

DIE KONSTITUSIONELE IMPLIKASIE VAN FRASER V CHILDREN'S COURT,  
PRETORIA NORTH 1997 2 SA 261(CC)

deur

LINDEN COETZEE

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes  
vir die graad

MAGISTER LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF G CARPENTER

AUGUSTUS 1997

## BEDANKINGS

My Hemelse Vader wat my die vermoë gegee het.

My gesin wat so geduldig is. Ek dra dan ook hierdie verhandeling aan Marietjie, Lin-Marie en Christo op uit dankbaarheid vir hulle ondersteuning.

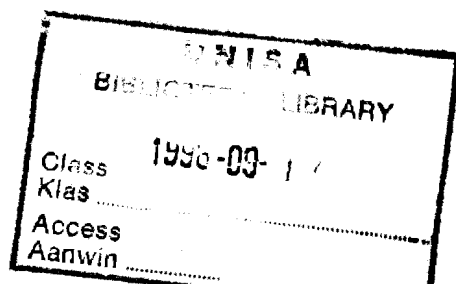
My studieleier, professor Carpenter. Baie dankie vir u raad en leiding.

Toppie Stofberg wat die taalkundige versorging so uitstekend gedoen het.

Mevv Büre, Coetzee en Koekemoer wat die tikwerk verrig het. Baie dankie vir julle geduld en goeie werk.

My kollega, Belinda Stoltz, vir haar raad en opbouende kritiek.

Mnr Nico Ferreira, regsbibliotekaris, Karen Breckon en Marga Kruger, almal van UNISA. Sonder julle hulp sou ek nie die bronne so maklik kon opspoor nie.



0001708005

346.175068 COET

SOLI DEO GLORIA

## **SUMMARY**

Writer investigates the constitutionality of section 18(4)(d) of the Child Care Act 74 of 1983 against the backdrop of the South African common law and the common law of comparative legal systems. In the South Africa law the mother of an illegitimate child has guardianship. The natural father does not have parental power which weakens his legal position.

In analysing the judgement of the Constitutional Court, writer criticises the court for stating that in the case of a newborn baby the kind of discrimination which section 18(4)(d) authorises against a natural father may be justifiable in the initial period after the child is born.

The constitutional position of the natural father in American jurisprudence is discussed at length.

Writer concludes that the natural father has to take positive steps to vest a right to be heard in an adoption application. Proposals for legal reform are also made.

### **SLEUTELTERME:**

Adoption; Illegitimate child; Natural father; Biological relationship; Legitimate expectation; Administrative justice; Section 18(4)(d) of the Child Care Act of 1983; Section 8 of the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1983, Best interest of the child; Discrimination; Two stage approach to constitutional analysis.

**INHOUDSOPGAWE**

1.	INLEIDING .....	1
2.	FEITE .....	1
3.	UITSPRAAK .....	3
3.1.	VERWYSING VAN GESKILPUNT NA DIE KONSTITUSIONELE HOF Kragtens Artikel 102 van die Tussentydse Grondwet .....	3
3.2.	KONSTITUSIONALITEIT VAN ARTIKEL 18(4)(d) .....	4
3.2.1.	PRIVAATREGTELIKE POSISIE .....	5
3.2.1.1.	SUID-AFRIKAANSE REG .....	5
3.2.1.2.	VERGELYKENDE REGSTELSELS .....	15
3.2.2.	KONSTITUSIONELE POSISIE .....	22
3.2.2.1.	SUID-AFRIKAANSE REG .....	22
3.2.2.2.	VERGELYKENDE REGSTELSELS .....	32
4.	DIE BEVEL VAN DIE KONSTITUSIONELE HOF .....	39
5.	SOU DIE KONSTITUSIONELE HOF TOT 'N ANDER BESLISSING GEKOM HET INDIEN DIE BEPALINGS VAN DIE NUWE GRONDWET REEDS GEGELD HET? .....	42
6.	VOORSTELLE VIR REGSHERVORMING .....	44
7.	SLOTOPMERKINGS .....	46
8.	BIBLIOGRAFIE .....	48
9.	REGISTER VAN AANGEHAALDE SAKE .....	51
10.	REGISTER VAN WETGEWING .....	53
11.	REGISTER .....	55

"A basic requirement for a child is to be part of a secure, loving family, where the child can develop deep emotional attachments. The goal of adoption is to place children in families with as little delay and controversy as possible."<sup>1</sup>

## 1. INLEIDING

Die regsposisie van die vader van 'n buite-egtelike kind betreffende toegang tot, of bewaring van, of voogdy oor daardie kind was al die onderwerp van verskeie navorsingstukke en intense litigasie. Selfs die huidige aannemingsproses raak die ongehude vader se regsposisie.<sup>2</sup>

Voor die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1993<sup>3</sup> en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996<sup>4</sup> is die ongehude vader grootliks deur wetgewing in sy verhouding tot sy kind benadeel. Die inwerkingtreding van die tussentydse grondwet wat intussen deur die nuwe grondwet vervang is en wat ook 'n handves van menseregte inkorporeer, moet vir ongehude vaders die spreekwoordelike lig aan die einde van die tunnel gewees het.

Laasgenoemde moes sekerlik die oorwegende beweegrede vir Lawrie Fraser (hierna die applikant genoem) gewees het om die konstitusionaliteit van artikel 18(4)(d) aan te veg. Kragtens artikel 18(4)(d) is slegs die moeder se toestemming by die aanneming van 'n buite-egtelike kind nodig. Min het die applikant egter geweet wat op hom wag!

## 2. FEITE

Die applikant is 'n steselontwikkelaar in die rekenaarbedryf terwyl me Naude (hierna die tweede respondent genoem) vir die SAUK as violis gewerk het. Gedurende die tydperk 1994 tot 1995 het daar 'n intieme verhouding tussen die applikant en die tweede respondent ontstaan. Die twee het as man en vrou saamgeleef sonder dat 'n formele huwelik tussen hulle voltrek is. Gedurende April 1995, kort nadat die tweede respondent uitgevind het dat sy swanger was, het sy besluit om na die geboorte die

---

1 Wehner "Daddy wants rights too : A perspective on adoption statutes" 1994 *Houston LR* 691 712; sien ook slotopmerking.  
 2 Sien artikel 18(4)(d) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 (hierna artikel 18(4)(d) genoem).  
 3 Wet 200 van 1993 (hierna die tussentydse grondwet genoem).  
 4 Wet 108 van 1996 (hierna die nuwe grondwet genoem).

kind te laat aanneem. Toe die applikant daarvan te hore kom, het hy die voorgenome aanneming teëgestaan wat tot omvattende litigasie aanleiding gegee het. Verskeie dringende aansoeke tot die hoë hof het gevolg. Daar is selfs 'n versoek tot die Minister van Justisie gerig.

Op 12 Desember 1995 het die tweede respondent geboorte geskenk aan 'n babaseun, Timothy, waarvan die applikant die vader was.

Die kinderhof, Pretoria-Noord, (hierna die eerste respondent genoem) het op 23 Februarie 1996 die aanneming van Timothy bekragtig. Dit het tot gevolg gehad dat die applikant op 11 Maart 1996 die beslissing van die eerste respondent op 'n dringende basis in hersiening geneem het na die Pretoriase hoë hof.<sup>5</sup> Die kennisgewing van mosie het onder andere die volgende bedes bevat:

- “3 An order reviewing and setting aside the order for adoption of Timothy Naude made by the first respondent on 23 February 1996.
- 4 An order declaring that the father of an illegitimate child is entitled to be heard on, and to participate in any hearing of, an application for the adoption of his child in terms of the Child Care Act 74 of 1983.
- 5 An order declaring that regulation 21(3) of the Regulations in terms of the Child Care Act is inconsistent with the Constitution and invalid at least insofar as it denies the father of an illegitimate child the right to be heard on, and to participate in any hearing of, an application for the adoption of his child in terms of the Child Care Act 74 of 1983.
- 6 An order declaring that section 18(4)(d) of the Child Care Act 74 of 1983 is inconsistent with the Constitution and invalid insofar as it dispenses with the father's consent for the adoption of an illegitimate child.”<sup>6</sup>

Die hoë hof het bede 3 van die applikant se mosie-aansoek toegestaan en bede 6 is vir beslissing na die konstitusionele hof verwys.

---

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

6 *Fraser v Children's Court, Pretoria North* 1997 2 SA 261(CC) 268 B-E.

### 3. UITSPRAAK

Die destydse adjunkpresident van die konstitusionele hof, regter Mahomed, het die uitspraak, waarmee die ander regters saamgestem het, gelewer.

#### 3.1. VERWYSING NA GESKILPUNT NA DIE KONSTITUSIONELE HOF KRAGTENS ARTIKEL 102 VAN DIE TUSSENTYDSE GRONDWET

Die eerste aspek wat die konstitusionele hof aangeraak het, was die kwessie van die verwysing van die geskilpunt deur die hoë hof kragtens die tersaaklike bepalings van die tussentydse grondwet.<sup>7</sup> Die konstitusionele hof moes gevolglik bepaal of die verwysing bevoeg en gepas was. Volgens die konstitusionele hof bevat artikel 102(1) van die tussentydse grondwet vier vereistes waaraan 'n geldige verwysing moet voldoen:

- “1 There must be an issue before the Provincial or Local Division of the Supreme Court concerned which may be decisive for the case.
- 2 The issue sought to be referred must fall within the exclusive jurisdiction of the Constitutional Court.
- 3 The referral must be in the interests of justice.
- 4 The interests of justice also require an assessment as to whether there are reasonable prospects of success for the party seeking to attack the constitutionality of the relevant statute of any particular part thereof.”<sup>8</sup>

Met verwysing na vereiste 2 *supra* vind die konstitusionele hof dat die hoë hof onteenseglik korrek was in sy bevinding dat daar aan dié vereiste voldoen is vir 'n geldige verwysing.

