

DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE

deur

CORNELIA SOPHIA HUMAN

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes
vir die graad

MAGISTER LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROFESSOR J HEATON

NOVEMBER 1994

**THE ROLE OF THE STATE IN THE PROTECTION OF CHILDREN'S
RIGHTS**

by

CORNELIA SOPHIA HUMAN

SUPERVISOR: PROFESSOR J HEATON

NOVEMBER 1994

OPSOMMING

Internasionale erkenning van die konsep van kinderregte skep die grondslag vir state om op nasionale vlak inisiatiewe te loods wat op die kweek van 'n kinderregtekultuur gerig is, wat sal meebring dat 'n sensitiwiteit vir kinderregte ontwikkel en prioriteit aan die beskerming van daardie regte verleen word. Dit is 'n omvattende taak wat grondwetlike bepalings raak en wetgewing en administratiewe programme vereis ten einde 'n balans te vind tussen ouers se aansprake op gesinsoutonomie en die strewe om in gepaste gevalle aan kinders die bevoegdheid te verleen om self besluite oor hul lewens te neem. Die belangeafweging vind plaas teen die agtergrond van die primêre oorweging van die beste belange van kinders ten opsigte van aspekte wat hulle raak.

SUMMARY

International recognition of the concept of children's rights lays the foundation for states to launch initiatives on national level which are aimed at developing a culture of children's rights. This will lead to an increased sensitivity to children's rights and the fact that priority will be given to the protection of those rights. It is a wide-ranging task which affects constitutional provisions and requires legislation and administrative programmes in order to strike a balance between parents' claims to the autonomy of the family and the attempt to enable children, in suitable instances, to make decisions about their lives themselves. This weighing up of interests takes place against the background of the primary consideration of the best interests of children with respect to aspects which affect them.

Key terms:

Children's rights; Initiatives on national level; Constitutional provisions; Legislation; Administrative programmes; Parents' claims; Autonomy of family; Best interests of children; Balance.

INHOUDSOPGAWE

	Bladsy
1 INLEIDING	1
2 DIE OUER-KIND VERHOUDING: 'N ALGEMENE PERSPEKTIEF	3
I INLEIDING	3
II HISTORIESE PERSPEKTIEF	3
1 Romeinse reg	4
2 Germaanse reg	5
3 Frankiese Ryk	6
4 Romeins-Hollandse reg	7
5 Suid-Afrikaanse reg	8
III MODERNE BENADERING TEN OPSIGTE VAN OUERLIKE REGTE .	9
1 Ouerlike gesag	9
2 Ouerlike gesag teenoor kinderregte	11
3 DIE BEGRIP KINDERREGTE	13
I INLEIDING	13
II KINDERREGTE: 'N FILOSOFIESE OORSIG	13
III DIE AARD VAN KINDERREGTE	15
IV SAMEVATTING	20
4 DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE ...	21
I INLEIDING	21
II ARGUMENTE TEN GUNSTE VAN OUERLIKE OUTONOMIE	23
III DIE ROL VAN DIE STAAT	26
1 Algemene teoretiese oorwegings	26
2 Internasionale ontwikkelings: relevante oorwegings op nasio- nale vlak	31
3 Samevatting	33
5 SUID-AFRIKA - DIE ROL VAN DIE STAAT	34
I INLEIDING	34
II DIE VERHOUDING TUSSEN OUER EN KIND	34
1 Beheer oor die persoon van die kind.....	35
1.1 Bewaring	35
1.2 Die verpligting om onderhoud aan kinders te ver- skaf	36

	1.3	Die opvoedingsplig	38
	1.4	Tugtigingsbevoegdheid	38
	2	Beheer oor die boedel van die kind	39
	3	Beheer oor die regsoprede van die kind	39
III		JUDISIËLE INMENGING IN DIE OUER-KIND VERHOUDING	40
	1	Inleiding	40
	2	Die Gemenerereg	41
	3	Die Statutêre bevoegdheids van die Hooggeregshof	42
	3.1	Die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953	42
	3.2	Die Wet op Egskeiding 70 van 1979	43
	3.3	Die Huwelikswet 25 van 1961	43
	3.4	Die Wet op Kindersorg 74 van 1983	44
IV		GEVOLGTREKKING	45
6		KONSTITUSIONELE HERVORMING EN KINDERREGTE IN SUID-AFRIKA	46
I		INLEIDING	46
II		KOMMENTAAR	47
	1	Die reg op 'n naam en nasionaliteit	47
	2	Die reg op ouerlike versorging	47
	3	Die reg op sekuriteit, basiese voeding en basiese gesondheids- en maatskaplike dienste	48
	4	Die reg om nie verwaarloos of mishandel te word nie	49
	5	Regte ten opsigte van arbeidspraktyke	49
	6	Detensie	49
III		DIE ROL VAN DIE STAAT	50
	1	Praktiese implikasies	50
	2	Konstitusionele hervorming en persoonlike regspluralisme in Suid-Afrika	53
7		GEVOLGTREKKING	55
		BRONNELYS	57

HOOFSTUK 1

INLEIDING

Die begrip "kinderregte" verwys na 'n relatief moderne ontwikkeling en kom in 'n toenemende mate ter sprake.¹ Alhoewel die begrip op internasionale en nasionale vlak gebruik word, bestaan daar meningsverskil oor die inhoud daarvan.² Sommige sien dit as morele bevoegdhe; volgens ander is dit deel van die debat oor tweede en derde generasie menseregte en volgens 'n derde groep verwys die begrip na juridies afdwingbare regte.³

Wat wel duidelik is, is dat kinderregte nie in isolasie bestudeer kan word nie, maar dat die rol wat ouers en die staat speel, besonder relevant is. Kinderregte impliseer immers dat kinders oor die bevoegdheid beskik om self keuses te maak en om beheer oor hul eie lewens uit te oefen. Waar kinders nie oor regte beskik nie, beteken dit dat die beheer en besluitnemingsbevoegdheid oor hulle in óf die staat, óf hul ouers vestig.

Die verhoudings tussen kinders, hul ouers en die staat is uiters kompleks.⁴ Dié kompleksiteit word teweeggebring deur die spanning tussen individuele vryhede en gesinsoutonomie, want kinders word soms toegelaat om eie besluite te neem,⁵ en in ander gevalle word besluite namens hulle óf deur hul ouers,⁶ óf deur die staat geneem.⁷ 'n Belangeafweging om te bepaal wie in gepaste gevalle die besluitnemer is, moet dus plaasvind. Die konsep van kinderregte kan ook die delikate balans tussen individualisme en gesinsoutonomie versteur omdat dit die tradisionele veronderstelling dat kinders oor geen of beperkte bevoegdhe beskik nie en dus primêr van ouerlike versorging afhanklik is, in gedrang kan bring.

'n Deel van die problematiek lê in die historiese benadering van paternalisme teenoor kinders, waar hul ouers, of ander persone in gesagsposisies tradisioneel gesien word as diegene wat in

1 De Villiers "The Rights of Children in International Law: Guidelines for South Africa" 1993 *Stell LR* 289 291.

2 Bevan *Child Law* (1989) 11-13; Cohen *Equal Rights* 1-14; Alston et al *Children, Rights and the Law* in die algemeen.

3 De Villiers 1993 *Stell LR* 291.

4 Davis, Schwartz *Children's Rights and the Law* preface.

5 Byvoorbeeld 'n geëmansipeerde minderjarige.

6 Byvoorbeeld mediese behandeling.

7 Byvoorbeeld ten opsigte van sorgbehoewende kinders.

die beste belang van kinders optree.⁸ Vergelyk byvoorbeeld Hoofregter Warren E Burger se opmerking in *Parham v JR*:⁹

"The law's concept of the family rests on a presumption that parents possess what a child lacks in maturity, experience, and capacity for judgment required for making life's difficult decisions. More important, historically it has recognized that natural bonds of affection lead parents to act in the best interests of their children ..."

Dit is egter nie altyd die geval dat kinders se belange die beste in die gesin gedien word nie en sedert die negentiende eeu het die staat begin om meer betrokke te raak by die beskerming van kinders. Arbeidswetgewing is 'n tipiese voorbeeld wat daarop gerig was om kinders teen hul ouers en teenoor die gemeenskap te beskerm.¹⁰ Die vraag of die staat betrokkenheid by kinders moet toon deur inbreuk op gesinsoutonomie te maak ten einde beskerming te verleen en of betrokkenheid slegs tot regulerende en ondersteunende maatreëls beperk is, beteken dat 'n balans gevind moet word tussen die wyse waarop die moderne gesin funksioneer en die gemeenskap se belang in kinders, ouers en die gesin as instelling. In die proses moet die staat rekening hou met kinders se afhanklikheid, hul jeugdige voortvarendheid en die hoë premie wat op gesinsoutonomie geplaas word.

In die tweede hoofstuk van hierdie skripsie word gekyk na die ouer-kind verhouding as basiselement in die gemeenskap en na die teoretiese vertrekpunt dat kinders se belange die beste binne die gesin gedien word. Weens die beperkte omvang van die skripsie word kinderregte primêr binne die konteks van 'n binne-egtelike kind binne 'n twee-ouergesin bespreek. Hiermee wil geensins afbreuk gedoen word aan die wyse waarop kinderregte in ander ouer-kind verhoudings realiseer nie, byvoorbeeld binne die konteks van die inheemse reg, die verhouding tussen 'n vader en sy buite-egtelike kind, die verhouding tussen 'n kind en pleegsorgouers of aannemende ouers of selfs kinders in enkelouergesinne nie. In hoofstuk drie word met verwysing na die begrip kinderregte 'n oorsig van die ontwikkeling en verskille in benaderings ten opsigte van die posisie van die kind binne die gesin en die gemeenskap gegee. Alleen dan kan in die vierde hoofstuk bepaal word wat die rol van die staat in hierdie driehoekverhouding is, met spesifieke klem op die beskerming van kinderregte. In hoofstuk vyf word die bestaande rol van die staat in die Suid-Afrikaanse konteks beoordeel. In hoofstuk ses word konstitusionele hervorming en die implikasies daarvan op kinderregte in Suid-Afrika bespreek, ook met verwysing na die stukrag wat vanuit 'n internasionale oogpunt aan die erkenning en handhawing van kinderregte gegee word. Hierdie studie word in hoofstuk sewe by wyse van 'n gevolgtrekking saamgevat.

8 De Villiers 1993 *Stell LR* 291.

9 442 US 584 602-603 (1979).

10 De Villiers 1993 *Stell LR* 290.

HOOFSTUK 2

DIE OUER-KIND VERHOUDING: 'N ALGEMENE PERSPEKTIEF

I INLEIDING

Hierdie bespreking val binne die konteks van 'n sosiale en regsorde wat tradisioneel regte aan ouers verleen. Hierdie regte het 'n baie langer geskiedenis van erkenning as die meer moderne konsep van kinderrechte.¹ Die reg se uitgangspunt ten opsigte van die wyse waarop kinders binne die gesin hanteer en opgevoed word, vind uitdrukking in die algemene regsreël dat ouers oor ouerlike mag beskik wat aan hulle die bevoegdheid verleen om besluite ten opsigte van hul kinders se persoon, lewenswyse en boedel te neem.² Hierdie algemene regsreël is stewig in die kultuur en struktuur van die gesin gevestig en die praktiese uitvoering daarvan geskied tipies in terme van volwassenes se verwysingsraamwerk en standarde.³ Dit is teen hierdie agtergrond wat die reg poog om die kompleksiteit van die ouderdomsverskille, verskillende rolspelers en verhoudings van afhanklikheid binne gesinsverband te akkommodeer en wat die fokuspunt in die bestudering van die staat se rol in die beskerming van kinderrechte is.

II HISTORIESE PERSPEKTIEF

Die begrip "ouerlike regte" word konsekwent in 'n historiese konteks gebruik om die verhouding tussen ouer en kind te beskryf.⁴ Veral drie aspekte kom na vore, naamlik die beklemtoning van die ouer se gesag (en onderbeklemtoning van sy verpligtinge); die feit dat die vader van die gesin vir baie jare as die gesagsfiguur gesien is en die moeder 'n minderwaardige rol teenoor die kinders vervul het en derdens die rol van die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges.⁵ Uit die werke van klassieke juriste, historici en filosowe blyk dit dat die ouer in die uitoefening van ouerlike mag gehoorsaamheid en respek van kinders kon eis en dat die

1 Dingwall, Eekelaar & Murray *The Protection of Children* 224.

2 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 592; Spiro *Parent and Child* 30; Lee and Honoré par 152; Barnard et al *Persone- en Familiereg* 365; Dingwall, Eekelaar & Murray *The Protection of Children* 224; Bainham *Children Parents and the State* 4.

3 Dingwall, Eekelaar & Murray *The Protection of Children* 224; Cohen *Equal Rights* 1.

4 Bevan *Child Law* 6.

5 McKnight "Minority and Parental Rights" 9, 11; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 592.

afdwinging daarvan aan die ouer oorgelaat is.⁶ Die ouer oefen nie alleen ouerlike mag uit nie, maar het 'n verpligting om kinders liggaamlik en geestelik te versorg, opvoeding te verskaf, asook sekere verpligtinge ten opsigte van beheer oor die minderjarige se boedel.⁷

1 Romeinse reg

Die *paterfamilias* was die mees senior manlike verwant in die Romeinse huishouding en die *patria potestas* wat hy as hoof van so 'n huishouding kon uitoefen, was onbeperk.⁸ Die omvangrykheid van sy gesagsregte het beteken dat hy oor die reg van lewe en dood (*ius vitae necisque*) ten opsigte van die gesinslede beskik het en hulle selfs kon verkoop het.⁹ Met verloop van tyd is die absolute mag van die *paterfamilias* beperk. Die *ius vitae necisque* het byvoorbeeld verdwyn en die *paterfamilias* het in die plek daarvan slegs 'n matige tugtigingsbevoegdheid oor sy kinders behou.¹⁰ Die beperking van regte het met 'n verskeidenheid van verpligtinge gepaard gegaan, byvoorbeeld die verpligting om onderhoud aan kinders te verskaf en 'n bruidskat (*dos*) aan sy dogter te gee wanneer sy trou.¹¹ Eersgenoemde verpligting het sedert die heerskappy van Antonius (AD 135-161) ontstaan en was wederkerig in die sin dat kinders ook in gepaste gevalle vir hul ouers se onderhoud aanspreeklik gehou kon word.¹²

Die absolute mag wat die *paterfamilias* uitgeoefen het, kan na primitiewe tye teruggevoer word toe die gesin 'n hegte ekonomiese eenheid in 'n landbougeoriënteerde gemeenskap was, met

-
- 6 Davis, Schwartz *Children's Rights* 7 en 7-21 in algemeen; McKnight "Minority and Parental Rights" 11.
- 7 Davis, Schwartz *Children's Rights* 7; McKnight "Minority and Parental Rights" 11; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 592.
- 8 Labuschagne "Die Hooggeregshof as Oppervoog van Minderjariges - 'n Historiese Perspektief" 1992 *TSAR* 353; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 593; Spiro *Parent and Child* 1; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 52.
- 9 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 593; Spiro *Parent and Child* 1; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 82; Van Warmelo *Inleiding tot die Romeinse Reg* 53.
- 10 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 593; Spiro *Parent and Child* 1; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 83; Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 54-55.
- 11 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 593; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 83; Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 55.
- 12 Spiro *Parent and Child* 2.

slegs een persoon aan die hoof daarvan wat alle seggenskap gehad het.¹³ Die omvangryke inhoud van die *patria potestas* het nie tot 'n ouer-kind verhouding in die moderne sin van die woord meegewerk nie en was in beginsel gelyk aan die gesag wat 'n *dominus* oor sy slaaf uitgeoefen het.¹⁴ 'n Seun wat onder die *patria potestas* was, kon byvoorbeeld nie sy *paterfamilias* dagvaar nie, alhoewel 'n *paterfamilias* wat sy magte oorskry het, moontlik aan strafregtelike vervolging blootgestel kon word.¹⁵ Daaropvolgende beperkings wat op die *patria potestas* opgelê is, moet gesien word teen die agtergrond van 'n ontwikkelende Rome, wat vanaf 'n landbou- na 'n handelsgemeenskap verander het, gesinsbande wat losser geword het, die bevoegdheids van afhanklikes wat begin toeneem het en die groter erkenning wat afhanklikes as individue begin kry het.¹⁶ Die toenemende sosiale belang in die beskerming van afhanklikes verklaar die verpligtinge wat nou ook deel van die *patria potestas* gevorm het.¹⁷

2 Germaanse reg

Die *sib* of uitgebreide familiegroep, het sentraal tot die Germaanse sosiale struktuur gestaan met 'n patriarg aan die hoof daarvan.¹⁸ Hy het sy gesag (munt) oor lede van die *sib* uitgeoefen wat aanvanklik, soos in die Romeinse Reg, ook die reg op lewe en dood en die reg om sy vrou en kinders as slawe te verkoop, ingesluit het.¹⁹ Dit was veral onder invloed van die Christelike leer dat die patriarg se munt met verloop van tyd getemper is en die idee dat hy ook verpligtinge aan diegene onderhewig aan sy gesag verskuldig was, ontwikkel het.²⁰ Die patriarg se verpligting om byvoorbeeld vir sy kinders te sorg en beskerming aan hulle te verleen, het al sterker op die voorgrond getree.

13 Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 53.

14 Spiro *Parent and Child* 1; Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 53.

15 Spiro *Parent and Child* 235.

16 Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg* 54-55, 63.

17 Spiro *Parent and Child* 42.

18 Spiro *Parent and Child* 2; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594; Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 312-343; Labuschagne 1992 *TSAR* 353-354.

19 Spiro *Parent and Child* 2; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594; Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 344.

20 Spiro *Parent and Child* 2; Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 344.

Die inhoud van die munt het betekenisvol van dié van die *patria potestas* verskil. Eerstens het die patriarg, anders as die *paterfamilias*, nie vanuit 'n geïsoleerde absolute magposisie opgetree nie, maar is hy deur 'n familieraad bygestaan.²¹ Die patriarg het saam met die familieraad voogdyskap oor onbevoegdes, vrouens en onmondiges uitgeoefen.²² Tweedens kon 'n kind 'n eie boedel besit, alhoewel die vader dit gedurende die kind se onmondigheid bestuur het.²³ Derdens is daar spesifieke ouderdomsgrense gestel waarop seuns mondig geword het en die patriarg se gesag oor hulle beëindig is.²⁴ Laastens het die moeder, anders as in die Romeinse reg, wel oor sekere regte ten opsigte van haar kinders beskik. Haar posisie in hierdie verband was steeds ondergeskik aan die van die patriarg en verdere ontwikkelinge is as gevolg van die resepsie van die Romeinse reg in die sestiende eeu opgeskort.²⁵

3 Frankiese Ryk

Alhoewel die ouerlike mag steeds omvattend was, is dit tog al hoe meer beperk.²⁶ Voogdyskap oor minderjariges is nie meer kollektief deur die *sib* uitgeoefen nie, maar deur individuele voogde. Die koning, as beskermheer van alle onweerbares teen geweld, is geleidelik as oppervoog van minderjariges gesien.²⁷ Hy het sy voogdyskap deur die *curia regis* uitgeoefen en so die *Obervormundschaft* of *suprema tutela* oor alle minderjariges verkry en daarmee is die gedagte van die hof as oppervoog oor alle minderjariges gevestig.²⁸ Die uitstaande kenmerk van hierdie tydperk was egter dat daar 'n transformasie van natuurlike voogdy as 'n somtotaal van regte of bevoegdhede, na een van regte en verpligtinge plaasgevind het.²⁹

21 Labuschagne 1992 TSAR 354.

22 Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 343; Labuschagne 1992 TSAR 354.

