleiers • Leading Minds • Dikgopolo tša Dihalefi

VERKLARING

1. Ek verstaan wat plagiaat is en is bewus van die Universiteit se beleid in hierdie verband.
2. Ek verklaar dat hierdie my eie, oorspronklike werk is. Waar iemand anders se werk gebruik is (hetsy uit 'n gedrukte bron of enige ander bron), is dit behoorlik erken en die verwysings volgens die vereistes van die Regsfakulteit.
3. Ek het nie werk wat voorheen deur 'n ander student of enige ander persoon geproduseer is, ingegee as my eie nie.
4. Ek het nie toegelaat, en sal nie toelaat dat enigiemand my werk kopieer met die doel om dit as sy of haar eie werk in te gee nie.

Handtekening

There can be no keener revelation of a society's soul than the way in which it treats its children.

- Nelson Mandela

Inhoudsopgawe

Lys van afkortings

1 Inleiding

1.1 Agtergrond

1.2 Navorsingsvrae

1.2.1 Primêre navorsingsvraag

1.2.2 Sekondêre navorsingsvraag

1.3 Navorsingsdoelwit en metodologie

1.3.1 Navorsingsdoelwit

1.3.2 Metodologie

1.4 Uiteensetting van studie

2 Verantwoordelikhede en regte van die ouer en kind ten opsigte van tugtiging

2.1 Inleiding

2.2 Ouerlike verantwoordelikhede en regte

2.3 Die beste belang van die kind-standaard

2.4 Regte en verantwoordelikhede van kinders

2.4.1 Regte van kinders

2.4.1.1 Kinderregte en die CRC

2.4.1.2 Kinderregte en die ACRWC

2.4.1.3 Kinderregte en die Grondwet

2.4.1.4 Kinderregte en die Kinderwet

2.4.2 Verantwoordelikhede van kinders

3 Staatsinmenging in die privaatregtelike ouer-kind verhouding

3.1 Die mate van staatsinmenging

3.2 Horisontale en vertikale toepassing van die Handves van Regte

4 Die grens tussen lyfstraf en aanranding

5 Verbanning van lyfstraf uit skole en die relevansie daarvan op tugtiging deur ouers

6 Die Kinderwet en die verwickelinge rakende die wysiging van die bestaande wet ten opsigte van ouers se strafregtelike vervolging

6.1 Artikel 139 van die Children's Amendment Bill B19B van 2006 en die finale goedgekeurde Children's Amendment Act 41 van 2007

6.2 Nuutste verwickelinge in verband met 'n algehele verbanning van lyfstraf

6.2.1 Opsie een

6.2.2 Opsie twee

6.3 Doel en gevolge van 'n algehele verbanning van lyfstraf

6.3.1 Doel

6.3.2 Gevolge

6.4 Kritiek op die algehele verbanning van lyfsraf

7 Regsvergelyking

7.1 Suid-Afrika en Kanada

7.2 Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika

8 Gevolgtrekking

BIBLIOGRAFIE

LYS VAN AFKORTINGS

AA	Acta Academica
ACDP	African Christian Democratic Party
ACRWC	African Charter on the Rights and the Welfare of the Child
ACPF	African Child Policy Forum
ADC	Archives of Disease in Childhood
AHRLJ	African Human Rights Law Journal
CRC	Convention on the Rights of the Child
DA	Demokratiese Alliansie
DJCIL	Duke Journal of Comparative and International Law
DSD	Department of Social Development
ICESCR	International Covenant on Social Economic and Cultural Rights
IJLPF	International Journal of Law, Policy and the Family
IRV	International Review of Victimology
JCL	Journal of Constitutional Law
JJS	Journal for Juridical Science
LCP	Law and Contemporary Problems
LDD	Law Democracy and Development
NWU	Noord-Wes Universiteit
PER	Potchefstroom Elektroniese Regstydskrif
PIE	Perspectives in Education
PULP	Pretoria University Law Press
RAPCAN	Resources Aimed at the Prevention of Child Abuse and Neglect
SAHRC	South African Human Rights Commission

SAJE	South African Journal of Education
SAJHR	South African Journal on Human Rights
SALC	South African Law Commission
SARK	Suid-Afrikaanse Regskommissie/ Suid-Afrikaanse Regs- hersieningskommissie
SAMRC	South African Medical Research Council
SPJNZ	Social Policy Journal of New Zealand
TSAR	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg
UWC	University of the Western Cape
VN	Verenigde Nasies
VSA	Verenigde State van Amerika
WKOD	Wes-Kaapse Onderwys Departement

1 Inleiding

1.1 Agtergrond

Professor Paulo Sérgio Pinheiro¹ het gesê dat geweld teenoor kinders universeel is, dit strek oor alle kulture en kom voor in elke land.² Dit onderskei nie tussen klas, opvoeding, inkomste of etniese oorsprong nie.³

In 1979 het Swede die eerste land geword om lyfstraf van kinders te verbied en onwettig te verklaar.⁴ Suid-Afrika en verskeie ander Westerse lande streef daarna om regsekerheid hieroor te kry.⁵ Suid-Afrika het egter 'n stap nader hieraan beweeg deur lyfstraf in skole in 1996 te verbied.⁶ Die rede hiervoor was omdat dit inbreuk gemaak het op kinders se reg om vry te wees van enige vorm van geweld en aanranding soos uiteengesit in artikel 12 van die Handves van Regte.⁷ Lyfstraf is ook as geregtelike vonnis uit die strafregstelsel verwyder in 1997⁸ en nou is daar ook die moontlikheid van nuwe wetgewing wat lyfstraf deur ouers wil verbied.⁹

1 Sekretaris-Generaal van die VN se studie oor geweld teenoor kinders 2011; "Ending legalised violence against children" *Save the Children Sweden* 2007 10.

2 "Ending legalised violence against children" *Save the Children Sweden* 2007 10.

3 *Ibid.*

4 Artikel 4 van die Grondwet van Swede, 1974; asook Kleynhans "Ensuring the protection of children from all forms of corporal punishment" 2009 *Article* 19 11.

5 Labuschagne "Ouerlike gewelddaanwending as skending van die kind se reg op biopsigiese outonomie" 1996 *TSAR* 578.

6 Bower "Banning Corporal Punishment: The South African Experience" 2008 *RAPCAN* 6. Lyfstraf in skole is in die Suid-Afrikaanse Skolewet van 1996 verbied, art 10.

7 Hoofstuk 2 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996; hierna die Handves van Regte.

8 Bower 2008 *RAPCAN* 6. Lyfstraf in die strafregstelsel is in die Wet op die Afskaffing van Lyfstraf 33 van 1997 verbied.

9 Die moontlike wysiging van die Kinderwet 38 van 2005 (hierna die Kinderwet) aangaande lyfstraf, behels die volgende: Dit is reeds deur die Nasionale Raad vir Provinsies goedgekeur en is huidiglik onder bespreking in die Parlement. Dit is die "wysiging" wat bespreek gaan word, aangesien dit 'n klousule in verband met lyfstraf deur ouers bevat het. Daar het wel tydens die voltooiing van dié navorsing 'n wysigingswet van die Kinderwet van 2005 in werking getree, naamlik die *Third Amendment Bill*, maar die bepalings was nog nie geproklameer tydens die navorsing en aanvang van hierdie skripsie nie. Hierdie wysigingswet het egter geen daadwerklike invloed op my skripsie nie, aangesien daar ook geen bepaling aangaande die verbanning van lyfstraf deur ouers, ingevoeg is nie. Daar gaan in hierdie skripsie in sommige hoofstukke gebruik gemaak word van sekondêre bronne soos koerantberigte en tydskrifartikels, aangesien hierdie bronne huidige verwickelinge weergee.

Alhoewel lyfstraf uit skole verban is, is wetgewers en regsgeleerdes wel bewus daarvan dat daar steeds baie skole is waar lyfstraf nog toegedien word.¹⁰ *Statistiek Suid-Afrika* het in 2011 gevind dat daar in daardie jaar 2 103 677 gerapporteerde insidente van lyfstraf in skole was.¹¹

Kinderregte word in die Suid-Afrikaanse reg erken en daar word spesifiek daarvoor voorsiening gemaak in die Grondwet in artikel 28, sowel as in die Kinderwet 38 van 2005.¹² Die Suid-Afrikaanse reg het in die laaste paar jaar baie ontwikkel en verander ten opsigte van die erkenning van kinderregte, maar daar is nog 'n groot aantal kinders in Suid-Afrika wat ly onder aanranding deur ouers wat voorgehou word as opvoeding en tugtiging.¹³ In 2008 het *Childline SA* 3 428 oproepe van kinders ontvang wat fisiese aanranding in hul ouerhuis wou aanmeld.¹⁴ Die Mediese Navorsingsraad het in 2012 bevind dat 44.5% van alle kindermoorde verwant was aan kindermishandeling en verwaarlosing.¹⁵

Nuwe wysigende wetgewing beoog om lyfstraf deur ouers te verbied en strafbaar te maak, net soos in die geval van skole.¹⁶ Daar is egter meningsverskil oor die mate waartoe die staat mag inmeng in die privaatregtelike verhouding tussen ouer en kind wat as hoogs privaat beskou word. Daar word al hoe meer deur regsgeleerdes en politici bespiegel oor die vraag of lyfstraf van kinders in familieverband deur die staat strafbaar behoort te wees en indien wel, tot watter mate. Verder ontstaan daar ook vrae oor wanneer die lyn tussen tugtiging en aanranding oorskry word en wanneer die staat strafregtelik mag optree teen ouers wat hul kinders lyfstraf toedien.

Bo en behalwe die regsvraag oor die posisie van lyfstraf en staatsinmenging daarin, is daar nog belangrike vrae wat gevra moet word. Sal dit regverdig en geldig wees vir ouers om gestraf te word as hulle lyfstraf toedien en is dit in die beste belang van

10 Bower 2008 *RAPCAN* 16.

11 Mangena "SAHRC Concerned about corporal punishment in schools" *SAHRC* [www.sahrc.org.za], besoek op 28/07/2013.

12 Hierna die Kinderwet.

13 *Statistiek deur Childline South Africa* [www.childlinesa.org.za], besoek op 13/01/2014.

13 *Department of Social Development: Violence against children in South Africa 2012 UNICEF* 16.

15 Matthews "Child Homicide Patterns in South Africa: Is there a link to child abuse?" 2012 *SAMRC* 1.

16 Die nuwe wysigings op die Kinderwet, genaamd die *Children's Amendment Bill*. Die wysigingsproses het alreeds in 2006 begin.

Suid-Afrikaanse kinders om deur middel van lyfstraf gedissiplineer te word? Die beste belang van die kind is van deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak,¹⁷ gevolglik sal dit die middelpunt in hierdie besprekings inneem.

1.2 Navorsingsvrae

Die navorsingsvrae van hierdie skripsie handel spesifiek oor lyfstraf en die toediening daarvan as strafvorm deur ouers. Daar is 'n primêre vraag en 'n sekondêre vraag.

1.2.1 Primêre navorsingsvraag

Wat is die regsposisie ten opsigte van lyfstraf van kinders deur hul ouers?

1.2.2 Sekondêre navorsingsvraag

Tot watter mate mag die staat daarin inmeng?

1.3 Navorsingsdoelwit en metodologie

1.3.1 Navorsingsdoelwit

Die hoofdoel van die navorsing oor die toediening van lyfstraf deur ouers, is om 'n literatuurstudie oor die betrokke onderwerp saam te stel. Deur uitgebreide navorsing oor die huidige Suid-Afrikaanse wetgewing in verband met lyfstraf, kan 'n goed gefundeerde regsopinie oor die onderwerp gevorm word met moontlike voorstelle vir wetgewing, indien dit toepaslik is. 'n Verdere doelwit van hierdie studie is om die regsposisie ten opsigte van lyfstraf in Suid-Afrika te ontleed en om die wysigingswetgewing in verband met lyfstraf deur ouers te bespreek. Hierdie studie gaan ook poog om 'n moontlike antwoord of alternatief op die kwessies te gee.

17 Artikel 28(2) van die Grondwet en artikel 7(1) van die Kinderwet.

Sodoende word 'n bydrae gelewer tot die ontwikkeling en verbetering van Suid-Afrikaanse kinderreg met spesifieke verwysing na lyfstraf in die ouerhuis.

1.3.2 Metodologie

Om hierdie navorsingsdoelwit te bereik, sal daar gebruik gemaak word van beide 'n literatuurstudie en 'n regsvergelende studie. Daar gaan analities ondersoek ingestel word na wetgewing, regspraak, tydskrifartikels, elektroniese bronne en ander akademiese bronne om hierdie literatuurstudie so volledig moontlik te maak.

'n Vergelykende studie gaan verder onderneem word tussen die Suid-Afrikaanse kinderreg, die Kanadese reg en die Amerikaanse kinderreg.¹⁸ Daar sal ook deurgaans na ander regsisteme verwys word wat spesifiek toepaslik is.

Daar gaan ook ondersoek ingestel word na die Kinderwet, met spesifieke verwysing na die verskillende stadia van die wysigingsproses en die moontlike uiteindelijke wysigings rakende lyfstraf in familieverband in Suid-Afrika. Verwysings na die gemenerereg en relevante dele van die Wet op Gesinsgeweld¹⁹ vir die vergelyking tussen lyfstraf en aanranding gaan gebruik word.

Om die navorsingsdoelwit ten volle te bereik, sal daar ook aandag geskenk word aan relevante internasionale konvensies, soos onder andere die *Convention on the Rights of the Child*,²⁰ asook die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*²¹ en die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.²²

18 Daar gaan basiese vergelykings getref word tussen die Suid-Afrikaanse reg en die Kanadese reg aangesien die Suid-Afrikaanse Grondwet grotendeels op die Kanadese reg gerond is. Daar sal dan ook meer in diepte 'n vergelyking getref word tussen die Suid-Afrikaanse kinderreg en die Sweedse kinderreg in verband met lyfstraf.

19 19 van 1998; hierna die Wet op Gesinsgeweld.

20 Hierna die *CRC*.

21 Hierna die *ACRWC*.

22 Hierna die *ICESCR*.

1.4 Uiteensetting van studie

Die uiteensetting van hierdie studie is soos volg: daar gaan aan die begin van hierdie studie eerstens verwys word na die basiese agtergrond van kinderreg in Suid-Afrika. Onder andere sal die verantwoordelikhede en regte van ouers ingevolge die Grondwet en die Kinderwet, asook die verantwoordelikhede van kinders in hul gemeenskap bespreek word. Die beste belang van die kind-standaard gaan uiteengesit word, gevolg deur die regte van kinders. Tydens die ontleding van die regte van kinders gaan daar spesifiek verwys word na kinderregte in die *CRC*, die *ACRWC*, die Grondwet en die Kinderwet.

Na die uiteensetting van kinderregte gaan die mate van staatsinmenging in die ouer-kind verhouding ondersoek word. In hierdie afdeling gaan daar ook gekyk word na die horisontale en vertikale toepassing van die Handves van Regte. Die verband tussen lyfstraf en aanranding sal vervolgens bespreek word om die grens daar-tussen vas te stel. Die verbanning van lyfstraf in skole speel ook 'n rol in hierdie studie en sal daarom volgende bestudeer word. Daar sal spesifiek gekyk word na wat die relevansie daarvan is op die verbanning van lyfstraf in die ouerhuis.

Daar sal ook 'n uiteensetting gegee word van die wysiging van die Kinderwet. Eerstens sal gekyk word na die eerste poging om lyfstraf algeheel in die Kinderwet, soos uiteengesit in die *Children's Amendment Bill B19B*, te verban en daarna sal die huidige poging tot algehele verbanning bespreek word. Ondersoek word ook ingestel na die doel en gevolge van so 'n algehele verbanning van lyfstraf in die Suid-Afrikaanse reg. Hierna sal 'n regsvergelykende studie onderneem word. Laastens sal daar tot 'n gevolgtrekking gekom word. My eie standpunt sal ook in die gevolgtrekking uiteengesit word.

2 Verantwoordelikhede en regte van die ouer en kind ten opsigte van tugtiging

2.1 Inleiding

Die ouer-kind verhouding is die belangrikste verhouding in die kinderreg. In hierdie verhouding het 'n ouer sekere verantwoordelikhede en regte en dieselfde geld ook ten opsigte van die kind.²³

Die posisie in verband met hierdie verpligtinge en regte van ouers kom uit die gemenereg,²⁴ alhoewel die posisie rakende kinders in Suid-Afrika deesdae grootliks beheer word deur die Kinderwet.²⁵ Voor die inwerkingtreding van spesifieke kinderwetgewing, soos onder andere die Wet op Kindersorg²⁶ en die Kinderwet, het die gemenereg 'n belangrike deel van die Suid-Afrikaanse kinderreg uitgemaak. Die gemenereg is dus steeds deel van die kinderreg en speel nog 'n rol. Die gemeenregtelike posisie in verband met ouers se ouerlike gesag, het duidelik bepaal dat ouers, as deel van ouerlike pligte, by magte was om hul kinders matige en beperkte lyfstraf toe te dien, indien nodig.²⁷ Hierdie benadering is alreeds in 1912 duidelik uiteengesit in *R v Janke and Janke* en in vele ander sake deur die jare, soos onder andere *S v Lekgathe*²⁸ en *Du Preez v Conradie*.²⁹

In die gemenereg was die verhouding tussen ouer en kind baie anders as die hedendaagse verhouding. Kinders moes die gesag van hul ouers aanvaar. Hierdie gesag het ingesluit die reg van ouers om gehoorsaamheid van hul kinders te vereis en om hul op verskeie maniere te kon straf, insluitende lyfstraf.³⁰ Ouers was egter

23 Ouers het eers verantwoordelikhede teenoor hul kinders en dan regte, terwyl kinders se regte van kardinale belang is.

24 Ingevolge die gemenereg, kan ouerlike gesag omskryf word as 'n groep regte, magte, pligte en verantwoordelikhede wat berus by die ouers, of opgelê teenoor die ouers, op grond van hul ouerskap ten opsigte van hul minderjarige kind. Van Heerden "How parental power is acquired and lost" 1999 in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg's Law of persons and the family* (1999) Juta 313.