Watter aangeleenthede val binne die uitsluitlike jurisdiksie van die konstitusionele hof? Chaskalson verwys na die tersaaklike bepaling van die tussentydse grondwet soos volg:

---

7 Artikel 102(1).

8 269 D-E van die uitspraak; sien ook Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* (1996) 6-16 e.v.; sien ook *Brink v Kitshoff* 1996 4 SA 197 206 e.v.; sien ook *Shabalala v Attorney General, Transvaal* 1994 4 SA 608 617 H-J 618 A-B.

“Jurisdiction is conferred upon the Constitutional Court by section 98(2), which provides that it shall have jurisdiction in the Republic as the court of final instance over all matters relating to the interpretation, protection and enforcement of the provisions of the Constitution, including:

- (a) any alleged violation or threatened violation of any fundamental right entrenched in chapter 3 of the Constitution;
- (b) ...”<sup>9</sup> (my *onderstreping*).

Die aangeleentheid voor die konstitusionele hof het gehandel oor 'n beweerde of dreigende skending van fundamentele regte vervat in die tussentydse grondwet en derhalwe was die konstitusionele hof korrek in sy bevinding dat daar aan die vereiste vir 'n geldige verwysing voldoen is. Die tussentydse grondwet het die vereistes gestel sodat daar gepaste ontwikkeling van die staatsreg kan plaasvind, want

“... [the Constitutional Court] will be impeded if [it] always finds itself sitting as a court of first instance.”<sup>10</sup> (my *onderstreping*).

Uit die voorgaande is dit duidelik dat die konstitusionele hof meestal aangeleenthede betreffende beweerde of dreigende skending van fundamentele regte as 'n hof van finale instansie sal hanteer.

Na verdere ontleding van hierdie aangeleentheid bevind die konstitusionele hof dat die verwysing in alle opsigte kragtens artikel 102(1) van die tussentydse grondwet geskied het en derhalwe bevoeg en gepas is.

### 3.2. KONSTITUSIONALITEIT VAN ARTIKEL 18(4)(d)

Bogenoemde is die tweede aspek wat die konstitusionele hof bespreek het.

---

9 Chaskalson *et al supra* 6-1.

10 Chaskalson *et al supra* 6-17.



### 3.2.1. PRIVAATREGTELIKE POSISIE

#### 3.2.1.1. SUID-AFRIKAANSE REG

Die een enkele aspek wat die moeder van 'n buite-egtelike kind skei van die vader van daardie kind is die ouerlike gesag wat eersgenoemde oor daardie kind voer. Barnard, Cronje en Olivier omskryf die aard van ouerlike gesag soos volg, met verwysing na Spiro: <sup>11</sup>

“Ouerlike gesag [is] die somtotaal van die regte en verpligtinge van ouers wat uit hulle ouerskap ontstaan ten opsigte van hulle minderjarige kinders.”

Ouerlike gesag kan verkry word deur:

- (a) geboorte van 'n kind uit 'n geldige huwelik,
- (b) die geboorte van 'n buite-egtelike kind,
- (c) wettiging van 'n buite-egtelike kind, en
- (d) aanneming. <sup>12</sup>

'n Moeder verkry haar ouerlike gesag op grond van die kind se geboorte aangesien *mater non habet nothos*. <sup>13</sup>

Die inhoud van ouerlike gesag is die volgende:

- (a) voogdy,
- (b) bewaring, en
- (c) die onderhoudsplig. <sup>14</sup>

In die geval van die buite-egtelike kind het die moeder voogdyskap oor en bewaring van die kind. <sup>15</sup> Voogdyskap behels die bevoegdheid van die moeder, in die geval van die buite-egtelike kind, om die kind se boedel namens hom te administreer en om die

11 *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* (1994) 313; sien ook Robinson *et al The Law of Children and Young Persons* (1997) 52 - die omskrywing van ouerlike gesag in hierdie boek is meer omvattend.

12 *Ibid* 313.

13 *F v L* 1987 SA 525 527 H-I.

14 Barnard, Cronje en Olivier *supra* 318-325; sien ook Robinson *et al supra* 42-44.

15 Barnard, Cronje en Olivier *supra* 66; sien ook Robinson *et al supra* 42-43.

kind by die verrigting van regshandelinge by te staan.<sup>16</sup> Wanneer na bewaring verwys word, behels dit die beheer oor die persoon van die kind. Dit sluit in die beheer van die kind se daaglikse lewe, om te sorg vir die kind se opvoeding en opleiding, om te besluit met wie hy mag assosieer en laastens, om na sy veiligheid om te sien.<sup>17</sup> 'n Verdere belangrike aspek van die buite-egtelike kind se verhouding met sy moeder het te doen met domisilie. Hier speel die bepalings van die Wet op Domisilie 3 van 1992 'n belangrike rol. Artikel 2(1) gelees met artikel 2(3) van die genoemde wet bepaal dat die kind gedomiliseer sal wees op die plek waaraan hy die nouste verbonde is. Volgens Barnard, Cronje en Olivier, myns insiens tereg, sal dit normaalweg die moeder se huis wees en gevolglik sal in 'n buite-egtelike kind in die meeste gevalle steeds sy moeder se domisilie volg.<sup>18</sup>

Wanneer die buite-egtelike kind se verhouding met sy vader ontleed word, vind ons dat die vader nóg voogdyskap nóg bewaring van sy kind het. Die Wet op Voogdyskap 192 van 1993 het nie die ongehuide vader se gemeenregtelike posisie verbeter nie. Die genoemde wet reël slegs voogdy oor kinders uit 'n huwelik gebore en bepaal dat, wanneer sowel 'n vader as 'n moeder voogdy oor 'n minderjarige het, beide se toestemming ten aansien van die aanneming van die kind nodig is.<sup>19</sup> Die wet het gevolglik die moeder van 'n buite-egtelike kind se voogdyskap ongeskonde gelaat.<sup>20</sup> Die vader van die buite-egtelike kind is egter verplig om sy kind te onderhou.<sup>21</sup> Die buite-egtelike kind het gevolglik 'n reg op onderhoud teen sy vader verkry.<sup>22</sup> Buiten die plig om sy buite-egtelike kind te onderhou, het die vader ingevolge die gemenerereg, geen verdere regte en verpligtinge ten aansien van die kind verwerf nie.<sup>23</sup>

Uit die voorgaande sien ons dus dat die vader 'n ekonomiese band met sy buite-egtelike kind het. Die vraag ontstaan nou of die stiptelike nakoming van hierdie onderhoudsverpligting enigsins aan die ongehuide vader 'n reg van toegang of selfs 'n reg op kennisgewing van die aannemingsproses gegee het. Die reg op toegang van 'n vader tot sy buite-egtelike kind hang nou saam met die vraag of hy met ouerlike gesag

---

16 *Ibid* 318-319; sien ook Robinson *et al supra* 42-43.

17 *Ibid* 320.

18 Barnard, Cronje en Olivier *supra* 67.

19 A 1(2)(b).

20 Robinson *et al supra* 42.

21 Barnard, Cronje en Olivier *supra* 67.

22 *Ibid* 67; sien ook *F v L supra* 526 D-E.

23 *F v L supra* 526 E; sien ook Schwellnus "Paternal access to illegitimate children - a constitutional approach" 1996 *Obiter* 153 154; sien ook Barnard, Cronje en Olivier *supra* 69.

ten aansien van die kind bekleë is. Die regspraak is baie duidelik in hierdie opsig. Die vader van 'n buite-egtelike kind het nie ouerlike gesag oor sy kind nie.<sup>24</sup> Reg van toegang tot 'n buite-egtelike kind, bevind regter Harms in *F v L* is 'n gevolg van ouerlike gesag en aangesien 'n vader van 'n buite-egtelike kind nie met ouerlike gesag bekleë is nie, verwerp hy ook nie 'n *prima facie* reg van toegang tot die kind nie.<sup>25</sup> Regter Harms bevind:

“A right of access is not a *quid pro quo* for payment of maintenance ... Furthermore, a duty to maintain can exist quite independently from parental authority or right to access.”<sup>26</sup>

'n Interessante wending het egter plaasgevind in *Van Erk v Holmer*.<sup>27</sup> Alhoewel die saak handel oor toegang, verwys regter Van Zyl na die ongehude vader se regsposisie in die algemeen. In dié verband sê regter Van Zyl die volgende:

“The fact that the common law says nothing about a father's right of access to his illegitimate child does not justify the inference that such right does not or cannot exist. I have been unable to find any common law discussion of a non-custodian parent's rights of access to a *legitimate* child; yet no one would presume to say that no such right exists. The emphasis throughout is on guardianship and parental power. The question of access appears simply not to have been considered. What is significant in the common law is that the maxim relating to a mother's not bastardising her illegitimate child is clearly based on her cognate or blood relationship with the child. Similarly, the father's duty to maintain a child born out of wedlock is based on his paternity and hence on his cognate biological relationship with the child. This makes nonsense of the fiction that the father is regarded as not being related to the child. Should he be no relation he should have neither rights nor duties in respect of the child. The illogicality is borne out by the fact that the father is subject to marriage impediments with regard to the child in so far as there is a blood relationship between them, regardless of whether the child is legitimate or illegitimate.”<sup>28</sup>

---

24 *F v L supra* 527 G-J; Barnard, Cronje en Olivier *supra* 69; sien ook Robinson *et al supra* 45; sien ook *B v S* 1995 3 SA 571(A); sien ook Spiro *Law of Parent and Child* (1985) 30.