23 Spiro *Parent and Child* 2; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594.

24 Spiro *Parent and Child* 2; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594; Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 345; Labuschagne 1992 TSAR 354.

25 Spiro *Parent and Child* 3; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594.

26 Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 383; Labuschagne 1992 TSAR 355.

27 Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 386; Labuschagne 1992 TSAR 355.

28 *Ibid.*

29 Hahlo and Kahn *The South African Legal System* 400.

4 Romeins-Hollandse reg

'n Stelsel van voogdyskap het ontwikkel wat weinig met die Romeinse reg in gemeen gehad het.³⁰ Die moeder het byvoorbeeld ook oor sekere regte ten opsigte van binne-egtelike kinders beskik en dit was daarom meer gepas om na ouerlike gesag en nie net na vaderlike gesag te verwys nie. In die praktyk was die moeder se regte egter ondergeskik aan dié van die vader en is hy deur die buitewêreld as die voog van die kinders gesien.³¹ Die volgende insidente van ouerlike gesag het teen hierdie tyd uitgekristalliseer:³²

- (a) Ouers was vir hul kinders se opvoeding verantwoordelik en kon 'n matige tugtgingsbevoegdheid uitoefen;
- (b) ouers het die verpligting gehad om hul kinders se boedels te bestuur;
- (c) beide ouers se toestemming is vir huweliksluiting van kinders vereis;
- (d) kinders is deur hul ouers in litigasie verteenwoordig;
- (e) met die afsterwe van 'n ouer het die ouerlike gesag in die oorlewende ouer gevestig. 'n Testamentêre voog kon egter aangewys word om die oorlewende gade by te staan;
- (f) 'n wederkerige onderhoudsplig tussen ouers en kinders het bestaan;
- (g) kinders was gehoorsaamheid aan hul ouers verskuldig.

Die ouer-kind verhouding is gekenmerk deur 'n mate van traagheid om eise tussen ouers en kinders te erken. Kinders moes eers *venia agendi* van die hof verkry alvorens hulle hul ouers kon dagvaar.³³ Dié reëling verteenwoordig 'n ontwikkeling vanaf die posisie in die Romeinse reg waar die kind nie die *paterfamilias* kon dagvaar nie, asook wat die volgende aspekte aanbetref:³⁴

- (a) ouers en voogde wat hul pligte versuim het, kon deur gevangenisstraf of deur sekuriteit te verskaf, tot nakoming gedwing word;

30 Spiro *Parent and Child* 3; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 417; Lee *Roman-Dutch Law* 36.

31 Spiro *Parent and Child* 3; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594; Lee *Roman Dutch Law* 36.

32 Spiro *Parent and Child* 3-4; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 594-595; Lee *Roman-Dutch Law* 36.

33 Spiro *Parent and Child* 235-236.

34 *Ibid.*

- (b) die feit dat gesinslede as individue gesien is, het beteken dat daar nou verpligtinge tussen ouers en kinders kon ontstaan, en dat litigasie in beginsel ook tussen ouers en kinders moontlik was;
- (c) *restitutio in integrum* was meer geredelik as 'n remedie teen 'n vader beskikbaar.

5 Suid-Afrikaanse reg

Die historiese oorsig toon 'n evolusie van ouerlike gesag vanaf die alvermoë van die Romeinse *paterfamilias* tot by die Romeins-Hollandse reg waar beide ouers gesag oor binne-egtelike kinders kon uitoefen en ouerlike gesag deur regte en verpligtinge teenoor kinders gekenmerk is. Dit is ook die Romeins-Hollandse reg wat as gemenereg in Suid-Afrika aanvaar is en tot op hede spesifiek die ouer-kind verhouding reël, onderhewig aan statutêre wysigings.³⁵ Die Wet op Voogdy verteenwoordig die mees ingrypende wysiging van die gemenereg en bepaal dat 'n vrou voog is van haar minderjarige kinders gebore uit 'n huwelik en dat sodanige voogdy gelykwaardig is aan dié wat 'n vader kragtens die gemenereg ten aansien van sy kinders het.³⁶ 'n Vader en moeder wat gelyke voogdy oor 'n kind het, is in die afwesigheid van 'n andersluidende hofbevel, elkeen bevoeg om selfstandig en sonder die toestemming van die ander, enige reg of bevoegdheid uit te oefen, of enige plig uit te oefen wat uit daardie voogdy voortspruit.³⁷ Ingevolge 'n voorbehoudsbepaling word sekere uitsonderingsgevalle uiteengesit waarvoor beide ouers se toestemming nodig is.³⁸ Die wet bepaal ook dat slegs die langsliewende gade 'n testamentêre voog mag aanstel en die bevoegdheid wat die vader van 'n binne-egtelike kind tot op datum van die inwerkingtreding van die wet³⁹ gehad het om testamentêr 'n medevoog aan te stel om saam met die moeder op te tree, is afgeskaf.⁴⁰ Die inhoud van die ouerlike gesag volgens die Suid-Afrikaanse reg word in detail bespreek in hoofstuk 5 hieronder.

35 Byvoorbeeld Wet op Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972, Wet op Voogdy 192 van 1993.

36 A 1(1).

37 A 1(2).

38 A 1(2)(a)-(e).

39 1 Maart 1994.

40 A 3.

III MODERNE BENADERING TEN OPSIGTE VAN OUERLIKE REGTE

Die "beste belange" van die kind is 'n konsep wat algemeen in wetgewing, regs literatuur en regspraak gebruik word.⁴¹ Die klem wat op kinders se belange geplaas word bring outomaties die status van ouers in terme van die ouer-kind verhouding in gedrang en bring mee dat die omvang van gesag of beheer wat deur ouers oor hul kinders uitgeoefen word, weer van naderby beskou moet word.⁴²

1 Ouerlike gesag

Natuurlike voogdy word as die grondslag van ouerlike gesag gesien en word in die algemeen as ouerlike regte gekonseptualiseer.⁴³ Die grootste probleem om die omvang van ouerlike gesag te bepaal, lê daarin dat ouerlike regte as sulks nêrens as 'n regs konsep gedefinieer word nie.⁴⁴ Suid-Afrikaanse skrywers soos Spiro bespreek wel die aard van ouerlike gesag en sien dit as 'n somtotaal van ouers se regte en verpligtinge teenoor hul minderjarige kinders wat uit hoofde van hul ouerskap ontstaan.⁴⁵ Dit is volgens hom juis die besondere wisselwerking tussen die regte en verpligtinge wat ouerlike gesag in die besonder kenmerk.⁴⁶ Ander skrywers verwys na ouerlike gesag in die moderne reg as 'n versameling van regte en verpligtinge wat in belang van minderjarige kinders nagekom word.⁴⁷ Van der Vyver en Joubert maak van die begrip "ouerlike mag" gebruik, wat volgens hulle uit kompetensiebevoegdheids bestaan en naas die ouers se verpligtinge ten opsigte van hul minderjarige kinders, die inhoud van daardie ouerlike mag vorm.⁴⁸ Barnard, Cronjé en Olivier omskryf die

41 Sien byvoorbeeld A 6 en 8(1) Wet op Egskeiding 70 van 1979; A 5 Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953; A 30(3) Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993; Heaton "Some General Remarks on the Concept 'Best Interest' of the Child" 1990 *THRHR* 95-99; Mudie "Custody and Access Determination in Divorce - a Family and Developmental Approach" 1989 *De Rebus* 686-690; *Seetal v Pravitha* 1983 3 SA 287 (D) op 864 A-B; *M v R* 1989 1 SA 416 (O) op 420 D-421 G; *B v P* 1991 4 SA 113 (T) 117 C.

42 Bainham *Children, Parents and the State* 4.

43 Bevan *Child Law* 6; Bainham *Children, Parents and the State* 4.

44 Bevan *Child Law* 6; Bainham *Children, Parents and the State* 47; Spiro *Parent and Child* 36, 39-43; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 592.

45 Spiro *Parent and Child* 36, 41-43.

46 Spiro *Parent and Child* 36, 42.

47 *Lee and Honoré* par 137.

48 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 592.

ouer-kind verhouding as 'n *consortium omnis minoritatis* wat teen inbreukmaking deur derdes beskerm kan word.⁴⁹ 'n Uiteensetting van die inhoud van ouerlike gesag kom algemeen in regsliteratuur voor en word aan die hand van bewaring, voogdy en die onderhoudspelig teenoor kinders bespreek.⁵⁰ Daar word binne hierdie kategorisering klem op aspekte soos die ouers se bystand aan 'n kind ten opsigte van regshandelinge, die administrasie van die kind se boedel en beheer oor die persoon van die kind, gelê.⁵¹

Hoe dit ookal sy, in die mate wat die konsep "ouerlike regte" steeds relevant is, ontstaan die vraag in welke mate die konsep versoenbaar is met die klem wat op die beste belange en die regte van die kind geplaas word.⁵² Die beste belange en idee van kinderregte wat voorgehou word, raak noodwendig die wyse waarop ouerlike gesag as ouerlike regte gekonseptualiseer word en die moderne tendens om eerder na ouers se bevoegdhede en verantwoordelikhede as na hul regte en verpligtinge te verwys, is nie verrassend nie. Dickens stel selfs voor dat dit die moderne funksie van ouerlike regte is

"to permit parents to discharge their duties to their children".⁵³

Só 'n definisie bied selfs ruimte vir 'n ekstreme benadering dat ouers geen regte het nie en dat die fokus geheel en al op kinderregte en kinders se beste belange val.

Vergelyk ook die British Law Commission wat ouerskap en die korrekte gebruiksterminologie soos volg uiteensit:⁵⁴

"Parenthood would entail a primary claim and a primary responsibility to bring up the child. It would not, however, entail parental 'rights' as such. The House of Lords in *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* has held that the powers which parents have to control or make decisions for their children are simply the necessary concomitant of their parental duties. This confirms our view that 'to talk of parental "rights"' is not only inaccurate as a matter of juristic

49 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 365.

50 Spiro *Parent and Child* 81-210, 385-444; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 607-614, 626-632; Barnard et al *Persone- en Familiereg* 371-379; Lee and Honoré par 145-149; Boberg *The Law of Persons and the Family* 457-526.

51 *Ibid.* Die aspekte word in meer detail bespreek in hoofstuk 5 hieronder.

52 Bainham *Children, Parents and the State* 4-5.

53 Dickens "The Modern Function and Limits of Parental Rights" 1981 *LQR* 471.

54 Law Commission Working Paper on Custody (1986) No 96 para 7.16 soos aangehaal deur Bainham *Children, Parents and the State* 58.

analysis but also a misleading use of ordinary language. We suggest therefore that the expression should no longer be used in legislation."

Die vraag ontstaan egter of dit enigsins 'n doel dien om in 'n debat oor die korrekte semantiese gebruik betrokke te raak ten einde die basiese gesagstruktuur van die gesinsopset weer te gee.⁵⁵ Of daar nou van "ouerlike gesag", "ouerlike mag", "bevoegdhedede", "regte" of "verpligtinge" gepraat word, bly die basiese ondersoek steeds na dit wat ouers mag en moet doen binne die gesagstruktuur van die gesinsopset. Tog kan die gebruik van vae terminologie die onderskeid tussen ouers se verpligtinge en hul bevoegdhedede teenoor hul kinders onderspeel en die wyse waarop die staat betrokke is om na kinders se belange om te sien, toon dat daar meriete in so 'n onderskeid is.⁵⁶ Wetgewing lê minimum standarde in optrede teenoor kinders neer en dien as tegniese beperkings op die uitoefening van ouerlike gesag.⁵⁷ Waar 'n ouer byvoorbeeld versuim om sy versorgingsplig teenoor sy kinders na te kom, bied dit aan die staat die geleentheid om in te gryp en die versorgingsplig af te dwing.⁵⁸ Daarteenoor beskik ouers oor die bevoegdheid of diskresie om self oor die inhoudelike nakoming van die versorgingsplig te besluit en afhangend van hul finansiële en sosiale posisie, is dit hul keuse hoe die gesinswoning daar uitsien of welke tipe maaltye aan kinders voorgesit word. Hier is die vae maatstaf die beste belange van die kinders, maar daar is geen openbare liggame wat verseker dat die ouers se optrede aan daardie maatstaf voldoen nie. So 'n betrokkenheid vanaf owerheidsweë sal nie alleen onprakties wees nie, maar verteenwoordigend van 'n definitiewe benadering ten gunste van te veel staatsinmenging in die gesin om kinders se aansprake dat hul beste belange gedien word, te bevredig.⁵⁹

2 Ouerlike gesag teenoor kinderregte

Die erkenning en beskerming van kinderregte beteken dat die konsep van ouerlike outonomie in die gedrang kom. In die Westerse kultuur is die verhouding tussen ouer en kind relatief vry van gedetailleerde regsreëls - hoofsaaklik as gevolg van die tradisionele standpunt ten opsigte van die ouerlike magposisie en die kind se natuurlike afhanklikheid en onderwerping aan ouerlike gesag, maar ook omdat dit in die kind se beste belang is en daar behoefte is aan⁶⁰

55 Bainham *Children, Parents and the State* 32.

56 Bainham *Children, Parents and the State* 58; Dickens 1981 *LQR* 462.

57 Byvoorbeeld Wet op Kindersorg 74 van 1983.

58 A 50 Wet op Kindersorg 74 van 1983.

59 Bainham *Children, Parents and the State* 59.

60 McKnight "Minority and Parental Rights" 9-10.

"[an] unbroken continuity of affectionate and stimulating relationship with ... adult[s]".

So 'n deurlopende verhouding tussen ouer en kind verteenwoordig die mees kritieke behoefte van 'n kind in sy posisie van afhanklikheid en verleen steun aan 'n beleid van minimale owerheidsinmenging, onderhewig aan sekere uitsonderings. Die ouer-kind verhouding is dus grootliks op morele en etiese oorwegings geskoei en ouers beskik oor 'n wye diskresie. Sou die gemeenskap van oordeel wees dat hierdie oorwegings nie die beste belange van 'n kind in 'n gegewe situasie dien nie, is die alternatief dat die staat ingryp - gesien die feit dat die gesin so 'n dominante en betekenisvolle instelling is en dit omvangryke gevolge inhou indien dit as instelling sou faal.⁶¹

Die erkenning van kinderregte beteken egter dat kinders ook as outonome wesens gesien word in 'n wêreld waar die tradisionele ouerlike gesag en oorheersing besig is om 'n gedaanteverwisseling te ondergaan.⁶² Die gedaanteverwisseling beteken dat ouerlike mag nie meer in absolute terme gestel kan word nie, maar dat daar in gepaste gevalle 'n verskuiwing van besluitnemingsbevoegdhede ten opsigte van kinders kan wees - hetsy deur die ouers, die kinders self, of selfs deur die staat. Hierdie aspek word in meer detail bespreek in hoofstuk 3 hieronder.

61 McKnight "Minority and Parental Rights" 9-10; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 2nd edition 4.

62 McKnight "Minority and Parental Rights" 9-10.

HOOFSTUK 3

DIE BEGRIP KINDERREGTE

I INLEIDING

Kinderregte is geen vanselfsprekende verskynsel nie. Inteendeel, die regsposisie van kinders is 'n sosiologiese verskynsel wat saamhang met die siening van die betrokke samelewing soos duidelik blyk uit enige historiese skets wat op die gesin as samelewingseenheid fokus.¹ So bring die natuurlike hulpeloosheid en afhanklikheid van kinders reeds eeue lank mee dat hulle as voorwerp van ouerlike versorging gesien word.² Hierdie beskerming en versorging weerspieël die gemeenskap se amptelike posisie ten opsigte van kinders - dit word as die beste wyse gesien om uitdrukking aan die ouer-kind verhouding te verleen.³

II KINDERREGTE: 'N FILOSOFIESE OORSIG

Met die uitsondering van antieke tye toe daar geen sprake van regte vir kinders binne die barbaarse stamgroepe was nie, toon die werke van klassieke historici, filosowe en juriste 'n universele reg van kinders op onderhoud, beskerming en opvoeding teenoor hul ouers waarna as die "oorspronklike verpligting" verwys word.⁴ Filosowe soos Hobbes, Locke, Rousseau, Hegel, Kant en Mill lewer kommentaar op ouers se dominium oor hul kinders, die aard van hul verpligtinge teenoor hul kinders en filosofeer oor kinderregte. Hierdie filosowe se werke dek 'n tydperk van sowat 300 jaar vanaf die sestiende eeu met sterk klem wat op 'n paternalistiese benadering teenoor kinders geplaas word.⁵

Hobbes verwys byvoorbeeld na "paternal dominion", alhoewel hy nie die moontlikheid uitsluit dat dominium in gepaste gevalle in die moeder kan setel nie.⁶ Hy sien die ouer-kind verhouding as een wat op vrees gebaseer is en sy benadering is dat kinders oor geen

1 Penning "The Children's Right Movement" 51.

2 Cohen *Equal Rights for Children* vi.

3 Cohen *Equal Rights for Children* vii; Bainham *Children, Parents and the State* 5.

4 Davis, Schwartz *Children's Rights* 3.

5 De Villiers 1993 *Stell LR* 291-292; Davis, Schwartz *Children's Rights* 11-14.

6 Hobbes *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiasticall and Civil* 131 (W Marriott trans. 1955) soos aangehaal deur Davis, Schwartz *Children's Rights* 11-12.

natuurlike regte beskik nie.⁷ John Locke verkies om eerder van die begrip "parental power" gebruik te maak en volgens hom vind ouerlike gesag beslag in 'n goddelike verpligting wat aan ouers opgedra word. Hy sien ouerlike gesag as tydelik van aard en meen dat dit slegs voortduur tot op die stadium wat 'n kind sodanige intellek en ouderdom ontwikkel het om deel van die volwasse wêreld te word.⁸ Hegel beskou die gesin as 'n juridiese entiteit met die vader aan die hoof daarvan wat die gesinskapitaal, naamlik die gesin se gemeenskaplike bates, moet bestuur.⁹ Binne hierdie konteks verduidelik hy dan ouers en kinders se regte teenoor mekaar en verklaar hy in die besonder die volgende:¹⁰

"Children have the right to maintenance and education at the expense of the family's common capital."