25 Die Kinderwet is naas die Grondwet die primêre bron van die Suid-Afrikaanse kinderreg in hierdie verband.

26 74 van 1983; hierna die Wet op Kindersorg.

27 *R v Janke and Janke* 1912 TPD 382; hierna die *Janke*-saak.

28 1982 (3) SA 104 (B).

29 1990 (4) SA 46 (BG).

30 Bekink "Child Divorce: A Break from parental responsibilities and rights" 2012 *PER* 181.

net geregtig daarop om hul kinders matige en redelike lyfstraf toe te dien.³¹ Die gemeenregtelike posisie van matige en redelike lyfstraf het onderhewig geraak aan grondwetlike ondersoeke in 1996, aangesien alle reg onderhewig is aan die Grondwet.³²

Dit blyk egter duidelik dat die privaatregtelike ouer-kind verhouding deesdae al hoe meer die fokus wegskuif van die regte van die ouers en ouerlike gesag, na die regte van die kind.³³ Daar is 'n toename in die beperking van ouers se regte in verband met die opvoeding van hul kinders, wat in 'n mate ook bydra tot spanning in die verhouding tussen die ouer en die staat.³⁴ Daar kan in die hedendaagse samelewing afgelei word dat die ouer se "ouerlike gesag" of "ouerlike verantwoordelikhede" grotendeels bestaan uit verpligtinge en verantwoordelikhede en nie meer soseer uit regte nie, veral in die geval van die tugtiging van hul kinders.³⁵ Die regte van die kind, soos dit uiteengesit word in die Grondwet, domineer deesdae.³⁶ Kinders en ouers het beide grondwetlike regte, maar al hierdie regte is onderhewig aan die beste belang van die kind, wat ingevolge die Grondwet van uiterste belang is.³⁷

2.2 Ouerlike verantwoordelikhede en regte

Dit blyk duidelik uit Hoofstuk 3 van die Kinderwet dat ouers eerstens sekere verantwoordelikhede teenoor hul kinders het en daarna regte. Die ouer se primêre verantwoordelikheid is die welstand van die kind deur hul groot te maak met die nodige liefde in 'n omgewing wat veilig en stabiel is.³⁸

31 Bekink 2012 *PER* 181.

32 Hoofstuk 2 van die Grondwet.

33 Van Heerden "How parental power is acquired and lost" in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg's Law of persons and the family* (1999) Juta 314; Bekink 2012 *PER* 178.

34 Bekink 2012 *PER* 178.

35 *Ibid.*

36 Sinclair "From parents' rights to children's rights" in Davel (red) *Children's rights in a transitional society* (1999) Protea book House, Menlopark 64.

37 Sinclair in Davel (red) *Children's rights in a transitional society* (1999) 75.

38 Schäfer *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) Lexis Nexis Durban 217.

Vanuit die gemenerereg het ouers “ouerlike gesag” gehad oor hul kinders, waaruit sekere verantwoordelikhede gevloei het.³⁹ Die oorspronklike term “ouerlike gesag”, soos dit gebruik is in die gemenerereg en die Wet op Kindersorg, het bestaan uit voogdy, bewaring en toegang tot die kind.⁴⁰ Hierdie “regte” is outomaties aan albei ouers van ‘n “wettige kind” verleen.⁴¹ Die gemeenregtelike term “ouerlike gesag”, is dus nie deur die Kinderwet vervang of afgeskaf nie, maar eerder aangevul.⁴² Die Kinderwet maak ‘n skuif vanaf “ouerlike gesag” na ‘n groter fokus op ouerlike verantwoordelikhede en regte.⁴³

Heaton sê egter dat artikel 1(2) van die Kinderwet bepaal dat, bykomend tot die definisie van “ouerlike gesag” soos dit uiteengesit is in die gemenerereg, dit ook uitgelê moet word om “sorg” en “kontak” soos, in die Kinderwet, in te sluit.⁴⁴ Die eerste drie elemente van die gemeenregtelike definisie kom net so voor in die Kinderwet, maar die vierde element, naamlik die bydrae tot die welstand van die kind, is ‘n element wat apart van “ouerlike gesag” kan funksioneer.

Alhoewel die term “ouerlike gesag”, vervang is met die term “ouerlike verantwoordelikhede en regte” is die beskrywing daarvan nog steeds dieselfde, slegs met ‘n breër inhoud.⁴⁵ In *J v J*⁴⁶ het regter Erasmus hierdie verandering van die terme bevestig. In die saak *WW v EW*⁴⁷ het regter Rall bevind dat, alhoewel die statutêre konsep van “ouerlike verantwoordelikhede en regte” al die elemente bevat wat die gemeenregtelike term bevat het, die statutêre konsep breër is.⁴⁸ Regter Rall het verder uitgewys dat artikel 1(2) van die Kinderwet bepaal dat bykomend tot die betekenis van die terme “bewaring” en “toegang” soos dit voorkom in enige wet en in

39 Pieterse “Reconstructing the private/public dichotomy? The enforcement of children’s constitutional social rights and care entitlements” 2003 *TSAR* 6.

40 Heaton “Parental responsibilities and rights” in Davel & Skelton (reds) *Commentary on the Children’s Act* 3-3.

41 *WW v EW* 2011 (6) SA 53 par 7; Heaton in Davel and Skelton (reds) *Commentary on the Children’s Act* 3-3.

42 Heaton in Davel & Skelton (reds) *Commentary on the Children’s Act* 3-5.

43 Skelton “Parental responsibilities and rights” in Boezaart *Child Law in South Africa* (2009) 63.

44 Heaton in Davel & Skelton (reds) *Commentary on the Children’s Act* 3-5.

45 Schäfer *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) 218-219.

46 2008 (6) SA 30 (C) par 25; hierna *J v J*.

47 2011 (6) SA 53 (KZP); hierna *WW v EW*.

48 *WW v EW* par 21, 26 en 28.

die gemenerereg, dié terme uitgelê moet word om ook “sorg” en “kontak” te beteken soos dit uiteengesit is in die Kinderwet.

Artikel 18(2)(a)-(d) van die Kinderwet beskryf ouerlike verpligtinge.⁴⁹ Hierdie artikel bepaal dat die verantwoordelikhede wat ‘n ouer of voog teenoor sy/haar⁵⁰ kind het, uit ‘n wye verskeidenheid verpligtinge en regte bestaan, naamlik: om die kind te beskerm en te onderhou, kontak met die kind te behou, om op te tree as voog vir die kind, sowel as om ‘n bydrae te lewer tot die onderhoud van die kind.⁵¹ In *CM v NG*⁵² sê regter Gangen dat ouerlike verpligtinge en sorg onder andere ook bepaal dat daar ‘n gesonde verhouding met die kind gehandhaaf moet word en daar verseker moet word dat die beste belang van die kind altyd in ag geneem word. Regter Gangen sê verder dat wanneer daar na dié definisie van ouerlike verpligtinge gekyk word, dit duidelik is dat die konsep van sorg verder gaan as die gemeenregtelike konsep van bewaring.⁵³

Artikel 28(1)(b) van die Grondwet se fokus val op die regte van die kind tot ouerlike sorg en alhoewel dit duidelik is dat ouers sekere verantwoordelikhede teenoor hul kinders het, is daar geen uitdruklike aanspraak daarop vanuit hierdie artikel nie.⁵⁴ Artikel 28 noem dus die regte wat kinders behou en gee ‘n breë raamwerk van ouers se verantwoordelikhede ten opsigte van hul kinders.

Alhoewel die gemeenregtelike debat oor ouerlike gesag en die grondwetlike debat oor kinderregte, ondersteunend tot mekaar is, is daar steeds sekere struikelblokke in die poging om die grondwetlike regte van kinders en die gemeenregtelike gesag van ouers te balanseer.⁵⁵

49 Hoofstuk 3 van die Kinderwet.

50 Hierna sal daar vir maklike lees slegs gebruik gemaak word van die manlike aanspreekvorm: Artikel 6 van die Interpretasiewet 33 van 1957.

51 Artikel 18(2)(a)-(d) van die Kinderwet.

52 2012 (4) SA 452 (WCC) par 33.

53 2012 (4) SA 452 (WCC) par 34.

54 Pieterse 2003 *TSAR* 6.

55 *Ibid.*

2.3 Die beste belang van die kind-standaard

Die kritiek op die beginsel van die beste belang van die kind, soos deur Mnookin uiteengesit in 1975, is soveel jare later steeds geldig en van belang.⁵⁶ Hierdie kritiek is spesifiek gerig op die wyse hoe die hof poog om vas stel wat in die beste belang van die kind is.⁵⁷ Hy het self beweer dat die besluit oor wat die beste vir die kind is, geensins minder belangrik is as die doel en die waarde van die lewe self nie.⁵⁸

Die beginsel van die beste belang van die kind is in die 1940's vir die eerste keer in die Suid-Afrikaanse reg ingefaseer, maar die omvang daarvan het toe nog nie verby die familiereg en welsynsverrigtinge gestrek nie.⁵⁹ Die vraag om vas te stel wat in die beste belang van die kind is, is 'n feitevraag, wat vasgestel moet word deur na die omstandighede in elke saak te kyk.⁶⁰ Besluite wat oënskynlik geneem is in die beste belang van 'n kind, reflekteer dikwels wat die ouers wil hê vir die kind en nie noodwendig wat in die beste belang van die kind is nie.⁶¹

Die beginsel van die beste belang van die kind is nou ook ingesluit in die Grondwet.⁶² Artikel 28(2) van die Grondwet bepaal dat daar altyd, in alle aangeleenthede wat 'n kind raak, in die beste belang van die kind opgetree moet word. Daarom kan daar ook gesê word dat die artikel 28(2) standaard ook ten opsigte van ouers geld. Hierdie bepaling maak dit duidelik dat die ouer in die uitoefening van alle ouerlike verantwoordelikhede, dit op so 'n wyse moet uitoefen dat die beste belang van die kind in daardie situasie gedien word.

56 Bonthuys "The best interests of children in the South African Constitution" *IJLPF* 2006 23; Mnookin "Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy" 1975 LCP 260.

57 Mnookin 1975 LCP 260; Mnookin kritiseer egter nie die erns van die beste belang van die kind nie, maar eerder die wyse hoe die hof poog om dit vas te stel. Mnookin is van mening dat die beste belang van die kind nie op 'n genoegsame wyse vasgestel word nie.

58 *Ibid.*

59 Skelton "Constitutional protection of children's rights" in Boezaart (red) *Child law in South Africa* (2009) Juta Claremont 280.

60 Barrie "The best interests of the child: Lessons learned from the first decade of the new millennium" 2011 *TSAR* 126.

61 Moyo "Reconceptualising the 'paramountcy principle': Beyond the individualistic construction of the best interests of the child" 2012 *AHRLJ* 144.

62 Bonthuys *IJLPF* 2006 24.

Behalwe vir die regte waaroor kinders spesifiek ingevolge artikel 28(1) van die Grondwet beskik, is kinders ook geregtig op alle ander regte in die Grondwet in soverre die konteks daarvan in hulle lewens geld.⁶³ In *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others*,⁶⁴ het die Konstitusionele hof dit duidelik gemaak dat die beste belang-konsep nie net handel oor die regte verleen in artikel 28(1) nie, maar 'n unieke, afsonderlike reg skep wat van toepassing is op elke situasie waarby die kind betrokke is. Artikel 28(2) moet hanteer word op 'n vergelykbare wyse met ander grondwetlike regte. Hierdie artikel is wel beperkbaar onder artikel 36 van die Grondwet en troef nie noodwendig ander regte in die Handves van Regte nie.

In *S v DK*⁶⁵ het die hof bevind dat dit toelaatbaar is om een kind se artikel 28(2)-regte te beperk om sodoende die veiligheid van ander kinders te beskerm.⁶⁶ Artikel 28(2) skep 'n raamwerk vir die hantering van 'n wye reeks kwessies wat kinders raak.⁶⁷ Daarom moet hierdie artikel altyd geïnterpreteer word op 'n wyse wat menswaardigheid, gelykheid en vryheid bevorder soos dit voorkom in die Grondwet.⁶⁸

In *Teddy Bear Clinic for Abused Children and Another v Minister of Justice and Constitutional Development and Another*⁶⁹ het regter Khampepe bepaal dat wat in die beste belang van die kind is, op 'n balans berus en dat al die tersaaklike faktore in elke saak in ag geneem moet word.⁷⁰ Regter Khampepe het verder bepaal dat die beste belang-beginsel ook in gevalle geld waar 'n statutêre bepaling teen die beste belang van kinders in die algemeen blyk te wees, vir watter rede ook al.⁷¹

63 *Ibid.*

64 2000 (7) BCLR 713 (KH) par 18.

65 2010 (1) SA 447 (KH).

66 Schäfer *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) 153.

67 Schäfer *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) 154.

68 *Ibid.*

69 2014 (2) SA 168 (KH); hierna *Teddy Bear Clinic*.

70 *Teddy Bear Clinic* par 66.

71 *Teddy Bear Clinic* par 71.

Deur die jare het die regsprekende gesag talle kere probeer om riglyne saam te stel om te bepaal wat in die beste belang van die kind is.⁷² Die mees omvattende lys van faktore is deur regter King uiteengesit in *McCall v McCall*.⁷³ Regter King het bepaal dat om vas te stel wat in die beste belang van die kind is, moet die hof besluit watter ouer is beter in staat om die kind se fisiese, morele en emosionele welstand te bevestig en te bevorder en dat dit vasgestel kan word deur na die lys van faktore te kyk, soos uiteengesit in die saak.⁷⁴ Regter King het bepaal dat daar gebruik gemaak moet word van 'n sekere kriteria om vas te stel wat in die beste belang van die kind is.⁷⁵

Die internasionale reg verwys ook na die beste belang van die kind. Die *CRC*⁷⁶ en die *ACRWC*⁷⁷ gee albei 'n duidelike omskrywing van wat kinderregte behels en van die konsep "die beste belang van die kind". Die *CRC* verwys in artikel 3(1) na die beste belang van die kind as 'n "primêre oorweging" in alle aangeleenthede in verband met die kind. Artikel 4(1) van die *ACRWC* verwys weer na die beste belang

72 Barrie 2011 *TSAR* 126.

73 1994 (3) SA 201 (K) par 204J-205G; hierna *McCall v McCall*.

74 *McCall v McCall* bladsy 202.

75 *McCall v McCall* bladsy 202; Mahlobogwane "South African courts and the 'best interest of the child' in custody disputes" 2005 *Codicillus* 33. Die kriteria is soos volg:

- a) Die liefde en ander emosionele bande wat bestaan tussen die ouer en kind, en die ouers se verhouding met die kind.
- b) Die vermoë, karakter en temperament van die ouer, en die impak daarvan op die kind se behoeftes en begeertes.
- c) Die vermoë van die ouer om met die kind te kommunikeer en die ouer se insig, begrip en sensitiwiteit vir die kind se gevoelens.
- d) Die vermoë van die ouer om vir die kind die leiding te gee wat hy benodig.
- e) Die vermoë van die ouer om voorsiening te maak vir die basiese fisiese behoeftes van die kind, soos kos, klere, behuising en ander materiële behoeftes in die algemeen.
- f) Die vermoë van die ouer om voorsiening te maak vir die opvoedkundige behoeftes van die kind.
- g) Die vermoë van die ouer om voorsiening te maak vir die emosionele, sielkundige en kulturele ontwikkeling.
- h) Die geestelike en fisiese gesondheid en morele geskiktheid van die ouer.
- i) Die stabiliteit van die kind se huidige omgewing, met inagneming van die wenslikheid van die handhawing van die *status quo*.
- j) Die wenslikheid daarvan om broers en susters bymekaar te hou.
- k) Die kind se voorkeur, indien die hof oortuig is dat in die besondere omstandighede, die kind se voorkeur in ag geneem moet word.
- l) Die wenslikheid van die toepassing van die leerstuk van die plasing van dieselfde geslag bymekaar.
- m) Enige ander faktor wat relevant is vir die spesifieke geval.

76 Vgl par 2.4.1.1 hieronder vir 'n volledige uiteensetting van die tersaaklike bepalings van die *CRC*.

77 Vgl par 2.4.1.2 hieronder in verband met die *ACRWC*.

van die kind as “die” “primêre oorweging”. Die bewoording in die *ACRWC* stel die beste belang sterker as wat die geval in die *CRC* is.

2.4 Regte en verantwoordelikhede van kinders

2.4.1 Regte van kinders

Die twintigste eeu het ‘n groot verskuiwing ondergaan in die klem wat gelê is op kinders as draers van regte.⁷⁸ Die kind se welstand word as ‘n uiters belangrike deel van die reg hanteer en is die middelpunt van die bespreking van ouerlike verantwoordelikhede en regte.⁷⁹

Alhoewel daar deesdae ‘n beduidende aantal weeskinders en huishoudings met kinders aan die hoof in Suid-Afrika is, is daar baie meer bystand hiervoor op ‘n georganiseerde vlak. *UNICEF* het bevind dat daar in 2012 ongeveer 4 miljoen weeskinders in Suid-Afrika was.⁸⁰ Die aantal huishoudings met kinders aan die hoof in Suid-Afrika het sedert 2002 van 118 000 afgeneem na 82 000 huishoudings.⁸¹ Hierdie is ‘n bewys dat die probleem op regeringsvlak aangespreek is en dat daar meer aandag geskenk word aan die welstand van kinders. Die getalle is egter nog steeds te hoog en daar is dus baie ruimte vir verbetering.