25 *Supra* 527 G-J; sien ook Barnard, Cronje en Olivier *supra* 69; sien ook Robinson *et al supra* 45; sien ook Schwellnus *supra* 154-155.

26 *F v L supra* 527 B-C; sien ook Schwellnus *supra* 155.

27 1992 2 SA 636 W.

28 647 B-E.

Regter van Zyl beslis verder dat die tyd aangebreek het dat 'n inherente reg van toegang aan 'n ongehude vader verleen moet word. Hy stel dit soos volg:

“In view of the foregoing considerations I believe the time has indeed arrived for the recognition by our Courts of an inherent right of access by a natural father to his illegitimate child. That such right should be recognised is amply justified by the precepts of justice, equity and reasonableness and by the demands of public policy. It should be removed only if the access should be shown to be contrary to the best interests of the child.”<sup>29</sup>

*Supra* is reeds melding gemaak van die feit dat die vader van 'n buite-egtelike kind nie ouerlike gesag oor sy kind het nie. Hierdie posisie is in *B v S*<sup>30</sup> bevestig. Appèlregter Howie verwys na gemeenregtelike bronne en verklaar soos volg:

“The fact is that in Roman-Dutch law an illegitimate child fell under the parental authority, and thus the guardianship and custody, of its mother; the father had no such authority ... The duty of support and the marriage impediment in no measure imply the existence of any parental authority from which the supposed right of access could have been derived.”<sup>31</sup>

Dit wat die stiptelike nakoming van die onderhoudspilig en die reg van toegang betref. Die kwessie van die beste belang van die kind word *infra* bespreek.

Wat van die stiptelike nakoming van die onderhoudspilig en reg op kennisgewing tydens die aannemingsproses? Verleen dit miskien enige regte aan die ongehude vader? Heaton wys tereg daarop dat die stiptelike nakoming ook geen regte aan die ongehude vader verleen nie en stel dit soos volg:

“In South Africa Law an undertaking to pay maintenance for his illegitimate child does not entitle the father to notification of a pending adoption application, nor does it entitle him to require that his consent to an adoption be obtained.”<sup>32</sup>

---

29 649 I-J 650 A; sien ook Robinson *et al supra* 45 vn 314 en die gesag daar aangehaal; sien ook Hutchings “Reg van toegang vir die vader van die buite-egtelike kind - outomatiese toegangsregte - sal die beste belang van die kind altyd seëvier?” *Van Erk v Holmer* 1992 2 SA 636(W) 1993 *THRHR* 310 310-315; sien ook Goldberg “The right of access of a father of an illegitimate child : further reflections” 1996 *THRHR* 282 283.

30 *Supra*.

31 575 E en G-H.

32 “Should the consent of the father of an illegitimate child be required for the child’s adoption?” A suggestion for the reform of South African Law 1989 *CILSA* 347 348.

Vervolgens is dit belangrik om die beste belang van die kind-maatstaf te ontleed en dit in verband met die ongehude vader se regte te plaas. Navorsing toon dat die gemenerereg gelukkig nie net verpligtinge op die ongehude vader geplaas het nie. Die opkoms van die belange van die ongehude vader het, volgens Labuschagne, ook 'n prosesregtelike belang aan die ongehude vader in die welsyn van sy buite-egtelike kind gegee.<sup>33</sup> Deur hierdie prosesregtelike belang het die ongehude vader 'n juridiese belang in die welsyn van sy buite-egtelike kind verwerf en daardeur *locus standi* verwerf.<sup>34</sup>

Die verworwe juridiese belang het daartoe gelei dat die Suid-Afrikaanse hof sedert 1914 aan die ongehude vader die reg gegee het om die hof te nader indien hy van mening is dat daar nie behoorlik na sy buite-egtelike kind deur die moeder omgesien word nie.<sup>35</sup>

In *Douglas v Mayers*<sup>36</sup> is die voorafgaande punt duidelik bevestig deur regter Muc- hechtere.

“The point therefore to take note of in this case is that the Court will only inter- vene to interfere with the custodial rights which include access in the interests of the child ... From the above, my conclusion is that there is no inherent right of access or custody for a father of a minor illegitimate child but the father, in the same way as other third parties, has a right to claim and will be granted these if he can satisfy the Court that it is in the best interests of the child.”<sup>37</sup>

In *B v S*<sup>38</sup> word daar verskeie kere na die beste belang van die kind-maatstaf in die uitspraak verwys. Appèlregter Howie verwys daarna soos volg:

“It may well be that most fathers of illegitimate children nowadays are concerned about the welfare of their children and committed to enhancing the latter’s best interests, particularly where the children are born of a so-called live-in relation- ship between the parents. If there are sound sociological and policy reasons for

---

33 “Persoonlikheidsgoedere van 'n ander as regsobjek : opmerkinge oor die ongehude vader se persoonlikheids- en waardevormende reg ten aansien van sy buite-egtelike kind” 1993 *THRHR* 414 422.

34 *Idem*.

35 *Ibid* 422; vgl ook *Wilson v Ely* 1914 *WR* 34 en *Matthews v Haswari* 1937 *WLD* 110 112; sien ook Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1991) 221.

36 1987 1 *SA* 910 (Z).

37 914 C-E; sien ook Barnard, Cronje en Olivier *supra* 70.

38 *Supra*.

affording such fathers an inherent access right, in addition to the right they already have to be granted access where it is in the best interests of their children, then that is a matter that can only be dealt with legislatively.”<sup>39</sup>

Uit die voorgaande is dit egter duidelik dat 'n hof, wanneer 'n ongehude vader byvoorbeeld 'n aansoek om toegang tot sy buite-egtelike kind bring, uitsluitlik deur die beste belang van die kind-maatstaf gelei gaan word. Waar 'n hof dit in die beste belang van die kind ag, sal 'n ongehude vader se aansoek om toegang slaag.

Met verwysing na *Re H*<sup>40</sup> wat drie belangrikste faktore voorskryf ter bepaling van die inhoud van die beste belang van die kind-maatstaf, sê appèlregter Howie die volgende:

“If the parents of an illegitimate child cannot agree that the father’s access will be in the best interests of the child and he is therefore compelled to go to Court, then it seems to me to be altogether just and equitable that he should have to canvass, *inter alia*, the three points in [*Re H*] in order to enable the Court to establish what is best for the child’s welfare.”<sup>41</sup>

Die genoemde faktore is die volgende:

- “(1) the degree of commitment which the father has shown towards the child;
- (2) the degree of attachment which exists between the father and the child;
- (3) the reasons of the father for applying for the order.”<sup>42</sup>

Wat egter baie interessant is, is die feit dat appèlregter Howie bevind dat die reg van toegang dié van die kind is en nie die ouer nie. Die volgende word in dié verband gesê:

---

39 759 I-J; sien *infra* waar die wetgewing oor hierdie aspek bespreek word.

40 [1991] 2 All ER 185 (CA).

41 *B v S supra* 583 C-E.

42 583 C-D.

"Only if access is in the child's best interest can access be granted. The child's welfare is thus the central, constant factor in every instance. On that, access is wholly dependent. It is thus the child's right to have access, or to be spared access, that determines whether contact with the non-custodian parent will be granted. Essentially, therefore, if one is to speak of an inherent entitlement at all, it is that of the child, not the parent."<sup>43</sup>

Volgens Heaton is die grootste probleem met die beste belang van die kind-maatstaf die feit dat dit onbepaald is.<sup>44</sup> Sy sê voorts dat wat in belang van 'n kind of kinders in die algemeen is, egter nie met sekerheid bepaal kan word nie.<sup>45</sup> 'n Verdere probleem volgens Heaton, is om te bepaal watter faktore in ag geneem moet word ter bepaling van die beste belang van die kind.<sup>46</sup> In dié verband sê sy die volgende:

"Should the child's interests be sought primarily in his apparent happiness or his moral and/or religious welfare or material welfare or stability and security or intellectual stimulation or something else? Or can his best interests only be found in a combination of all of the above and more? It is submitted that the latter is the correct view."<sup>47</sup>

Ek stem saam met Heaton waar sy aanvoer dat 'n kombinasie van faktore in ag geneem moet word ter bepaling van die beste belang van die kind. 'n Faktor kan in ag geneem word indien dit tersaaklik is in die besondere geval.

In die nuwe grondwet speel die beste belang van die kind-maatstaf ook 'n deurslaggewende rol. So bepaal artikel 28(2) dat 'n kind se beste belang van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak.<sup>48</sup>

43 581 IJ 582 A-B; sien ook Echard "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - behoort die wetgewer in te gryp?" 1992 *TSAR* 122 124.

44 "Some general remarks on the concept 'Best interests of the child'" 1990 *THRHR* 95 95.

45 *Idem* 95.

46 *Idem* 96.

47 *Idem* 96; sien ook *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K) waar 'n kontrolelys deur die Hof gebruik is om te bepaal welke van die twee ouers eerder geskik is om na die kind se fisiese, emosionele, geestelike en morele welsyn om te sien. Die lys het 13 faktore bevat.

48 Sien ook in die verband Robinson *et al supra* 49-51; Schwelnus *supra* 157; sien ook a3 van die Konvensie betreffende die regte van die kind gedateer 20 November 1989 en ook die aanhef van die Den Haagse Konvensie oor die beskerming van kinders en samewerking ten opsigte van interstaatlike aanneming gedateer 29 Mei 1993.

Uit die voorgaande is dit duidelik dat die beste belang van die kind-maatstaf vir 'n hof deurslaggewend is wanneer besluite geneem word wat kinders raak. Ons sien ook die ongehude vader se aandeel in die beskerming van die welsyn van sy kind en die stappe wat hy kan doen om dit te bewerkstellig. Die beste belang van die kind-maatstaf word in belangrike wetgewing vergestalt wat na my mening daarop dui dat die behoeftes van die kind voorop gestel word.