John Rawls se benadering verteenwoordig 'n nuwe filosofiese beskouing en volgens hom behoort ouers binne die konteks van ouerlike gesag tog in oorleg met hul kinders ten opsigte van sekere aspekte op te tree.¹¹ Hy argumenteer dat kinders binne die perke van hul bevoegdheids, deel van die aanvanklike sosiale kontrak is en dat hul betrokkenheid toeneem soos bevoegdheids ontwikkel.¹²

Die filosofiese benaderings tot die grondslag en aard van kinderregte in die 20ste eeu kan soos volg opgesom word:¹³

- (1) Kinders is nie bates waarvoor vryelik beskik kan word nie, maar is persone ingevolge die reg en is geregtig op beskerming waar op hul regte inbreuk gemaak word.
- (2) Kinders het hul eie bestemming en moet, afhangend van hul vlak van volwassenheid, ook betrokke wees in die realisering daarvan.

7 Molesworth *Hobbes: Leviathan* (1839-1945) 257 soos aangehaal deur De Villiers 1993 *Stell LR* 291.

8 Locke *Two Treatises of Civil Government* (1955) 117 1st edition soos aangehaal deur Davis, Schwartz *Children's Rights* 12-13.

9 Hegel *Hegel's Philosophy of Right* (1942) 117 soos aangehaal deur Davis, Schwartz *Children's Rights* 13.

10 *Ibid.*

11 Rawls *A Theory of Justice* (1972) 250 soos aangehaal in De Villiers 1993 *Stell LR* 292.

12 *Ibid.*

13 Cohen *Equal Rights for Children* 5-7.

- (3) Alhoewel kinders oor regte beskik, kan hul weens hul mate van onvolwassenheid nog nie daardie regte ten volle realiseer nie. Dit beteken dat hulle steeds hulp en leiding moet ontvang.
- (4) Ouerlike mag is nie onbeperk nie en ouers het 'n verpligting om hul kinders op te voed. Hierdie verpligting het 'n tydelike aard en kom tot 'n einde wanneer die kind volwassenheid bereik.

In *Children, Rights and the Law*,¹⁴ lewer moderne skrywers soos Campbell,¹⁵ O'Neill,¹⁶ Freeman,¹⁷ en Eekelaar¹⁸ bydraes oor die filosofiese onderbou van kinderregte en konsentreer hulle veral op die morele grondslag van daardie regte. O'Neill lê klem op die idee van morele verpligtings wat aan kinders verskuldig is en dat dit die etiese grondslag van kinderregte vorm. Die ander drie skrywers is egter van mening dat dit die morele regte van kinders is, wat die korrekte etiese vertrekpunt ten opsigte van kinderregte vorm.

Hoe dit ookal sy - dit is eenvoudig om bewerings oor kinderregte te maak, of selfs wetgewing te verorden wat daaraan beslag gee. Die oortuigingskrag en suksesvolle implementering van 'n konsep van kinderregte en verbandhoudende wetgewing word egter bepaal deur die mate waarin dit deur 'n ideologie of beginsels wat regverdiging daaraan verleen, gerugsteun word. Dit is juis gesprekvoering oor die filosofiese onderbou van kinderregte wat 'n wesenlike bydrae tot die ideologiese regverdiging van kinderregte lewer.

III DIE AARD VAN KINDERREGTE

Die regte van kinders het eers gedurende die tweede helfte van die vorige eeu begin om formeel beslag te kry en kan teruggevoer word na die stigting van die Society for the Prevention of Cruelty to Children in die VSA in 1875.¹⁹ 'n Artikel met die titel "The Rights of Children" het in 1892 verskyn waarin die aandag gewy is aan die beskerming van kinders op 'n tydstip toe daar nog geen wetgewing in hierdie verband was nie en daar op wetgewing wat dieremishandeling

14 Alston et al *Children, Rights and the Law* in die algemeen.

15 Campbell "The Rights of the Minor" 1-23.

16 O'Neill "Children's Rights and Children's Lives" 24-42.

17 Freeman "Taking Children's Rights more Seriously" 52-71.

18 Eekelaar "The Importance of Thinking that Children have Rights" 221-235.

19 Swanepoel, Wessels *Praktiese Benadering* 1; Penning "The Children's Rights Movement" 52.

verbied het, gesteun moes word.²⁰ Hierna het skrywers begin om in 'n toenemende mate op tweërlei wyse aandag aan die regsposisie van kinders te skenk. Eerstens is op die beskerming van kinders teen gevare in die samelewing gewys en tweedens is voorspraak vir wetgewing gemaak om kinders teen mishandeling, verwaarlosing, ensovoorts te beskerm.²¹

Hierdie versorgings- of beskermingsbenadering, ook bekend as die leerstuk van beste belange, verteenwoordig breedweg een hoofstroom in die rewolusie van idees oor kinderregte. In die mate wat kinderregte dus ter sprake kom, is dit binne die konteks van beskermende maatreëls met 'n paternalistiese aard en is die vertrekpunt dat kinders die grootste voordeel uit 'n omgewing gebaseer op ouerlike outonomie en beheer put.²² Die staat se besorgdheid oor kinders blyk gevolglik uit wetgewing wat die verhouding tussen kinders en ouers asook tussen kinders en die breër samelewing reël.²³

Tog het stemme begin opgaan, veral sedert die sestigerjare, dat die bevordering van kinders se belange en welsyn nie gelykgestel kan word met die beskerming van kinderregte nie.²⁴ Die grondslag van die onderskeid lê daarin dat die welsynsbeginsel teenstrydig met die idee van kinderregte is, omdat dit nie die reg van kinders om hul eie besluite te neem ondersteun nie, maar wel die reg van volwassenes om besluite namens kinders te neem.²⁵ Die beskermende benadering is dus nie meer voldoende nie, veral omdat dit kinders se status en waardigheid as individue aantast en daar gearchumenteer word dat die regte wat aan volwassenes verleen word, ook na kinders uitgebrei moet word.²⁶ Hierdie sienswyse verteenwoordig breedweg die ander hoofstroom van idees oor kinderregte en beklemtoon met ander woorde die posisie van die kind as individu en as aktiewe lid van die gemeenskap wat ook oor selfstandige

20 Swanepoel, Wessels *Praktiese Benadering* 1; Penning "The Children's Rights Movement" 53.

21 Penning "The Children's Rights Movement" 52.

22 *Ibid.*

23 Bevan *Child Law* 11; Bainham *Children, Parents and the State* 5, 7-8.

24 Bainham *Children, Parents and the State* 5; Bevan *Child Law* 11.

25 *Ibid.*

26 Cohen *Equal Rights for Children* viii.

besluitnemingsbevoegdheid beskik.²⁷ Cohen verwys na John Holt en Richard Farson, twee kampvegters wat hulle vir kinders se reg op selfbeskikking beywer en wat verklaar dat.²⁸

"[c]hildren should have the right to decide matters that affect them most directly."

Dit beteken dat wat ookal nodig is om hieraan uitvoering te gee ten einde ouers se beheer oor hul kinders te verminder, as 'n kinderreg geklassifiseer kan word.²⁹

Volgens Bainham is die leemte in hierdie argument dat dit verkeerdelik veronderstel dat kinders slegs een tipe reg het wat breedweg aan selfbeskikking gelykgestel kan word.³⁰ Tog is 'n besondere kenmerk van die konsep van kinderregte juis die veelvoudige aard daarvan en dat dit elemente van beskerming aan kinders inhou, maar ook onafhanklikheid aan hulle verleen. Freeman verwys byvoorbeeld na die volgende tipes regte waarvoor kinders beskik:³¹

- (a) Welsynregte: Hierdie regte behels fundamentele aansprake op voordele soos huisvesting, onderhoud en mediese versorging.
- (b) Die reg op beskerming teen gevare in die samelewing. Openbare inmenging word beklemtoon om leed aan kinders te voorkom, insluitend mishandeling of verwaarlosing deur ouers.
- (c) Die reg om soos volwassenes behandel te word. Hier word onder andere daarop aangedring dat ouderdom geen rasonale grondslag vir 'n onderskeid met volwassenes bied nie.
- (d) Vryheidsregte: Dit behels die reg op outonomie en groter erkenning op selfbeskikking aan kinders, hul bevoegdheid om onafhanklik besluite te neem en vryheid van ouerlike beheer.

27 Bevan *Child Law* 11; Cohen *Equal Rights for Children* 8, 13-14.

28 Cohen *Equal Rights for Children* 13-14; sien in algemeen Foster and Freed "A Bill of Rights for Children" 1972 *FLQ* 343-375.

29 Cohen *Equal Rights for Children* 13-14.

30 Bainham *Children, Parents and the State* 6.

31 Freeman *The Rights and Wrongs of Children* 40-52.

Bydraes deur Eekelaar,³² Wald,³³ Coons en Mnookin³⁴ toon dat dit 'n ooreenvoudiging sou wees om 'n ondersoek na die aard van kinderegte te beperk tot die vraag of dit oor kinders se reg op versorging, of die reg op groter selfbeskikking gaan. Die waarde van hierdie bydraes lê daarin dat dit 'n raamwerk bied waarteen elke aanspraak wat as 'n kinderegte voorgehou word, werklik diepliggend geanaliseer kan word. So 'n analise skep die geleentheid om ook oor die wenslikheid van die verlening van 'n spesifieke kinderegte te besin, asook die wyse waarop so 'n reg bevorder en afgedwing kan word.

Eekelaar maan byvoorbeeld tot omsigtigheid.³⁵

"Hence we should be careful to understand that when we talk about rights as protecting interests, we conceive as interests only those benefits which the subject himself or herself might plausibly claim in themselves."

Dit is onvermydelik dat volwassenes se waardes by hierdie besluitnemingsproses betrek word as gevolg van kinders se gebrekkige oordeel of inligting om 'n besluit in hul eie beste belang te neem.³⁶

"[I]t is necessary therefore to make some kind of imaginative leap and guess what a child might retrospectively have wanted once it reaches a position of maturity."

Eekelaar verkies om drie groeperinge van belange voor te hou wat as grondslag vir kinders se aansprake kan dien, naamlik basiese belange,³⁷ ontwikkelingsbelange³⁸ en die belang in outonomieit.³⁹ Die wyse waarop die aansprake as kinderegte gerealiseer het, illustreer die rol

32 Eekelaar "The Emergence of Children's Rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161-182.

33 Wald "Children's Rights: A Framework for Analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255-282.

34 Coons and Mnookin "Toward a Theory of Children's Rights" 391-398.

35 Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 169.

36 Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170.

37 Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170, byvoorbeeld die behoefte aan fisiese, psigiese en intellektuele versorging.

38 Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 170, byvoorbeeld 'n kind se belang dat sy/haar vermoëns optimaal ontwikkel word, gegewe so 'n kind se besondere omstandighede.

39 Eekelaar 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 171, byvoorbeeld 'n kind se belang daarin om outonome besluite te neem, vry van ouerlike gesag.

van die staat om die aansprake as kinderregte te erken en/of te beskerm. Vergelyk byvoorbeeld 'n kind se belang in fisiese en emosionele versorging wat in terme van die Children and Young Persons Act 1969 in 'n reg omskep word deur staatsinmenging toe te laat waar 'n kind se

"proper development is being avoidably prevented or neglected or his health is being avoidably impaired or neglected or he is being ill-treated."⁴⁰

Wald verduidelik vier tipes aansprake, wat met die eerste oogopslag met Freeman se kategorisering van kinderregte ooreenstem. Hy bespreek⁴¹

- (a) regte teenoor die wêreld, byvoorbeeld die reg op mediese sorg, beskerming en behuising;
- (b) aansprake op groter beskerming vanaf staatsweë, veral beskerming teen ouers;
- (c) die reg op volwassenes se status; en
- (d) die reg van kinders om voor emansipasie vry van ouerlike gesag op te tree.

Die verskil met Freeman se kategorisering lê daarin dat Wald verkies om breedweg van aansprake praat en nie elke kategorie sondermeer as 'n kinderreg sien nie. Elke van die groeperinge beskik oor sekere tipiese karaktereienskappe wat volgens hom relevant is om te bepaal of 'n aanspraak as 'n kinderreg geklassifiseer kan word, al dan nie.⁴² Die regte teenoor die wêreld behels in wese algemene, morele en sosiale oogmerke wat nagestreef word en beklemtoon die rol van die wetgewer om daardie oogmerke te realiseer. Kinders se sosiale en juridiese status word nie noodwendig deur hierdie tipe regte verhoog nie, maar beklemtoon eerder hul afhanklikheid van volwassenes.⁴³ Soos Eekelaar, dui Wald se analise in elke geval ook aan wat die verbandhoudende rol van ouers, maar veral van die staat is om kinderregte te realiseer.

Coons en Mnookin wys op die waarde van 'n stewige teoretiese onderbou ten einde kinderregte te analiseer. Hiermee wil hulle geensins sê dat bydraes wat tot dusver deur kampvegters vir kinderregte gelewer is, irrelevant is nie, maar dat daar groter aandag aan die

40 A 1.

41 Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 260, 261, 265, 270.

42 Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 260.

43 Wald 1979 *University of California Davis Law Review* 260-261.

teorie van kinderregte bestee moet word ten einde suiwerheid van formulering mee te bring.⁴⁴ Teen die agtergrond van die onbepaalbaarheid en vaagheid van die begrip "beste belange" van kinders, lê hulle klem op die funksie van die reg om 'n raamwerk te bied vir die verdeling van besluitnemingsbevoegdhede tussen ouers, kinders en die staat.⁴⁵ Die primêre vraag is dus *wie* die besluite moet neem en *nie wat* besluit moet word nie en dat hierdie benadering meriete het om teoretiese gebreke uit te wys, blyk uit die wyse waarop die belangrikste twee benaderings tot kinderregte ontleed word.⁴⁶ Tot dusver kon diegene wat hulle byvoorbeeld vir groter selfbeskikking aan kinders beywer het, geen teoretiese regverdiging bied om besluitnemingsbevoegdhede aan 'n tweejarige te verleen, of verduidelik op watter stadium kinders die bevoegdheid moet verkry om self besluite oor hul lewens te neem nie. Dit is dus onduidelik wie in sekere gevalle besluite namens kinders moet neem. Daardie groepering wat die kind se reg op beskerming voorop stel, is teoreties ook op wankelrige bene indien gevra word wie besluite moet neem. Hulle beywer hulle vir groter betrokkenheid vanaf owerheidsweë ter beskerming van kinders maar bied geen bevredigende uiteensetting van die omvang van staatsinmenging in die gesinslewe nie. Die bydrae van Coons en Mnookin illustreer opnuut die komplekse aard van kinderregte, maar ook die belangrike rol van die staat om in beleidsbesluite rakende kinders, deeglike oorweging aan daardie komplekse aard te verleen.

IV SAMEVATTING

Dit blyk uit voorafgaande uiteensetting dat kinderregte op sekere juridiese veronderstellings ten opsigte van kinders se outonomie en ouerlike outonomie berus, maar dat daar ook 'n noue verweefdheid met morele en sosiale oorwegings rondom die posisie van die kind in gesinsverband en die groter samelewing is. Dit is duidelik dat veranderende sosiologiese patrone meegebring het dat daar 'n betekenisvolle verskuiwing plaasgevind het na uitgebreide verantwoordelikhede wat op ouers geplaas word om in meer as die basiese behoeftes van kinders te voldoen en dat kinders se aansprake op nakoming daarvan duidelik as kinderregte gekonseptualiseer word. Die taak word aan die staat opgedra om hierdie oorwegings te akkommodeer in die wyse waarop beslag gegee word aan die idee dat kinders sosiaal relevante wesens is met regtens beskermingswaardige belange.

44 Coons and Mnookin "Toward a Theory of Children's Rights" 392.

45 Coons and Mnookin "Toward a Theory of Children's Rights" 394-396.

46 Coons and Mnookin "Toward a Theory of Children's Rights" 397.

HOOFSTUK 4

DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE BESKERMING VAN KINDERREGTE

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration.

(Principle 2 - United Nations Declaration of the Rights of the Child GA Res 1386 19 UN Doc A/4354 (1960)).

I INLEIDING

'n Ondersoek na die rol van die staat in die beskerming van kinderrechte, moet binne die breë en omvangryke konteks van die transformasie in die ouer-kind gesagsverhouding en die rewolusie in idees oor kinderrechte gesien word.¹ Uit 'n historiese perspektief blyk dit duidelik dat die staat se regulering van alle aspekte van die gesinslewe glad nie ewigdurend of selfs voor-die-handliggend is nie.² Op spesifieke momente in tyd was wetgewing rakende kinders afwesig of slegs in 'n beperkte mate aanwesig. Vergelyk die antieke stamgroepe waar 'n kind by geboorte onmiddellik deel van die familiegroep, synde die dominante sosiale instelling, geword het en daar geen sentrale owerheid of statutêre ingrype binne familieverband was nie.³ In die stadstate van antieke Rome was die vryburgers in 'n groot mate homogeen in hul lewenswyse en godsdienstige beginsels en hierdie norms was sterk genoeg om huweliks- en gesinstabiliteit te verseker en dus was staatsregulering onnodig.⁴ Met Rome as wêreldryk en 'n heterogene bevolkingsamestelling het regulering deur die staat 'n vereiste geword en in die tydperk toe die staat se mag begin kwyn het, het die universele kerk die rol as sentrale maghebber oorgeneem.⁵ Na die Hervorming het die staat weer begin om sy regulerende rol te speel en tot bykans die negentiende eeu word die kerngesin en nie meer die familiegroep nie, deur die staat as outonome eenheid gesien met die vader as gesagsfiguur aan die hoof daarvan.⁶ Hierdie was 'n geleidelike proses gewees:⁷

1 Sien in algemeen hoofstukke 2 en 3 hierbo.

2 Glendon State, *Law and Family* preface; Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 605.

3 Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 605.

4 Glendon State, *Law and Family* preface; Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 605-606.

5 Glendon State, *Law and Family* preface.

6 Glendon State, *Law and Family* preface; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 287.

"Its (the family's) legal, political and economic functions declined before the ever encroaching march of the institutions of the modern state ...

Furthermore, the power of the state undermined the influence of the kin and thus increased the isolation and privacy of the nuclear family ..."

Arbeidswetgewing en ander statutêre bepalings gerig op die beskerming van kinders was die resultaat van 'n besef dat die ouers en die gesin nie noodwendig die beste bron van beskerming en versorging van kinders is nie.⁸ Hiermee is inbreuk gemaak op die idee dat die gesin 'n outonome onskendbare eenheid is en kinders die eiendom van hul ouers is waarmee na willekeur gehandel kan word.⁹ Die staat toon 'n bereidwilligheid om in te meng waar daar probleme binne gesinsverband is en bevestig daardeur dat die versorging van kinders 'n maatskaplike verantwoordelikheid behels.¹⁰

Tog kom die vraag ter sprake of die staat se versorgingsbenadering en beskermende maatreëls werklik kinders se belange bevorder.¹¹ De Langen skryf soos volg:¹²

"Het lijkt niet overdreven te zeggen dat veel misverstand en misschien zelfs onrechtvaardig en in ieder geval voor de jeugdige onbegrijpelijk optreden is te wijten aan de omstandigheid, dat men te lang heeft gemeend te weten wat het belang van het kind eiste zonder uit te gaan van de outonome gedachten, behoeften en wensen van dat kind."