Volgens Sloth-Nielsen het die Suid-Afrikaanse Grondwet een van die mees gevorderde kinderregklousules in Afrika.⁸² Kinders is baie belangrik vir die samelewing, aangesien hul so ‘n groot deel daarvan uitmaak en eintlik die toekoms van ‘n land bepaal.⁸³ Nieteenstaande die hoë persentasie kinders in die bevolking en

78 Van Heerden in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg’s Law of persons and the family* (1999) Juta 314.

79 Skelton in Boezaart (red) *Child Law in South Africa* (2009) 62.

80 UNICEF: South Africa Statistics [www.unicef.org/infobycountry/southafrica_statistics.html], besoek op 23/01/2014.

81 Demography: Child-Headed Households:Children Count-Website [www.childrencount.ci.org.za], besoek op 23/01/2014.

82 “Interview with Julia Sloth-Nielsen” ACPF [www.africanchildinfo.net/fileIndex.php?]; besoek op 26/01/2014.

83 Children Count *Statistics on Children in South Africa*. Hulle het bepaal dat daar in 2011 in Suid-Afrika 18 541 000 kinders in die land was [www.childrencount.ci.org.za]; besoek op 26/01/2014.

groter bewustheid van hul regte, bly hulle steeds kwesbaar. Kinders benodig beskerming deur hul ouers en die reg om hul regte te verwesenlik. Die regte wat die hedendaagse kind het, is onder andere afdwingbaar teen die staat, skole en selfs ouers.⁸⁴

Die belangrikheid van kinderregte in Suid-Afrika word weereens bevestig deur die feit dat die ontwerpers van die Grondwet 'n artikel⁸⁵ spesifiek gewy het aan kinderregte.⁸⁶ Bo en behalwe die spesifieke regte wat vir kinders uiteengesit word in artikel 28, is kinders ook geregtig op al die regte soos verskans in die Handves van Regte, sowel as alle ander regte in die Grondwet wat van toepassing op hul is.⁸⁷ Kinders besit egter dieselfde grondwetlike regte as enige ander volwasse Suid-Afrikaner, met die uitsondering van spesifieke beperkings⁸⁸ wat daargestel is as gevolg van hul minderjarigheid.⁸⁹

Artikel 28(1) van die Grondwet beskerm nege basiese regte wat tot die beskikking van alle kinders in die Republiek is. Artikel 28 (1)(c) bepaal egter duidelik dat kinders sekere sosio-ekonomiese regte het. Kinders het ingevolge hierdie artikel die reg op basiese voeding, skooling en basiese gesondheids- en maatskaplike dienste. Artikel 28(1)(d) bepaal spesifiek dat alle kinders die reg het om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing en ander vorme van geweld. Die Grondwet is sodoende die belangrikste instrument vir die beskerming en afdwinging van die regte van kinders in Suid-Afrika.

Kinderregte het internasionaal ook 'n baie belangrike deel van die reg geword, veral toe die verskillende konvensies rakende kinderregte en menseregte deur Suid-Afrika geratifiseer is. Twee van hierdie konvensies, wat spesifiek van belang is met betrekking tot kinderregte, is die *CRC* en die *ACRWC*.

84 Robinson "Children's Rights in the South African Constitution" 2003 *PER* 11, 41.

85 Artikel 28 van die Grondwet.

86 Robinson 2003 *PER* 33.

87 *Children's Rights* Constitutional Court [www.constitutionalcourt.org.za/text/rights/KNOW/children] Besoek op 22/07/2014.

88 'n Voorbeeld van so 'n beperking sal wees die reg om te kan stem in 'n verkiesing: artikel 19(3).

89 Robinson 2003 *PER* 37.

2.4.1.1 Kinderregte en die CRC

Die *CRC* het van krag geword in 1989 en Suid-Afrika het dit geratifiseer op 16 Junie 1995. Sedert die inwerkingtreding van hierdie konvensie is daar wêreldwyd al hoe meer gefokus op die beskerming van die regte van kinders. Die *CRC* bepaal in artikel 3 dat daar altyd in die beste belang van die kind opgetree moet word. Hierdie artikel bepaal ook verder dat hierdie konsep in aanmerking geneem moet word in alle besluite aangaande die welstand van die kind. Daar word in artikel 3(1) bepaal dat die “beste belang”-konsep geld vir die wetgewers en beleidsmakers.

Die “Committee on the Rights of the Child” het bepaal dat die “beste belang-standaard”⁹⁰ een van die algemene beginsels van die *CRC* is, saam met onder andere nie-diskriminasie,⁹¹ die reg op lewe⁹² en die deelname⁹³ van die kind in alle aangeleenthede wat hom raak.⁹⁴

Artikel 4 van die *CRC* is ook van belang in hierdie geval. Hierdie artikel bepaal dat kinders se regte te alle tye beskerm moet word. Hierdie beskerming geld spesifiek vir die staat, aangesien die staat alle beskikbare maatreëls moet tref om te verseker dat kinders se regte gerespekteer, beskerm en bevorder word.⁹⁵ Alhoewel Suid-Afrika hierdie konvensie geratifiseer het en hul daardeur ingestem het om al hul wette in verband met kinders te hersien en te verseker dat dit op standaard is, sal die konvensie eers van krag wees in die Suid-Afrikaanse reg wanneer dit in ons wetgewing geïnkorporeer is. Suid-Afrika volg ‘n dualistiese benadering tot die implimentering van die internasionale reg en daarom sal hierdie geratifiseerde konvensie se regsreëls eers in die Suid-Afrikaanse reg van krag wees indien

90 Artikel 3(1) *CRC*.

91 Artikel 2 *CRC*.

92 Artikel 6 *CRC*.

93 Artikel 12 *CRC*.

94 “Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child” 2007 *UNICEF* 35-36 [www.unicef.org/publications/index_43110.html], besoek op 23/03/2014.

95 Artikel 4 van die *CRC*.

spesifieke wetgewing daarvoor bestaan en ons reg sodoende in ooreenstemming is met die internasionale reg.⁹⁶

Artikel 19 van die *CRC* is een van die artikels wat van belang is vir hierdie onderwerp. Artikel 19 bepaal dat alle kinders vry moet wees van alle vorme van geweld. Hierdie “geweld” sluit in fisiese, sowel as emosionele geweld. In verband met die toepassing van dissipline, bepaal die konvensie egter nie uitdruklik watter vorme van straf, deur ouers, toelaatbaar is nie, maar die konvensie bepaal wel dat enige vorm van straf wat gewelddadig is, onaanvaarbaar is.⁹⁷

Hierdie konvensie is een van die riglyne wat gebruik is vir kinderrechte in die Suid-Afrikaanse Grondwet. In hierdie konvensie sien ons regte wat met sekere grondwetlike regte verband hou, soos onder andere artikel 2 van die *CRC* wat bepaal dat daar nie teen enige kind gediskrimineer mag word nie, artikel 3 wat bepaal dat daar altyd in die beste belang van die kind opgetree moet word, asook artikel 5 wat die regte van die ouers uiteensit. Al hierdie regte kom ook in die Grondwet voor.⁹⁸

2.4.1.2 Kinderregte en die ACRWC

Die *ACRWC* is op 29 November 1999 deur Suid-Afrika geratifiseer en dit is die Afrika-handves met betrekking tot kinderrechte. Afrika is egter die enigste kontinent wat oor ‘n streek-spesifieke kinderregthandves beskik.⁹⁹ Hierdie handves handel spesifiek oor kwessies rakende kinders in Afrika, wat nie die geval is in die *CRC*

96 Cameron “Constitutionalism, Rights and International Law: The Glenister Decision” 2013 *DJCL* 391. Dualiste beweer dat die internasionale reg en die gemene reg van ‘n land twee medebestaande sfere van die reg is wat apart funksioneer, maar ook saamwerk en mekaar aanvul.

97 “Fact sheet: A summary of the rights under the Convention of the Rights of the Child” *UNICEF* [www.unicef.org/crc/files/Rights_overview.pdf] besoek op 23/01/2014.

98 Hierdie verbandhoudende grondwetlike artikels is onder andere; artikel 28 wat handel oor die regte van die kind, artikel 9 oor gelykheid, artikel 10 wat menswaardigheid vir almal waarborg, artikel 12 wat die vryheid en sekerheid van alle persone waarborg, sowel as artikel 38 in verband met die afdwinging van regte.

99 “The African Charter on the Rights and the Welfare of the Child” *ACRWC* [[www.acerwc.org/the-african-charter-on-the-rights-and-welfare-of-the-child-acerwc/.](http://www.acerwc.org/the-african-charter-on-the-rights-and-welfare-of-the-child-acerwc/)] besoek op 23/01/2014.

nie.¹⁰⁰ Voorbeelde van sulke kwessies is die omstandighede van kinders wat onder die destydse apartheidsregering moes lewe, die ingewikkelde sosiale en kulturele omstandighede in die vasteland, sowel as die Afrika-konsep van ouerlike verantwoordelikhede en regte.¹⁰¹ Alhoewel die *ACRWC* in baie opsigte van die *CRC* verskil, is daar ook ooreenkomste. Die vier beginsels wat van kardinale belang is in die *CRC*, word ook belangrik geag in die *ACRWC*.¹⁰² Een van hierdie beginsels is die “beste belang van die kind”.¹⁰³

Artikel 4 van die *ACRWC* skenk aandag aan die beginsel van die beste belang van die kind. Daar word spesifiek gekyk na die beste belang van die kind en dat kinders regverdig en met menswaardigheid behandel moet word. Artikel 4(1) bepaal dat die beste belang van die kind altyd die primêre oorweging moet wees in alle aangeleenthede wat die kind raak. Artikel 16 van die handves bepaal dat alle kinders vry moet wees van enige vorm van kindermishandeling en marteling. State wat hierdie handves geratifiseer het, moet dus spesifieke wetgewende, opvoedkundige en administratiewe maatreëls instel om die kind teen enige vorm van geweld en onmenslike of vernederende optrede te beskerm.¹⁰⁴

2.4.1.3 Kinderregte en die Grondwet

Die Grondwet erken dat kinders baie kwesbaar is, spesifiek met betrekking tot die skending van hul regte en dat hul juis daarom spesifieke belange het en beskerm moet word.¹⁰⁵ Kinderregte word uiteengesit in artikel 28 van die Grondwet, wat soos die *CRC* burgerlike, sowel as sosiale waarborge bevat.¹⁰⁶

Daar kan ook 'n vergelyking getref word tussen die regte in die *ACRWC* en dié in die Grondwet. In artikel 28(2) van die Grondwet word daar bepaal dat die beste belang

100 Mezmur “Spare the rod, spare the child” 2006 *Article* 19 8.

101 *Ibid.*

102 *Ibid.*

103 Sien par 2.3. hierbo.

104 Artikel 16 van die *ACRWC*.

105 Robinson 2003 *PER* 32.

106 Pieterse 2003 *TSAR* 5.

van die kind, van deurslaggewende belang is in enige aangeleentheid wat die kind raak. Die *ACRWC* vereis ook dieselfde vorm van beskerming as die Grondwet. In hierdie konvensie, net soos in die Grondwet, sien ons dat daar tog 'n mate van spanning is. Die Grondwet en die *ACRWC* bepaal aan die een kant dat ouers die reg het om besluite oor hul minderjarige kinders se welstand te neem en as voogde op te tree, maar aan die ander kant verleen die Grondwet ook aan kinders die mag om draers van grondwetlike regte te wees en dit selfs te kan afdwing teenoor hul ouers en die staat.¹⁰⁷ Dit het tot gevolg dat daar spanning is tussen die regte van die ouers, in die uitoefening van hul ouerlike verantwoordelikhede en regte, en die regte van kinders ingevolge die Grondwet.¹⁰⁸

2.4.1.4 Kinderregte en die Kinderwet

Die Kinderwet is, naas die Grondwet, in die privaatregtelike sfeer die belangrikste wetgewing vir kinderreg in Suid-Afrika. Die Kinderwet sit al die regte en verpligtinge van beide die ouer en die kind volledig uiteen. Daar is 'n groot aantal artikels in hierdie wet wat van uiterste belang is vir die onderwerp "tugtiging van kinders". Hierdie artikels gaan deurlopend volledig in hierdie skripsie ontleed en bespreek word.¹⁰⁹

2.4.2 Verantwoordelikhede van kinders

Regte kom nooit sonder verantwoordelikhede nie en daarom het elke persoon wat regte het, ook sekere verantwoordelikhede. Dit geld ook vir kinders.¹¹⁰ Artikel 16 van die Kinderwet bepaal dat elke kind verantwoordelikhede het teenoor sy familie, sy

107 Venter *Die inhoud van ouerlike gesag, quo vadis?* (LLM-verhandeling 2009 UNISA) 19-20.

108 Sien par 2.2 hierbo waar daar ook van hierdie spanning sprake is.

109 Daar gaan in die hoofstukke wat volg, deurlopend na die toepaslike artikels in die Kinderwet verwys word tesame met artikels uit die Grondwet en internasionale instrumente.

110 As 'n voorbeeld daarvan dat regte en verantwoordelikhede hand aan hand gaan, kan gesê word dat elke kind die reg het tot onderwys, maar dit is daardie kind en sy ouers se gesamentlike verantwoordelikheid dat die kind skool moet bywoon.

gemeenskap en die staat, wat in ooreenstemming is met die kind se ouderdom en vermoëns. Dit beteken dat daar nie 'n vaste stel verantwoordelikhede is wat aan elke kind toegeken word nie, maar dat die kind se ouderdom en sy verstandelike vermoëns altyd 'n rol sal speel in die verantwoordelikhede wat daardie kind ingevolge die reg het.

Die *CRC* bevat ook 'n bepaling in verband met kinders se verantwoordelikhede. Artikel 29 van die *CRC* bepaal indirek dat kinders die verantwoordelikheid het om hul ouers te respekteer, sowel as hul kultuur en die kultuur van ander. Artikel 29(d) bepaal dat staatspartye dit eens is dat die opvoeding van kinders gerig sal word op die voorbereiding van die kind vir 'n verantwoordelike lewe in 'n vrye samelewing.

Die *ACRWC* bepaal ook dat kinders sekere verantwoordelikhede moet hê om deel te vorm van die gemeenskap. Artikel 31 van die *ACRWC* bepaal uitdruklik dat elke kind verantwoordelikhede teenoor sy familie en die samelewing het. Hierdie artikel bepaal spesifiek dat kinders die verantwoordelikheid het om respek te hê vir hul ouers, hul meerderes en vir senior persone. Verder bepaal artikel 31 ook dat kinders die verantwoordelikheid het om die Afrika-kultuur te bewaar en te versterk.¹¹¹

Alhoewel artikel 31 van die *ACRWC* en die Kinderwet nie presies dieselfde bewoording het nie, kom die basis van die artikel op dieselfde neer: kinders het ook verantwoordelikhede in hul families en gemeenskappe.¹¹² Hierdie verantwoordelikhede van kinders is egter anders as die van ouers. Kinders se verantwoordelikhede bestaan grotendeels uit basiese respek vir hul ouers en meerderes. In die Afrika-kultuur word daar van kinders verwag om sekere verantwoordelikhede te aanvaar teenoor hul familie en die gemeenskap.¹¹³

111 Artikel 31 van die *ACRWC*.

112 Schäfer *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) 181-182.

113 *Ibid.*

3 Staatsinmenging in die privaatregtelike ouer-kind verhouding

3.1 Die mate van staatsinmenging

'n Baie belangrike vraag wat hier ontleed en beantwoord moet word, is tot watter mate die staat mag inmeng in die ouer se opvoeding van sy kind, onder andere deur lyfstraf toe te pas. Daar is geen duidelike regsreëls wat bepaal wanneer en tot watter mate daar deur die staat in die privaatregtelike ouer-kind verhouding ingemeng mag word nie.

Dit is belangrik om in die Suid-Afrikaanse reg te onderskei tussen die publiekreg en die privaatrek, aangesien Suid-Afrika, anders as onder andere die Verenigde State van Amerika,¹¹⁴ 'n onderskeid tref tussen die twee sferes van die reg.¹¹⁵ Die onderskeid tussen die publiekreg en die privaatrek kom ter sprake wanneer staatsgesag en staatsinmenging oorweeg word. Staatsinmenging is meer algemeen in die publiekreg. In die privaatrek kom dieselfde inmenging nie noodwendig voor nie.

Die Suid-Afrikaanse reg is egter vertrouwd met die *Trias-Politica*-leerstuk¹¹⁶ wat as een van die beduidendste instrumente gesien kan word, spesifiek vir die skeiding van magte.¹¹⁷ Die leerstuk bepaal dat spesifieke magte, pligte en verantwoordelikhede aan belanghebbende instellings toegeken word, wat gedefinieerde bevoegdheid en jurisdiksie het.¹¹⁸ Die hoofdoel van die leerstuk oor die skeiding van magte is om te voorkom dat daar magsmisbruik plaasvind in die regering.¹¹⁹ In Suid-Afrika se grondwetlike demokrasie is publieke mag onderhewig aan grondwetlike beheer en

114 Hierna die VSA.

115 Maré *Administratiewe Geregtigheid* (LLD-proefskrif 2008 UVS) 148.

116 Die *Trias-Politica* leerstuk behels die skeiding van magte. Die Suid-Afrikaanse regering is verdeel in die wetgewende, regsprekende en uitvoerende gesag. Elke een van hierdie drie dele van die regering is gebonde aan mekaar alhoewel hulle hul funksies apart uitoefen. Hierdie leerstuk is effektief in die sin dat dit verhoed dat daar magsmisbruik of 'n oorheersing van die staat plaasvind. Die regsprekende gesag staan heeltemal apart van die ander twee sferes en funksioneer regverdig en onpartydig: Currie & De Waal (reds) *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) Juta Kaapstad 17.