Gedagtig aan die beste belang van die kind-maatstaf tref ons nou wetgewing aan wat die genoemde maatstaf nou op die voorgrond plaas. *Supra* word verwys na appèl-regter Howie se siening dat 'n ongehude vader se inherente reg van toegang by wyse van wetgewing gereël behoort te word. Daar het nou wetgewing - alhoewel dit nog nie in werking getree het nie - die lig gesien wat myns insiens nie 'n inherente reg van toegang aan die natuurlike vader verleen nie, maar wat tog die howe se huidige benadering ten opsigte van die vader se reg op aansoek om toegang tot sy buite-egtelike kind bevestig. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997 (hierna Wet 86 van 1997 genoem) wat op 12 Desember 1997 ter algemene inligting gepubliseer is, reël nou die genoemde aangeleentheid. Ek verwys kortliks na belangrike bepalings in die Wet. Artikel 2(1) bepaal:

“n Hof kan op aansoek van die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind 'n bevel gee waarby toegangsregte tot of bewaring van of voogdy oor die kind aan die natuurlike vader verleen word op die voorwaardes wat die hof bepaal.

'n Aansoek in sub-artikel (1) bedoel, word nie toegestaan nie-

(a) tensy die hof tevrede is dat dit in die beste belang van die kind is;

(b) ...”<sup>49</sup> (my onderstreping).

Sub-artikel (5) is van groot belang. By oorweging van 'n aansoek in sub-artikel (1) bedoel, moet die hof *inter alia* die volgende omstandighede, waar toepaslik, in aanmerking neem:



- “(a) Die verhouding tussen die applikant en die natuurlike moeder, en, in die besonder, of enige party 'n geskiedenis van geweld teenoor of mishandeling van mekaar of die kind het;
- (d) die houding van die kind met betrekking tot die toestaan van die aansoek;
- (e) die graad van verbondenheid wat die applikant teenoor die kind getoon het, en, in die besonder, die mate waarin die applikant bygedra het tot die kraamkoste deur die natuurlike moeder in verband met die geboorte van die kind aangegaan en van uitgawes deur haar aangegaan in verband met die onderhoud van die kind van sy of haar geboorte tot die datum waarop 'n bevel (as daar is) ten opsigte van die betaling van onderhoud deur die applikant vir die kind gemaak is en die mate waarin die applikant aan so 'n bevel voldoen.”<sup>50</sup>

Hierdie wetgewing is beslis welkom, maar wat verblydend is, is die feit dat die wetgewer bepaalde, toepaslike omstandighede meld waaraan 'n natuurlike vader gemeet gaan word. Hierdie riglyne gaan beslis regsekerheid meebring. Die beste belang van die kind-maatstaf is deurslaggewend wat daarop dui dat die wetgewer die behoeftes van die kind voorop stel.

Die ongehude vader word in 'n minderwaardige posisie geplaas wanneer sy aandeel (of gebrek daaraan) tydens die aannemingsproses ontleed word. Dit bring ons by artikel 18(4)(d), soos gewysig, uit. Dit bepaal soos volg:

- “(4) 'n Kinderhof waarby 'n aansoek gedoen is om 'n aannemingsbevel ingevolge sub-artikel (2) mag die bevel nie toestaan nie tensy die hof oortuig is-
  - (a) ...
  - (d) dat toestemming tot die aanneming verleen is deur albei ouers van die kind, of, as die kind buite die eg gebore is, deur die moeder van die kind, hetsy die moeder 'n minderjarige of getroude vrou is al dan nie, en hetsy sy bygestaan word deur haar ouer, voog of eggenoot, na gelang van die geval, al dan nie; en ...”

Artikel 6 van Wet 86 van 1997 gaan 'n interessante wending in die aannemingsverrigtinge van buite-egtelike kinders meebring. Die genoemde artikel bepaal dat 'n kinderhof waarby aansoek gedoen is om 'n aannemingsbevel van 'n buite-egtelike kind ingevolge die Wet op Kindersorg 74 van 1983<sup>51</sup> so 'n bevel nie toestaan nie tensy hy tevrede is dat die natuurlike vader van die betrokke kind redelike skriftelike kennis van die beoogde aanneming gegee is. Daar kan van die beoogde kennisgewing afgesien word in die volgende omstandighede:

- “(a) [I]ndien die natuurlike vader-
- (i) nie geïdentifiseer kan word nie; of
  - (ii) nie gevind kan word nie ondanks redelike pogings om dit te doen;
- (b) die kind uit 'n bloedskendige verhouding of as gevolg van verkragting gebore is; of
- (c) dit in die beste belang van die kind is dat van die vereiste kennisgewing afgesien word.”

Die verband, indien enige, tussen artikel 18(4)(d) en artikel 6 van die Wet 86 van 1997 word nie deur die wetgewer aangeraak nie. Ek is van mening dat artikel 6 'n poging van die wetgewer is om tussentydse verligting aan natuurlike vaders in die aannemingsproses te verleen. Dit bring immers gelykheid mee. Die strekking van artikel 6 is om kennisgewing aan die natuurlike vader te gee. Sy toestemming, anders as die moeder van die buite-egtelike kind ingevolge artikel 18(4)(d) sin, gaan skynbaar nog steeds nie verlang word nie nieteenstaande die feit dat artikel 18(4)(d) onlangs onkonstitusioneel verklaar is.

Die aard en inhoud van die artikel 6(1) beoogde kennisgewing is op hierdie stadium nog onbekend. Gaan die kennisgewing inderdaad net 'n kennisgewing wees van 'n beoogde aanneming of gaan die kennisgewing 'n tydperk aan die natuurlike vader verleen waarbinne hy moet reageer? Slegs die tyd sal leer.

Indien laasgenoemde nie die geval gaan wees nie, gaan dit die natuurlike vader ontnem van die geleentheid om minstens aangehoor te word. Die kwalifisering deur 'n ongehude vader van 'n reg op aanhoring word *infra* bespreek. Die gevalle genoem in sub-artikel (2) wat afsiening van die kennisgewing regverdig vorm myns insiens 'n *numerus clausus* wat nie die geval behoort te wees nie. Dit word egter verwelkom dat kennisgewing nie nodig is in die geval van 'n kind wat gebore word uit 'n bloedsbandige verhouding of as gevolg van verkragting nie. Die woord "kan" in sub-artikel (2) verleen 'n diskresie aan die kinderhof. Hierdie diskresie dui daarop dat, voor uitoefening daarvan, getuienis tot dien effekte deur die kinderhof aangehoor moet word.

Die feit dat sub-artikel (2) nie 'n algemene bepaling soos byvoorbeeld artikel 2(5)(g) van Wet 86 van 1997 bevat nie (die genoemde artikel 2(5)(g) bepaal dat die hof enige ander feit na sy oordeel in aanmerking behoort te neem), die feit dat die beoogde artikel 6(1) kennisgewing moontlik nie 'n reg op aanhoring aan die ongehude vader gaan verleen nie en die feit dat die wetgewer nie die verband tussen artikel 18(4)(d) en artikel 6 duidelik uitspel nie, gaan artikel 6 laat te kort skiet.

In die lig van die voorgaande is dit my submissie dat artikel 18(4)(d) in sy huidige vorm slegs maar die ongunstige gemeenregtelike posisie van die ongehude vader ten aansien van sy kind weerspieël en ook grootliks bydra tot die miskenning van sy regte.<sup>52</sup> Artikel 6 van Wet 86 van 1997 verbeter tot 'n mate die ongehude vader se posisie by die aannemingsproses, in die opsig dat hy binnekort op redelike skriftelike kennisgewing geregtig gaan wees, behoudens sub-artikel 2. Alhoewel die statutêre reëling, wanneer dit in werking tree, te verwelkom is, is die ongehude vader se gemeenregtelike posisie tans duidelik onbevredigend.

### 3.2.1.2. VERGELYKENDE REGSTELSLS

#### VERENIGDE STATE VAN AMERIKA (VSA)

Wetgewing oor die aanneming van kinders word grootliks deur staatswetgewing gereël. Volgens Wehner<sup>53</sup> laat die wetgewing wat aanneming reël, veel te wense oor. Die geknutsel aan die aannemingswetgewing het tot gevolg dat die onsekerheid van

---

52 Sien Robinson *et al supra* 80 in besonder n 63 - die skrywers van hierdie besondere hoofstuk is van mening dat "a future amendment to s 18(4)(d) will attempt to prescribe requirements that an unmarried father should meet before acquiring the right to veto the adoption of his extramarital child. It is unlikely that all unmarried fathers will automatically acquire this right". Ek stem saam met die skrywers se sentimente.

53 *Supra* 713.

aannemende ouers verhoog terwyl hulle eintlik finaliteit en regsekerheid soek. 'n Eenvormige wet wat die dilemma van die aannemende ouers aangespreek het, is die *Uniform Adoption Act*.<sup>54</sup> Die wet handel egter oor binne-egtelike kinders wat buite die bestek van hierdie verhandeling val.