Die wyse waarop die staat se beskermende funksie ten opsigte van kinders bevraagteken en selfs gekritiseer word omdat dit kinders se behoeftes en wense ignoreer, dui op 'n ander ideologie. Dié ideologie vereis dat kinders in gepaste gevalle voldoende geleentheid gebied behoort te word om selfstandig besluite te neem en hul eie belange te behartig.¹³

7 Glendon State, *Law and Family* 324-325.

8 Bevan *Child Law* 6-9, 11-13; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 287; Swanepoel, Wessels *Praktiese Benadering* 1-6.

9 Eekelaar *Family, Law and Social Policy* 274; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 287.

10 Eekelaar *Family Law and Social Policy* 274-275; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 287.

11 Sien in algemeen hoofstuk 2 hierbo; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 287; Cohen *Equal Rights for Children* 7-8.

12 De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé en gezinsleven" 287.

13 Cohen *Equal Rights for Children* 7-10.

Weer eens bevestig die beskermings- en selfbeskikkingsbenaderings ten opsigte van kinders die komplekse driehoekverhouding tussen die staat, ouers en kinders. Waar die staat sy beskermende rol teenoor kinders vervul, bestaan daar spanning - dit kan strydig met die idee van gesinsoutonomie rakende die opvoeding van die kind wees. Sou die staat weer beperkings op kinders plaas, kan dit weer in konflik met die beginsel van kinders se reg op selfbeskikking wees. Beide aspekte verteenwoordig belangrike waardes en die taak word aan die staat opgedra om in sy optrede ten opsigte van kinders en hul regte 'n balans daartussen te vind.¹⁴

II ARGUMENTE TEN GUNSTE VAN OUERLIKE OUTONOMIE

'n Benadering ten gunste van ouerlike outonomie impliseer dat die staat aan ouers se besluite rakende die opvoeding en versorging van hul kinders voorkeur gee en daar slegs 'n beperkte mate van statutêre inmenging in die gesinsoutonomie is. Goldstein, Freud en Solnit lewer in *Before the Best Interests of the Child* 'n sterk argument dat kinders 'n basiese reg op gesinsintegriteit het en dat daar streng beperkings op die staat se magte moet wees om in die ouer-kind verhouding in te meng.¹⁵ Volgens hulle vereis die komplekse ontwikkelingsfases in 'n kind se lewe:

"the privacy of family life under guardianship by parents who are autonomous."¹⁶

Die ouerlike reg op vryheid teen staatsinmenging word op hierdie wyse as 'n reg van die kind geformuleer. Hiervolgens het 'n kind 'n reg daarop dat ouers die geleentheid gebied moet word om psigologiese bande met hom/haar te ontwikkel, vry van staatsinmenging. In die mate wat die bande gesmee word, het die kind ook 'n reg daarop dat daardie bande gehandhaaf word, vry van staatsinmenging.¹⁷

Ter ondersteuning van hul beleid van minimum staatsinmenging verwys Goldstein et al na die regstelsel se gebrek aan hulpbronne en aan sensitiwiteit om op die behoeftes van 'n kind te reageer. Hulle sê:

14 Bainham *Children, Parents and the State* 7-8; Cohen *Equal Rights for Children* 3-5; 8.

15 Goldstein et al *Before the Best Interests of the Child* 10.

16 Goldstein et al *Before the Best Interests of the Child* 9.

17 Eekelaar *Family Law and Social Policy* 173; Hoggett, Pearl *The Family Law and Society* 385.

"... the law does not have the capacity to supervise the fragile, complex interpersonal bonds between child and parent. As *parens patriae* the state is too crude an instrument to become an adequate substitute for flesh and blood parents. The legal system has neither the resources nor the sensitivity to respond to a growing child's ever-changing needs and demands."¹⁸

Die gronde vir inmenging wat deur hulle voorgelê word, word eng omskryf en verwys na gevalle waar die ouers sterf, die kinders verlaat, seksuele oortredings pleeg wat tot 'n kriminele veroordeling lei, liggaamlike beserings aan 'n kind toedien of weier om mediese versorging van die kind te magtig. Die gronde wat deur Goldstein et al genoem word, verteenwoordig situasies waar statutêre inmenging presies gedefinieer word en ook die bevoegdheid van staatsdepartemente en die hoër om inbreuk op die ouer-kind verhouding te maak, beperk en deeglik omskryf word.¹⁹ Emosionele of psigologiese skade word spesifiek uitgesluit, onder andere op grond daarvan dat dit nie presies genoeg omskryf kan word ten einde 'n billike waarskuwing aan ouers te gee nie en die diskresie aan owerheidsinstansies om in sulke gevalle op te tree, te wyd is.²⁰

Bogenoemde eng gronde vir staatsinmenging laat baie duidelik die skaal ten gunste van ouers se belange swaai.²¹ Dingwall en Eekelaar kritiseer die benadering ten gunste van ouerlike outonomie en beskou dit eerder as 'n politieke teorie wat die moontlikheid van onafhanklike regte aan kinders ontken.²² 'n Teorie oor kinderregte verleen immers uitdrukking aan aansprake wat hul belange in beginsel bevorder en nie bloot toevallig nie. 'n Onbelemmerde ouer-kind verhouding kan netsowel 'n kind benadeel en kan daarom moeilik in terme van 'n kinderreg gedefinieer word.²³ Die erkenning en beskerming van kinderregte vereis noodwendig dat daar op ouerlike outonomie 'n inbreuk gemaak sal word.²⁴

18 Goldstein et al *Before the Best Interests of the Child* 11-12.

19 Eekelaar *Family Law and Social Policy* 173; Hoggett, Pearl *The Family Law and Society* 385.

20 Goldstein et al *Before the Best Interests of the Child* 77; Freeman "Freedom and the Welfare State: Child Rearing, Parental Autonomy and Social Intervention" 1983 *Journal of Social Welfare Law* 73-79.

21 Bainham *Children, Parents and the State* 78-79.

22 Dingwall and Eekelaar "Rethinking Child Protection" 104-106.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

Freeman evalueer ook die teorie van ouerlike outonomie wat deur Goldstein et al voorgedhou word, maar hy doen dit aan die hand van vier gevallestudies.²⁵ Sy gevolgtrekking stem ooreen met dié van Dingwall en Eekelaar, naamlik dat 'n beleid van nie-inmenging dikwels leed vir kinders kan inhou. Hy is ten gunste van beheerde inmenging in die gesinslewe om na kinders se belange om te sien deur

"... an activist, committed judiciary capable of forging principles with the collaboration of other disciplines involved."²⁶

Die konflik tussen ouerlike outonomie en kinderregte kan volgens Eekelaar opgelos word deur die verwagting dat ouers hul kinders se beste belange sal nastreef. 'n Versuim om daaraan te voldoen, ontlok sosiale kritiek en afkeer en in omskrewe gevalle word sosiale aanspreeklikheid in juridiese aanspreeklikheid omskep.²⁷ Die grondslag vir ouers se aanspreeklikheid, sosiaal of juridies

"... is that, given existing social and economic restraints, all children should have an equal opportunity to maximise the resources available to them during their childhood (including their inherent abilities) so as to minimize the extent to which they enter adult life affected by avoidable prejudices incurred during childhood."²⁸

Die mate waarin die staat bereid is om die kind se basiese reg op ontwikkeling te beskerm, word bepaal deur die mate van bereidwilligheid om inbreuk op ouerlike outonomie te maak en behels volgens Eekelaar in die finale instansie 'n politieke besluit.²⁹

In "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their 'Rights'"³⁰ wys Hafén daarop dat die beginsel van individuele vryheid wat so deel van die Amerikaanse tradisie is, op 'n onvermydelike botsing met die gesinstradisie afstuur indien kinderregte, as 'n reg op selfbeskikking, tot sy volle konsekwensies deurgevoer word.

25 Freeman 1983 *Journal of Social Welfare Law* 84-91.

26 Freeman 1983 *Journal of Social Welfare Law* 91.

27 Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175.

28 *Ibid.*

29 Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175-176.

30 Hafén "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their 'Rights'" 1976 *Brigham Young University Law Review* 605-658.

"The individual tradition is at the heart of the American culture. Yet the fulfillment of individualism's promise of personal liberty depends, paradoxically, upon the maintenance of a set of corollary traditions that require what may seem to be the opposite of personal liberty: submission to authority, acceptance of responsibility, and the discharge of duty. The family tradition is amongst the most essential corollaries to the individual tradition, because it is in families that both children and parents experience the need for and value of authority, responsibility and duty in their most pristine forms. When individualism breaks loose from its corollaries, however, its tendency to destroy personal fulfillment and human relationships is exposed."³¹

Hy lewer dus 'n betoog ten gunste van gesinsoutonomie en voel dat beleidsoorwegings wat die tradisionele gesinsopset ondermyn, onwys sou wees omdat daar geen bevredigende alternatief vir ouerlike gesag is nie.³² Deur gevolg te gee aan veronderstellings, byvoorbeeld dat kinders, soos volwassenes, oor rasonale besluitnemingsvermoëns beskik en dus hul eie besluite kan neem, word daar weggedoen met beskerming en geleentheid wat hulle andersins in staat sou stel om hul volle potensiaal binne die gesin te ontwikkel.³³

III DIE ROL VAN DIE STAAT

1 Algemene teoretiese oorwegings

Die belangrikste wyse waarop die staat erkenning en beskerming aan kinderregte kan verleen, is kragtens wetgewing. Dit is ingevolge wetgewing wat howe se jurisdiksie ten opsigte van kinderregte neergelê word en riglyne vir optrede aan staatsdepartemente en ander instansies binne hierdie konteks neergelê word.³⁴ Dit is ook hierdie wetgewing wat 'n balans moet vind tussen 'n paternalistiese benadering of groter outonomie aan kinders, en wat ook die spanning tussen ouerlike outonomie en kinderregte moet ontlont.³⁵

Die staat tree byvoorbeeld paternalisties teenoor kinders op kragtens arbeidswetgewing, seksuele misdrywe, aanneming, egskeiding en mishandeling deur ouers. Die oorheersende beginsel wat nagestreef word is die beste belange van kinders. Hierdie beperkings op kinders se outonome besluitnemingsbevoegdhede is geregverdig ten einde hulle in staat te stel om in

31 Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 656.

32 Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 651-656.

33 Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 650.

34 Bainham *Children, Parents and the State* 7, 220; Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 605-633.

35 Davis, Schwartz *Children's Rights* 201; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 175; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 288.

'n beskermde en veilige omgewing volle wasdom te bereik.³⁶ Aan die anderkant word kinders se bevoegdheid om selfstandig op te tree tog erken, byvoorbeeld die bevoegdheid om 'n testament vanaf 16-jarige ouderdom te verly,³⁷ om toestemming tot mediese behandeling vanaf 18-jarige ouderdom te verleen,³⁸ of om vanaf 18-jarige ouderdom 'n eie lewenspolis uit te neem.³⁹ Op hierdie wyse word spesifiek erkenning aan die regte van kinders verleen.⁴⁰

Die behoefte om kinders weens hul weerloosheid en afhanklikheid teen ander, hul omgewing en ook hulleself te beskerm, teenoor 'n strewe om kinders as individue te erken wat ook selfstandige besluite kan neem en beheer oor hul lewens kan uitoefen, afhangend van hul graad van volwassenheid is tekenend van die inherente konflik in die reg rakende regte van kinders.⁴¹ Dit is juis in terme van dié konflik wat die staat voor die dilemma van inbreukmaking op ouerlike outonomie te staan kom en die kompleksiteit van kinders se regte in die algemeen word weerspieël in die morele, sosiale en sielkundige oorwegings wat hier ter sprake kom.⁴² Kinders moet teen leed beskerm word, maar nie waar dit groter leed meebring as gevolg van inmenging en versteuring van gesinsverhoudings nie.⁴³

Behalwe die komplekse driehoekverhouding waarin die staat betrokke is, moet ook tweedens in gedagte gehou word dat wetgewing van hierdie aard geensins in absolute en presiese terme kan neerlê wat presies van ouers in gegewe situasies vereis word of watter optrede vereis dat die staat ingryp om kinders se regte te beskerm nie. In die mate wat wel gepoog word om diskresies uit te skakel, ontstaan die gevaar dat gesinsverhoudings geformaliseer word - 'n duidelik onaanvaarbare situasie vir die voortbestaan van die gesin as basiese samelewingseenheid.⁴⁴

36 Bainham *Children, Parents and the State* 6.

37 A4 Wet op Testamente 7 van 1953.

38 A39(4) Wet op Kindersorg 74 van 1983.

39 A37 Versekeringswet 27 van 1943.

40 Bainham *Children, Parents and the State* 6.

41 Bainham *Children, Parents and the State* 7; Davis, Schwartz *Children's Rights* 201.

42 Bainham *Children, Parents and the State* 7-9; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven" 288; Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 613.

43 Davis, Schwartz *Children's Rights* 164, 207; Hoggett, Pearl *The Family Law and Society* 384-385; Eekelaar *Family Law and Social Policy* 173-175.

44 Cohen *Equal Rights for Children* 21.

'n Derde oorweging raak die mate van sensitiwiteit rondom die erkenning, implementering en beskerming van kinderregte in die gemeenskap.⁴⁵ Dit is 'n konsep wat versigtig ontwikkel moet word omdat 'n kind nie altyd orals as individu erken word nie, daar verskillende interpretasies aan die inhoud van kinderregte verleen word en daar versigtig ondersoek ingestel moet word na 'n kind se vermoë om selfstandig regte uit te oefen.⁴⁶ In die mate wat kinderregte erken word, beteken dit dat ouers hul diskresie en dus hul beheer oor kinders verloor - gevolglik 'n bedreiging vir die tradisionele gesinsverhouding. Ook impliseer 'n reg dat dit afgedwing kan word en insoverre 'n kind op 'n buite-instansie moet steun om hul regte te beskerm, word dit as 'n verdere bedreiging vir die tradisionele gesinsopset gesien.⁴⁷

Moontlik lê die antwoord daarin om nie ouerlike outonomie en kinderregte in konflik met mekaar te sien nie, maar eerder na 'n tipe vennootskap tussen die staat en ouers rakende die posisie van kinders te verwys.⁴⁸ Dit beteken 'n terugkeer na die teoretiese vertrekpunt dat dit hier in wese oor 'n stryd gaan oor wie die gesag het om namens die kind te besluit - die kind self, die ouers of die staat - wat meebring dat die konflik opgelos kan word met verwysing na die besondere belange wat ter sprake is. Die belange van kinders, ouers en die staat moet gevolglik geïdentifiseer en teenoor mekaar opgeweeg word ten einde te bepaal wat optrede gaan behels. In gepaste gevalle kan dit selfs beteken dat die staat se inbreukmaking op ouerlike outonomie ondersteunend van aard is, byvoorbeeld deur gesinsraadgewing te verskaf waar die ouer-kind verhouding nie na wense is nie.⁴⁹

Davis en Schwartz is voorstanders van so 'n belangeafweging en noem 'n paar tipiese belange wat ter sprake kan wees:⁵⁰

- (a) Ten opsigte van kinders - ouerlike versorging, opvoedkundige geleenthede, sekere konstitusionele regte, mediese versorging en bevoegdheid om te kontrakteer.

45 Cohen *Equal Rights for Children* 17 en sien in algemeen 15-27.

46 Miljeteig-Olssen "Advocacy of Children's Rights - The Convention as more than a Legal Document" 1990 *HRQ* 148-155 150.

47 Cohen *Equal Rights for Children* 17-22.

48 Bainham *Children, Parents and the State* 77.

49 Bainham *Children, Parents and the State* 77; Davis, Schwartz *Children's Rights* 207.

50 Davis, Schwartz *Children's Rights* 207-208.

- (b) Ten opsigte van ouers - behoud van gesinseenheid, handhawing van ouerlike gesag en beskerming en opvoeding van kinders.
- (c) Met betrekking tot die staat - lewe, gesondheid en veiligheid van alle burgers en die handhawing van orde.

Op grond van hierdie uiteensetting kom hulle tot sekere gevolgtrekkings.⁵¹

- (a) Die staat behoort alleen ouers en kinders se belange ondergeskik te stel aan staatsbelang in omstandighede waar kinders beskerm moet word teen

"significant harm or to further some significant, overriding state interest."

Wetgewing sal byvoorbeeld hier teen kinderpornografie en -mishandeling gemik wees en verpligte skoolopvoeding neerlê.

- (b) 'n Hoë premie word op gesinseenheid en ouerlike outonomie geplaas. Dit word gevolglik aan ouers oorgelaat om op 'n basiese vlak eenvoudige besluite te neem waar hulle en hul kinders se belange in konflik is. Dit sal tipies besluite oor eetgewoontes en kleding insluit.
- (c) Dit is belangrik dat ouers en kinders duidelik sal weet wat die grense van ouers se besluitnemingsbevoegdhe is.
- (d) Aspekte soos 'n kind se dissipline, mediese versorging en opvoeding verteenwoordig 'n veld wat vry van ongeregverdigde staatsinmenging behoort te wees. Alleen waar ouers op 'n betekenisvolle wyse versuim om hulle verantwoordelikhede na te kom, behoort die staat in te gryp en besluite namens hulle te neem.

Rush verwys ook na 'n belangeafweging in haar metodologiese benadering om kinderregte te analiseer.⁵² Haar werkswyse berus op sekere veronderstellings, naamlik dat ouers die primêre besluitnemers is; dat kinders, soos volwassenes, ook oor fundamentele menseregte beskik en dat staatsinmenging in die gesin alleen geregverdig is om die kind te beskerm waar ouers nie

51 Davis, Schwartz *Children's Rights* 207-208.

52 Rush "The Warren and Burger Courts on State, Parent and Child Conflict Resolution: A Comparative Analysis and Proposed Methodology" 1985 *Hastings Law Journal* 498.

hul kinders se beste belange beskerm of bevorder nie.⁵³ Die veronderstellings hou reeds groot implikasies in vir enige optrede vanaf owerheidsweë ter beskerming en bevordering van kinderregte, in besonder vir die howe. Potensiële konflik tussen ouers en kinders sal byvoorbeeld bereg moet word deur te beslis wie die litigant is, die ouers of kinders, die betrokke belange wat ter sprake is sal bepaal moet word en dan sal daar 'n balans tussen daardie belange gevind moet word.⁵⁴ Ten opsigte van laasgenoemde oorweging is Rush 'n voorstander van 'n beleid van integrasie, dit wil sê 'n benadering wat 'n kind as 'n individu beskou en sy regte met dié van 'n volwassene in 'n soortgelyke situasie vergelyk.⁵⁵ Gevestigde regsbeginsels word dus toegepas.