117 Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) 17.

118 Mojapelo "The doctrine of separation of powers: a South African perspective" 2013 *Advocate* 37.

119 Mojapelo 2013 *Advocate* 38.

gevolglik moet die spesifieke sfer van die regering slegs binne die grense van hul mag regeer.¹²⁰

Dit is duidelik uiteengesit in die Grondwet dat die Handves van Regte toepassing vind op alle terreine in die publiekreg en die privaatreë.¹²¹ Eekelaar het gewaarsku teen die vervanging van familiewaardes met die mag van die staat, weens verkeie redes.¹²² Hy sê dat families groepe is wat 'n magstruktuur binne hulself het, wat nie deur die staat gereguleer behoort te word nie.¹²³

Die tradisionele verdeling van die publieke en privaat sfer van die reg, veroorsaak steeds probleme vir die effektiewe verwesenliking van kinderregte.¹²⁴ In 'n liberale diskoers word 'n familie tipies gesien as 'n geslote en private omgewing waarin die staat nie somer behoort te kan inmeng nie.¹²⁵ Daar is ook regslui wat al lankal hierdie stelling kritiseer.¹²⁶ Hulle beweer dat die geïsoleerde privaat onderdrukking van staatsingryping bydra tot die vestiging van patriargale oorheersing in die familie.¹²⁷

3.2 Horisontale en vertikale toepassing van die Handves van Regte

Oorspronklik het grondwetlike regte gegeld in die publieke sfer, maar nie in die privaatsfer nie.¹²⁸ Toe die Handves van Regte die eerste keer opgestel is, is dit

120 Mojapelo 2013 *Advocate* 38. 'n Voorbeeld van 'n saak, waar dit gehandel het oor die skeiding van magte, is *De Lange v Smuts NO and Others*. In hierdie saak het die konstitusionele hof bepaal dat 'n lid van die uitvoerende gesag nie die mag het om 'n getuie, wat nie sy samewerking wil gee nie, tronk toe te stuur nie. Die hof het verder gesê dat slegs die hof die mag het om iemand te vonnis, aangesien dit 'n geregtelike funksie is en nie 'n uitvoerende funksie nie.

121 Artikel 8 van die Grondwet.

122 Rautenbach "The modern-day impact of cultural and religious diversity: Managing family justice in diverse societies" 2014 *PER* 523.

123 *Ibid.*

124 Pieterse 2003 *TSAR* 2.

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*

127 *Ibid.*

128 Chirwa "The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective" 2006 *LDD* 21.

aanvaar dat die Handves van Regte slegs vertikaal sou geld.¹²⁹ Dit wil sê dat die Handves slegs van krag sou wees tussen die staat en sy burgers. Dit het tot gevolg gehad dat, volgens die Handves van Regte, gedinge tussen burger en burger oorgelaat is aan die privaatreë om gereguleer en opgelos te word.¹³⁰ Dit sou verder tot gevolg gehad het dat hierdie verhoudinge vry sou wees van enige grondwetlike hersiening.¹³¹ Die finale Grondwet het egter 'n wetlike bedeling ingestel waarin die Handves van Regte, wat die hoeksteen van publiekregtelike regsverhoudinge is, ook 'n fundamentele rol speel in privaatreëtelike regsverhoudinge.¹³²

Die vraag van tot watter mate die “horisontale toepassing” van die Handves van Regte, nie net die staat bind nie, maar ook privaat persone, is 'n fundamentele kwessie.¹³³ Horisontale toepassing van die regte in die Handves van Regte word primêr gereguleer deur artikel 8.¹³⁴ Artikel 8(1) van die Grondwet bepaal eerstens dat die Handves van Regte op die totale reg van toepassing is en dat dit gevolglik alle staatsorgane, hetsy regsprekende, wetgewende of uitvoerende gesag bind.¹³⁵ Tweedens maak dit alle reg onderhewig aan die bepalings soos uiteengesit in die Handves van Regte.¹³⁶ Artikel 8 erken ook dat regspersone somtyds ook draers van regte kan wees.¹³⁷ Artikel 8(2) van die Grondwet sit dit uitdruklik uiteen dat die Handves van Regte bindend en afdwingbaar is teenoor alle persone, hetsy regspersone of natuurlike persone.¹³⁸ Hierdie artikel bepaal ook dat dit slegs sal geld sover as wat dit van toepassing is op die betrokke geval.¹³⁹

129 SARK “South African Law Commission Discussion Paper 93: Project 90: Customary Law” 2000 [www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp93]; besoek op 01/10/2014 8.

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*

132 Van der Walt “Progressive indirect horizontal application of the Bill of Rights” 2001 *SAJHR* 344.

133 *Ibid.*

134 Pieterse “Indirect horizontal application of the right to have access to health care services” 2007 *SAJHR* 161.

135 Cheadle “Application” in Cheadle (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) Lexis Nexis Durban 3-1.

136 *Ibid.*

137 *Ibid.*

138 Artikel 8(2) van die Grondwet bepaal soos volg: “'n Bepaling van die Handves van Regte bind 'n natuurlike of 'n regspersoon indien, en in die mate waarin dit toepasbaar is, met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.”

139 SARK “South African Law Commission Discussion Paper 93: Project 90: Customary Law” 2000 [www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp93]; besoek op 01/10/2014 8.

‘n Paar maande voor die inwerkingtreding van die finale Grondwet, het die konstitusionele hof in *Du Plessis v De Klerk*¹⁴⁰ beslis dat die Interim Grondwet slegs indirek vir natuurlike persone sal geld. Hierdie saak het hoofsaaklik gehandel oor artikel 35(2) van die Interim Grondwet.¹⁴¹ Tesame met hierdie artikel het die hof ook artikel 7(1) en artikel 7(2) van die Interim Grondwet in ag geneem.¹⁴² Artikel 7 het bepaal dat hoofstuk 3 van die Interim Grondwet bindend was op die wetgewende, sowel as die uitvoerende gesag.¹⁴³ Die hof het *Du Plessis v De Klerk* bepaal dat direkte horisontale toepassing van die Handves van Regte tot gevolg sal hê dat daar gereelde verwysings van gemeneregsake na die konstitusionele hof sal wees. Die finale Grondwet het egter die basis waarop *Du Plessis v De Klerk* beslis is, grotendeels verander. Na die inwerkingtreding van die finale Grondwet rus die horisontale toepassing van die Handves van Regte slegs op vier bepalings, naamlik artikel 8(1), artikel 8(2), artikel 8(3) en artikel 39(2).¹⁴⁴

Alle grondwette werk op ‘n vertikale vlak, maar die meeste word beperk tot slegs hierdie werking.¹⁴⁵ Alhoewel hulle wel so beperk word, kan geen grondwet suiwer vertikaal funksioneer nie.¹⁴⁶ Die Grondwet van Duitsland is een van die grondwette wat uitdruklik bepaal dat grondwetlike regte relevant en afdwingbaar in die private sfeer is.¹⁴⁷ In Duitsland is die algemene siening dat grondwetlike regte belangrik is vir private verhoudings tussen burgers.¹⁴⁸

140 1996 (3) SA 850 (KH); hierna *Du Plessis v De Klerk*: Hierdie saak het ontstaan uit ‘n lastereis wat ingestel is deur De Klerk en ‘n maatskappy wat hy bestuur het, voor die inwerkingtreding van die Grondwet. Die saak is ingestel nadat De Klerk en die maatskappy uitgewys is in die *Pretoria News*, as betrokke by die onwettige verskaffing van vuurwapens aan UNITA.

141 Artikel 35(2) van die Interim Grondwet: “Geen wet wat enige van die regte in hierdie Hoofstuk verskans, sal grondwetlik ongeldig wees bloot uit hoofde van die feit dat die bewoording wat gebruik word prima facie die perke in hierdie Hoofstuk oorskry nie, op voorwaarde dat so 'n wet redelik in staat is tot 'n meer beperkte uitleg wat nie sodanige perke oorskry nie, in welke geval die wet uitgelê word om 'n betekenis in ooreenstemming met die genoemde meer beperkte uitleg”.

142 Van der Walt “Progressive indirect horizontal application of the Bill of Rights” 2001 *SAJHR* 345.

143 *Ibid.*

144 Artikel 8(1),(2),(3) en artikel 39(2); Van der Walt 2001 *SAJHR* 346..

145 Cheadle “Application” in Cheadle (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) 3-3.

146 *Ibid.*

147 Chirwa 2006 *LDD* 22.

148 Cheadle “Interpretation of the Bill of Rights” in Cheadle (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) 33-5.

Dit is belangrik om te verstaan dat alhoewel die Suid-Afrikaanse Grondwet in artikel 8 bepaal dat die reg vir almal geld en teenoor almal afdwingbaar is, daar steeds sekere regte is wat nie horisontaal afgedwing of toegepas kan word nie.¹⁴⁹ Sekere regte, soos onder andere die reg op Suid-Afrikaanse burgerskap, kan nie in die privaatsfeer afgedwing word nie, maar die reg op vryheid en gelykheid kan wel.¹⁵⁰ Artikel 9 van die Handves van Regte bepaal ook dat almal gelyk is voor die reg en regverdig behandel moet word. Hierdie artikel is egter op so 'n wyse bewoord dat dit kan aansluit by artikel 8(2) van die Handves van Regte en sodoende ook horisontaal afdwingbaar kan wees.¹⁵¹

Dit laat ons dus met die finale vraag in hierdie verband: moet die staat die mag hê om te kan inmeng in privaatregtelike verhoudings? 'n Staat wat te veel mag het en geen "grense" vir staatsinmenging daarstel nie, kan maklik beskryf word as 'n diktatorskap.¹⁵² Om dit te verhoed, speel die beperking van staatsmag 'n baie belangrike rol. Hierdie begrip, wat deel vorm van die leerstuk van grondwetlikheid,¹⁵³ het 'n dubbele doel. Eerstens moet daar deur die Grondwet voorsiening gemaak word vir genoegsame bemagtiging van die staat om te verseker dat die staat kan regeer, maar tweedens moet daar ook terselfdertyd beperkings op die staat se mag geplaas word om te verseker dat daar nie onregmatige inbreukmakings op menseregte is nie.¹⁵⁴ Die gevolge van horisontale toepassing sal egter afhang daarvan of die toepassing direk of indirek gemaak is. Ongeag die tipe toepassing, is daar wel negatiewe gevolge hieraan verbonde.

149 SARK "South African Law Commission Discussion Paper 93: Project 90: Customary Law" 2000 [www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp93]; besoek op 01/10/2014 8.

150 SARK "South African Law Commission Discussion Paper 93: Project 90: Customary Law" 2000 [www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp93]; besoek op 01/10/2014 9.

151 *Ibid.*

152 Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) 10-11.

153 Die kern van die Leerstuk van Grondwetlikheid bestaan daaruit dat die magte van die staat omskryf en beheer moet word deur die reg om sodoende die belange van die samelewing te beskerm. Die kern van hierdie leerstuk kan al uitgeken word vanuit die vroegste vorme van regering; Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) 10.

154 Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) 10-11.

Die horisontale toepassing van die Handves van Regte kan lei tot onsekerheid in 'n gewoonregtelike of gemeenregtelike regsisteem.¹⁵⁵ Verder kan hierdie toepassing tot gevolg hê dat die lyn tussen die geregtelike en wetgewende gesag onduidelik word.¹⁵⁶ Horisontale toepassing kan ook 'n ongegronde inbreuk maak op die individu se privaatheid en outonomie.¹⁵⁷ Wanneer daar vasgestel moet word in watter mate die staat toegelaat mag word om in te meng in die ouer-kind verhouding, moet die leerstuk van grondwetlikheid in ag geneem word. 'n Goue middeweg moet gevind word om lyfstraf in gesinsverband te reguleer sonder om inbreuk te maak op ouers en kinders se fundamentele regte en sonder om ouers se gesag te ondermyn.

Die ouer-kind verhouding het 'n duidelike publieke faset bygekry toe kinderregte uitdruklik in die Handves van Regte uiteengesit is in 1996.¹⁵⁸ Hierdie invoeging van kinderregte in die Grondwet het veroorsaak dat die ouer-kind verhouding (eens 'n hoogs privaatregtelike verhouding) verander het in 'n privaatregtelike verhouding met die moontlikheid van staatsinmenging, indien dit in die beste belang van die kind is.¹⁵⁹

Alhoewel die beginsel van "oppervoogdy" uit die gemenerereg kom, is daar deesdae ook statutêre bepalings¹⁶⁰ wat bepaal dat die Hoë Hof mag inmeng in ouerlike gesag en dit in ernstige gevalle selfs mag beëindig.¹⁶¹ Artikel 22(7) van die Kinderwet bepaal dat slegs die Hoë Hof die mag het om 'n ouerlike "verantwoordelikhede- en-regte-ooreenkoms" te bevestig, wysig of beëindig.¹⁶²

155 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* 1996 (50) BCLR 658 (KH) par 97; Cheadle "Application" in Cheadle (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) 3-6.

156 Cheadle "Application" in Cheadle (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) 3-7.

157 *Ibid.*

158 Die regte soos uiteengesit in artikel 28 van die Handves van Regte.

159 Human "n Amerikaanse perspektief op kinderregte en ouerlike gesag-moontlike lesse vir Suid-Afrika" 2003 *TSAR* 276-292.

160 Van Heerden "Judicial interference with the parental power; The protection of children" in Van Heerden et al (reds) *Boberg's law of persons and the family* (1999) 500-519; 602. Die statutêre bepalings is onder andere die volgende:

a) Art 5(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953.

b) Art 6(3) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979.

161 Van Heerden "Judicial interference with the parental power; The protection of children" in Van Heerden et al (reds) *Boberg's law of persons and the family* (1999) 499, 504.

162 Sloth-Nielsen "The Amendment of Jurisdiction of Regional Courts Act 2008" 2011 *JJS* 5.

Die Hoë Hof sal dus slegs inmeng in hierdie privaatregtelike verhouding indien die hof oortuig is daarvan dat die optrede van die ouer nie in die beste belang van die kind is nie of dat dit 'n gevaar vir die kind inhou, hetsy fisies of psigies.¹⁶³ In *Davy v Douglas*¹⁶⁴ word hierdie gemeenregtelike rol van die Hoë Hof duidelik uiteengesit.

Alhoewel artikel 8 van die Grondwet lig werp op die horisontale toepassing van die Handves van Regte en die toelating van inmenging deur die staat en die hof in die privaatregtelike verhouding, is daar steeds nie enige vaste bepalinge rakende die mate waartoe die staat mag inmeng nie. Verskeie regsgeleerdes het al geredeneer dat die opweging van belange altyd 'n baie belangrike deel vorm van die vasstelling van die mate van die inmenging wat mag plaasvind.¹⁶⁵

Die hoofdoel van die Handves van Regte is om aan die burgers van die land beskerming te bied teen enige vorm van magmisbruik deur die staat.¹⁶⁶ Soos Maré bevind, is die groot probleem met die privaatregtelike toepassing van die Handves van Regte, dat dit persone se outonomie kan aantas en dat die regte direk toegepas gaan word in die privaatsfeer en dan gevolglik te na aan absoluut sal geld.¹⁶⁷ Die hof het die bevoegdheid om in te meng in die ouer-kind verhouding, indien dit in die beste belang van die kind sal wees. Die Hoë Hof en Kinderhof het spesifiek die bevoegdheid om in te meng in gevalle waar daar 'n egskeding is, of die kind fisies mishandel of gemolesteer word. Die hof het ook 'n diskresie in gevalle waar daar 'n vermoede van aanranding of verwaarlosing van kinders deur hul ouers of voogde is.¹⁶⁸

163 *Girdwood v Girdwood* 1995 (4) SA 698 (K) par 708-709; Van Heerden "Judicial interference with the parental power; The protection of children" in Van Heerden et al (reds) *Boberg's law of persons and the family* (1999) 499-500.

164 1999 (1) SA 1043 (N).

165 Maré *Administratiewe Geregtigheid* (LLD-proefskrif UVS 2008) 153-154.

166 Maré *Administratiewe Geregtigheid* (LLD-proefskrif UVS 2008) 154.

167 Maré *Administratiewe Geregtigheid* (LLD-proefskrif UVS 2008) 154-155.

168 Artikel 28 van die Kinderwet.

4 Die grens tussen lyfstraf en aanranding

Dit is belangrik om te bepaal waar die grens tussen lyfstraf en aanranding lê. Blatante aanranding van kinders deur hul ouers word dikwels afgemaak as tugtiging en as deel van die ouers se opvoedingsplig.¹⁶⁹ Duisende kinders gaan elke jaar dood as gevolg van “lyfstraf” wat aan hul toegedien is.¹⁷⁰ Lyfstraf is ook talle kere die direkte oorsaak van fisiese gebreke by sulke kinders.¹⁷¹

Artikel 2(a) en (c) van die Wet op Gesinsgeweld¹⁷² gee ‘n definisie van wat mishandeling behels en spesifiek fisiese mishandeling wat hier van toepassing is. Volgens hierdie artikel kan fisiese mishandeling omskryf word as: “enige handeling of dreigende handeling van geweld”. In die jare 2006 tot 2008 het *Childline South Africa* ‘n groot toename ondervind in aangemelde fisiese en geestelike aanranding en geweld teenoor kinders.¹⁷³ Kinders, as weerlose en kwesbare lede van die samelewing, se regte moet op ‘n spesiale wyse beskerm word om te verhoed dat hul deur hul ouers of ander mishandel word.