Die *Domestic Relations Law* van die staat New York behoef egter bespreking. Artikel 111 van die genoemde wet handel oor wie se toestemming tydens die aannemingsproses benodig word. Die artikel bepaal soos volg:

“Consent to adoption shall be required as follows:

- (a) Of the adoptive child, if over fourteen years of age, unless the judge or surrogate in his discretion dispenses with such consent;
- (b) ...
- (c) Of the mother, whether adult or infant, of a child born out-of-wedlock;
- (d) Of the father, whether adult or infant, of a child born out-of-wedlock and placed with the adoptive parents more than six months after birth, but only if such father shall have maintained substantial and continuous or repeated contact with the child as manifested by : (i) the payment by the father toward the support of the child of a fair and reasonable sum, according to the father's means, and either (ii) the father's visiting the child at least monthly when physically and financially able to do so and not prevented from doing so by the person or authorized agency having lawful custody of the child, or (iii) the father's regular communication with the child... A father whether adult or infant, of a child born out-of-wedlock, who openly lived with the child for a period of six months within the one year period immediately preceding the placement of the child for adoption and who during such period openly held himself out to be the father of such child shall be deemed to have maintained substantial and continuous contact with the child ...;

- (e) Of the father whether adult or infant, of a child born out-of-wedlock who is under the age of six months at the time he is placed for adoption, but only if : (i) such father openly lived with the child or the child's mother for a continuous period of six months immediately preceding the placement of the child for adopting and (ii) such father openly held himself out to be the father of such child during such period; and (iii) such father paid fair and reasonable sum, in accordance with his means, for the medical, hospital and nursing expenses incurred in connection with the mother's pregnancy or with the birth of the child."

Uit die voorgaande sien ons dat die bogenoemde wet die verskillende situasies wat die ongehude vader in die aannemingsproses raak, in groot besonderhede reël. Die feit dat die ongehude vader se toestemming enigsins verlang word, mits hy in die verskillende situasies aan sekere vereistes voldoen, is verblydend. Singh<sup>55</sup> kritiseer tereg egter die bepaling vervat in (e) *supra*. Hy sê die volgende daaroor:

"Such legislative provision is obviously unsatisfactory, for it completely fails to notice and take cognisance of the nature of the relationship between the father and child (or even the existence of such relationship). The legislation appears to focus primarily on the mother-father relationship (the 'living together' prerequisite)." <sup>56</sup>

Artikel 111(a)(2) van die *Domestic Relations Act* bepaal dat kennisgewing van aanneming aan ongehude vaders in sekere omstandighede gegee moet word. *Inter alia* is 'n ongehude vader geregtig op kennisgewing in die volgende omstandighede:

- (a) any person adjudicated by a court in this state to be the father of the child;
- (d) any person who is recorded on the child's birth certificate as the child's father;
- (e) any person who is openly living with the child and the child's mother at the time the proceeding is initiated and who is holding himself out to be the child's father;

---

55 "Adoption of children born out of wedlock" 1996 *De Jure* 305.

56 *Ibid* 307.

- (h) any person who has filed with the putative father registry an instrument acknowledging paternity of the child ...”

Ons sien weer eens dat die bogenoemde artikel die omstandighede wat teenwoordig moet wees wat 'n ongehude vader op kennisgewing geregtig maak, in besonderhede reël. Dit skep myns insiens regsekerheid, want 'n ongehude in die staat van New York sal onmiddellik kan vasstel of hy op kennisgewing geregtig is al dan nie.

*Supra* is daarop gewys dat wetgewing betreffende aannemings grootliks deur staatswetgewing in die VSA gereël word. Daar is egter ook 'n uniforme wet wat die posisie van die ongehude vader ten opsigte van die aannemingsproses en aanverwante aangeleenthede reël. Die wet staan bekend as die *Uniform Putative and Unknown Fathers Act*. Die wet verleen die volgende regte:

“[I]t gives the putative father the right to determine whether or not he is the biological father of a particular child, requires notice to the putative father of judicial proceedings for adoption, termination of parental rights, custody or visitation, and sets out factors in determining parental rights of a putative father.”<sup>57</sup>

Wat die VSA se gemeenregtelike posisie van die ongehude vader betref, vind ons dat hy voor 1972 geen regte gehad het nie. Die moeder van die kind is as die natuurlike voog van die kind beskou, mits sy geskik bevind is.<sup>58</sup> Dit het aan die moeder die reg op die bewaring en versorging van die buite-egtelike kind gegee.<sup>59</sup> Die veranderende sosiale omstandighede in die VSA het die howe genoop om in sekere omstandighede van die moederlike voorkeurreeël af te sien wanneer dit kom by die toekenning van bewaring van die buite-egtelike kind aan die moeder. Clark sê in dié verband die volgende:

“More fathers of illegitimate children are taking an interest in their children and seeking custody or rights of visitation. In many instances, perhaps the majority, the mother's claim is found to be most conducive to the child's welfare and custody is awarded to the mother. In other instances the father is given custody when that is found to be in the child's best interests.”<sup>60</sup>

---

57 *American Jurisprudence* (1994) par 60 312 ('n Afskrif van die bogenoemde wet kan egter nie opgespoor word nie); sien ook Labuschagne *supra* 424.

58 Goger "Right of putative father to custody of illegitimate child" 45 *ALR* 3d 220.

59 *Ibid*, sien ook Clark *The Law of Domestic Relations in the United States* Vol 1 (1987) 350.

60 *Ibid* 352.

en verder:

"Where the mother is awarded custody of her illegitimate child, an increasing number of fathers are seeking visitation rights. A substantial number of courts are willing to grant visitation to the father where he has a sincere interest in the child and where, in the Court's view, the visits are beneficial or at least not detrimental to the child's welfare."<sup>61</sup>

In die Amerikaanse reg is die beste belang van die kind deurslaggewend, soos *supra* gesien is.<sup>62</sup>

Wanneer daar na die aannemingsproses gekyk word, vind ons dat die ongehude vader op 'n stadium nóg 'n reg op kennisgewing nóg 'n toestemming- of vetoreg tydens die aannemingsproses gehad het.<sup>63</sup> In 1972 het daar 'n kentering ingetree betreffende die ongehude vader se regte tydens die aannemingsproses.

Uit die navorsing het een aspek duidelik na vore getree, naamlik dat die opkoms van die regte van die ongehude vader in die VSA, soos weerspieël word in daardie land se privaatreë, duidelik oorvleuel met hul staatsreë. *Infra* word die konstitusionele posisie van die ongehude vader in die VSA bespreek. Die oorvleueling sal uit die regspraak wat bespreek gaan word, duidelik waargeneem kan word.

## KANADA

Net soos in die VSA, word wetgewing wat aanneming reël in provinsiale wetgewing gevind.<sup>64</sup> 'n Uitspraak van die Brits-Colombiaanse hooggeregshof<sup>65</sup> het meegebring dat 'n wetswysiging aan artikel 8 van die *Adoption Act of British Columbia*, wat handel oor die aanneming van kinders, aangebring moes word. Artikel 8(1) van die bogenoemde wet lees nou soos volg:

- 
- 61 *Ibid* 352 - van die sake waarna die skrywer verwys is *Griffith v Gibson* 73 Cal. App. 3d 465, 142 Cal. Rptr. 176 (1977); *Forestiere v Doyle* 30 Conn. Supp. 284, 310 A.2d 607 (1973); sien ook Goger *supra* 220.
- 62 Goodnow "Lehr v Robertson: Procedural due process and putative father's rights" 1984 *De Paul LR* 393 n2.
- 63 Wehner *supra* 693; 276 A-B van die uitspraak; Goodnow *supra* 396.
- 64 Davies *Family Law in Canada* (1984) 315.
- 65 *Re Mac Vicar and Superintendent of Family and Child Services et al* (1986) 34 DLR (4 th) 488; sien ook 278 D-F van die uitspraak.

"1. ... no adoption order may be made without the written consent to adoption of:

- (a) the child, if over the age of 12 years;
- (b) the parents or surviving parent of the child; (my onderstreping)

...

For the purpose of ss(1) and of s4 ..., a 'parent' means

- (a) the mother of the child,
- (b) a man who has acknowledged paternity of the child by having signed the child's Registration of Live Birth,
- (c) a man who is or was the guardian of the child's person or joint guardian of the child's person with the mother,
- (d) a man who has acknowledged paternity and who has custody or access rights by court order or agreement, and
- (e) a man who has acknowledged paternity and has, pursuant to an order of the Supreme Court or any other court or otherwise, supported, maintained or cared for the child."<sup>66</sup>

Uit die voormelde is dit duidelik dat 'n ongehude vader, ten einde aan die omskrywing van "ouer" vir die doeleindes van dié wet te kan voldoen, aan streng kriteria gemeet word.

Ter aansluiting by hierbo het die betrokkenheid van die ongehude vader by die onderhoud van sy kind 'n groot rol gespeel in *Re T and Children's Aid Society and Family Services of Colchester County*.<sup>67</sup> Die betrokkenheid van die ongehude vader het tot gevolg gehad dat hy ingevolge die *Nova Scotia*-wet ook as 'n "ouer" geag is en derhalwe was sy toestemming ook tydens die aannemingsproses nodig.

66 279 C-G van die uitspraak.

67 (1992) 91 DLR (4 th) 230.



Wanneer die gemeenregtelike posisie in Kanada ondersoek word, vind ons dat die geldende regsposisie, tensy wetgewing anders bepaal, sodanig is dat die moeder van 'n buite-egtelike kind *prima facie* oor 'n reg op beheer en toesig oor sodanige kind beskik en met hierdie gevestigde reg sal die howe slegs inmeng indien daar ernstige en gewigtige redes daarvoor is.<sup>68</sup> Die voormelde beginsel blyk duidelik uit die beslissing in *Martin v Duffel*.<sup>69</sup>

'n Verdere belangrike beginsel is die beginsel van gelykheid wat statutêr gereël word in die meeste provinsies en gebiede in Kanada betreffende aangeleenthede soos beheer en toesig. Die moeder se *prima facie* reg ten aansien van beheer en toesig oor haar buite-egtelike kind word geensins deur die statutêre bepaling geraak nie.<sup>70</sup>

In Ontario vind ons dat die status van buite-egtelike kinders op 'n gelyke grondslag met dié van binne-egtelike kinders geplaas is.<sup>71</sup> In dié verband bepaal die *Children's Law Reform Act* van 1980 soos volg:

“(4) Any distinction at common law between the status of children born in wedlock and born out of wedlock is abolished and the relationship of parent and child and kindred relationships flowing therefrom shall be determined for the purposes of the common law in accordance with this section.”<sup>72</sup>

Hierdie beginsel het 'n belangrike invloed op die status van ongehude vaders gehad. Dit het daartoe bygedra dat die status van ongehude vaders op dieselfde wyse verbeter het en dat hulle gevolglik dieselfde behandeling as vaders van binne-egtelike kinders geniet het.<sup>73</sup>

Net soos in Suid-Afrika, kan die ongehude vader in Kanada die hof nader om toegangregte en die toestaan daarvan sal bepaal word aan die hand van die beste belang van die kind.<sup>74</sup>

---

68 Davies *supra* 316.

69 (1950) S.C.R. 737 746 soos aangehaal deur Davies *supra* 312.