Bogenoemde uiteensetting verteenwoordig enkele aspekte van die voortdurende debat oor die rol van die staat en die beskerming van kinderregte. Die feit dat ouers steeds oor besluitnemingsbevoegdheid ten opsigte van hul kinders beskik, illustreer dat ouerlike outonomie en die reg op gesinsprivaatheid steeds geldende gemeenskapswaardes verteenwoordig. Staatsinmenging bevestig die realiteit van kinders se fisiese en emosionele afhanklikheid nie net binne die gesinsopset nie, maar ook binne die breër gemeenskap. Die feit dat die owerheid regulerende maatreëls verorden of andersins meganismes daarstel waardeur met die ouer-kind verhouding ingemeng kan word, beteken nie dat ouerlike gesag bevrage word nie, maar eerder die wyse waarop dit uitgeoefen word.

Kinders beklee 'n besondere posisie in die gemeenskap en dit is die taak van die reg om dit te weerspieël. Waar wetgewende standarde gestel word om verhoudings binne gesinsverband te reguleer, moet die oplossings realisties, eenvoudig en bruikbaar wees en gebaseer wees op 'n toepaslike teoretiese onderbou.⁵⁶ Ander bevrydingsteorieë gemik op politieke-, rasse- of geslagsgelykheid het elk 'n geskiedenis van hul eie en die teoretiese oorwegings wat by elk van daardie groeperings tuishoort, kan nie sonder meer as oorwegings ten opsigte van kinderregte en die toepaslike rol van die staat geld nie. Die gesin het immers 'n geskiedenis van sy eie met gepaardgaande implikasies op ekonomiese, politieke en psigologiese gebied.⁵⁷ Deur die regte-terminologie van ander bevrydings- of gelykheidsbewegings eenvoudig op kinderregte toe te pas, word die eiesoortige geskiedkundige ontwikkelingsproses van die gesin ontken en staan die konsep van kinderregte in gevaar om 'n abstrakte ideologie te word wat by filosofiese

53 Rush 1985 *Hastings Law Journal* 493 en 493-497 in die algemeen.

54 Rush 1985 *Hastings Law Journal* 497-498.

55 Rush 1985 *Hastings Law Journal* 491-493, 498.

56 Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 630; Bainham *Children, Parents and the State* 75.

57 Hafen 1976 *Brigham Young University Law Review* 607.

debatte tuishoort.⁵⁸ Wat dus vereis word, is dat daar werklik diepgaande besin moet word oor die moderne gemeenskap se belange in die gesin, ouers en kinders.

2 Internasionale ontwikkelings: relevante oorwegings op nasionale vlak

Die aanvaarding deur die Verenigde Nasies van die Konvensie op die Regte van die Kind (hierna die Konvensie), verteenwoordig 11 jaar se navorsing, innoverende denke rondom die konsep van kinderregte en insette van nasies op 'n globale skaal.⁵⁹ Die Konvensie het internasionale regsrag verkry op 2 September 1990 toe dit deur die 20ste staat geratifiseer is. Dit verleen erkenning en status aan die konsep van kinderregte, soortgelyk as aan die regte van ander minderheidsgroeperinge.⁶⁰ Alhoewel die regte verleen in terme van die Internasionale Konvensie met betrekking tot Ekonomiese, Maatskaplike en Kulturele Regte en die Internasionale Konvensie met betrekking tot Burgerlike en Politieke Regte ook op kinders van toepassing is, word die bepalings van die Konvensie nie as teenstrydig daarmee gesien nie.⁶¹ Inteendeel, dit maak juis bykomend vir kinders se besondere posisie in die gemeenskap en hulle eiesoortige behoeftes voorsiening en verteenwoordig daarom 'n geheel nuwe ontwikkeling binne die konteks van internasionale menseregte.⁶² Die primêre oorweging van die Konvensie is die beste belange van die kind en dit verleen ook erkenning aan die beginsel dat dit ouers binne gesinsverband is wat eerstens die verantwoordelikheid moet nakom om die kind se beste belang te dien. Tog word ruimte vir die staat se beskerming in gepaste gevalle geskep en word daar ook effek aan 'n kind se selfstandige besluitnemingsbevoegdheids verleen.⁶³ Hierdie oorwegings is in ooreenstemming met die basiese strominge in die teorieë oor kinderregte.⁶⁴

'n Volledige bespreking oor die inhoud van die Konvensie val buite die bestek van hierdie bespreking, maar daar kan tog na drie groeperinge of kategorieë van regte verwys word. In terme van die eerste kategorie word die kind se reg op basiese behoeftes soos voeding,

58 *Ibid.*

59 Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 150-151; De Villiers 1993 *Stell LR* 295-296; De Langen "Het recht van kinderen op eerbiediging van hul privé en gezinsleven" 16-20.

60 Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 148; De Villiers 1993 *Stell LR* 296.

61 Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 148; De Villiers 1993 *Stell LR* 296.

62 *Ibid.*

63 De Villiers 1993 *Stell LR* 296-297.

64 Sien in algemeen hoofstuk 2 hierbo; De Villiers 1993 *Stell LR* 297.

veiligheid en opvoeding aan die hand van aktiewe staatsbetrokkenheid aangespreek. Veral subsidies en 'n mediese- en gesondheidsinfrastruktuur figureer sterk. Die tweede kategorie sentreer rondom die beskermingsfunksie teenoor kinders - binne gesinsverband, ten opsigte van die gemeenskap en ook onregmatige inmenging vanaf owerheidsweë. Die kind se reg op deelname aan aangeleenthede wat hom of haar raak verteenwoordig die derde kategorie

"[and] emphasises the right of the child to co-determine and share responsibility for his or her future and matters relating to it."⁶⁵

Die belang van die Konvensie as internasionale dokument lê veral daarin dat dit reusespronge in die ontwikkeling van 'n kinderregtekultuur op internasionale en nasionale vlak verteenwoordig.⁶⁶ Ratifikasie van die konvensie is nie bloot 'n teoretiese oefening nie, maar verteenwoordig 'n sosiale bewussyn ten opsigte van die kwesbaarheid en afhanklikheid van kinders. Nasionale wetgewende liggame soos byvoorbeeld Skandinawië, Swede en Noorweë, is reeds aktief betrokke en voortgesette betrokkenheid word steeds vereis om internasionale norme en standaarde ten opsigte van kinderregte te implementeer. Ratifikasie van die Konvensie beteken dat state onderneem om die regte soos uiteengesit in die Konvensie teenoor kinders te erken en te handhaaf, asook toepaslike wetgewende, administratiewe en ander maatreëls te tref ten einde die regte in terme van die Konvensie te implementeer.⁶⁷ Daar is dus nie net 'n morele nie, maar ook 'n juridiese verpligting en verantwoordelikheid op state om nie net wetgewing tot 'n hersieningsfunksie in terme van die Konvensie te beperk nie, maar om doelbewus stappe te neem ten einde die gees en begrip van kinderregte in wetgewing te vervat.⁶⁸ Dit beteken dat ook die nodige administratiewe en geregtelike meganismes daargestel moet word ten einde die bepalings van die Konvensie op nasionale vlak af te dwing.⁶⁹

Die Konvensie se strewe na die beste belange van kinders en erkenning van 'n reg op selfhandhawing en beskerming bied ruimte vir die saambestaan van ouerlike outonomie en 'n kind se betrokkenheid in situasies wat hom of haar raak.⁷⁰

65 De Villiers 1993 *Stell LR* 298.

66 Sien in algemeen De Villiers 1993 *Stell LR* 304-305.

67 A2 en A4 onderskeidelik.

68 Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 148.

69 Balton "The Convention on the Rights of the Child: Prospects for International Enforcement" 1990 *HRQ* 129.

70 De Villiers 1993 *Stell LR* 305.

"The general attitude underlying these two principles is that children should be granted individual freedom, commensurate with their maturity and level of development, while the burden should be on those who infringe the rights of children to show that such infringement is in the best interests of the child."⁷¹

3 Samevatting

Dit is baie duidelik uit bogenoemde oorwegings dat wetgewing die belangrikste instrument is om kinderregte te erken, af te dwing en te beskerm teenoor die staat, maar ook teenoor individue. Dit sou egter foutief en oneffektief wees om op wetgewing te steun ten einde 'n totale kinderregtekultuur te skep - daarvoor is aanvullende programme nodig wat op bekendstelling en opvoeding gerig is.⁷² Dit is nie alleen staatsamptenare wat op hierdie wyse opgevoed moet word nie, maar ook gewone burgers, gebaseer op die veronderstelling dat kennis ook handhawing van kinderregte sal bevorder.⁷³ Maar ook diegene waarom dit gaan, naamlik die kinders, moet by opvoedingsprogramme betrek word ten einde oor die inhoud van die Konvensie ingelig te word - ook sodat hul reaksie in hul omgang met die inhoud van die Konvensie in regs- en administratiewe maatreëls teruggeploeg kan word.⁷⁴

Gesien teen die agtergrond dat ons met 'n wêreld van volwassenes te doen het, is dit baie belangrik dat kinders met hul beperkte bevoegdhede, deur persone wat bereid is om hul belange te verteenwoordig, van deelname aan besluitnemingsprosesse verseker word. In hierdie verband word na 'n tipe ombudsman verwys, soortgelyk aan die posisie in Swede en Noorweë, wat insette kan lewer oor enige aspek wat kinders se belange raak.⁷⁵ So 'n ombudsman kan as onafhanklike persoon waardevolle bydraes lewer deur 'n kritiese evaluering van owerheids- of ander instansies se optredes en deur die publiek se aandag op kinderregtekweessies te vestig. Op hierdie wyse kan ontwikkelings ten opsigte van kinders verdere momentum verkry.

71 *Ibid.*

72 Balton 1990 HRQ 127; Miljeteig-Olssen 1990 HRQ 154.

73 Balton 1990 HRQ 127.

74 Miljeteig-Olssen 1990 HRQ 154.

75 Miljeteig-Olssen 1990 HRQ 153-154.

HOOFSTUK 5

SUID-AFRIKA - DIE ROL VAN DIE STAAT

I INLEIDING

Familiereg dek 'n wye veld en die relevante wetgewing wat ter sprake is, toon die staat se besorgdheid oor en betrokkenheid by gesinsangeleenthede.¹ Familiereg word nie net suiwer tot die Privaatreg beperk nie, maar bevat ook elemente van die Publiekreg, byvoorbeeld bepalinge in die Strafproseswet² wat gerig is op die beskerming van kinders, sommige bepalinge in die Wet op Kindersorg³ wat administratiefregtelik van aard is en selfs internasionale ooreenkomste in terme van die Volkereg wat familieregaangeleenthede reël.⁴ Hoofstuk 3 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika⁵ maak vir 25 fundamentele regte voorsiening, spesifiek ook vir kinderregte.⁶ Laasgenoemde aspek verteenwoordig 'n nuwe dimensie in die debat oor die erkenning en beskerming van kinderregte in Suid-Afrika en die vertikale verhouding tussen die staat en kinders wat daardeur gereël word, word in hoofstuk 6 hieronder meer volledig bespreek. Die vertikale verhouding bestaan naas die horisontale verhouding tussen ouers en kinders, asook tussen kinders en die gemeenskap. Die rol van die staat in hierdie horisontale verhouding word vervolgens aan die hand van wetgewing en die gemenerereg uiteengesit.

II DIE VERHOUDING TUSSEN OUER EN KIND

In die moderne Suid-Afrikaanse reg word die ouer-kind verhouding tipies vanuit die ouers se posisie uiteengesit en is daar weinig sprake van 'n kinderregtekultuur. Weliswaar val die klem nie soseer net op ouerlike mag ten koste van kinders nie, maar word ouers se posisie as 'n versameling van verpligtinge en verantwoordelikhede gesien wat in die beste belang van die

-
- 1 Bekker "Interaction between Constitutional Reform and Family Law" 1991 *Acta Juridica* 1.
 - 2 51 van 1977.
 - 3 74 van 1983.
 - 4 Bekker 1991 *Acta Juridica* 2.
 - 5 200 van 1993.
 - 6 A 30.

kind uitgeoefen moet word.⁷ Die staat se betrokkenheid word in hierdie omstandighede gemotiveer deur 'n beskermende benadering teenoor kinders ten einde te verseker dat hul beste belange inderdaad gehandhaaf word, watter situasie ookal ter sprake is. Dié tipe optrede van die staat stem dus rofweg ooreen met die een teoretiese hoofstroom van kinderregte, naamlik 'n kind se reg op beskerming binne gesinsverband, maar ook binne die groter gemeenskap.⁸ Die staat respekteer dus gesinsoutonomie en beperk optrede tot gevalle waar dit blyk dat die uitoefening van ouerlike gesag nie die beste belange van kinders dien nie.

Met hierdie opmerkings as agtergrond, word die ouer-kind verhouding en die staat se paternalistiese benadering ten opsigte van kinders aan die hand van wetgewing en die gemenerereg soos volg binne die Suid-Afrikaanse reg gerealiseer:⁹

- 1 ten opsigte van die persoon van die kind;
- 2 ten opsigte van die boedel van die kind; en
- 3 ten opsigte van die regsoptredes van die kind.

1 Beheer oor die persoon van die kind

1.1 Bewaring

Hierdie faset van ouerlike gesag realiseer in die beheer oor die daaglikse lewe van die kind, opvoeding (sekulêr en godsdienstig), die plig om voedsel, kleding en geneeskundige hulp te voorsien, die plig om huisvesting te verskaf, die bevoegdheid om assosiasie met andere te beheer en 'n tugtigingsbevoegdheid.¹⁰ Soos 'n kind ouer word, word hierdie insidente van mindere belang en kan hulle selfs heeltemal ten opsigte van 'n ouer kind wat nie meer die gesinswoning deel nie, verdwyn.¹¹

Tydens die bestaan van die huwelik is beide ouers op die bewaring van hulle kinders geregtig, tensy hulle nie hulle verpligtinge nakom nie.¹² Die kinderhof beskik oor jurisdiksie om

7 Boberg *The Law of Persons and Family Law* 457-458; Lee and Honoré par 137.

8 Sien in algemeen hoofstuk 3 hierbo.

9 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 607; Boberg *The Law of Persons and the Family* 457; Spiro *Parent and Child* 83; Lee and Honoré par 146; Barnard et al *Persone- en Familiereg* 371-379.

10 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 607-611; Lee and Honoré par 146; Spiro *Parent and Child* 88-89; *Calitz v Calitz* 1939 AD 56; *Petersen v Kruger* 1975 4 SA 171 (K).

11 Lee and Honoré par 146, vn 2.

12 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 374.

ondersoek in te stel na die geskiktheid van 'n ouer of voog in hierdie verband.¹³ Waar die ouers tydens die bestaan van die huwelik nie meer saamwoon nie, kan die hof in terme van die Wet op Huweliksaangeleenthede¹⁴ bepaal watter ouer bewaring of uitsluitlike bewaring van die kinders moet kry. Die beste belange van 'n kind is in 'n gegewe geval van deurslaggewende belang.

By die ontbinding van die huwelik kragtens 'n egskeidingsbevel word kinders se belange deur die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede¹⁵ en die Wet op Egskeiding¹⁶ gereël.¹⁷ Die relevante bepalings van hierdie wetgewing word meer volledig bespreek in die konteks van die Hooggeregshof se statutêre bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng of selfs te beëindig.¹⁸

1.2 Die verpligting om onderhoud aan kinders te verskaf

Die onderhoudsverpligting verteenwoordig 'n baie belangrike aspek van die ouer-kind verhouding. Die grondslag hiervan kan soos volg uiteengesit word:¹⁹

"The duty of parents to support their children arises ex jure naturae et sanguinis or out of a sense of dutifulness or ex ratione pietatis or ex officio pietatis or ex natura necessitatis, in short, out of a natural affection flowing from the nexus sanguinis ... The duty is not based on an implicit contract nor on the parental power as such and may be said to exist by operation of law."

Die inhoud van die verpligting bestaan in wese uit die verskaffing van huisvesting, voedsel, klerasie, skoling en mediese dienste.²⁰ Ouers wat met ouerlike gesag bekleed is, kan hulle verpligting nakom deur self hierdie middels te voorsien, maar in die geval van 'n ouer wat nie oor ouerlike gesag beskik nie, of die vader van 'n buite-egtelike kind, word gewoonlik aan die

13 A 13(3) A 14(4)(b) Wet op Kindersorg 74 van 1983.

14 37 van 1953 A 5(1).

15 24 van 1987.

16 70 van 79 A 6.

17 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 354; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 616, 619.

18 Bls 43.

19 *Spiro Parent and Child* 385.

20 *Spiro Parent and Child* 397; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 626; Lee and Honoré par 158.

onderhoudsverpligting voldoen deur 'n bedrag geld te betaal waarmee die middele aangeskaf kan word.²¹ Die omvang van die onderhoudsverpligting word in elke geval deur die ouers se lewenstandaard bepaal, gesien teen die agtergrond van die gesin in die algemeen en hul sosiale en ekonomiese posisie in die gemeenskap.²²

Sou die ouers versuim om hul onderhoudsverpligting in die beste belang van hul kinders na te kom, bestaan daar die moontlikheid van 'n klagte wat in terme van die Wet op Onderhoud²³ teen die ouers aanhangig gemaak kan word. Sou 'n onderhoudsbevel dan teen 'n ouer uitgereik word, is die versuim om daaraan te voldoen ook 'n oortreding in terme van genoemde wet.²⁴ Die Wet op Kindersorg²⁵ bied die moontlikheid van kriminele vervolging van ouers wat versuim om hul kinders na behore te onderhou en bepaal dat iemand wat wettiglik vir die onderhoud van 'n kind verantwoordelik is en wat versuim om die kind van genoegsame voedsel, kleding, herberg en mediese behandeling te voorsien, terwyl hy wel in staat is om dit te doen, aan 'n misdryf skuldig is.²⁶ Vervolging kan slegs plaasvind indien die ouer wel oor voldoende middele beskik om sy onderhoudsverpligting na te kom, maar versuim om dit te doen.²⁷ Die beskermingsfunksie in terme van die Wet op Kindersorg is slegs tot materiële verwaarlosing beperk en ouerlike outonomie ten opsigte van die verskaffing van godsdienstige, morele, kulturele en beroepsonderrig word in 'n groot mate gehandhaaf.²⁸ Vervolging kan moontlik ingestel word waar daar spesifieke bepalings is wat skoolopvoeding reël.²⁹

Wat geneeskundige hulp betref, kan probleme soms in die vorm van geloofsbesware teen mediese behandeling opduik. Die Wet op Kindersorg maak voorsiening vir 'n situasie waar ouers toestemming tot mediese behandeling weier, of afwesig is en bepaal dat die Minister van

21 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 627; Lee and Honoré par 158; Boberg *The Law of Persons and the Family* 258-260.

22 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 627; Boberg *The Law of Persons and the Family* 259; Spiro *Parent and Child* 397-398; *Oosthuizen v Stanley* 1938 AD 322.

23 23 van 1963 A 4.

24 23 van 1963 A 11.

25 A 50(2).

26 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 632; Olivier, Robinson "Van Sorgbehoewendheid (1960) tot ouerlike geskiktheid (1983) Begin die Pendulum in 1991 weer (stadig) swaai?" 1991 *TRW* 125-139 131; A 50(2) Wet op Kindersorg.