Die lyn tussen aanranding en tugtiging is egter baie fyn en kan maklik oorskryf word. Alhoewel navorsers probeer om ‘n duidelike onderskeid te tref tussen lyfstraf en aanranding, is dit baie moeilik, aangesien daar geen algemene ooreenstemming is oor presies waar die lyn getrek moet word nie.¹⁷⁴ Dit is ook moeilik om te bepaal wanneer dit aanranding is en wanneer dit lyfstraf is, aangesien verskillende ouers se persepsie, oor wat aanranding is, verskil.¹⁷⁵

Dissipline is baie belangrik vir kinders, aangesien dit hul leer wat aanvaarbare gedrag is en wat nie. Dissipline kan op meer as een wyse deur ouers afgedwing word. Hulle kan besluit om kinders op ‘n positiewe of ‘n negatiewe wyse te

169 “All African Special Report: Ending legalised violence against children” 2007 *RAPCAN* 10-11 [www.rapcan.org.za/]; besoek op 17/05/2014.

170 “Review of research on the effects of corporal punishment: working paper” April 2013 4 [www.childrenareunbeatable.org.uk/.../effects-of-corporal-punishment.pdf] besoek op 22/04/2014.

171 *Ibid.*

172 116 van 1998; hierna die Wet op Gesinsgeweld.

173 Van Niekerk “Promoting Positive Alternatives” 2009 *Article* 19 1.

174 Smith “The state of research on the effects of physical punishment” *SPJNZ* 2006 115.

175 *Ibid.*

dissiplineer.¹⁷⁶ Dit is egter baie belangrik dat kinders se tugtiging nooit gepaard gaan met woede of wraak nie, maar slegs met die doel om die kind op te voed.¹⁷⁷ Lyfstraf word dikwels verbind met kindergeweld en ander anti-sosiale gedrag wat moontlik die teenoorgestelde effek kan hê as wat ouers wou bereik.¹⁷⁸ Lyfstraf kan die gevolg hê dat kinders glo dat fisiese geweld aanvaarbaar is, aangesien hul dit in hul ouerhuis beleef.¹⁷⁹

Alvorens daar gepoog kan word om vas te stel waar die lyn getrek moet word, moet die begrippe eers duidelik van mekaar onderskei word. Lyfstraf en aanranding kan 'n soortgelyke effek op kinders hê, aangesien lyfstraf en aanranding op 'n komplekse manier met mekaar verbind is.¹⁸⁰ Die strafregtelike definisie van aanranding bepaal dat aanranding bestaan uit 'n wederegtelike en opsetlike doen of late wat tot gevolg het dat 'n ander persoon se liggaamlike integriteit direk of indirek aangetas word.¹⁸¹ Aanranding word ook dikwels slegs gesien as lyfstraf wat hand-uit geruk het. In baie gevalle is die enigste verskil tussen die twee aksies die feit dat lyfstraf deur ouers in die meeste lande nog wettig is.¹⁸²

In die saak *S v Williams and Others*¹⁸³ wat nog op grond van die 1993-Grondwet¹⁸⁴ beslis is, het die hof bevind dat die tugtiging van minderjarige gevangenes, deur middel van lyfstraf, ongrondwetlik is. Die hoofregter het bepaal dat dit wreed en onmenslik is en nie geregverdig kan word in terme van artikel 33(1) van die Interim Grondwet nie.¹⁸⁵ Dit is uitsprake soos hierdie wat duidelikheid kan gee oor die grens tussen lyfstraf en aanranding deur spesifiek te verwys na die inbreukmaking op menswaardigheid¹⁸⁶ en wreedheid van dié soort tugtiging.

176 Smith *SPJNZ* 2006 116.

177 Venter *Die inhoud van ouerlike gesag, quo vadis?* (LLM-verhandeling UNISA 2008) 47-50.

178 Smith *SPJNZ* 2006 117.

179 *Ibid.*

180 Elliman & Lynch "The physical punishment of children" *ADC* 2000 196.

181 Snyman *Strafreg* (2006) Lexis Nexis Durban 432.

182 Daar is 38 lande in die wêreld wat al 'n algehele verbanning van lyfstraf ingestel het. "Global Initiative To End All Corporal Punishment" [www.endcorporalpunishment.org], besoek op 24/07/2014.

183 1995 (3) SA 632 (KH) par 90; hierna *S v Williams*.

184 Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993; hierna die Interim Grondwet.

185 *S v Williams* par 90.

186 Artikel 10 van die Handves van Regte

Ingevolge die gemenerereg het ouers en ander persone soos onder andere onderwysers en voogde, die bevoegdheid om hul kinders te tugtig as deel van hul opvoeding en om hulle te dissiplineer en hul gedrag te reguleer.¹⁸⁷ Hierdie tugbevoegdheid van persone *in loco parentis* is 'n oorspronklike bevoegdheid en is egter nie van delegasie deur ouers afkomstig nie.¹⁸⁸ Gedelegeerde tugbevoegdheid kan ook net tot op 'n sekere punt gedelegeer word.¹⁸⁹ Sulke delegering vereis 'n mate van diskresie wat op 'n redelike en nie op 'n onvoorspelbare wyse, uitgeoefen moet word.¹⁹⁰

Dissipline, insluitend lyfstraf as tugmiddel wat daarop gemik is om kinders op te voed, is geregverdig en toelaatbaar in sommige omstandighede.¹⁹¹ Volgens regspraak moet daar sekere faktore in ag geneem word om te bepaal of die tugging matig en redelik was en of dit geregverdig kan word.¹⁹² Ingevolge die deliktereg is daar sewe faktore wat in ag geneem moet word:

- Die aard en die erns van die oortreding.
- Die mate van die straf of die geweld wat gebruik is, moet matig en redelik wees.
- Die kind se liggaamlike en geestelike toestand.
- Die kind se ouderdom en geslag.
- Die kind se liggaamsbou.
- Die aard van die tugmiddel moet die oortreding pas.
- Die doel en motief van die persoon wat die straf toedien.

Daar kan dus nou oor die faktore die volgende gesê word: wanneer daar gekyk word na lyfstraf en aanranding van kinders en hoe dit verband hou met mekaar, wys die faktore dit uit dat dit altyd belangrik is dat die bevoegdheid wat die ouer het om sy kind te tugtig, met matigheid en op 'n billike wyse uitgeoefen moet word.¹⁹³ Om vas

187 Neethling & Potgieter *Deliktereg* (2010) Lexis Nexis Durban 122-123.

188 Loubser & Midgley *Deliktereg in Suid-Afrika* (2010) Oxford Kaapstad 186.

189 *Ibid.*

190 *Ibid.*

191 Neethling & Potgieter *Deliktereg* (2010) 122-123.

192 Neethling & Potgieter *Deliktereg* (2010) 124.

193 Labuschagne "Ouerlike geweldaanwending" 1996 *TSAR* 578-579.

te stel of die lyfstraf egter tugtiging was, as deel van die ouer se ouerlike verantwoordelikhede en regte, moet daar gekyk word na die erns van die oortreding, asook die aard van die oortreding.¹⁹⁴ Ander faktore wat dikwels 'n rol sal speel by die vasstelling of dit slegs tugtiging of dalk aanranding was, is die fisiese en geestelike welstand, sowel as die ouderdom en omstandighede van die kind.¹⁹⁵

In *Du Preez v Conradie*¹⁹⁶ is daar bevind dat ouers wel die reg het om hul kinders te tuggy vir die doel van regstelling en opvoeding. In hierdie saak kom die faktore wat 'n rol speel in die vasstelling van die lyn tussen lyfstraf en aanranding weer sterk na vore deur die verwysing na die redes vir die lyfstraf en die doel daarvan.

194 Venter *Die inhoud van ouerlike gesag, quo vadis?* (LLM-verhandeling UNISA 2008) 48-50; hierdie vorm deel van die faktore onder tugbevoegdheid ingevolge die Deliktereg.

195 Vreken "Lyfstraf as tugmiddel: Ja of Nee?" 2007 15-17.

196 1990 (4) SA 46 (B) 51E-52E.

5 Verbanning van lyfstraf uit skole en die relevansie daarvan op tugtiging deur ouers

Die verbanning van lyfstraf uit skole, sorggewende instellings¹⁹⁷ en die jeugstrafregstelsel¹⁹⁸ was in baie opsigte 'n groot ommeswaai in die Suid-Afrikaanse kinderreg. Hierdie verbanning uit skole volg 'n tendens wat deur verskeie demokratiese lande in die wêreld ingeslaan is, soos onder andere Swede, Finland, Namibië en Australië.¹⁹⁹

Ingevolge artikel 10 van die Skolewet²⁰⁰ mag niemand enige vorm van lyfstraf aan 'n leerder toedien nie. Indien so iets wel plaasvind, kan daardie persoon strafregtelik vervolg word. Alhoewel lyfstraf in skole verbied word, is daar deur *Statistiek SA* in 2012 bepaal dat ongeveer 15,8% van alle leerders in Suid-Afrika lyfstraf toegedien is.²⁰¹

Artikel 12(1)(c)-(e) van die Grondwet het 'n direkte invloed op wat met kinders in skole gebeur.²⁰² Die reg, soos dit uiteengesit word in artikel 10 van die Skolewet, word gebaseer op die basiese beginsels in die Grondwet in artikel 12(1)(c)-(e). Hierdie artikel bepaal dat alle mense vry moet wees van alle vorme van geweld en op geen wyse gemartel mag word of op 'n wrede en onmenslike wyse gestraf mag word nie. Kinders se dissipline laat dikwels veel te wense oor en die gladde verloop van verrigtinge en onderrig in skole word dikwels onderbreek as gevolg van leerders se swak gedrag.²⁰³

197 Wet op Kindersorg 74 van 1983.

198 *Abolition of Corporal Punishment Act* 33 van 1997.

199 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) PULP Pretoria 6.

200 Die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996; hierna die Skolewet.

201 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) 10.

202 Maphosa & Shumba "Educators' disciplinary capabilities after the banning of corporal punishment in South African schools" 2010 *SAJE* 387.

203 *Ibid.*

Die maatreëls wat die skool se beheerliggaam en onderwysers egter instel om sulke kinders te dissiplineer, moet dus nie gepaardgaan met enige vorm van fisiese straf of aanranding nie.²⁰⁴

Sedert die afskaffing van lyfstraf in skole, voel baie onderwysers weerloos.²⁰⁵ Onderwysers beweer dat hul hande afgekap is deur die wet en dat kinders se dissipline verswak, omdat hul weet dat hulle nie meer lyfstraf toegedien kan word nie.²⁰⁶ Voorstanders van die toediening van lyfstraf in skole beweer dat die gesegde “*Spare the rod, spoil the child*” in dié geval geld.²⁰⁷ Volgens hierdie siening is leerders wat regverdige en matige lyfstraf in skole kry, meer pligsgetrou en gedissiplineerd in die leeromgewing. Gevolglik lei die verbanning van lyfstraf in skole tot verswakte leerderdissipline en verhoogde vlakke van geweld tussen die leerders, sowel as tussen onderwysers en leerders.²⁰⁸

In die saak *Christian Education South Africa v Minister of Education*²⁰⁹ moes daar vasgestel word of die verbanning van lyfstraf in skole, ‘n skending van die regte van ouers (met kinders in onafhanklike skole) is, wat toegestem het tot lyfstraf as deel van hul geloofsoortuigings.²¹⁰ Die Konstitusionele hof het in hierdie saak die belange van die kind en dié van die ouer teen mekaar opgeweeg. Regter Sachs het bevind dat lyfstraf ‘n skending is van kinders se reg op menswaardigheid, vryheid en sekuriteit en die reg van ‘n kind om vry te wees van enige vorme van geweld of verwaarlosing.²¹¹

Regter Sachs moes egter bepaal of die regte van ouers om hul geloofsoortuigings in hierdie aangeleentheid uit te oefen, deur artikel 36 van die Grondwet beperk word. Die hof het die verbod op lyfstraf in hierdie geval bevestig. Regter Sachs het gesê dat ouers nie ‘n absolute keuse hoef uit te oefen tussen gehoorsaamheid aan die

204 Maphosa & Shumba 2010 SAJE 387-388.

205 Maphosa & Shumba 2010 SAJE 388.

206 Maphosa & Shumba 2010 SAJE 387.

207 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) 7.

208 *Ibid.*

209 2000 (4) SA 757 (KH); hierna *Christian Education*.

210 *Christian Education*-saak par 1.

211 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) 23.

wet van die land en dié van hul geloofsoortuigings nie, maar dat albei hand aan hand kan plaasvind.²¹² Hy het ook bepaal dat, behalwe vir die verbanning van ouerlike toestemming tot lyfstraf van kinders by die skool, niks hulle verhoed om steeds die res van hul Christelike etos uit te oefen nie.²¹³

Onderwysers het ook voor die wysiging van die Skolewet 'n gemeenregtelike plig gehad om kinders te tugtig as deel van hul opvoeding.²¹⁴ Na die wysiging van daardie wet het onderwysers nie meer hierdie regte of pligte nie. Onderwysers mag kinders deesdae nog steeds dissipleneer en opvoed, solank as wat dit in die beste belang van die kind is, maar sonder lyfstraf.²¹⁵ Met die wysiging van die wetgewing aangaande lyfstraf in skole sien ons dat die “beste belang”-konsep ook hier na vore kom. Die onderwyser, as tydelike voog van daardie leerders, moet, net soos ouers en voogde, optree in die beste belang van die kind.²¹⁶

Die afskaffing van lyfstraf in Suid-Afrikaanse skole kan as aanloop gesien word tot die afskaffing van lyfstraf deur ouers. In die Suid-Afrikaanse Skolewet word daar deurgaans verwys na die Handves van Regte as riglyn vir die afdwinging van dissipline in skoolverband.²¹⁷ Dit is juis ook die invloed van die Handves van Regte wat tot gevolg gehad het dat lyfstraf in skole ongrondwetlik verklaar is, omdat dit wreed en onmenslik is en inbreuk maak op die leerders se basiese menseregte soos menswaardigheid,²¹⁸ gelykheid²¹⁹ en vryheid en sekuriteit van die persoon.²²⁰

Die Minister van Onderwys het ingevolge artikel 8(2) van die Skolewet die “Riglyne vir die oorweging van beheerliggame in die aanneem van 'n gedragskode vir leerders”²²¹ ingestel. Hierdie “riglyne”²²² bepaal spesifiek dat die fokus van 'n skool

212 *Christian Education* par 51.

213 *Christian Education* par 51.

214 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) 53.

215 Maphosa & Shumba 2010 *SAJE* 387-388.

216 “WKOD: Leerderdissipline en skoolbestuur: 'n Praktiese handleiding om leerdergedrag te verstaan en te bestuur binne die skoolkonteks: Hoofstuk 8” 2007 *WKOD* [www.wced.school.za/.../Leerder_Dissipline_en_Skoolbestuur.pdf]; besoek op 16/10/2014 1.

217 Soos bv. artikel 7: vryheid van geloof en artikel 6B: nie-diskriminasie.

218 Artikel 10 van die Grondwet.

219 Artikel 9 van die Grondwet.

220 Artikel 12 van die Grondwet.

221 1998, hierna *Riglyne vir beheerliggame*.

se gedragkode op die bevordering van positiewe dissipline moet wees.²²³ *RAPCAN* bepaal dat daar deur positiewe dissipline gepoog word om 'n kultuur van menseregte te skep waar almal gelyk is en hanteer word met menswaardigheid en respek.²²⁴ Hierdie stelling is bevestig in *Antonie v Governing Body, Settlers High School*.²²⁵ Die hof het dit duidelik gemaak dat die fokus van skole op positiewe dissipline moet wees en dat dit gedoen moet word binne die raamwerk van die demokratiese waardes van menswaardigheid en gelykheid soos dit voorkom in die Handves van Regte.²²⁶

Die relevansie van die verbanning van lyfstraf in skole vir die moontlike verbanning van lyfstraf deur ouers, is dat die verbanning in skole as riglyn en as beginpunt kan dien vir transformasie. Transformasie wat plaasvind vanuit 'n era van lyfstraf en vernederende optrede na 'n era van menswaardigheid en gelykheid.

222 Par 1.4 en par 1.6 *Riglyne vir beheerliggame*.

223 Coetzee & Mienie "South African educators' mutually inclusive mandates to promote human rights and positive discipline" 2013 *PIE* 89.

224 *Ibid*.

225 2002 (4) SA 739 (K). Hierdie saak het gehandel oor 'n skoolmeisie wat "dreadlocks" en 'n swart hoed skool toe gedra het, as uitoefening van haar geloof. Die skool het toe bevind dat haar haarstyl en die hoed wat sy dra, die skool se reëls oortree en gevolglik is daar dissiplinêr teen die meisie opgetree.