70 Davies *supra* 317.

71 *Ibid* 317.

72 *Ibid* 317; sien die Suid-Afrikaanse Regskommissie se verslag oor 'n Vader se regte ten opsigte van sy Buite-egtelike Kind Projek 79 par 4.18.

73 *Idem* 317.

74 *Idem* 320.

Gedurende 1991 het die *Alberta Law Reform Institute* 'n verslag oor die status van kinders uitgebring.<sup>75</sup> Die verslag het tot gevolg gehad dat sekere wetgewing betreffende voogdyskap, vermoede van ouerskap en verklaring van ouerskap die lig gesien het. Die verslag het ook tot gevolg gehad dat 'n onderskeid getref is tussen vaders wat 'n daadwerklike rol ten aansien van hul buite-egtelike kinders wil speel en dié vaders wat nie so 'n behoefte openbaar nie.<sup>76</sup> Die howe in Kanada erken dat sommige ongehuude vaders 'n voordelige rol in die lewe van hul kinders speel.<sup>77</sup>

### 3.2.2. KONSTITUSIONELE POSISIE

#### 3.2.2.1. SUID-AFRIKAANSE REG

Die applikant het aangevoer dat die woorde na "kind" waar laasgenoemde vir die eerste keer voorkom, geskrap moet word aangesien dit indruis teen die bepalings van artikel 8(1) en 8(2) van die tussentydse grondwet<sup>78</sup>. Indien die konstitusionele hof die applikant se argument sou aanvaar het, sou dit beteken dat albei ouers se toestemming vir die aanneming van 'n kind nodig word - selfs in die geval van 'n buite-egtelike kind.

Regter Mahomed toets die grond genoem in artikel 8(2) van die tussentydse grondwet<sup>79</sup> aan die feite *in casu* en bevind dat daar gediskrimineer word teen vaders in sekere verbintenisse teenoor dié in ander verbintenisse; en vaders op grond van geslag of huwelikstaat.

Wat die eerste grond betref, tref regter Mahomed die vergelyking tussen die regte van die vader in die Islamitiese verbintenis teenoor die regte van die vader in die gebruikelike verbintenis met inagneming van die bepalings van artikel 27 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983.

75 Suid-Afrikaanse Regskommisie *supra* par 4.19.

76 Suid-Afrikaanse Regskommisie *supra* par 4.20.

77 *Ibid.*

78 271 D-E van die uitspraak - die genoemde bepalings lees soos volg:

"8(1) Elke persoon het die reg op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur die reg.

(2) Daar mag teen niemand onbillik gediskrimineer word nie, hetsy direk of indirek en, sonder om afbreuk te doen aan die algemeenheid van hierdie bepaling, in die besonder op een of meer van die volgende gronde: ras, geslagtelikheid, geslag, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, geloof, kultuur of taal."

79 N 78 *supra*; sien ook 272 B-C van die uitspraak.

Alhoewel daar in die Suid-Afrikaanse reg erkenning verleen word aan sekere gevolge van 'n gebruikelike huwelik tussen swartes, word die gebruikelike huwelik tog nie as 'n geldige huwelik erken nie omdat dit potensieel poligenies van aard is. Huwelike ingevolge Islamitiese geloof is ook potensieel poligeen van aard en word glad nie deur die Suid-Afrikaanse reg erken nie.<sup>80</sup> Die reg bemoei hom glad nie met sodanige verhoudings nie, maar dwing ook nie enige verpligtings af wat die deelgenote in so 'n verbinding op hulle geneem het nie. Die feit dat so 'n huwelik glad nie deur die Suid-Afrikaanse reg erken word nie, hou belangrike gevolge in vir die kinders uit so 'n huwelik gebore. Sodanige kinders sal as buite-egtelik aangemerkt word wat weer op sy beurt, ingevolge die Islamitiese reg, nadelige gevolge vir die vader van so 'n kind inhou. 'n Vader van 'n buite-egtelike kind het geen aanspraak of regte teenoor die kind nie en die kind het geen regte teenoor die vader nie.<sup>81</sup> Die Wet op Kindersorg 74 van 1983 tref 'n uitsondering op hierdie gebied.<sup>82</sup> Artikel 27 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 bepaal soos volg :

“By die toepassing van die bepalings van hierdie Hoofstuk ten opsigte van iemand wat 'n Swarte is, word 'n 'gebruikelike verbinding' soos omskryf in artikel 35 van die Swart Administrasie Wet , 1927 (Wet No. 38 van 1927), geag 'n huwelik tussen die betrokke persone te wees, en word enige verwysing na 'n man, vrou, wewenaar, weduwee, geskeide persoon, getroude persoon of gade dienooreenkomstig uitgelê.”

Dit is belangrik om te onthou dat vir die doeleindes van aanneming die vader in die geval van 'n gebruikelike verbintenis ook die voog van die kind of kinders is wat uit so 'n verbintenis gebore word. Ons sien dus dat 'n vader in 'n gebruikelike verbintenis wel regte met betrekking tot aannemingsgeleenthede het, terwyl die vader in 'n Islamitiese verbintenis geen sodanige regte het nie.

Die uitsondering wat die Wet op Kindersorg 74 van 1983 maak betreffende gebruikelike verbintenisse, is, volgens regter Mahomed, 'n duidelike skending van die gelykheidsbeginsel vervat in artikel 8 van die tussentydse grondwet. Die rede hiervoor is in die voorafgaande paragraaf te vind.

---

80     Studiebrief 102/MFAMLW-4/1996 opgestel deur J Heaton par 5.7.

81     Suid-Afrikaanse Regskommisie *supra* par 3.17.

82     A 27.

Vervolgens word die gronde van geslag of huwelikstaat deur die regter ondersoek. Wat geslag as diskriminasiegrond betref, is regter Mahomed van mening dat die basiese uitgangspunt wat voorgehou word dat die enigste verskil tussen 'n moeder en 'n vader van 'n ongehude kind die feit is dat hulle geslag verskil, nie heeltemal so eenvoudig is nie. Daaroor sê hy die volgende:

“Sometimes the basic assumption of the attack on the impugned section based on gender discrimination is that the only difference between the mother and the father of a child born in consequence of a relationship not formalised through marriage is the difference in their genders and on that basis it is suggested that this is expressly made an impermissible basis for discrimination in terms of s8(2) of the Constitution. In my view, this proposition is too widely stated.”<sup>83</sup>

Regter Mahomed regverdig sy bostaande standpunt soos volg:

“The mother of a child has a biological relationship with the child whom she nurtures during the pregnancy and often breast-feeds after birth. She give succour and support to the new life which is very direct and not comparable to that of a father. For this reason the kind of discrimination which s18(4)(d) of the Act authorises against a natural father may be justifiable in the initial period after the child is born.”<sup>84</sup>

Wat wil die regter hiermee sê? Sê hy dat as gevolg van die biologiese verwantskap tussen moeder en baba die bepaling van artikel 18(4)(d) moontlike billike diskriminasie daarstel of sê hy dat die bepaling van artikel 18(4)(d) deur die algemene beperkingsklousule moontlik gered word in die geval van 'n pasgebore baba?

Op die oog af skyn die eerste alternatief die regter se bedoeling te wees, desnieteenstaande verskil ek respektvol hiervan. Dit is so dat daar 'n biologiese verwantskap tussen 'n moeder en haar baba bestaan. Dieselfde verwantskap bestaan tog tussen 'n moeder en haar baba ongeag of laasgenoemde binne of buite die eg gebore word. As daar dan in die verband geen onderskeid getref word tussen 'n gehude en ongehude moeder nie - waarom dan 'n onderskeid tref tussen die gehude en ongehude vader? As die gehude vader dan goed genoeg geag word om die kind te versorg sou die moeder tydens die baringsproses sterf - waarom dan die ongehude vader anders behandel?

---

83 274 A-B van die uitspraak.

84 274 B-C van die uitspraak.

Die kwaliteit van die ouerlike rolle is onlangs in *Van der Linde v Van der Linde*<sup>85</sup> deur regter Hattingh soos volg beskryf:

“Dit [is] so dat daar vir dekades lank aanvaar is dat die kwaliteit van 'n ouerlike rol deur geslag bepaal word ... Daardie siening wat die geleerde Regter, bykans 50 jaar gelede, gehuldig het, was gewis heel toepaslik vir die era waartydens aanvaar is dat bemoedering alleenlik 'n samestellende deel van die vrou se wese was en het dit seer sekerlik die regsgevoel bevredig ... In die huidige tydsgewrig betwyfel ek of daardie aanname sonder meer as universeel geldende aksioom kan dien. Hedendaags is bemoedering ook deel van die man se wese. Die begrip 'bemoedering' is aanduidend van 'n funksie eerder as 'n *persona* en is hierdie funksie nie noodwendig geleë in die biologiese moeder nie ... Bemoedering is nie net 'n komponent van die vrou nie, maar ook deel van die man se wese ... Hedendaags het die man die vrymoedigheid om sy bemoederingsgevoel te openbaar en uit te leef ... Verset bestaan teen alle vorms van ... seksisme en is daar 'n strewe na gelyke regte vir die vrou en man. Tans funksioneer al hoe meer moderne egpare al minder volgens die tradisionele geslagsrolle ... In my oordeel word die kwaliteit van die ouerlike rol nie sonder meer deur geslag bepaal nie.”<sup>86</sup>

In die lig van die voorgaande skyn regter Mahomed se aanname ietwat uit pas te wees.