27 *S v Boshoff* 1971 1 SA 314 (T); *S v Jeggels* 1962 3 SA 704 (K).

28 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 632.

29 *Ibid.*

Gesondheid en Welsyn vervangende toestemming kan verleen.³⁰ Hierdie wet verleen ook die bevoegdheid aan die superintendent van 'n hospitaal om in noodgevalle vervangende toestemming te verleen.³¹ Hierdie bepalings illustreer dat ouers se keuses oor mediese versorging van hul kinders, nie onbeperk is nie.

1.3 Die opvoedingsplig

Die doel van opvoeding is om die kind liggaamlik, geestelik, verstandelik, moreel en kultureel vir sy rol as bruikbare volwassene in die gemeenskap voor te berei.³² Alhoewel verpligte skoolopvoeding in terme van wetgewing voorgeskryf word,³³ het die ouers wel 'n keuse ten opsigte van die skool, metode en inhoud van onderrig, aard en inhoud van godsdiensonderrig en sosiale kontak.³⁴ Hierdie keuses moet in belang van die kind uitgeoefen word.³⁵

1.4 Tugtigingsbevoegdheid

As teenkant van die opvoedingsplig, erken die reg 'n gehoorsaamheidsplig van die kind en verleen dit 'n tugtigingsbevoegdheid aan die ouer om hierdie gehoorsaamheid af te dwing.³⁶ Die omvang van die straf, wat ook lyfstraf kan insluit, moet redelik wees en indien die ouers hierdie perk oorskry, stel hulle hulleself aan siviele- en strafregtelike sanksies bloot.³⁷ Die howe sal nie ligtelik met hierdie ouerlike outonomie ten opsigte van die tugtigingsbevoegdheid inmeng nie en die bewyslas rus op diegene wat beweer dat straftoemeting onregmatig was.³⁸

30 A 39(1).

31 A 39(2).

32 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 609; Spiro *Parent and Child* 89.

33 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 609.

34 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 609-610; Spiro *Parent and Child* 88-89; Lee and Honoré par 146, vn 1; Boberg *The Law of Persons and Family Law* 465-466, vn 34.

35 *Calitz v Calitz* 1939 AD 56 60 64; *Smit v Smit* 1980 3 SA 1010 (O) 1023.

36 Davis, Schwartz *Children's Rights* 8; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 609-610; Lee and Honoré par 146 vn 1; Spiro *Parent and Child* 89-90; Boberg *The Law of Persons and Family Law* 465-466.

37 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 610; Spiro *Parent and Child* 89-90; Boberg *The Law of Persons and Family Law* 465-466; Lee and Honoré par 146 vn 1; *Hiltonian Society v Crofton* 1952 3 SA 130 (A).

38 Boberg *The Law of Persons and Family Law* 465-466; Spiro *Parent and Child* 89-90; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 610.

2 Beheer oor die boedel van die kind

Die minderjarige kind is self eienaar van al die bates in sy of haar boedel, maar die ouer het die beheer daarvoor en kan namens die minderjarige regshandeling daarmee aangaan.³⁹ Die ouer moet so 'n boedel soos 'n *bonus et diligens paterfamilias* bestuur en beheer. Versuim om aan hierdie standaard te voldoen beteken dat 'n kind 'n deliktuele aksie vir skadevergoeding teen die ouer kan instel.⁴⁰ 'n Ouer se bevoegdheid in hierdie verband is nie onbeperk nie en besondere reëls, hoofsaaklik daarop gemik om kinders se eiendomsreg teen 'n ouer se onbeholpenheid of selfs oneerlikheid te beskerm, bestaan.⁴¹ Die Boedelwet⁴² bepaal byvoorbeeld dat geen vervreemding van 'n minderjarige se onroerende goed mag plaasvind sonder die toestemming van die Meester of die Hooggeregshof nie en dat die deurslaggewende oorweging is of so 'n vervreemding in die beste belang van die minderjarige is.

3 Beheer oor die regsopptrede van 'n kind

'n Ouer verteenwoordig sy minderjarige kind ten opsigte van sekere regshandeling, asook ten opsigte van siviele litigasie.⁴³ 'n Ouer word egter daarvan uitgesluit om sekere regshandeling namens die minderjarige aan te gaan, hetsy omdat 'n minderjarige nie die betrokke regshandeling mag aangaan nie,⁴⁴ of omdat die bevoegdheid kragtens wetgewing uitgesluit

39 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 372-373; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 611; Spiro *Parent and Child* 94-95.

40 *Lee and Honoré* par 147 vn 1; Barnard et al *Persone- en Familiereg* 373.

41 Boberg *The Law of Persons and Family Law* 471-507; *Lee and Honoré* par 148.

42 66 van 1965 A 80(1).

43 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 614; *Lee and Honoré* par 149; Spiro *Parent and Child* 109-123.

44 Byvoorbeeld huweliksluiting deur 'n minderjarige onder puberteitsouderdom of toestemming tot geslagsverkeer; *Lee and Honoré* par 149 vn 1; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 614.

is,⁴⁵ of omdat die bevoegdheid deur 'n derde uitgesluit is,⁴⁶ of omdat die ouer self 'n belang by die regshandeling het.⁴⁷ Ten opsigte van 'n persoonlike handeling soos huweliksluiting is dit die minderjarige wat in persoonlike hoedanigheid optree en nie die voog namens hom of haar nie,⁴⁸ terwyl ouerlike verteenwoordiging in ander gevalle weer aangevul moet word deur die toestemming van 'n derde.⁴⁹ Die Hooggeregshof kan ook vervangende toestemming verleen waar 'n ouer afwesig is of onredelik toestemming weier byvoorbeeld waar een of albei ouers, die voog, of die kommissaris van kindersorg toestemming tot die huwelik van 'n minderjarige weier.⁵⁰ Soos in alle ander gevalle hierbo uiteengesit, word die optrede van die ouer bepaal deur die beste belange van die kind en waar optrede van 'n ouer tot nadeel van 'n kind strek, kan 'n regshandeling tersyde gestel word deur middel van restitutio in integrum.⁵¹

III JUDISIËLE INMENGING IN DIE OUER-KIND VERHOUDING

1 Inleiding

Twee fundamentele reëls geld ten opsigte van die regsverhouding tussen ouer en kind. Die eerste reël, wat veral tiperend van die Romeinse reg was, behels dat ouerlike gesag nie ruimte vir ongewenste inmenging bied nie.⁵² Die tweede reël, wat na die Romeins-Hollandse reg teruggevoer kan word, bepaal dat die staat in die vorm van die Hooggeregshof die oppervoog

45 Sien byvoorbeeld A 43(2) en (6) van die Boedelwet 66 van 1965 wat bepaal dat die eksekuteur van 'n bestorwe boedel roerende goed wat aan 'n minderjarige kind toekom aan die "natuurlike voog" van die kind kan uitkeer, maar geld word hiervan uitgesluit, tensy daar behoorlike sekerheid gestel word vir latere oorbetalings aan die kind. Dit beteken dat 'n ouer se bevoegdheid om die geld namens die minderjarige te bestuur uitgesluit word, omdat die eksekuteur gewoonlik die geld by die Meester moet inbetaal om in die voogdyfonds te belê; *Lee and Honoré* par 149 vn 1.

46 Byvoorbeeld deur 'n derde wat 'n skenking aan 'n minderjarige gemaak het; *Lee and Honoré* par 149 vn 1.

47 Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 615.

48 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 615.

49 Sien byvoorbeeld A 80(1) en (2) van die Boedelwet 66 van 1965 wat bepaal dat die voog se toestemming onvoldoende is om 'n minderjarige se onroerende goed te vervreem, of te beswaar en die aanvullende toestemming van óf die Meester, óf 'n regter van die Hooggeregshof word vereis.

50 Huwelikswet 25 van 1961 A 25(4).

51 *Lee and Honoré* par 149 vn 5; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 615-616.

52 *Spiro Parent and Child* 257.

van alle minderjariges is.⁵³ Dit is verstaanbaar dat hierdie twee reëls in botsing met mekaar kan kom en uitsonderings op die eerste reël is ten gunste van die Hooggeregshof se oppervoogdy ontwikkel onder die gemenereg en wetereg. So 'n uitsondering geld byvoorbeeld waar die Hooggeregshof in 'n egskeidingsgeding ook oor die bevoegdheid beskik om in ooreenstemming met die beste belange van 'n kind 'n bevel rakende die uitoefening van ouerlike gesag te verleen.⁵⁴ 'n Tweede uitsondering is byvoorbeeld van toepassing op die situasie waar daar nie afsonderlike huishoudings ter sprake is nie, maar die uitoefening van ouerlike gesag sodanige bedreiging vir 'n kind inhou dat die Hooggeregshof noodwendig moet ingryp.⁵⁵ Die Hooggeregshof se oppervoogdyskap oor minderjariges is dus duidelik in terme van die gemenereg bevestig en selfs verder in terme van wetgewing uitgebrei en word hieronder meer volledig bespreek.⁵⁶

2 Die Gemenereg⁵⁷

Daar is reeds ter inleiding daarop gewys dat die Hooggeregshof in uitsonderlike omstandighede met die uitoefening van ouerlike gesag sal inmeng. Die gemeenregtelike bevoegdheid van die Hooggeregshof word in die praktyk al hoe minder uitgeoefen, hoofsaaklik as gevolg van die toenemende mate waarin die wetgewer aangeleenthede reël.⁵⁸ Dit kan beteken dat een of beide ouers van ouerlike gesag of bewaring van 'n kind ontnem word en dit aan die ander ouer of selfs 'n derde verleen word.⁵⁹ Die Hooggeregshof kan in terme van sy gemeenregtelike bevoegdheid ook in gepaste gevalle inmeng met 'n spesifieke besluit van 'n ouer, byvoorbeeld in 'n vaderskapsgeding waar 'n ouer weier om 'n kind aan die neem van

53 Spiro *Parent and Child* 257; Boberg *The Law of Persons and the Family* 412, vn 2; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 620-621; Labuschagne 1992 *TSAR* 355.

54 Spiro *Parent and Child* 257-258; *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A) 134, 143; *Lee and Honoré* par 153.

55 Spiro *Parent and Child* 258; *Lee and Honoré* par 153-154, vn 5; *Calitz v Calitz* supra.

56 Spiro *Parent and Child* 258-259; Boberg *The Law of Persons and the Family* 412; *Lee and Honoré* par 153.

57 Sien in algemeen Kruger "Enkele Opmerkings oor die Bevoegdhede van die Hooggeregshof as Oppervoog van Minderjariges om in te meng met Ouerlike Gesag" 1994 *THRHR* 304, 306-311.

58 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 380; Spiro *Parent and Child* 259; *Lee and Honoré* par 154; Kruger 1994 *THRHR* 311.

59 *Lee and Honoré* par 154; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 621; Boberg *The Law of Persons and the Family* 420; *Calitz v Calitz* supra.

bloedtoetse te onderwerp.⁶⁰ Die hof beskik verder oor die bevoegdheid om aannemingsbevele ter syde te stel of toegangsbevele aan die natuurlike vader van buitewettelike kinders te verleen.⁶¹ In *Calitz v Calitz*⁶² is na voorbeelde verwys wat ingryping regverdig, byvoorbeeld waar 'n kind se lewe, gesondheid, moraal of selfs eiendomsreg oor bates bedreig word.⁶³ In latere regspraak is die toets soos neergelê in *Calitz v Calitz* gekwalifiseer as tiperend van spesiale gevalle wat inmenging met ouerlike gesag regverdig en nie as uitsluitlike gronde nie. Die primêre oorweging is dus die beste belange van die kind en elke geval moet op eie meriete beoordeel word.⁶⁴

3 Die statutêre bevoegdhede van die Hooggeregshof

Verskeie statutêre bepalings bestaan wat aan howe die bevoegdheid verleen om met die uitoefening van ouerlike gesag in te meng en selfs in sekere gevalle ouerlike gesag te beëindig. Die belangrikste statutêre bevoegdhede word vervolgens bespreek.

3.1 Die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953

Die gemenerereg het 'n baie duidelike onderskeid getref ten opsigte van die Hooggeregshof se bevoegdheid om met ouerlike gesag in te meng, afhangend daarvan of 'n huweliksgeding ingestel is of beoog word teenoor die situasie waar daar nie sprake van so 'n geding is nie. In terme van artikel 5(1) beskik die Hooggeregshof oor die bevoegdheid om op aansoek van enigeen van die ouers van 'n minderjarige kind, wat geskei is of apart woon, 'n bevel ten opsigte van voogdy oor, bewaring van of toegang tot die kind te maak wat die hof nodig ag. Die oorwegende faktor is die beste belang van die kind en die hof kan selfs in gepaste gevalle uitsluitlike voogdy of uitsluitlike bewaring aan een van die ouers toeken.⁶⁵

60 *Seetal v Pravitha* 1983 3 SA 827 (D), 862C-863A.

61 Kruger 1994 *THRHR* 307-308 en gesag daar aangehaal.

62 *Supra*.

63 *Calitz v Calitz supra* 63; sien ook *Fletcher v Fletcher supra* 134, 143.

64 Barnard et al *Persone- en Familiereg* 380; Boberg *The Law of Persons and the Family* 413; Van der Vyver, Joubert *Persone- en Familiereg* 622-623; *Ex parte van Dam* 1973 2 SA 182 (W), 183 H; *Petersen v Kruger* 1975 4 SA 171 (K) 174 A-C.

65 *Fortune v Fortune* 1955 3 SA 348 (A).

3.2 Die Wet op Egskeiding 70 van 1979

Die Hooggeregshof se bevoegdheid in terme van artikel 6 van die wet moet in samehang met die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede⁶⁶ gesien word. Ingevolge laasgenoemde wet is dit die plig van 'n gesinsadvokaat om ondersoek na die belange en welsyn van kinders betrokke by 'n egskeidingsgeding in te stel of waar 'n bestaande bevel ten opsigte van bewaring, voogdy of toegang ter sprake kom.⁶⁷ Op grond van so 'n ondersoek word 'n verslag opgestel wat dan aan die betrokke hof voorgelê word. Die gesinsadvokaat kan ook uit eie beweging by die hof om 'n bevel aansoek doen wat hom magtig om met so 'n ondersoek voort te gaan indien hy dit in belang van die minderjarige kind ag.⁶⁸

Artikel 6 van die Wet op Egskeiding bevorder die belange van kinders op die volgende wyse:

- (a) 'n Egskeidingsbevel sal nie verleen word alvorens:
- (i) die hof oortuig is dat die reëlings rakende die welsyn van die kinders bevredigend of die beste is wat in die omstandighede getref kan word nie; en
 - (ii) indien 'n ondersoek ingevolge die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede deur 'n gesinsadvokaat ingestel is, daardie verslag en aanbevelings oorweeg is.⁶⁹

In terme van artikel 8 word voorsiening vir die intrekking of wysiging van onderhoudsbevele of van bevele met betrekking tot bewaring van of toegang tot kinders gemaak. Dieselfde artikel verleen ook aan die Hooggeregshof die bevoegdheid om onderhoudsbevele, of 'n bevel tot toegang op te kort.

3.3 Die Huwelikswet 25 van 1961

Indien 'n ouer, voog of kommissaris van kindersorg weier om toestemming aan 'n minderjarige tot huweliksluiting te verleen, kan 'n regter van die Hooggeregshof vervangende toestemming

66 24 van 1987.

67 A 4(1).

68 A 4(2).

69 A 6(1).

verleen.⁷⁰ Hierdie inmenging sal alleen plaasvind indien die regter van oordeel is dat die weiering sonder genoegsame rede en teen die belange van die minderjarige is.⁷¹

3.4 Die Wet op Kindersorg 74 van 1983

Die Hooggeregshof se beskermingsfunksie teenoor kinders in terme van die gemenerereg is in terme van die Wet op Kindersorg aansienlik uitgebrei. Die bevoegdhede in terme van die wet kan deur 'n kinderhof, wat 'n landdroshof vir die betrokke regsgebied is, uitgeoefen word.⁷² Die naam van die wet is vanaf die Kinderwet⁷³ verander ter erkenning van 'n belangrike vertrekpunt:

"[T]he family is the normal social and biological structure within which the child must grow and develop. The legislation does not, therefore, focus solely on the child, or solely on the child's parent, but on both. The emphasis is, therefore, on the care of the child by the parents or by those entrusted with the custody of the child."⁷⁴

Die beskermingsmeganismes van die wet lê veral in Hoofstuk 8 wat handel oor die kriminele vervolging van ouers wat hulle kinders mishandel of verlaat, of versuim om hulle na behore te onderhou. Ook Hoofstuk 3 is belangrik en sit die kinderhof se bevoegdhede teenoor ouers wat hulle aan sekere gedrag teenoor hul kinders skuldig maak, uiteen. Kritiek is egter teen die wet soos aanvanklik verorden, uitgespreek, primêr omdat die beste belange van die kind nie voorop gestel word nie.⁷⁵ Die Wysigingswet op Kindersorg⁷⁶ wysig die bestaande posisie in vele opsigte en brei daarmee die beskerming teenoor kinders uit, maar is nog nie voldoende om die klem in die eerste instansie na die belange van die kind te verskuif nie.⁷⁷

70 A 25(4).

71 A 25(4).

72 A 5(1).

73 33 van 1960.

74 House of Assembly Debates (Hansard) 1983 6560 soos aangehaal deur Spiro *The Law of Parent and Child* 350.

75 Olivier, Robinson 1991 *TRW* 130, 132-133; Spiro *The Law of Parent and Child* 350-351.

76 86 van 1991.

77 Olivier, Robinson 1991 *TRW* 133-137, 138-139.

IV GEVOLGTREKKING

Die ouer-kind verhouding word in die Suid-Afrikaanse reg primêr aan die hand van die gemenerereg gereël, met die wetgewer wat in gepaste gevalle die moontlikheid skep om met die uitoefening van ouerlike gesag in te meng ten einde te verseker dat die beste belange van kinders gehandhaaf word. Die staat se rol in die ouer-kind verhouding word nie spesifiek vanuit 'n kind se reg op eie besluitnemingsbevoegdheid of 'n reg op beskerming geformuleer nie en die aard van die ouer-kind verhouding is eerder vatbaar vir 'n vertolking dat die staat se optrede vanuit 'n beskermende, paternalistiese benadering teenoor kinders gemotiveer word. Daar word steeds 'n hoë premie op gesinsoutonomie geplaas en dit is op hierdie stadium nie geregverdig om tot 'n gevolgtrekking te kom dat optrede vanaf owerheidsweë werklik tot die skep van 'n kinderregtekultuur meewerk nie. Hoofstuk 3 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika⁷⁸ sal egter noodwendig meebring dat die staat se optrede ten opsigte van kinders fundamenteel heroorweeg moet word en word in die volgende hoofstuk meer volledig bespreek.

78 200 van 1993.