226 Coetzee & Mienie 2013 *PIE* 89-90.

6 Die Kinderwet en die verwickelinge rakende die wysiging van die bestaande wet ten opsigte van ouers se strafregtelike vervolging

Daar is al vir etlike jare wêreldwyd sprake van die verbanning van alle vorme van lyfstraf.²²⁷ Teen 2014 was daar alreeds 38 lande wat wetgewing ingestel het om lyfstraf heeltemal te verbied as gevolg van die inbreukmaking daarvan op menseregte.²²⁸ Onder hierdie lande is Swede, Finland en Duitsland en die jongste toevoeging hiertoe is Brasilië.²²⁹

Daar is verskeie organisasies wat vir die regte van kinders veg en die totale verbanning van lyfstraf, waaronder *RAPCAN* en *Save the Children Sweden* is.²³⁰ *RAPCAN* veg vir kinders se vryheid van alle vorme van geweld en lyfstraf en vir die bevordering van positiewe dissipline.²³¹ Aartsbiskop-Emeritus Desmond Tutu is ook 'n voorstander van die algehele verbanning van lyfstraf, asook lyfstraf deur ouers.²³² Hy het egter in 'n toespraak ter ondersteuning van *Ending Legalised Violence*²³³ se wêreldwye veldtog teen lyfstraf gesê dat daar wel gevorder word met wetgewing teen lyfstraf, maar dat daar steeds miljoene kinders is wat daaglik onder aanranding en vernederende optrede deur hul ouers ly.²³⁴

Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie het in 1998 begin met die ontwikkeling van die Kinderwet. Tydens die ontwerp van hierdie wetgewing was lyfstraf alreeds onwettig in alle sferes van die kind se lewe, behalwe in familieverband.²³⁵ Alhoewel daar alreeds met die ontwerp van die Kinderwet 'n versoek vir die verbanning van lyfstraf in familieverband was, is daar weens teenkanting daarteen geen bepaling daaromtrent in die Kinderwet ingevoeg nie.

227 Labuschagne 1996 *TSAR* 578.

228 "Global Initiative To End All Corporal Punishment" [www.endcorporalpunishment.org], besoek op 27/07/2014.

229 *Ibid.*

230 Ander voorbeelde van hierdie organisasies is onder andere *Childline SA* en *SAMRK*.

231 Bower 2008 *RAPCAN* 1.

232 Waterhouse & Ruhukwa "Ending corporal punishment and other forms of humiliating punishment of children" 2008 *Article* 19 11.

233 "Ending Legalised Violence Against Children, All Africa Special Report: Messages of Support" April 2007 *Save the Children Sweden* 5; Wêreldwye veldtog teen kindermishandeling.

234 Bower "Corporal and Humiliating Punishment" 2008 *RAPCAN* 1.

235 "Bills and Acts Children's Institute" UCT 2010 [www.ci.org.za]; besoek op 24/08/2014.

Na die inwerkingtreding van die Kinderwet, het die wetgewende gesag dadelik weer voortgegaan met onderhandelinge vir die verbanning van lyfstraf en die byvoeging van 'n lyfstraf-klousule. Daar is verskillende konsepwysigings deur onder andere die Nasionale Raad van Provinsies ingedien.²³⁶ Daar is ook verskillende stadia gekoppel aan die totstandkoming van hierdie nuwe wysigingswetgewing. Daar sal 'n breedvoerige ontleding volg van wat die wysiging, soos aanvaar deur die Nasionale Raad van Provinsies in 2006, behels het, sowel as die uiteindelijke goedgekeurde wysiging wat nog voor die Parlement moet dien. Verder sal daar ook 'n bespreking wees van die kritiek in verband met hierdie onderwerp.

6.1 Artikel 139 van die *Children's Amendment Bill B19B* van 2006 en die finale goedgekeurde *Children's Amendment Act 41* van 2007

Artikel 139 van die *Children's Amendment Bill B19B*²³⁷ sou 'n groot impak gehad het op die privaatregtelike ouer-kind verhouding indien dit uiteindelik in die wysigingswet opgeneem sou wees. Met die konsep-wysigingswet van die Kinderwet in 2006 was daar ernstige pogings om lyfstraf in gesinsverband te verbied. Ongelukkig was daar geen sukses hiermee gewees nie.²³⁸ Die *Children's Amendment Bill*, wat deur die Nasionale Raad van Provinsies op 29 Mei 2007 goedgekeur is, het 'n klousule bevat wat die posisie rakende die verbanning van alle vorme van lyfstraf uiteengesit het om sodoende uiting te gee aan die regte in die Handves van Regte.²³⁹

Artikel 139 het bepaal dat enige persoon wat ouerlike verantwoordelikhede en regte oor 'n kind het, daardie kind se reg op fisiese en liggaamlike integriteit en vryheid moet respekteer, bevorder en beskerm net soos dit uiteengesit is in artikel 12(1)(c) van die Grondwet.

236 Waterhouse "Status of corporal punishment" 2007 *Article 19* 1.

237 *Children's Amendment Bill B19B* van 2006, hierna die *Children's Amendment Bill*.

238 "Global Initiative To End All Corporal Punishment" [www.endcorporalpunishment.org], besoek op 24/07/2014.

239 Artikel 139 van die *Children's Amendment Bill*.

Artikel 139(2) van die *Children's Amendment Bill* het ook spesifiek bepaal dat enige statutêre bepaling, gemeenregtelike of gewoonregtelike reël wat lyfstraf aan kinders magtig, herroep word in die mate waartoe dit sulke optrede goedkeur. Artikel 139(3) van die *Children's Amendment Bill* het bepaal dat geen sorggewende instelling of enige ander instansie, verantwoordelik vir die beskerming en versorging van 'n kind, lyfstraf mag toedien nie. Hierdie artikel het ook verder bepaal dat die betrokke departement alle redelike stappe moet neem om te verseker dat daar bewusmakingsveldtogte is wat mense inlig oor die huidige stand van sake in verband met lyfstraf, asook van die implikasies van hierdie wysiging.²⁴⁰

Hierdie artikel het egter geen uitdruklike verbanning van lyfstraf deur ouers bevat nie, alhoewel die bepaling wel alle vorige wetgewing en die gemeenregtelike bepalings daaromtrent, herroep het.²⁴¹ Alvorens hierdie konsep geïnkorporeer kon word, moes die Nasionale Vergadering, en laastens ook die Parlement, dit goedkeur.²⁴² Weens die behoefte aan verdere ondersoek van die kwessie en die feit dat dit eintlik ingevolge die Grondwet as 'n artikel 75-aangeleentheid²⁴³ hanteer moes word, het die Parlement hierdie wysiging van die hand gewys.²⁴⁴ In 2014 is so 'n moontlike wysiging weer op die tafel en is daar steeds onenigheid daaroor.²⁴⁵

Agnus Muller, Direkteur van Maatskaplike Ontwikkeling wat in beheer is van die verwikkelings in verband met die Kinderwet en die wysigings, sê dat daar 'n klousule in die wet ingewerk moet word aangaande lyfstraf in gesinsverband.²⁴⁶ Bethabile Dlamini, die Minister van Maatskaplike Ontwikkeling, het dit aan die publiek bekend gemaak dat hul beoog om in die volgende boekjaar (2014-2015) hierdie wetgewing in te stel.²⁴⁷

240 Artikel 139(3) van die *Children's Amendment Bill*.

241 Waterhouse 2007 *Article 19* 1-3.

242 "The National Council of Provinces" *Article 19* 9-10.

243 Artikel 75 van die Grondwet bepaal wanneer aangeleenthede deur die Nasionale regering hanteer moet word.

244 Waterhouse 2007 *Article 19* 1-3.

245 October "Wetswysigings kan lyfstraf misdaad maak" *Volksblad* 28/08/2012 1.

246 *Ibid.*

247 *Ibid.*

Daar is baie mense wat ernstige kritiek oor hierdie moontlike wysiging uitspreek, omdat dit direk inbreuk sal maak op die privaatregtelikheid van die ouer-kind verhouding en 'n ouer se reg om sy kind op te voed.²⁴⁸

Alhoewel daar reeds met die bogenoemde wysiging groot veranderinge plaasgevind het in verband met die Suid-Afrikaanse regsposisie ten opsigte van lyfstraf, is daar nêrens in die uiteindelijke ondertekende en aanvaarde *Children's Amendment Act*,²⁴⁹ enige bepaling ingevoeg oor die posisie rakende lyfstraf, met spesifieke verwysing na lyfstraf in familieverband nie.

6.2 Nuutste verwickelinge in verband met 'n algehele verbanning van lyfstraf

Wetsontwerpers is huidiglik besig met 'n nuwe moontlik algehele verbanning van lyfstraf in die Suid-Afrikaanse reg.²⁵⁰ Hierdie inligting is nog geensins voor die Parlement gebring nie en is dus hoogs spekulatief. Die *Children's Act: Third Amendment Bill*²⁵¹ se finale konsep van 29 November 2013 het twee moontlikhede vir die wysiging uiteengesit. Die doel van die wysiging is om positiewe dissipline in die Kinderwet in te skryf en dit eerder toe te pas en af te dwing as die alternatief van lyfstraf.

6.2.1 Opsie een

Die eerste opsie wat moontlik in die *Third Amendment Bill* kan voorkom, staan bekend as artikel 12A van die finale konsep. Hierdie opsie is ten gunste van 'n algehele verbanning van lyfstraf en die moontlikheid van kriminele vervolging van ouers wat hierdie verbod oortree. Artikel 12A(1) bepaal dat enige persoon wat verantwoordelik is vir die versorging van 'n kind, insluitende diegene wat ouerlike

248 Govender "New bid to have spanking banned" *Sunday Times* 1.

249 *Children's Amendment Act* 41 of 2007; hierna die *Children's Amendment Act*.

250 Die inligting aangaande hierdie nuwe wysiging van die Kinderwet in verband met lyfstraf is hoogs spekulatief en nog geensins finaal nie. Wetsontwerpers is steeds besig om aan hierdie moontlike artikel te werk en dit is nog nie voor die Parlement gebring nie. Alle inligting in hierdie onderafdeling is ontvang vanaf die *Centre for Child Law* se *Children's Act: Third Amendment Bill: Final Draft 23 November 2013* en is dus vertroulik en die eiendom van die Sentrum.

251 Hierna die *Third Amendment Bill*.

verantwoordelikhede en regte het, moet, wanneer hul 'n kind dissipleneer, dit doen op 'n wyse wat menswaardig is en, sover dit moontlik is, die kind se reg tot fisiese en sielkundige integriteit beskerm soos bepaal in artikel 12(1)(c),(d),(e) van die Grondwet.²⁵² Verder bepaal hierdie artikel in subartikel (2) dat geen kind enige vorm van lyfstraf of enige vernederende of wrede straf toegedien mag word nie. Subartikel (3) bepaal uitdruklik dat die gemeenregtelike verweer van redelike tugtiging afgeskaf is. Subartikel (4) bepaal dat enige persoon wat verantwoordelik is vir die versorging van 'n kind of enige persoon met ouerlike verantwoordelikhede en regte, wat aangekla word vir die toediening van enige straf soos bepaal in artikel 12A(2), verwys moet word na 'n "voorkomings- en vroeë intervensieprogram". 'n Baie belangrike deel van hierdie moontlike wysiging is subartikel (5). Subartikel (5) bepaal dat vervolging van 'n ouer/voog of enige ander persoon wat lyfstraf of wrede onmenslike straf aan 'n kind toegedien het, slegs ingestel mag word indien alle ander intervensies onsuksesvol was.

Dit is dus duidelik uit die bewoording en uitleg van hierdie artikel dat die strafregtelike vervolging van ouers wat hul kind lyfstraf toegedien het, nie die doel van die wetgewers is nie. Vervolging word as 'n laaste uitweg gesien. Hierdie eerste opsie vir 'n wysiging word verbind met 'n kriminele oortreding. Dit het tot gevolg dat artikel 305(1)(a)²⁵³ ook gewysig sal moet word om artikel 12A(2) in te sluit.

6.2.2 Opsie Twee

Die tweede opsie sal ook bekend staan as Artikel 12A en bevat geen verbod op enige vorme van straf wat onvanpas is nie. Hierdie artikel sal ook nie verbind wees aan enige vorm van strafregtelike oortreding nie en is dus die teenoorgestelde van opsie een. Kinders se grondwetlike regte sal steeds beskerm word en daar sal in hierdie artikel meer gefokus word op die bevordering van positiewe dissipline. Artikel 12A (1) tot (3) sal dieselfde uitleg hê as opsie een, maar subartikel (4) van opsie twee sal heeltemal verskil. Artikel 12A (1) bepaal dat dat enige persoon wat verantwoordelik is vir die versorging van 'n kind, insluitende diegene wat ouerlike

²⁵² Artikel 12A(1) van die *Third Amendment Bill*.

²⁵³ Artikel 305 (1)(a) bepaal dat 'n persoon skuldig is aan 'n oortreding indien die persoon 'n bepaling in hierdie wet oortree.

verantwoordelikhede en regte het, moet, wanneer hul 'n kind dissipleneer, dit doen op 'n wyse wat menswaardig is en, sover dit moontlik is, die kind se reg tot fisiese en sielkundige integriteit beskerm soos bepaal in artikel 12(1)(c),(d),(e) van die Grondwet. Artikel 12A(2) bepaal dat geen kind enige vorm van lyfstraf of enige vernederende of wrede straf toegedien mag word nie. Artikel 12A(3) bepaal uitdruklik dat die gemeenregtelike verweer van redelike tugtiging afgeskaf is. Subartikel (4) bepaal dat die departement alle redelike stappe moet neem om te verseker dat onderrig en bewusmakingsprogramme oor die gevolge van subartikel (1) en (2) regoor die land bekendgestel word. Verder bepaal subartikel (4) ook dat programme wat positiewe dissipline bevorder, regoor die land bekendgestel moet word.

Opsie twee vir die wysiging van die Kinderwet plaas meer klem op positiewe dissipline en probeer om ouers nie strafregtelik te vervolg vir die uitoefening van hul gesag nie. Hierdie artikel probeer eerder om diegene wat hul gesag op 'n verkeerde wyse uitgeoefen het, te help om positiewe dissipline aan te leer en toe te pas in hul huise.

6.3 Doel en gevolge van 'n algehele verbanning van lyfstraf

6.3.1 Doel

Die doel wat die wetgewende gesag met die verbanning van lyfstraf deur ouers wil bereik, is nie noodwendig om ouers strafregtelik te vervolg vir die tugtiging van hul kinders nie.²⁵⁴ Die wetgewende gesag poog eerder om ouers aan te moedig om alternatiewe metodes van tugtiging te gebruik in die opvoeding van hul kinders om sodoende die risiko van aanranding en mishandeling van kinders te verminder.²⁵⁵ Die doel van die instelling van 'n statutêre verbod op lyfstraf is om 'n gemeenskap met wedersydse gelykheid en respek te bevorder, asook om die voorbeeld te stel dat geweld nie die oplossing vir dissiplinêre probleme by kinders is nie.²⁵⁶ Wetgewers wil ook hierdie verbod instel om positiewe alternatiewe vir lyfstraf deur ouers moontlik te maak en om ouers bewus te maak van die nadelige effekte van lyfstraf en dat daar

254 Bower *RAPCAN* 2008 1-2.

255 *Ibid.*

256 *Ibid.*

meer verfynde metodes is om kinders te tuchtig en op te voed.²⁵⁷ Dit is juis daarom dat die nuutste moontlike wysiging van die Kinderwet 'n positiewe roete probeer volg om nie ouers onnodig strafregtelik te vervolg nie.

Daar kan daarom gesê word dat die oorkoepelende doel hier is om dissipline te bevorder op 'n nie-gewelddadige wyse wat op die langtermyn sal bydra tot die bekamping van mishandeling.²⁵⁸ Die gevolge van hierdie verbanning moet opgeweeg word teen die gevolge wat dit op die ouer-kind verhouding sal hê. Verder is die doel hiervan ook om die boodskap van menswaardigheid en gelykheid oor te dra en om te beklemtoon dat alle mense vry moet wees van enige wrede en onmenslike strawwe, spesifiek kinders en ander kwesbare groepe.²⁵⁹

6.3.2 Gevolge

Daar is geweldige regsgevolge gekoppel aan 'n wysiging so drasties soos hierdie. Indien daar voortgegaan word met hierdie wysiging, sal dit neerkom op staatsinmenging in die privaatregtelike ouer-kind verhouding en spesifiek op 'n ouer se reg om sy kind te dissiplineer en op te voed. Daar sal ook 'n mate van privaatheidskending plaasvind, aangesien elke mens ingevolge artikel 14 van die Grondwet die reg op privaatheid het. Dit sal verder ook ernstige vrae laat ontstaan oor waar die lyn getrek moet word vir staatsinmenging in familieverhoudinge, die familiereg en vir die beperking van staatsmag.²⁶⁰

Die strafregtelike vervolging van ouers vir die tuchtiging en dissiplinerig van hul kinders kan groter probleme vir Suid-Afrika veroorsaak as net die effek daarvan op die privaatregtelike ouer-kind verhouding.²⁶¹ Die poging met dié wysiging, naamlik om 'n positiewe effek op die opvoeding van kinders te hê, kan ook heeltemal die teenoorgestelde uitwerking hê. Dit kan 'n negatiewe effek op die dissipline van die jeug in die algemeen hê, siende dat 'n groot aantal van die Suid-Afrikaanse jeug

257 Van Niekerk "Promoting Positive Alternatives" *Article* 19 2009.

258 "The National Council of Provinces prohibits all forms of corporal punishment" 2007 *Article* 19 9-10.