Wat die ouer kind betref, skyn regter Mahomed se siening in pas te wees en vind hy dit moeilik om te aanvaar dat artikel 18(4)(d) outomaties aan die moeder van die kind 'n vetoreg ten opsigte van aanneming verleen behoudens artikel 19 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983, maar aan die ongehude vader geen regte verleen nie.<sup>87</sup>

Bogenoemde toedrag van sake lei tot anomalieë en onbillike resultate. Die regter noem die voorbeeld van die ouer kind (18 jaar) wat sterk bande met haar vader het, tog word slegs die moeder se toestemming verlang in die geval van dié kind se aanneming, terwyl die kind en die moeder miskien nie so 'n sterk verhouding het nie.<sup>88</sup> Dat die voorbeeld wat die regter noem, inderdaad tot onbillike resultate aanleiding gee, is nie te ontken nie.

---

85 1996 3 SA 509(O).

86 *Supra* 514H, 514J, 515B-I.

87 274 C-D van die uitspraak.

88 274 D-E van die uitspraak.

In die lig van die voormelde lei die toepassing van die bepalings van artikel 18(4)(d) beslis tot onbillike resultate veral as die onderskeid wat die regter tref tussen die pasgebore baba en die ouer kind, in gedagte gehou word. Dit is ook natuurlik so dat die wetgewer nie vir elke geval voorsiening kan maak nie en dat daar wel in sommige gevalle onbillike resultate gaan volg. Dat die wetgewer in die verband 'n moeilike taak gaan hê, is nie altemit nie, maar laasgenoemde kwessie word *infra* bespreek. Regter Mahomed kom dan ook tot die gevolgtrekking dat daar geen regverdiging kragtens die algemene beperkingsklousule bestaan vir hierdie tipe diskriminasie nie.

Waarom word diskriminasie op grond van geslag, soos vervat in artikel 18(4)(d), as onbillik getipeer en nie regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid nie? Daar moet egter onthou word dat artikel 8(2) van die tussentydse grondwet slegs onbillike diskriminasie verbied. Watter rol speel die term onbillik? Die term onbillik is volgens Carpenter 'n interne beperking.<sup>89</sup> 'n Interne beperking volgens Carpenter

“... may conveniently be defined as a word or phrase that forms an integral part of the definition of a particular right.”<sup>90</sup>

In die lig van die algemene struktuur van hoofstuk 3 van die tussentydse grondwet, word daar verwag dat die howe in menseregtesake die sogenaamde tweestadiabenadering van die Kanadese howe ten opsigte van beperkings op menseregte sal volg. Alhoewel die tussentydse grondwet nie vir hierdie benadering voorsiening maak nie, is die tweestadiabenadering alreeds aanvaar en toegepas in onder andere *Qozoleni v Minister of Law and Order*.<sup>91</sup> Die tweestadiabenadering behels die volgende vrae:

- (1) Is daar inbreuk gemaak op 'n fundamentele reg vervat in die menseregtehandves? Indien nie, kom die ondersoek tot 'n einde.
- (2) Indien wel, is die inbreuk geregverdig ingevolge die beperkingsklousule?

---

89 “Internal modifiers and other qualifications in bills of rights - some problems of interpretation.” 1995 SA *Publiekreg* 260 263 e.v.

90 *Idem* 260.

91 1994 3 SA 625(E); sien ook *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 CC.

Gedagtig aan wat *supra* van die tweestadiabenadering gesê is, vind ons dat die term onbillik as 'n interne beperking deel uitmaak van die omskrywing en bepaling van die omvang van die reg onder bespreking. Die interne beperking speel gevolglik 'n belangrike rol in die uiteindelijke bepaling van die omvang van die reg welke bepaling van die omvang van die reg deel uitmaak van die eerste stadium van die tweestadiabenadering. Die bestaan van diskriminasie hoef slegs tydens die eerste stadium bewys te word.<sup>92</sup> Indien diskriminasie bewys is, skuif die bewyslas oor op die persoon wat dit wil regverdig.<sup>93</sup> Laasgenoemde vorm deel van die tweede stadium van die tweestadiabenadering. Die persoon moet dan aan die bepalings van artikel 33(1) van die tussentydse grondwet voldoen.

Gedagtig aan bogenoemde beginsels en ter beantwoording van die vraag wat *supra* gestel is, lê die antwoord na my mening opgesluit in die volgende:

“...[A] measure which disadvantages vulnerable and subordinate groups is unfair because it perpetuates and exacerbates existing disadvantage.”<sup>94</sup>

In die lig van die bogenoemde is my gevolgtrekking dat artikel 18(4)(d) se diskriminasie op grond van geslag onbillik is, aangesien ongehuide vaders se bestaande benadering bestendig en vererger word. Hierdie bestaande benadering kan nooit regverdig word in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid nie. Mosikat-sana het in die verband 'n voorstel wat soos volg lees:

“The best approach would be to apply legal rules that neither apply false gender neutrality nor reinforce gender inequalities. Such rules would have to base parental claims on a combination of biological connection, assumption of responsibility and provision of child care. In the case of a newborn baby ...[i]t means that the natural father must take definite steps to demonstrate his commitment to the child before the natural mother decides to give the child up for adoption. The courts must weigh both the father's efforts to claim his child and the mother's objection to his claim.”<sup>95</sup>

---

92 *Carpenter supra* 265.

93 *Ibid.*

94 *Idem* 263.

95 “Is papa a rolling stone? The unwed father and his child in South African law - a comment on *Fraser v Naude*” 1996 *CILSA* 152 165.

Die applikant het verder aangevoer dat daar op grond van huwelikstaat tussen getroude en ongetroude vaders gediskrimineer word.<sup>96</sup> Weer eens leen hierdie diskriminasiegrond hom tot anomalieë en onbillike resultate. In die geval van die getroude vader word sy toestemming altyd verlang by aanneming, terwyl die ongetroude vader nie geraadpleeg hoef te word nie - *prima facie*-diskriminasie.

Regter Mahomed noem die voorbeeld van die getroude vader wat na egskeiding geen belangstelling toon in die kind se ontwikkeling en ook nie sy onderhoudsverpligtinge nakom nie. Artikel 18(4)(d) vereis, behoudens artikel 19, dat so 'n vader se toestemming tot aanneming van die kind verkry moet word.<sup>97</sup> Daarteenoor kan ons 'n geval kry waar die vader en die moeder van die kind 'n jarelange stabiele verhouding het - nie getrou het nie - en waar die vader groot belangstelling in die kind se ontwikkeling getoon het en sy onderhoudsverpligtinge wat hy regtens verplig is om na te kom, stiptelik nagekom het. Ook in hierdie geval is slegs die moeder se toestemming, behoudens artikel 19, nodig in die geval van die aanneming van die kind.

Met verwysing na die voormelde anomalieë is die regter van mening dat deur bloot artikel 18(4)(d) in sy geheel te skrap glad nie die probleem gaan oplos nie, want, volgens die regter, sal dit meebring dat die vader se toestemming of vetoreg verkry moet word selfs in die geval van die verkragting van die moeder of in die geval van 'n bloedskandige verhouding.<sup>98</sup> Ek deel hierdie bekommernis van die regter en is van mening dat 'n nuwe artikel 18(4)(d) óf vir besondere gevalle voorsiening behoort te maak óf bepaalde faktore moet voorskryf wat 'n hof in ag moet neem.

Wanneer daar krities na regter Mahomed se bevindings gekyk word, is my teleurstelling daarin geleë dat die regter, sonder om analities te werk te gaan, tot die gevolgtrekking kom dat artikel 18(4)(d) indruis teen artikel 8 van die tussentydse grondwet en derhalwe onkonstitusioneel is.<sup>99</sup> Dit is my submissie dat die hof se bevinding korrek is, maar dat dit teleurstellend is dat die hof weer eens nie die analitiese proses verbonde aan die tweestadienadering in detail bespreek het nie.<sup>100</sup> Oor die versuim van die konstitusionele hof in dié verband is Chaskalson krities en sê hy die volgende:

---

96 274 F van die uitspraak.

97 274 G van die uitspraak.

98 275 B-C van die uitspraak.

99 272 E-F van die uitspraak.

100 Sien *supra* wat die tweestadienadering behels; sien die bespreking oor die interne beperking se verhouding met die algemene beperkingsklousule in n 92 en 93.



“For the most part the problem with the Constitutional Court’s current position on the two-stage approach to Chapter 3 rights analysis is that it says too little. The court has neither described in detail the analytical processes which occur at each step nor has it justified the allocation of certain tasks to particular stages of the analysis.”<sup>101</sup>

'n Bespreking van die waarde-afwegings en -oordele deur die konstitusionele hof sou aanduidend, rigtinggewend en terselfdertyd waardevormend gewees het. Wat verder opvallend is, is die feit dat regter Mahomed nie in besonderhede die doel van artikel 8 uitspel nie - dit hang saam met die doeldienende/teleologiese uitlegbenadering van die grondwet.<sup>102</sup> Die regter verwys na die fundamentele waardes wat die tussentydse grondwet voorstaan, maar bring dit myns insiens nie in besonder in verband met die doel van artikel 8 nie.