HOOFSTUK 6

KONSTITUSIONELE HERVORMING EN KINDERREGTE IN SUID-AFRIKA

I INLEIDING

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika¹ het op 27 April 1994 in werking getree. Hoofstuk 3 van die Grondwet wat vir 25 fundamentele menseregte voorsiening maak, sal 'n grootskaalse invloed op die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg uitoefen, in die besonder die gemenereg.² Ook moet die invloed op die taak van die wetgewer nie gering geskat word nie. Hoofstuk 3 verteenwoordig 'n area waar die howe 'n belangrike rol het om te vervul en sekerlik gaan aanvanklike litigasie grootliks op die toepassing van hierdie hoofstuk op bestaande en toekomstige reg gerig wees.³ Dit sal van die regbank vereis word om ondersoek na die prosedurele en substantiewe elemente van wetgewing en uitvoerende besluite in te stel en in die mate waar daar konflik met die bepalings van Hoofstuk 3 is, beskik die regbank oor die konstitusionele bevoegdheid om sodanige besluite te troef deur byvoorbeeld wetgewende bepalings of handeling van owerheidsweë as ongrondwetlik te verklaar en dus tersyde te stel.⁴

Artikel 30 maak vir kinderegte voorsiening en bepaal die volgende:

- "30. (1) Elke kind het die reg-
- (a) op 'n naam en nasionaliteit vanaf geboorte;
 - (b) op ouerlike sorg;
 - (c) op sekuriteit, basiese voeding en basiese gesondheids- en maatskaplike dienste;
 - (d) om nie aan verwaarlosing of mishandeling onderwerp te word nie; en
 - (e) om nie aan uitbuitende arbeidspraktyke onderwerp te word nie en om nie verplig of toegelaat te word om werk wat gevaarlik of skadelik vir sy of haar opvoeding, gesondheid of welsyn is, te verrig nie.
- (2) Elke kind wat in aanhouding is, het, benewens die regte wat hy of sy ingevolge artikel 25 het, die reg om onder toestande aangehou te word en om op 'n wyse behandel te word wat rekening hou met sy of haar ouderdom.

1 200 van 1993.

2 Cachalia et al *Fundamental Rights* 5.

3 Cachalia et al *Fundamental Rights* 4; sien byvoorbeeld *Qoselen v Minister of Law and Order* 1994 (3) SA 625 (E) en *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 (2) BCLR 89 (W).

4 Cachalia et al *Fundamental Rights* 4.

(3) By die toepassing van hierdie artikel beteken 'n kind 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar, en in alle aangeleenthede rakende so 'n kind word sy of haar beste belang voorop gestel."

II KOMMENTAAR

Die vertrekpunt ten opsigte van artikel 30 is dat die bepalings tot 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar beperk is en dat in alle aangeleenthede rakende so 'n kind, die deurslaggewende beginsel van die beste belange van die kind gehandhaaf word.⁵

1 Die reg op 'n naam en nasionaliteit⁶

'n Naam verteenwoordig 'n belangrike aspek van identiteit en die spesifieke verwysing hierna, kan ook op so 'n wyse geïnterpreteer word dat dit die reg op amptelike erkenning van geboorte en registrasie daarvan deur die staat inhou.⁷ Die reg op nasionaliteit verleen Suid-Afrikaanse nasionaliteit aan kinders wat hier gebore is. Dit beteken dat so 'n kind 'n reg op burgerskap verkry en gevolglik ook aanspraak het op die regte soos in Hoofstuk 3 uiteengesit.⁸ Hierdie reg kan ook inhou dat 'n kind wat staatloos is en nie oor nasionaliteit beskik nie en wat in Suid-Afrika verblyf het, op Suid-Afrikaanse nasionaliteit in terme van hierdie bepaling aanspraak kan maak.⁹

2 Die reg op ouerlike versorging¹⁰

Hierdie reg beteken dat staatsoptrede wat op ouerlike versorging inbreuk maak, aangeveg kan word - selfs ook pogings om kinders uit ouerlike sorg te verwyder. Natuurlik kan so 'n reg nie onbeperk geld nie en dit beteken dat redelike beperkings daarop geregverdig is indien dit in belang van die kinders is, insluitend verwydering van kinders uit ouerlike sorg.¹¹ Opsigself is hierdie reg in ooreenstemming met ander internasionale menseregddokumente, maar die vraag ontstaan wat die inhoud van hierdie aanspraak behels indien ouerlike versorging totaal afwesig

5 A 30(3): Cachalia et al *Fundamental Rights* 100.

6 A 30(1)(a).

7 Cachalia et al *Fundamental Rights* 100.

8 Cachalia et al *Fundamental Rights* 100-101.

9 Cachalia et al *Fundamental Rights* 100.

10 A 30(1)(b).

11 Cachalia et al *Fundamental Rights* 101.

is, byvoorbeeld waar die ouers oorlede is. Die aanspraak kan hoogstens so geïnterpreteer word dat dit 'n verpligting op die staat plaas om alternatiewe versorging te oorweeg waar daar byvoorbeeld nie vir testamentêre voogde voorsiening gemaak is nie, of waar kinders uit ouerlike sorg verwyder moes word. Die versorging van kinders kan tog nie aan persone, soos familielede, opgedwing word indien hulle nie uit eie beweging daartoe bereid is nie. Die implikasie is dat die staat wel die verpligting het om 'n administratiewe infrastruktuur te skep wat plasing van kinders in pleegsorg, of aanneming, kan vergemaklik. Die koste- en mannekragimplikasies om die taak te verrig, is verregaand.

3 Die reg op sekuriteit, basiese voeding en basiese gesondheids- en maatskaplike dienste¹²

Die spesifieke vermelding van hierdie reg is ietwat verwarrend omdat dit reeds in artikel 11 aangespreek word. Moontlik kan dit as 'n algemene reg op beskerming in samehang met ander fundamentele regte geïnterpreteer word of waar die regstelsel of die staat se handeling, selfs 'n versuim om op te tree, duidelike situasies skep waar sekuriteit bedreig word.¹³

Die reg op basiese voeding, basiese gesondheid en gesondheids- en maatskaplike dienste is 'n voorbeeld van 'n tipiese tweede generasie reg. Ten spyte van die debat oor die afdwingbaarheid al dan nie van sodanige regte, is die mening tog dat hierdie reg primêr daarop gerig is om as veiligheidsnet te dien in gevalle van verwaarlosing, hongersnood en mishandeling¹⁴ en dat daar nie onoorloopte struikelblokke is in die handhawing van die aanspraak nie. Hiermee word die taak aan die regbank opgelê om fondse te kanaliseer ten einde in kinders se basiese behoeftes te voorsien waar bronne of dienste gebrekkig is of selfs heeltemal ontbreek.¹⁵ Dit sal beteken dat daar met politieke besluite rakende openbare befondsing ingemeng moet word en dis 'n ope vraag of sodanige judisiële inmenging geduld sal word.

12 A 30(1)(c).

13 Cachalia et al *Fundamental Rights* 101.

14 Cachalia et al *Fundamental Rights* 101; Robinson "Die Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte in Suid-Afrika: Quo Oportet nos Vadere?" *Wetenskaplike Bydraes van die PU vir CHO Reeks H: Intreerede nr 132* (1993) 3.

15 Cachalia et al *Fundamental Rights* 102.

4 Die reg om nie verwaarloos of mishandel te word nie¹⁶

Die mees voor die handliggende toepassing van hierdie bepaling sal plaasvind waar die staat self vir hierdie verwaarlosing of mishandeling verantwoordelik is.¹⁷ Dit is egter onseker in watter mate hierdie reg 'n verpligting op die staat plaas om inbreuk op ouerlike outonomie te maak ten einde mishandeling en verwaarlosing te voorkom.¹⁸ Indien aanvaar word dat die bepalings van Hoofstuk 3 ook horisontale werking het, is die implikasie dat daar wel in gepaste gevalle 'n verpligting op die staat rus om inbreuk te maak op ouerlike outonomie ten einde die belange van kinders te beskerm.¹⁹ So 'n interpretasie beteken dat inmenging byvoorbeeld in terme van bestaande gemeenregtelike oorwegings²⁰ kan plaasvind, asook in terme van die Wet op Kindersorg.²¹

5 Regte ten opsigte van arbeidspraktyke²²

Hierdie reg is in ooreenstemming met internasionale menseregte en plaas 'n verbod op die ekonomiese uitbuiting van kinders, asook enige werk wat tot hulle nadeel is.²³

6 Detensie²⁴

Hierdie bepaling bestaan naas artikel 25 en die implikasie is dat kinders byvoorbeeld nie saam met volwassenes aangehou mag word nie, die reg op toegang tot opvoedkundige materiaal het en die reg op toepaslike toegang tot ouers en familielede het.²⁵

16 A 30(1)(d).

17 Cachalia et al *Fundamental Rights* 102.

18 *Ibid.*

19 Basson *South Africa's Interim Constitution* 15.

20 Sien hoofstuk 5 hierbo.

21 74 van 1983.

22 A 30(1)(e).

23 Cachalia et al *Fundamental Rights* 102.

24 A 30(2).

25 Cachalia et al *Fundamental Rights* 102.

III DIE ROL VAN DIE STAAT

Die ouer-kind verhouding in Suid-Afrika is tot dusver hoofsaaklik deur die reëls van die privaatreëls beheers met die staat wat in terme van die gemene reg en in statutêre omskrewe gevalle daarmee tot beskerming van kinders kan inmeng.²⁶ Artikel 30 wat vir kinderregte voorsiening maak, beteken dat daar nou ook uit 'n publiekregtelike perspektief na kinderregte en die beskerming daarvan gekyk moet word. Alhoewel daar spesifiek nou vir kinders se regte voorsiening gemaak word, word ontwikkelings veel wyer as dit vereis om 'n politieke, juridiese en sosio-ekonomiese raamwerk te skep waarin 'n kinderregte kultuur as verskyningsvorm van fundamentele menseregte geskep, gekweek en gehandhaaf kan word.²⁷ Dit beteken onder andere dat in die interpretasie van artikel 30 daar rekening gehou moet word daarmee dat kinders, soos volwassenes, draers van regte is; dat kinderregte nie in konflik met ouerlike outonomie is nie, maar tipies daarop gerig is om ook teen onregmatige inbreukmaking beskerm te word; en dat kinderregte bykomend tot ander fundamentele menseregte gesien moet word.²⁸

1 Praktiese implikasies

Bogenoemde vereis dat staatsinisiatiewe van primêre belang is om struktuur aan programme te verleen ter handhawing, beskerming en bevordering van kinderregte. As vertrekpunt kan die ratifikasie van die VN Konvensie van die Regte van die Kind voorgelê word.²⁹ Die voordele hieraan verbonde is tweeledig. Eerstens bied dit 'n raamwerk van minimum standarde waaraan staatsoptrede moet voldoen. Tweedens bied dit die voordeel van internasionale kruisbestuiging van kennis.³⁰

Voortvloeiend hieruit word dit dan aan die staat opgedra om nie alleen relevante wetgewing aan die Konvensie te meet en te hersien nie, maar

26 Robinson "Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte" 1-2, sien hoofstuk 5 hierbo.

27 De Villiers 1993 *Stell LR* 306; Robinson "Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte" 18.

28 De Villiers 1993 *Stell LR* 306-307; Robinson "Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte" 18.

29 De Villiers 1993 *Stell LR* 307.

30 De Villiers 1993 *Stell LR* 307-308.

"[g]overnments should feel the responsibility to strive to integrate the spirit and new understanding of children's rights into their legislation, and to introduce procedures to secure awareness of its implications in all relevant contexts."³¹

Dit impliseer wetgewing en maatreëls wat kinders se regte teenoor die staat, maar ook teenoor lede van die gemeenskap beskerm en realiseer.³²

Ander maatreëls kan byvoorbeeld publisiteit wat aan kinderregte verleen word behels, asook opvoedkundige programme met die oogmerk om 'n menseregtekultuur te loods. Die publisiteit wat aan die konsep van kinderregte verleen word, moet binne die groter geheel van die Konvensie van die Regte van die Kind gesien word wat uitdruklik die kind se reg op stabiele en gesonde verhoudings binne gesinsverband erken, maar tog remedies bied waar daarop inbreuk gemaak word.³³

Opvoedkundige programme dien ook 'n tweeledige doel. Eerstens illustreer dit die staat se betrokkenheid by fundamentele menseregte, veral dié van kinders. Tweedens beteken dit dat kinders binne 'n breër menseregtekultuur opgevoed word met spesifieke klem op hul regte, wat sekerlik in die geheel tot verdraagsaamheid, beskerming en handhawing van fundamentele menseregte kan meewerk.³⁴ Nie-regeringsorganisasies soos Famsa, Life-line, ensovoorts het in hierdie verband 'n fundamentele rol om te vervul. Hierdie organisasies is op grondvlak in kontak met kinders en kan die staat van inligting oor 'n breë spektrum voorsien, maar is ook daar om staatsinisiatiewe te implementeer.³⁵

Indien die staat werklik erns met die regsposisie van kinders het, is die instelling van 'n ombudsman vir kinders bykans 'n noodwendigheid.³⁶ De Villiers bepleit die statutêre aanstelling van 'n Kommissaris van Kinderregte wat die taak sal hê om kinderregte en -belange te bevorder en op nasionale vlak beleidsrigtings ten opsigte van kinders te koördineer waardeur internasionale en nasionale standaarde ten opsigte van kinders geïmplementeer kan word.³⁷ Dit is selfs ook moontlik dat so 'n kommissaris alternatiewe regshulp in die vorm van arbitrasie

31 Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 154.

32 De Villiers 1993 *Stell LR* 307; Olivier, Robinson 1991 *TRW* 139.

33 Freestone *Children and the Law* 295; Konvensie van die Regte van die Kind A5 A8 A9.

34 De Villiers 1993 *Stell LR* 308; Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 154.

35 De Villiers 1993 *Stell LR* 308-309.

36 De Villiers 1993 *Stell LR* 309; Miljeteig-Olssen 1990 *HRQ* 153-154; .

37 De Villiers 1993 *Stell LR* 309.

of bemiddeling kan verskaf waar kinderregte in gedrang kom of om andersins as spreekbuis vir kinders te dien.³⁸

Laastens beteken artikel 30 dat wesenlike wysigings aan die huidige Suid-Afrikaanse kinderreg noodsaaklik is en deeglike oorweging van toekomstige wetgewing vereis word ten einde dit in ooreenstemming met internasionale norme te bring.³⁹ In hierdie verband kan weer na die belangrikheid van die ratifikasie van die Konvensie verwys word wat versoening in enige konflik tussen nasionale wetgewende norme en internasionale norme kan meebring.⁴⁰

Daar kan in hierdie verband met vrug verwys word na die wyse waarop die ouer-kind verhouding tans in Duitsland gereguleer word.⁴¹ Die vertrekpunt ten opsigte van die grondwet en ouerlike sorg is dat die wese van die natuurlike ouerlike reg grondwetlik erken word en ouers se reg om hul kinders op te voed teen staatlike ingrype beskerm word.⁴² Die wyse waarop die grondwetlike bepalings interpreteer word, weerspieël moderne regsteoretiese denke rakende die ouer-kind verhouding, naamlik dat ouerlike "gesag" eerder met ouerlike "sorg" vervang word, die gesin 'n eiesoortige instelling is waarbinne regsverhoudings gereël word en

"dat ouerlike sorg as subjektiewe reg deur die welsyn van die kind bestem word en dat juis die welsyn van die kind die ouerlike verpligting jeens die kind begrond."⁴³

Staatlike toesig oor die ouer-kind verhouding is *aksessor* van aard. Dit beteken dat ouers voorkeur in die versorging en opvoeding van hul kinders geniet, maar dat die staat gemagtig word om in te gryp ten einde kinders teen nadeel te beskerm en hul versorging en opvoeding te verseker. Die grondslag vir staatlike optrede is tweeledig van aard. Dit word eerstens aangetref in die belang wat die gemeenskap in die opvoeding van kinders het en tweedens in die belangrike feit dat kinders self ook erkenning as draers van grondregte geniet en gevolglik op beskerming aanspraak kan maak.⁴⁴

38 *Ibid.*

39 De Villiers 1993 *Stell LR* 309; Olivier, Robinson 1991 *TRW* 139.

40 De Villiers 1993 *Stell LR* 309.

41 Robinson "Die ouer-kind verhouding in die lig van 'n menseregteakte - 'n beknopte oorsig oor die posisie in Duitsland" 1992 *SA Publikereg* 228-254.

42 Robinson 1992 *SA Publikereg* 235-241.

43 Robinson 1992 *SA Publikereg* 238.

44 Robinson 1992 *SA Publikereg* 241-245.

'n Botsing tussen die grondregte van ouers en kinders word hanteer teen die agtergrond van die besondere aard van die ouerlike reg soos in die grondwet gereël, wat onder andere beteken dat ouers grondwetlik besluitnemingsbevoegd hede namens hul kinders kan uitoefen, insoverre kinders nie self daartoe in staat is nie. Die ouerlike reg en kinders se aanspraak op selfbestemming moet dus nie in konflik met mekaar gesien word nie, maar as aspekte wat naas mekaar staan. Die gepaste oorweging in elke geval is dan eerder of die kind oor die bevoegdheid beskik om self sy eie besluite te neem en of sy ouers nog daardie besluite moet neem.⁴⁵

Bogenoemde uiteensetting sentreer rondom 'n grondwetlike bedeling wat grondregte aan volwassenes en kinders verleen en aan die staat ruimte vir 'n toesighoudende rol oor die uitoefening van ouerlike sorg bied.

2 Konstitusionele hervorming en persoonlike regspluralisme in Suid-Afrika

Binne die konteks van hierdie bespreking kan die vraag na die wyse waarop Hoofstuk 3 van die Grondwet en spesifiek artikel 30 'n fusie tussen persoonlike regspluralisme en Westerse waardes en tradisies gaan bewerkstellig, nie agterweë gelaat word nie.⁴⁶ So 'n fusie sal 'n deeglike begrip van die verskillende inheemse juridiese, filosofiese en sosio-ekonomiese oorwegings in Suid-Afrika vereis. In die besonder sal oorweging geskenk moet word aan die effek van artikel 30 op die inheemse gesinstruktuur. Die natuurlike ouers se onderhoudsverpligting is byvoorbeeld teenstrydig met die idee van kinders wat aan die uitgebreide partrilinêre gesin behoort en beteken onder andere dat 'n natuurlike vader geen onderhoudsverpligtinge teenoor buite-egtelike kinders het nie.⁴⁷ Vergelyk ook artikel 30(1)(e) wat ekonomiese uitbuiting van kinders verbied en ook kontensieus binne die inheemse gesinsopset kan wees waar van kinders verwag word om so vroeg as moontlik 'n ekonomiese bydrae te lewer.⁴⁸ Hierdie aspek, sowel die feit dat sosio-ekonomiese toestande nie noodwendig 'n

45 Robinson 1992 SA *Publiekreg* 251.

46 Hund "A Bill of Rights for South Africa" 1989 *TRW* 59; Bekker 1991 *Acta Juridica* 1-17; Bennett "The Compatibility of African Customary Law and Human Rights" 1991 *Acta Juridica* 18-35.