259 *Ibid.*

260 Currie & De Waal *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) 1-11.

261 De Vos "Parents soon to become criminals" *Constitutionally Speaking* 2007 [www.constitutionallyspeaking.co.za]; besoek op 23/03/2014.

reeds ongedissiplineerd en rebels is en op 'n baie jong ouderdom betrokke is by ernstige gewelddadige misdade.²⁶² Die uiteindelijke gevolg hiervan sal dus ook neerkom op 'n gebrek aan respek vir gesag en respek vir die reg.²⁶³

Daar is verder die moontlikheid dat hierdie wysiging teenstrydig kan wees met die beste belang-beginsel, aangesien dit nie noodwendig in die beste belang van 'n minderjarige sal wees om die reg te hê om teen sy ouers se gesag in opstand te kom en hul dan strafregtelik te laat vervolg nie.²⁶⁴

6.4 Kritiek op die algehele verbanning van lyfstraf

Daar is verskeie regsgeleerdes en politici wat 'n mening huldig oor hierdie onderwerp. Sommige politieke partye is egter nie positief oor die moontlikheid van hierdie wysiging wat weereens ter tafel gebring is nie.²⁶⁵ Eerwaarde Meshoe, die leier van die ACDP-party, is een van hierdie politieke leiers. Hy het die mening gehuldig dat die ontneming van ouers se ouerlike regte om hul kinders op te voed en te tugtig, nie 'n verantwoordelike skuif sal wees nie en dat dit groter probleme kan veroorsaak in 'n samelewing wat reeds ongedissiplineerd is en hoë misdaadsyfers het.²⁶⁶

Voorstanders van die toediening van lyfstraf is van mening dat dit nie die lyfstraf self is wat problematies is nie, maar eerder die verkeerde toediening daarvan.²⁶⁷ Hierdie voorstanders glo spesifiek dat die toediening van lyfstraf in skole wel aanvaarbaar kan wees indien dit op 'n regverdige en menswaardige wyse uitgevoer word as deel

262 ACDP-leier Kenneth Meshoe se mening oor die Wysigingswet en die verbanning van lyfstraf uit gesinsverband.

263 De Vos "Parents soon to become criminals" *Constitutionally Speaking* 2007 [www.constitutionallyspeaking.co.za]; besoek op 23/03/2014.

264 Bower *RAPCAN* 2008 1.

265 October "Wetswysigings kan lyfstraf misdaad maak" *Volksblad* 28/08/2012 1.

266 "South African Catholic Bishops' Conference: Parliamentary Liason Office: Corporal Punishment Briefing Paper 169" 2007 3.

267 Veriava *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) 7.

van leerder-dissipline.²⁶⁸ In hul voorleggings aan die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie het *Doctors for Life* gesê dat gepaste lyfstraf onderskei moet word van beledigende en skadelike vorme van lyfstraf.²⁶⁹ Hulle het aangevoer dat studies gewys het dat toepaslike lyfstraf deel vorm van ouerskapstyle met die beste uitkoms.²⁷⁰ *Doctors for Life International* het verder aangevoer dat wetenskaplike studies bewys dat gepaste lyfstraf nie gepaardgaan met aggressie, misdadigheid of swak sielkundige gesondheid nie.²⁷¹ Hulle beweer dat die kwaliteit van ouerskap die belangrikste eienskap is vir 'n gunstige of ongunstige uitkoms.²⁷²

Daar is baie van die kritici wat van mening is dat 'n totale verbanning van lyfstraf tot gevolg sal hê dat ouers deur die reg as misdadigers uitgemaak sal word.²⁷³ Taryn Hodgson, 'n lid van die *Christian Action Network*, opper die vraag oor hoe die reg hierdie kwessie voldoende sal administreer, indien dit wel plaasvind, aangesien sy van mening is dat aangeleenthede soos kinderdissipline by die huis nie deur die staat gereguleer moet word nie.²⁷⁴ Die *Christian Lawyers Association of South Africa* sê dat die gemeenregtelike verweer van "redelike tugtiging" geldend moet bly, maar dat daar meer klem geplaas moet word op die rapportering en ondersoek van beserings van kinders.²⁷⁵ Sodoende sal lyfstraf 'n wettige, maar beperkte plek inneem in die dissiplinering van kinders.²⁷⁶ Die Kongres van Tradisionele Leiers van Suid-Afrika is ook gekant teen 'n algehele verbanning van lyfstraf en sê dat hul nie so 'n verbanning onvoorwaardelik kan aanvaar nie.²⁷⁷

Daar is ook kritiek deur verskeie regsgeleerdes gelewer oor die kwessie van afdwingbaarheid en uitvoerbaarheid van hierdie wysiging. Patrick Solomons, direkteur van *Molo Sogololo*, 'n kinderbeskermingsorganisasie, het die vraag

268 *Ibid.*

269 "South African Catholic Bishops' Conference: Parliamentary Liason Office: Corporal Punishment Briefing Paper 169" 2007 3.

270 *Ibid.*

271 "Discussion Document: Corporal punishment and discipline in the home by parents and caregivers" 2013 *DSD* 14.

272 *Ibid.*

273 Govender "New bid to have spanking banned" *Sunday Times* 29/01/2012 1.

274 *Ibid.*

275 "South African Catholic Bishops' Conference: Parliamentary Liason Office: Corporal Punishment Briefing Paper 169" 2007 3.

276 *Ibid.*

277 Govender "New bid to have spanking banned" *Sunday Times* 29/01/201 1.

geopper hoe 'n land wat nie eers in staat is om sy bestaande wetgewing af te dwing nie, hierdie komplekse nuwe wysiging in die familie-milieu gaan afdwing.²⁷⁸ Ander regsgeleerdes het ook hul opinies gelug oor die doeltreffendheid van hierdie wysiging deur uit te wys dat dit by ouers se diskresie berus hoe hulle hul kinders wil opvoed en dissipliner.²⁷⁹ Waters van die DA-party het gesê: “Pas eers die bestaande Kinderwet behoorlik toe, eerder as om die wet nog 'n wyer omvang te gee”.²⁸⁰

Diegene wat ten gunste van die toediening van lyfstraf is, beweer dat lyfstraf 'n nuttige en effektiewe bydrae kan lewer tot die opvoeding en dissipliner van 'n kind. Die rede vir die lyfstraf moet aan die kind duidelik gemaak word, die kind se ouderdom moet in ag geneem word en die lyfstraf mag nie te ernstig of gereeld wees nie.²⁸¹ Hulle beweer ook dat lyfstraf nie as die enigste dissiplineringsstegniek gebruik moet word nie en dat dit ook nie die verhouding tussen die ouer en kind moet ondermyn nie.²⁸²

278 October “Wetswysigings kan lyfstraf misdaad maak” *Volksblad* 28/08/2012 1.

279 *Ibid.*

280 *Ibid.*

281 “South African Catholic Bishops’ Conference: Parliamentary Liason Office: Corporal Punishment Briefing Paper 169” 2007 4.

282 *Ibid.*

7 Regsvergelyking

Ons lewe in 'n tyd waarin grondwetlike regte 'n vergelykende wetenskap geword het.²⁸³ Met die ontstaan van die Suid-Afrikaanse Grondwet, spesifiek die Handves van Regte is daar goed gebruik gemaak van voorbeelde, ervarings, formulerings en dogmas wat vanuit 'n verskeidenheid buitelandse en internasionale dokumente en stelsels geleen is.²⁸⁴

Hierdie internasionale en buitelandse voorbeelde het die ontstaan en ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse Grondwet dus wesenlik beïnvloed en het daarom ook sedert 1994 'n groot effek op grondwetlike regte en menseregte gehad.²⁸⁵ Hierdie tendens van die “leen” uit ander grondwette vir die ontwikkeling van 'n nuwe grondwet, kom dikwels voor waar 'n nuwe demokrasie ontstaan wat wil wegbeweeg van dekades se oorheersing en onderdrukking.²⁸⁶

Die Suid-Afrikaanse Grondwet is een van die meer progressiewe grondwette in die wêreld.²⁸⁷ Die Grondwet beskerm politieke en burgerlike regte, sowel as die sosiale en ekonomiese regte van alle mense.²⁸⁸ Die Grondwet van Suid-Afrika bevat ook 'n spesifieke artikel in verband met kinders en hierdie Grondwet is ook in ooreenstemming met Suid-Afrika se internasionale verpligtinge teenoor sy mense.²⁸⁹ Die Suid-Afrikaanse regstelsel kan op hierdie basis met verskeie ander regstelsels in die wêreld vergelyk word.

Tydens die ontwikkeling van die Handves van Regte is daar onder andere gekyk na die *German Basic Law*,²⁹⁰ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*²⁹¹ en die

283 Venter “Utilizing constitutional values in constitutional comparison” 2001 *PER* 1.

284 Venter “South Africa: Introductory notes” UP [web.up.ac.za/files/file/47/15338/southafrica.pdf]; besoek op 31/10/2014 12.

285 Sarkin “The effect of constitutional borrowings on the drafting of South Africa’s Bill of Rights and interpretation of human rights provisions” 1998 *JCL* 177.

286 *Ibid.*

287 “Discussion Document: Corporal punishment and discipline in the home by parents and caregivers” 2013 *DSD* 7.

288 *Ibid.*

289 *Ibid.*

290 1949.

291 1982.

*Chapter on Fundamental Human Rights and Freedoms*²⁹² in die Grondwet van die Republiek van Namibië.²⁹³

7.1 Suid-Afrika en Kanada

Kanada is een van die eerste lande waarmee Suid-Afrika vergelyk kan word. Groot dele van die Suid-Afrikaanse Grondwet is immers op Kanadese menseregte gegrond. Met die ontwerp van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte is daar onder andere van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gebruik gemaak.²⁹⁴ Amptelike diplomatieke bande tussen Kanada en Suid-Afrika strek sover terug as 1939.²⁹⁵ Kanada het 'n sterk rol gespeel in die druk wat op Suid-Afrika uitgeoefen is om van Apartheid ontslae te raak.²⁹⁶

In 'n onlangse Kanadese hersiening van 20 jaar se navorsing oor lyfstraf, gepubliseer in die *Canadian Medical Association Journal*, is daar bevind dat lyfstraf kinders meer aggressief maak en ook 'n reeks ander langtermyn negatiewe gevolge kan hê.²⁹⁷ Kanada en Suid-Afrika het in sekere opsigte verskillende sienings oor lyfstraf teenoor kinders. Kanada het steeds 'n wet wat ouers, onderwysers en ander persone in 'n gesagsposisie plaas om kinders "redelike tugtiging" toe te dien. Artikel 43 van die *Canadian Criminal Code*²⁹⁸ bepaal dat elke ouer, voog en onderwyser geregtig is om lyfstraf toe te dien in die opvoeding van kinders, solank as wat die perke van redelikheid nie oorskry word nie.²⁹⁹

292 1990.

293 Sarkin 1998 *JCL* 177.

294 *Ibid.*

295 Government of Canada "Canada-South Africa Relations" 1-2 [www.southafrica.gc.ca]; besoek op 23/09/2014.

296 *Ibid.*

297 "Discussion Document: Corporal punishment and discipline in the home by parents and caregivers" 2013 *DSD* 30.

298 *Canadian Criminal Code R.C.S* van 1985; hierna die *Criminal Code*.

299 Artikel 43 van die *Criminal Code*.

Artikel 43 van die *Criminal Code* is omstrede, aangesien dit uitdruklik aan ouers en onderwysers 'n verweer bied wanneer hul redelike geweld gebruik om kinders te dissiplineer.³⁰⁰

7.2 Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika

Alhoewel die Verenigde State van Amerika een van die oudste grondwette in die wêreld het en Suid-Afrika se Grondwet relatief nuut is, is daar ooreenkomste en verskille tussen hierdie twee lande. Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika het dieselfde visie met betrekking tot die beskerming van kinders, alhoewel dit op verskeie maniere uitgeoefen word.³⁰¹

Die grootste verskil tussen Suid-Afrika en die Verenigde State van Amerika is egter in die ratifisering van die *CRC*. Suid-Afrika het die *CRC* in 1995 geratifiseer terwyl die Verenigde State van Amerika steeds nie die konvensie geratifiseer het nie. Die Verenigde State van Amerika is een van slegs 2 lande³⁰² in die wêreld wat dit nie gedoen het nie.³⁰³ Een van die hoofredes hoekom die Verenigde State van Amerika nie die *CRC* geratifiseer het nie, is juis omdat hulle van mening is dat die *CRC* sal inmeng in die regte van ouers om hul kinders te tugtig.³⁰⁴

Die grondwetlike raamwerk van die Amerikaanse reg bepaal dat daar 'n balans tussen die regte van kinders, hul ouers, sowel as die regte van die staat gevind moet word.³⁰⁵ Die Verenigde State van Amerika gee nie uitdruklik aan ouers of kinders enige spesifieke grondwetlike regte soos in Suid-Afrika nie, maar grondwetlike

300 Barnett "The 'spanking' law: Section 43 of the Criminal Code" 2008 *Library of the Parliament of Canada* 1.

301 Mawdsley et al "The best interest of the child: A United States and South African perspective" 2011 *JJS* 1.

302 Die ander land is Somalië. Hulle kan nie die konvensie ratifiseer nie, aangesien hul op die oomblik geen erkende regering het nie; "Convention on the Rights of the Child" UNICEF [www.unicef.org/crc/index/_30229]; besoek op 10/11/2014.

303 Mcbain "Why is the US so reluctant to sign human rights treaties?" 2013 [www.newstatesman.com]; besoek op 23/10/2014.

304 *Ibid.*

305 Human "'n Amerikaanse perspektief op kinderregte en ouerlike gesag-moontlike lesse vir Suid-Afrika" 2003 *TSAR* 276-277.

regskwessies ontstaan waar enige beginsel van ouerlike gesag of die beste belang van die kind of enige grondwetlike reg in gedrang kom.³⁰⁶

Die Verenigde State van Amerika beroep hul tradisioneel op die beginsel van die beste belang van die kind-standaard slegs vir spesifieke besluite of gevalle waarby kinders betrokke is.³⁰⁷ Tot dusver is hierdie beginsel in die Verenigde State van Amerika meestal beperk tot egskeidingsbevele.³⁰⁸ In skool-verwante aangeleenthede, val die klem in die Verenigde State van Amerika op die ouers se regte soos dit voorkom in die Verenigde State van Amerika se Grondwet en in ander wette.³⁰⁹ Suid-Afrika, aan die ander kant, het die beginsel van die beste belang van die kind in die Grondwet opgeneem.³¹⁰ Hierdie beginsel is een van die belangrikste beginsels in verband met kinders en hul grondwetlike regte.³¹¹

As daar na die Verenigde State van Amerika se geskiedenis ten opsigte van kinderregte gekyk word, is dit duidelik dat daar nooit enige eenvormige beleid in verband met kinders en hul regte was nie.³¹² Alhoewel daar in die twintigste eeu fokus geplaas is op die belange van kinders en hul regte, byvoorbeeld in verband met kwessies soos onderwys en gesondheid, is daar steeds in 'n groot mate in baie van die Verenigde State van Amerika se state 'n siening dat kinders nie persone in eie reg is nie, maar eerder die eiendom van hul ouers.³¹³

'n Ander kwessie, waarin die Verenigde State van Amerika en Suid-Afrika van mekaar verskil, is lyfstraf in skole. Dit is algemeen bekend dat lyfstraf in Suid-Afrika heeltemal uit skole verban is sedert 1996.³¹⁴ In die Verenigde State van Amerika is lyfstraf nog nie op federale vlak verbied in publieke of privaatskole nie.³¹⁵ In 1977 het die Verenigde State van Amerika se *Supreme Court* bevind dat die *Eighth*

306 *Ibid.*

307 Mawdsley et al 2011 *JJS* 1.

308 *Ibid.*

309 *Ibid.*

310 *Ibid.*

311 Mawdsley et al 2011 *JJS* 1.

312 Human 2003 *TSAR* 278.

313 Human 2003 *TSAR* 276-277.

314 Bower 2008 *RAPCAN* 6.

315 "Corporal punishment of children in the USA Global Initiative to end all corporal punishment of children" 2014 2 [www.endcorporalpunishment.org]; besoek op 7/09/2014.

Amendment wat wrede en onmenslike straf verbied, nie lyfstraf in skole insluit nie en dat onderwysers wel kinders, sonder ouers se toestemming kan tugtig.³¹⁶ Sekere van die Amerikaanse state het lyfstraf in publieke skole verban.³¹⁷ Daar is huidiglik 31 state wat lyfstraf in publieke skole verban.³¹⁸

316 *Ibid.*

317 *Ibid.*

318 *Ibid.*

8 Gevolgtrekking

In hierdie skripsie is die posisie oor lyfstraf van kinders in Suid-Afrika ontleed. Die mate waarin die staat mag inmeng, in hierdie hoogs privaatregtelike verhouding, is bespreek. Nadat daar deurlopend in hierdie skripsie verwys is na herroepe, huidige en toekomstige wetgewing, sowel as regsletteratuur, kan daar tot die onderstaande gevolgtrekking gekom word.

Die verbanning van lyfstraf in skole is uiteengesit in die Skolewet en die verbanning van alle ander dele van die reg (behalwe in gesinsverband) is reeds duidelik uiteengesit met die ontwerp van die Kinderwet. Sedertdien was daar verskeie onsuksesvolle pogings om lyfstraf deur ouers te verban. Die Kinderwet is steeds in 'n proses van wysiging, alhoewel die wysiging nog nie voor die parlement gedien het met die voltooiing van die skripsie nie.

Die beste belang van die kind-standaard is van deurslaggewende belang en moet altyd in ag geneem word wanneer die regte van kinders bepaal word. Die Grondwet, die Kinderwet en konvensies soos die *CRC* en die *ACRWC*, het spesifieke bepalings geskep om die beginsel van die beste belang van die kind duidelik te reguleer. Die groot kwessie is die mate waartoe die staat mag inmeng in hierdie privaatregtelike verhouding tussen ouer en kind en verder of dit in die beste belang van die kind sal wees om in te meng. Daar kan egter steeds nie eenstemmigheid hieroor bereik word nie.