47 Bennett 1991 *Acta Juridica* 27.

48 Bennett 1991 *Acta Juridica* 28.

geleentheid tot opvoedkundige kwalifikasies vir kinders skep nie, kan meebring dat die bepalings van artikel 30 geskend word.⁴⁹

Die problematiek moet egter teen die agtergrond van artikels 33(2) en 33(3) van die Grondwet⁵⁰ gesien word. Die effek van artikel 33(2) is dat wetgewing, die gemenereg en inheemse reg ondergeskik gestel word aan die fundamentele menseregte wat in Hoofstuk 3 verskans is, behalwe insoverre die Grondwet vir beperkings voorsiening maak. Artikel 33(3) bepaal onder andere dat regte en vryhede in terme van wetgewing, die gemenereg en inheemse reg erken word, behalwe insoverre daardie regte en vryhede in botsing met die fundamentele menseregte soos uiteengesit in Hoofstuk 3 is. Die implikasie van die twee bepalings is dat die enkele probleemgevalle wat in die vorige paragraaf uiteengesit is, wel in terme van artikel 30 aangespreek sal kan word. Die belangrikste gevolg lê in artikel 33(2) omdat dit ruimte vir die horisontale werking van die bepalings in Hoofstuk 3 bied. Dit beteken byvoorbeeld dat in 'n geskil tussen individue in terme van die inheemse reg, regte wat verleen word wel afgedwing kan word, behalwe in soverre dit strydig met Hoofstuk 3 is. Die staat beskik dus oor die bevoegdheid om in te gryp in die ouer-kind verhouding in terme van artikel 30, ongeag of die verhouding in terme van wetgewing, die gemenereg of inheemse reg gereël word.

Daar word met hierdie enkele opmerkings volstaan om te illustreer wat die verreikende implikasies van die nuwe grondwetlike struktuur vir kinders en die gesinstruktuur inhou. Dit sou ook beteken dat die begrippe "huwelik" en "gesin" beide die positiefregtelike as die inheemsregtelike betekenis sal moet akkommodeer, met spesifieke beklemtoning van die beste belange van die kind wat deurentyd primêre oorweging moet geniet.⁵¹

49 *Ibid.*

50 200 van 1993.

51 Robinson "Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte" 18.

HOOFSTUK 7

GEVOLGTREKKING

Die reg ten opsigte van kinders word gekenmerk deur 'n stryd tussen paternalisme en outonomie - paternalisme in die sin dat daar 'n behoefte daaraan is om die beste belange van kinders te bevorder en te handhaaf en hulle teen hulleself en ander te beskerm, en outonomie in dié sin dat daar ook 'n strewe is om aan kinders 'n groter mate van beheer oor hul eie lewens te verleen.¹

Beide benaderings is nie sonder gebreke nie. Die beste belange van kinders is 'n vae begrip en dis eintlik 'n betekenislose beperking op die uitoefening van ouerlike gesag totdat dit werklik inhoud en definisie binne die konteks van litigasie kry.² Ook kan die inhoud wissel na gelang van die konteks waarbinne dit ter sprake kom, byvoorbeeld beheer en toesig by egskeiding teenoor die vraag of 'n tugtgingsbevoegdheid in 'n gegewe geval redelik uitgeoefen is.³ Die standaard bied ook die geleentheid dat subjektiewe waardeoordele van die persoon wat die norm moet toepas, voorop gestel word en bring die objektiwiteit van die regsproses in gedrang.⁴ Bainham argumenteer dat die grootste gebrek van die norm van beste belange moontlik daarin lê dat dit nie werklik die belange van kinders as 'n klas beskerm nie.⁵ Komplekse beleidsvraagstukke soos aborsie, sensuur en 'n vader se toegangsregte tot buiteregtelike kinders kan nie bevredigend opgelos word deur geïsoleerde beslissings ten opsigte van kinders se beste belange in 'n gegewe geval nie, en die behoefte aan algemene riglyne in terme van wetgewing blyk duidelik.⁶

Groter outonomie aan kinders skep onvermydelik die potensiaal van konflik binne gesinsverband, omdat die realisering van kinders se aansprake noodwendig inbreukmaking op ouerlike outonomie sal meebring. Die ingewikkelde taak word aan die staat opgedra om 'n balans te vind waardeur beide ouers en kinders die geleentheid gebied kan word om eie

1 Davis, Schwartz *Children's Rights* 201; Bainham *Children, Parents and the State* 214.

2 Heaton 1990 *THRHR* 95.

3 Bainham *Children, Parents and the State* 214-215.

4 Bainham *Children, Parents and the State* 215; Heaton 1990 *THRHR* 97; Muller-Freienfels "Limits to Legislation" 618-619.

5 Bainham *Children, Parents and the State* 215.

6 *Ibid.*

aansprake te handhaaf. In wese kom dit daarop neer dat daar naas ouerlike aansprake 'n sensitiwiteit moet wees vir 'n kind se reg op selfhandhawing en die behoefte aan beskerming.⁷

In dié verband vervul Hoofstuk 3 van die Grondwet 'n nuttige rol en verleen 'n nuwe betekenis aan die rol van die staat, want dit bied die vertrekpunt dat kinders 'n soortgelyke status as volwassenes het en op soortgelyke beskerming in terme van die Hoofstuk aanspraak kan maak. So word steun aan die konsep van kinderregte verleen en bied dit erkenning aan 'n kind se individuele vermoëns en eie identiteit sodat daar ook met hul menings rekening gehou moet word waar hul belange op die spel is. Die implikasie is geensins dat daar van ouerlike versorging en die gesinsopset wegbeweeg word nie, maar dat ouerlike versorging binne gesinsopset juis die basiese ruimte is waarbinne kinderregte behoort te realiseer. Die staat beklee gevolglik 'n toesighoudende rol ten opsigte van die wyse waarop ouers hul kinders versorg en dit laat geen twyfel daaroor dat ouerlike outonomie in gepaste gevalle ondergeskik gestel sal word aan die beste belange van kinders nie. 'n Beleid van staatsinmenging vanuit die toesighoudende perspektief word dus voorgestaan met die beste belange van kinders wat die primêre oorweging moet wees in gevalle van optrede vanaf owerheidsweë. Dit beklemtoon die omvangryke rol van die staat om in terme van wetgewing, maar ook by wyse van judisiële optrede die tradisionele ouer-kind verhouding en onbevoegdhede van kinders in die lig van veranderende sosiale omstandighede en die tempo van ontwikkeling van kinders te her-evalueer en om aanpassings te implementeer.

7 De Villiers 1993 *Stell LR* 310.

BRONNELYS

BOEKE

- Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (eds) *Children, Rights and the Law* Oxford: Clarendon Press 1992.
- Bainham Andrew *Children, Parents and the State* London: Sweet and Maxwell 1988 (afgekort as Bainham *Children, Parents and the State*).
- Barnard AH, Cronjé DSP, Olivier PJJ *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 2de uitgawe Durban: Butterworths 1990 (afgekort as Barnard et al *Persone- en Familiereg*).
- Basson Dion A *South Africa's Interim Constitution Text and Notes* Kenwyn: Juta 1994 (afgekort as Basson *South Africa's Interim Constitution*).
- Bevan JK *Child Law* London: Butterworths 1992.
- Boberg PQR *The Law of Persons and the Family* Kaapstad Wynberg Johannesburg: Juta 1977.
- Cachalia Azhar, Cheadle Halton, Davis Dennis, Haysom Nicholas, Maduna Penuell, Marcus Gilbert *Fundamental Rights in the New Constitution* Kenwyn: Juta 1994 (afgekort as Cachalia et al *Fundamental Rights*).
- Campbell Tom D "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (eds) *Children, Rights and the Law* Oxford: Clarendon Press 1992 (afgekort as Campbell "The Rights of the Minor").
- Cohen Howard *Equal Rights for Children* Totowa, New Jersey: Rowman and Littlefield 1980 (afgekort as Cohen *Equal Rights*).
- Coons John E and Mnookin Robert H "Toward a Theory of Children's Rights" in Baxter Ian FG and Eberts Mary A *The Child and the Courts* London: Sweet & Maxwell Limited 1978 (afgekort as Coons and Mnookin "Toward a Theory of Children's Rights").
- Davis Samuel M, Schwartz Mortimer D *Children's Rights and the Law* Lexington, Massachusetts, Toronto: Lexington Books DC Heath and Company 1987 (afgekort as Davis, Schwartz *Children's Rights*).

De Langen M "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven door de overheid" in De Langen M, De Graaf JH, Kunneman FBM (reds) *Kinderen en Recht* Kluwer 1989 (afgekort as De Langen M "Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven").

Dingwall Robert and Eekelaar John "Rethinking child protection" in Freeman Michael DA (ed) *State, Law and the Family* London and New York: Tavistack Publications Sweet and Maxwell 1984 (afgekort as Dingwall and Eekelaar "Rethinking child protection").

Dingwall Robert, Eekelaar John & Murray Topsy *The Protection of Children: State Intervention in Family Life* Padstow: TJ Press Ltd 1983 (afgekort as *The Protection of Children*).

Eekelaar John "The Importance of Thinking that Children have Rights" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (eds) *Children, Rights and the Law* Oxford: Clarendon Press 1992 (afgekort as Eekelaar "The Importance of Thinking that Children have Rights").

Eekelaar John *Family Law and Social Policy* London: Weidenfeld and Nicolson 1978.

Eekelaar John *Family Law and Social Policy* 2nd edition London: Weinfeld and Nicolson 1984.

Erasmus HJ, Van der Merwe CG, Van Wyk AH *Lee and Honoré: Family, Things and Succession* 2nd edition Durban Pretoria: Butterworths 1983 (afgekort as *Lee and Honoré*).

Freeman MDA *The Rights and Wrongs of Children* London: Frances Pinter 1983.

Freeman Michael DA "Taking Children's Rights More Seriously" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (eds) *Children, Rights and the Law* Oxford: Clarendon Press 1992 (afgekort as Freeman "Taking Children's Rights More Seriously").

Freestone David (ed) *Children and the Law. Essays in Honour of Professor HK Bevan Hull*: University Press 1990 (afgekort as Freestone *Children and the Law*).

Glendon Mary-Ann *State, Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe* Amsterdam, New York Oxford: North-Holland Publishing Company 1977 (afgekort as Glendon *State, Law and the Family*).

Goldstein Joseph, Freud Anna and Solnit Albert J *Before the Best Interests of the Child* New York: The Free Press 1980 (afgekort as Goldstein et al *Before the Best Interests of the Child*).

Hahlo HR and Kahn Ellison *The South African Legal System and its Background* Cape Town Wynberg Johannesburg: Juta 1968 (afgekort as Hahlo and Kahn *The South African Legal System*).

Hoggett Brenda M, Pearl David S *The Family Law and Society Cases and Materials* 2nd edition London: Butterworths 1987 (afgekort as Hoggett, Pearl *The Family Law and Society*).

Lee RW *An Introduction to Roman-Dutch Law* Oxford: Clarendon Press 1946 (afgekort as Lee *Roman-Dutch Law*).

McKnight JW "Minority and Parental Rights in the United Family: The Relationship of Parent and Child with particular reference to the law of the United States" in Bates Frank (ed) *The Child and The Law* Volume 1 Dogs Ferry, New York: Oceana Publications, Inc 1976 (afgekort as McKnight "Minority and Parental Rights").

Muller-Freienfels W "Possibilities and Limits to Legislation in Cases Affecting Children" in Bates Frank (ed) *The Child and The Law* Volume 2 Dogs Ferry, New York: Oceana Publications, Inc 1976 (afgekort as Muller-Freienfels "Limits to Legislation").

O'Neill Onora "Children's Rights and Children's Lives" in Alston Philip, Parker Stephen, Seymour John (eds) *Children, Rights and the Law* Oxford: Clarendon Press 1992 (afgekort as O'Neill "Children's Rights and Children's Lives").

Penning E "The Children's Right Movement" in De Langen M, De Graaf JH, Kunneman FBM (reds) *Kinderen en Recht* Kluwer 1989 (afgekort as Penning "The Children's Right Movement").

Spiro E *Law of Parent and the Child* 4th edition Cape Town Wetton Johannesburg: Juta 1985 (afgekort as Spiro *Parent and Child*).

Swanepoel HM, Wessels PJ 'n *Praktiese Benadering tot die Wet op Kindersorg* Pretoria: Digma 1992 (afgekort as Swanepoel, Wessels *Praktiese Benadering*).

Van der Vyver JD, Joubert DJ *Persone- en Familiereg* 3de uitgawe Kaapstad Wetton Johannesburg: Juta 1991.

Van Warmelo Paul *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* Kaapstad Amsterdam: AA Balkema 1957 (afgekort as Van Warmelo *Inleiding tot Romeinse Reg*).

Van Zyl DH *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* Durban: Butterworths 1977 (afgekort as Van Zyl *Romeinse Privaatreg*).

Wessels JW *History of the Roman-Dutch Law* Grahamstown, Cape Colony: African Book Company, Limited 1908.

TYDSKRIFARTIKELS

Balton A David "The Convention on the Rights of the Child: Prospects for International Enforcement" 1990 *Human Rights Quarterly* 120-129.

Bekker JC "Interaction between Constitutional Reform and Family Law" 1991 *Acta Juridica* 1-17.

Bennet TW "The Compatibility of African Customary Law and Human Rights" 1991 *Acta Juridica* 18-35.

De Villiers Bertus "The Rights of Children in International Law: Guidelines for South Africa" 1993 *Stell LR* 289-310.

Dickens Bernard M "The Modern Function and Limits of Parental Rights" 1981 *Law Quarterly Review* 462-485.

Eekelaar John "The Emergence of Children's Rights" 1986 *Oxford Journal of Legal Studies* 161-182.

Foster Henry H and Freed Doris Jonas "A Bill of Rights for Children" 1972 *Family Law Quarterly* 343-375.

Freeman MDA "Freedom and the Welfare State: Child-Rearing, Parental Autonomy and State Intervention" 1983 *Journal of Social Welfare Law* 70-91.

- Hafen Bruce C "Children's Liberation and the New Egalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youth to Their 'Rights'" 1976 *Brigham Young University Law Review* 605-658.
- Heaton J "Some General Remarks on the Concept 'Best Interests of the Child'" 1990 *THRHR* 95-99.
- Hund John "A Bill of Rights for South Africa" 1989 *TRW* 45-64.
- Kruger JM "Enkele Opmerkings oor die Bevoegdheids van die Hooggeregshof as Oppervoog van Minderjariges om in te meng met Ouerlike Gesag" 1994 *THRHR* 304-311.
- Labuschagne Etienne "Die Hooggeregshof as Oppervoog van Minderjariges - 'n Historiese Perspektief" 1992 *TSAR* 353-357.
- Miljeteig-Olssen P "Advocacy of Children's Rights - the Convention as more than a Legal Document" 1990 *Human Rights Quarterly* 148-155.
- Mudie G "Custody and Access Determination in Divorce - a Family and Developmental Approach" 1989 *De Rebus* 686-690.
- Olivier NJJ, Robinson JA "Van Sorgbehoewendheid (1960) tot Ouerlike Geskiktheid (1983) Begin die Pendulum in 1991 weer (stadig) swaai?" 1991 *TRW* 124-139.
- Robinson JA "Die Beskerming van Kinders in 'n Menseregteakte in Suid-Afrika: Quo oportet nos Vadere?" 1993 *Wetenskaplike Bydraes van die PU vir CHO Reeks H: Intreerede nr 132*.
- Robinson JA "Die Ouer-kind Verhouding in die Lig van 'n Menseregteakte - 'n Beknopte Oorsig oor die Posisie in Duitsland" 1992 *SA Publikereg* 228-252.
- Rush Sharon Elizabeth "The Warren and Burger Courts on State, Parent and Child Conflict Resolution: A Comparative Analysis and Proposed Methodology" 1985 *Hastings Law Journal* 461-513.
- Wald Michael S "Children's Rights: A Framework for Analysis" 1979 *University of California Davis Law Review* 255-282.

WETGEWING

Boedelwet 66 van 1965

a 43(2)	40
43(6)	40
80(1)	39, 40
80(2)	40

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Hoofstuk 3	34, 45, 46, 54
a 30	34, 46, 47, 53, 54
30(1)(a)	46, 47
30(1)(b)	46, 47
30(1)(c)	46, 48
30(1)(d)	46, 49
30(1)(e)	46, 49, 53
30(2)	46, 49
30(3)	9, 47
33(2)	54
33(3)	54

Huwelikswet 25 van 1961

a 25(4)	40, 44
---------------	--------

Kinderwet 33 van 1960	44
-----------------------------	----

Strafproseswet 51 van 1977	34
----------------------------------	----

Versekeringswet 27 van 1983

a 37	27
------------	----

Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987	36, 43
--	--------

a 4(1)	43
4(2)	43

Wet op Egskeiding 70 van 1979	36, 43
-------------------------------------	--------

a 6	9, 36, 43
6(1)	43
8(1)	9

Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953	36, 42
---	--------

a 5	9
5(1)	36

Wet op Kindersorg 74 van 1983	34, 49
-------------------------------------	--------

a 5(1)	44
13(3)	36
14(4)(b)	36
39(1)	38
39(2)	38
39(4)	27
50	11
50(2)	37

Wysigingswet op Kindersorg 86 van 1991	44
Wet op Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1992	8
Wet op Onderhoud 23 van 1963	
a 4	37
a 11	37
Wet op Testamente 7 van 1953	
a 4	27
Wet op Voogdy 192 van 1993	8
a 1(1)	8
1(2)	8
1(2)(a)	8
1(2)(b)	8
1(2)(c)	8
1(2)(d)	8
1(2)(e)	8
3	8

SAKELYS

<i>B v P</i> 1991 4 SA 113 (T)
<i>Calitz v Calitz</i> 1939 AD 56
<i>Ex Parte van Dam</i> 1973 2 SA 182 (W)
<i>Fletcher v Fletcher</i> 1948 1 SA 130 (A)
<i>Fortune v Fortune</i> 1955 3 SA 348 (A)
<i>Hiltonian Society v Crofton</i> 1952 3 SA 130 (A)
<i>Khala v Minister of Safety and Security</i> 1994 (2) BCLR 89 (W)
<i>M v R</i> 1989 1 SA 416 (O)
<i>Oosthuizen v Stanley</i> 1938 AD 322
<i>Parham v JR</i> 442 USA 584 (1979)
<i>Petersen v Kruger</i> 1975 4 SA 171 (K)
<i>Qozeleni v Minister of Law and Order</i> 1994 (3) SA 625 (E)
<i>Ritchken's Estate v Ritchken</i> 1924 WLD 17
<i>S v Boshoff</i> 1971 1 SA 314 (T)
<i>S v Jeggels</i> 1962 3 SA 704 (K)
<i>Seetal v Pravitha</i> 1983 3 SA 287 (D)
<i>Smit v Smit</i> 1980 3 SA 1010 (O)