Die eerste wysiging van die Kinderwet ten opsigte van lyfstraf deur ouers, die *Amendment Bill B19B*, is juis deur die parlement verwerp weens onenigheid oor die toelaatbaarheid van staatsinmenging en die impak van só 'n wysiging. Ouers se gemeenregtelike reg om hul kinders lyfstraf toe te dien, is wêreldwyd deur kinderregaktiviste en regsgeleerdes gekritiseer weens die onmenslike, afbrekende en vernederende aard van lyfstraf. Daar is ook kenners wat steeds ten gunste is van die gemeenregtelike reg om matige lyfstraf te kan toedien. Die skeidslyn tussen lyfstraf en aanranding, wat duidelikheid kan skep oor die verskille tussen die twee konsepte, is van groot belang in hierdie dispuut.

Met die ontleding van die Kinderwet en die bepalings van artikel 139 van die *Amendment Bill B19B* is die posisie rakende die verbanning van lyfstraf deur ouers uiteengesit. Die *Children's Amendment Act* het geen bepaling oor die algehele verbanning van lyfstraf bevat nie. Die doel van die moontlike verbanning was onduidelik en dit wou voorkom asof dié wysiging ouers as misdadigers kon uitmaak. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat dít nie die hoofdoel is nie, maar dat die doel eerder is om mishandeling van kinders te bekamp en positiewe dissipline te bevorder. Baie kenners het kritiek gelewer oor die verbanning van lyfstraf en daarom kon daar vanuit regsgeleerdes se oogpunt insig verkry word oor die tekortkominge van die wysiging. Die afleiding kon gemaak word dat nie almal *ad idem* is dat die verbod op lyfstraf 'n positiewe effek sal hê nie.

Die Kinderwet verbied nie lyfstraf *per sé* nie. Ons weet dat alle wetgewing onderhewig is aan die Grondwet, wat aan alle mense regte soos menswaardigheid, gelykheid en vryheid van enige onmenslike optrede of straf waarborg. Die Kinderwet bepaal wel dat daar altyd in die beste belang van die kind opgetree moet word. Konvensies soos die *CRC* en die *ACRWC* het dus 'n groot weerstand teen lyfstraf geopper en daarom spesifieke bepalings ingestel wat hierdie vorm van tugtiging verbied. Suid-Afrika het hierdie wêreldwye afkeur van kindermishandeling ondersteun en besluit om die Kinderwet te wysig. Die wysiging is al verskeie kere deur die Parlement van die hand gewys weens die onvolledigheid daarvan en die inbreukmaking daarvan op die ouer-kind verhouding en die afdwingbaarheidsprobleme. Dit sal waarskynlik 'n onmoontlike taak wees om alle ouers wat hul kinders lyfstraf toedien, te vervolg. Die implimentering van die huidige Kinderwet veroorsaak reeds probleme.

'n Netelige kwessie is die onvermoë tot eenstemmigheid rakende staatsinmenging in familieverband. Deur die verbod op lyfstraf af te dwing, gaan daar altyd in 'n mate op mense se fundamentele regte inbreuk gemaak word. Dus sal daar beheermaatreëls moet wees. Alhoewel die *Children's Amendment Act* nog nie 'n verbodsbepaling bevat nie, bestaan die moontlikheid dat hierdie inbreukmakende bepaling wel in die huidige wysigingswet, wat nog voor die parlement gebring moet word, kan voorkom.

Daar is geweldig baie onenigheid oor die aanvaarbaarheid, al dan nie, van so 'n drastiese privaatregtelike inbreukmaking. Die wysiging sal moontlik wyer strek as net die kinderreg, indien dit effektief toegepas gaan word. Alhoewel gepoog word om alternatiewe metodes van tugtiging te bevorder, is die vervolging van ouers dalk nie die regte benadering nie. Suid-Afrika moet dus die volkereg en konvensies soos die *CRC* en die *ACRWC* as raamwerk gebruik. Daar moet ook in gedagte gehou word dat Suid-Afrika 'n derdewêreldland is met beperkte hulpbronne (soos byvoorbeeld fondse, maatskaplike werkers en wetstoepassers) en gevolglik sal sodanige wetgewing baie moeilik toegepas kan word.

Na al die navorsing gedoen in hierdie studie, huldig ek die mening dat: daar nie in die Suid-Afrikaanse reg ruimte is vir so 'n drastiese wysiging, wat voorsiening maak vir staatsinmenging in die privaatregtelike ouer-kind verhouding nie. My mening is verder dat daar altyd 'n mate van skeiding tussen die publieke reg en die privaatrege gehandhaaf moet word en dat staatsmag perke moet hê om die burgers te beskerm teen die staat. Ouers moet dus steeds 'n mate van gesag oor hul kinders kan uitoefen en oor die vryheid beskik om hul kinders te kan opvoed op 'n wyse wat gepas is in hul geloof en kultuur, maar wat steeds in die beste belang van die kind is. Dissipline in gesinsverband en respek vir ouers moet as basis van ons reg dien. Indien ouers van hul reg ontnem word om ten minste hul kinders se dissipline te beheer, sal dit gevolglik lei tot rebelse jeug wat geen respek vir die reg het nie. Juis daarom moet die krag van die privaatregtelike ouer-kind verhouding nie onderskat word nie.

Ek steun ook sterk op Mike Waters se siening oor die verdere wysiging van die Kinderwet, wat bepaal dat in plaas van verdere uitbreiding van die kinderreg, die huidige Kinderwet eerder volledig toegepas moet word. Suid-Afrika moet die wêreldklas wetgewing wat hy het, soos die Kinderwet, toepas. Genoegsame hulpbronne moet toegedeel word en wetstoepassers moet verseker dat die Kinderwet sodanig toegepas word, dat beide ouer en kind ten volle daarby kan baat.

BIBLIOGRAFIE

Literatuur

Boeke en hoofstukke in boeke

Cheadle MH “Application” in Cheadle MH (red) *South African Constitutional Law: The Bill of Rights* (2013) Second Edition Lexis Nexis Durban

Currie I & De Waal J *The New Constitutional and Administrative Law* (2008) Juta Kaapstad

Heaton “Parental responsibilities and rights” in Davel CJ & Skelton AM (reds) *Commentary on the Children’s Act* (2007) Juta Kaapstad

Loubser M & Midgley R *Deliktereg in Suid-Afrika* (2010) Oxford Kaapstad

Neethling J & Potgieter JM *Deliktereg* Sesde uitgawe (2010) Lexis Nexis Durban

Robinson JA *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* Derde uitgawe (2009) Printing Things

Schäfer L *Child Law in South Africa: Domestic and International Perspectives* (2011) Lexis Nexis Durban

Skelton A “Constitutional protection of children’s rights” in Boezaart (red) *Child law in South Africa* (2009) Juta Lansdown

Skelton A “Parental responsibilities and rights” in Boezaart T (red) *Child law in South Africa* (2009) Juta Lansdown

Snyman CR *Strafreg* Vyfde uitgawe (2006) Lexis Nexis Durban

Van Heerden B “How parental power is acquired and lost” in Van Heerden B *et al* (reds) *Boberg’s Law of persons and the family* (1999) Juta & Co Kenwyn

Veriava F *Promoting effective enforcement of the prohibition against corporal punishment in South African schools* (2014) PULP Pretoria

Tydskrifartikels

Barnett L “The Spanking Law: Section 43 of the Criminal Code” 2008 *Library of the Parliament of Canada* 1-12

Barrie GN “The best interests of the child: Lessons learned from the first decade of the new millenium” 2011 *TSAR* 126-134

Bekink B “Child divorce: A break from parental responsibilities and rights due to the traditional socio-cultural practices and beliefs of parents” 2012 15(1) *PER* 178-212

Bonthuys E “The best interest of the child in the South African Constitution” 2006 20(1) *IJLPF* 23-43

Bower C “Banning corporal punishment: The South African Experience” 2008 *RAPCAN* 1-18

Bower C “Corporal and humiliating punishment” 2008 *RAPCAN* 1-5

Cameron E “Constitutionalism, rights and international law: The Glenister decision” 2013 23(2) *DJCIL* 389-409

Chriwa DM “The horizontal application of constitutional rights in a comparative perspective” 2006 *LDD* 21-48

Coetzee S & Mienie C “South African educators’ mutually inclusive mandates to promote human rights and positive discipline” 2013 31(1) *PIE* 87-95

“Department of Social Development: Violence against children in South Africa” 2012 *UNICEF*

“Discussion Document: Corporal punishment and discipline in the home by parents and caregivers” 2013 *DSD* 1-36

Durrant JE & Janson S “Law, reform, corporal punishment and child abuse: The case of Sweden” 2005 12(2) *IRV* 139-158

Elliman D & Lynch MA “The physical punishment of children” 2000 83 (3) *ADC* 196-198

“Ending legalised violence against children” 2007 *Save the children Sweden* 1-28

Human CS “n Amerikaanse perspektief op kinderregte en ouerlike gesag-moontlike lesse vir Suid-Afrika” 2003 (3) *TSAR* 276-292

Kleynhans D “Ensuring the protection of children from all forms of corporal punishment: Save the Children Sweden reassures it’s commitment” 2009 5(2) *Article* 19 11

Labuschagne JMT “Ouerlike gewelddaanwending as skending van die kind se reg op biopsigiese outonomie” 1996 *TSAR* 57

Mahlobogwane F “South African courts and the ‘best interest of the child’ in custody disputes” 2005 46 (1) *Codicillus* 30-34

Matthews S, Abrahams N *et al* “Child homicide patterns in South Africa: Is there a link to child abuse?” August 2012 *SAMRC* 1-4

Mamphosa C & Shumba A “Educators’ disciplinary capabilities after the banning of corporal punishment in South African schools” 2010 30 *SAJE* 387-399

Mawdsley RD *et al* “The Best interest of the child: A United States and South African perspective” 2011 35 *JJS* 1-23

Mezmur BD “Spare the rod, spare the child” 2006 2(3) *Article* 19 8-10

Mnookin RH “Child-custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy” 1975 *LCP* 226-293

Mojapelo PM “The doctrine of separation of powers: A South African perspective”
2013 26(1) *Advocate* 37-46

Moyo A “Reconceptualising the ‘paramountcy principle’: Beyond the individualistic
construction of the best interests of the child” 2012 *AHRLJ* 142-177

Pieterse M “Indirect horizontal application of the right to have access to health care
services” 2007 23 *SAJHR* 157-179

Pieterse M Reconstructing the private/public dichotomy? The enforcement of
children’s constitutional social rights and care entitlements 2003 (1) *TSAR* 1-19

Pretorius G “Resolving the dilemma between corporal punishment and human rights
in South Africa” 2010 42(1) *AA* 242-258

Rautenbach C “The modern-day impact of cultural and religious diversity: Managing
family justice in diverse societies” 2014 17(1) *PER* 521-552

Robinson JA “Children’s rights in the South African Constitution” 2003 6 (1) *PER* 21-
79

Sarkin J “The effect of constitutional borrowings on the drafting of South Africa’s Bill
of Rights and interpretation of human rights provisions” 1998 1(2) *JCL* 176-204

Sloth-Nielsen J “The Amendment of Jurisdiction of Regional Courts Act: Implications
for divorce and children 2008” 2011 36 *JJS* 1-18

Smith AB “The state of research on the effects of corporal punishment” 2006 *SPJNZ*
114-127

“South African Catholic Bishops Conference: Parliamentary Liaison Office: Corporal
punishment briefing paper no 169” 2007

“The National Council of Provinces prohibits all forms of corporal punishment: South
Africa” 2007 3(2) *Article* 19 9-10

Van der Walt J “Progressive indirect horizontal application of the Bill of Rights” 2001 17 *SAJHR* 341-363

Van Niekerk J “Promoting positive alternatives to corporal and humiliating punishment” 2009 5(1) *Article 19* 1-12

Venter F “Utilizing constitutional values in constitutional comparison” 2001 4(1) *PER* 1-22

Vreken N “Lyfstraf as tugmiddel: Ja of Nee? Prinsipiële besinning” 2007 401(47) *Woord en Daad* 15-17

Waterhouse S & Ruhukwa E “Ending corporal punishment and other forms of humiliating punishment of children” 2008 4(2) *Article 19* 3-6

Waterhouse S “Status of corporal punishment in the Children’s Amendment Bill law reform process” 2007 3(3) *Article 19* 1-3

Verhandelings en proefskrifte

Maré TJ “’n Kritiese analise van die begrip “Administratiewe Geregtigheid” in die Grondwet, met besondere verwysing na die konkretisering daarvan in die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid, 3 van 2000” (LLD-proefskrif 2008 UV)

Venter I “Die inhoud van ouerlike gesag, quo vadis?” (LLM-verhandeling 2009 UNISA)

Dagblaaië

Govender S “New bid to have spanking banned” *Sunday Times* 29/01/2012

October A “Wetswysigings kan lyfstraf misdaad maak” *Volksblad* 28/08/2012

Regspraak

Antonie v Governing Body Settlers High School 2002 (4) SA 739 (K)

Christian Education South Africa v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (KH)

CM v NG 2012 (4) SA 452 (WK)

Davy v Douglas 1999 (1) SA 1043 (N)

Du Plessis and Others v De Klerk 1996 (3) SA 850 (KH)

Du Preez v Conradie 1990 (3) SA 104 (B)

Girdwood v Girdwood 1995 (4) SA 698 (K)

J v J 2008 (6) SA 30 (K)

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

Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others 2000 (7)
BCLR 713 (KH)

R v Janke 1912 TPD 382

S v DK 2010 (1) SA 447 (KH)

S v Lekgathe 1982 (3) SA 104 (B)

S v M 2008 (3) SA 232 (KH)

S v Williams 1995 (3) SA 632 (KH)

Teddy Bear Clinic for Abused Children and Another v Minister of Justice and
Constitutional Development and Another 2014 (2) SA 168 (KH)

WW v EW 2011 (6) SA 53 (KH)

Wetgewing

Abolition of Corporal Punishment Act 33 van 1997

Children's Amendment Bill B19B of 2006

Children's Amendment Act 41 of 2007

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Grondwet van Swede 1974

Interpretasiewet 33 van 1957

Kinderwet 38 van 2005

Wet op Gesinsgeweld 119 van 1998

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Suid-Afrikaanse Skolewet 48 van 1996

Internasionale Instrumente

African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC)

Convention on the Rights of the Child (CRC)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)

Internetbronne

Mcbain S “Why is the US so reluctant to sign human rights treaties?” 2013 [www.newstatesman.com]; besoek op 23/10/2014.

All African Special Report: Ending legalised violence against children 2007 RAPCAN 10-11[www.rapcan.org.za/]; besoek op 17/05/2014

Bills and Acts Children’s Institute UCT 2010 [www.ci.org.za]; besoek op 24/08/2014

Children’s Rights *Constitutional Court*

[www.constitutionalcourt.org.za/text/rights/know/children]; besoek op 22/07/2014

“Convention on the Rights of the Child” UNICEF [www.unicef.org/crc/index/_30229]; besoek op 10/11/2014

Corporal punishment of children in the USA: Global initiative to end all corporal punishment of children 2014 2

[www.endcorporalpunishment.org]; besoek op 7/09/2014

Demography: Child-Headed households, Children Count

[www.chidrencount.ci.org.za]; besoek op 23/01/2014

DOJ & CD: The courts of South Africa

[www.justice.gov.za/]; besoek op 14/05/2014

De Vos P *Parents soon to become criminals* Constitutionally Speaking 2007

[www.constitutionallyspeaking.co.za]; besoek op 23/03/2014

Fact Sheet: A summary of the rights under the Convention of the Rights of the Child
UNICEF

[www.unicef.org/crc/files/Rights_overview.pdf]; besoek op 23/01/2014

Global initiative to end all corporal punishment [www.endcorporalpunishment.org];
besoek op 27/07/2014

Government of Canada: Canada-South Africa Relations 1-2 [www.southafrica.gc.ca];
besoek op 23/09/2014.

Interview with Prof Julia Sloth-Nielsen ACPF
[www.africanchildinfo.net/fileIndex.php?]; besoek op 26/01/2014

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child 2007
UNICEF 35-36
[www.unicef.org/publications/index_43110.html]; besoek op 23/03/2014

Mangena I *SAHRC concerned about corporal punishment in schools* SAHRC
[www.sahrc.org.za]; besoek op 28/07/2013

Mcbain S “Why is the US so reluctant to sign human rights treaties?” 2013
[www.newstatesman.com]; besoek op 23/10/2014.

Statistiek deur *Childline South Africa*
[www.childlinesa.org.za]; besoek op 13/01/2014

Review of the effects of corporal punishment: working paper April 2013 4
[www.childrenareunbeatable.org.uk/.../effects-of-corporal-punishment.pdf]; besoek
op 22/04/2014

SARK “South African Law Commission Discussion Paper 93: Project 90: Customary
Law” 2000 SARK [www.justice.gov.za/salrc/dpapers/dp93]; besoek op 1/10/2014

The African Charter on the Rights and the Welfare of the Child ACERWC
[[www.acerwc.org/the-african-charter-on-the-rights-and-welfare-of-the-child-acerwc/.](http://www.acerwc.org/the-african-charter-on-the-rights-and-welfare-of-the-child-acerwc/)];
besoek op 23/01/2014

UNICEF: South Africa Statistics

[www.unicef.org/infobycountry/southafrica_statistics.html]; besoek op 23/01/2014

Venter “South Africa: Introductory notes” UP

[web.up.ac.za/files/file/47/15338/southafrica.pdf]; besoek op 31/10/2014

“WKOD: Leerderdissipline en skoolbestuur: ‘n Praktiese handleiding om leerdergedrag te verstaan en te bestuur binne die skoolkonteks: Hoofstuk 8” 2007 *WKOD* [www.wced.school.za/.../Leerder_Dissipline_en_Skoolbestuur.pdf]; besoek op 16/10/2014