'n Verdere regteskending wat artikel 18(4)(d) myns insiens teweegbring en wat regter Mahomed nie in sy uitspraak aangeraak het nie, hou verband met regverdige administratiewe optrede. As daar na die tersaaklike bepalings van artikel 33(1) en (2) van die nuwe grondwet gekyk word, vind ons 'n situasie dat artikel 33(3) bepaal dat nasionale wetgewing verorden moet word om aan hierdie regte gevolg te gee. Artikel 33(1) en (2) in sy huidige vorm moet saamgelees word met bylae 6 van die nuwe grondwet wat die oorgangsreëlins bevat. Paragraaf 23 van bylae 6 bepaal dat, totdat die wetgewing beoog in artikel 33(3) van die nuwe grondwet verorden word, word artikel 33(1) en (2) geag soos volg te lui:

“Elke persoon het die reg -

- (a) op regsgeldige administratiewe optrede waar enige van hul regte of belange geraak of bedreig word;
- (b) op prosedureel billike administratiewe optrede waar enige van hul regte of regmatige verwagtings geraak of bedreig word;

...”

101 *Supra* 12-13.

102 Sien in dié verband *Andrews v Law Society of British Columbia* 56 DLR (4th) 1989; Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* (1994) 11; Du Plessis & Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* (1994) 85.

Die huidige artikel 33(1) en (2) stem ooreen met artikel 24 van die tussentydse grondwet. Wanneer artikel 33 bestudeer word, vind ons dat prosedureel billik administratiewe optrede gevolg moet word waar enige reg of regmatige verwagtings geraak of bedreig word (my onderstreping). Die gebruik van terme soos regte en regmatige verwagtings is volgens Carpenter interne besprekings. Sy sê die volgende daaroor:

“It would seem that the reference to rights or interests, and to their being affected or threatened, constitute internal modifiers which determine the parameters of the right. A party challenging the procedural fairness of any administrative action would therefore bear the onus of proving that he or she has a right or legitimate expectation *in casu*, that this right or expectation is being affected or threatened, and that the action did not meet the requirements for procedural fairness.”<sup>103</sup>

Met verwysing na artikel 33(1) en (2) van die nuwe grondwet is Mosikatsana die volgende mening toegedaan:

“The father of an extramarital child has a legitimate expectation that he will bond with this child, participate in the child rearing activities and carry out the responsibilities associated with parenting. Any decision to give his child up for adoption without first giving him the opportunity to express his willingness to keep the child would adversely affect his rights to due process.”<sup>104</sup>

Dit is my submissie dat die voorafgaande stelling van Mosikatsana te wyd en algemeen is. Ek is van mening dat nie alle ongehude vaders 'n regmatige verwagting sal koester dat 'n noue band tussen hom en sy kind sal ontwikkel nie. Sommige ongehude vaders is nie eens bewus van die geboorte van dié kind nie of al is hul bewus van die geboorte van die kind, sal hulle niks van hul kant doen om 'n noue band op te bou nie.

In die verband wil ek kriteria voorstel waarvolgens 'n besondere vader se regmatige verwagting bepaal kan word. Met verwysing na die beginsels vervat in *Traub*<sup>105</sup> stel ek die volgende kriteria voor:

---

103 *Supra* 270.

104 *Supra* 165.

105 *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 4 SA 731(A).

- (1) Geskiktheid/bekwaamheid van die natuurlike vader. Die geskiktheid/bekwaamheid van die natuurlike vader gaan bepaal word na aanleiding van die tipe verhouding wat hy met die moeder van die kind voor die geboorte gehad het. Waar die natuurlike vader en moeder saamgewoon het <sup>106</sup> gaan dit uiteraard maklik wees om die natuurlike vader se geskiktheid/bekwaamheid te bepaal. Waar samewoning plaasgevind het, sal die optrede van die vader teenoor die moeder voor, tydens en na die geboorte bepaal moet word. Die aanvaarding deur die natuurlike vader van die onkoste van die geboorte van die kind en die versorging van die moeder en kind na die geboorte gaan 'n groot rol speel. Hierdie tipe optrede deur die natuurlike vader sal myns insiens meebring dat hy geskik/bekwaam bevind word en daardeur 'n regmatige verwagting verwerf.
- (2) Lank bestaande praktyk. Van meet af sal 'n natuurlike vader slegs aan hierdie kriterium kan voldoen in die geval van die ouer kind. Waar die natuurlike vader in alle opsigte verantwoordelikheid met betrekking tot ouerskap aanvaar het, sal hy kan aanvaar dat hy 'n regmatige verwagting verwerf het om tydens die aan-neming van die kind aangehoor te word. Aanvaarding van verantwoordelikheid met betrekking tot ouerskap sluit, onder andere, in die hulpverlening met die kind se opvoeding, gereelde betaling van onderhoud, ensovoorts. Die genoemde kriterium sal egter nie in die geval van die pasgebore baba van groot hulp wees nie.

Verdere kritiek teen Mosikatsana se beskouing is die feit dat hy verwys na artikel 33(1) en (2) soos dit tans in die nuwe grondwet verskyn, sonder om ook na paragraaf 23 van bylae 6 van die nuwe grondwet te verwys.

'n Ongehude vader wat 'n regmatige verwagting verwerf (die omstandighede en kriteria soos *supra* voorstel) maak hom geregtig op prosedureel billike administratiewe optrede ingevolge artikel 24(b) (steeds geldend) van die tussentydse grondwet. In dié verband sê Burns <sup>107</sup> die volgende:

“Sub-section (b), relating to the procedural fairness of administrative action, translates into the right to be heard *before* an administrative decision is made - in other words to the application of the rules of natural justice. In accordance

106 Alhoewel 'n saamwoonverhouding sal meebring dat daar makliker aan hierdie kriterium voldoen word, kan dit egter nie net tot 'n saamwoonverhouding beperk word nie, want 'n vader wat nie in 'n saamwoonverhouding met 'n moeder was nie, kan ook soms geskik/bekwaam wees afhange van omstandighede.

107 “Administrative justice” 1994 SA *Publiekreg* 347.

with the common law rules of *audi alteram partem* and *nemo iudex in sua causa* an affected person must be granted an opportunity to be heard, full disclosure must be made, and the authority must be free from bias and unprejudiced.”<sup>108</sup>

en verder:

“In this case, [*Administrator, Transvaal v Traub 1989 4 SA 731(A)*] the court applied the rules of natural justice to a situation where the parties had a status less than a right - namely a legitimate expectation. The inclusion of this subsection [24(b)] has removed the doubt surrounding the sphere of application of the rules, since the administration must apply the rules at the stage before a decision is made, where legitimate expectations are affected. Legitimate expectation has, however, not yet been defined.”<sup>109</sup>

Uit die voorgaande is dit duidelik dat 'n ongehude vader wat 'n regmatige verwagting verwerf het, geregtig is op 'n geleentheid om aangehoor te word. Wanneer hierdie geleentheid hom dan gebied word, kan hy verdere regte verwerf.

### 3.2.2.2. VERGELYKENDE REGSTELSELS

#### VERENIGDE STATE VAN AMERIKA (VSA)

*Supra* is verwys na die oorvleueling tussen die privaatregtelike beginsels met betrekking tot die aanneming van buite-egtelike kinders en die konstitusionele posisie van die ongehude vader in die VSA. Gevolglik is die onderskeid tussen die privaatregtelike en staatsregtelike beginsels nie altyd duidelik nie.

Voor 1972 het die aannemingswetgewing van verskeie state in die VSA oor die algemeen gereël dat slegs die moeder van 'n buite-egtelike kind se toestemming nodig sal wees vir die kind se aanneming.<sup>110</sup> Hierdie feit het nadelige gevolge vir die ongehude vader ingehou. Clark sê die volgende daaroor:

108 *Idem* 352-353; sien ook Wiechers *Administratiefreg* 1984 237 e.v. vir die inhoud van die reëls van natuurlike geregtigheid.

109 *Idem* 353; sien ook Raath “*Audi alteram partem* : is ons nou op die pad van 'legitimate expectation'?” 1991 *THRHR* 90-94 - die skrywer kritiseer die hof oor die feit dat daar versuim is om die aard en inhoud van die toets van “legitimate expectation” duidelik en presies genoeg te formuleer.

110 Clark *The Law of Domestic Relations in the United States* Vol 2 (1987) 572.

"In other words the father of the illegitimate child had, under these statutes, no legally enforceable right to assert his parental rights in the child if the mother wished to place the child for adoption or if she failed in her parental duties sufficiently to warrant terminating her parental rights."<sup>111</sup>

Hierdie statutêre onbillikhede het ongehude vaders in die VSA genoop om te begin veg vir die verwerping van regte ten aansien van hul kinders. In 1972 het daar 'n kentering ingetree.

*Stanley v Illinois*<sup>112</sup> het die era vir die erkenning en uitbreiding van die ongehude vader se regte tydens die aannemingsproses ingelui. 'n Vader van drie kinders het vir agtien jaar met die moeder saamgewoon. Met die dood van die moeder het die staat gepoog om die kinders weg te neem sonder om die vader 'n geleentheid te gee om aangehoor te word, want, volgens die staatsreg, val kinders van ongehude vaders onder die toesig van die staat.<sup>113</sup> Die ongehude vader het aangevoer dat sy reg op gelyke beskerming deur die reg geskend is, want daar is nooit beweer dat hy 'n onbekwame ouer was nie.<sup>114</sup> Die hof het bevind dat die gelykheidsbeginsel aan die ongehude vader 'n waarborg verskaf om aangehoor te word ten einde te bepaal of hy 'n bekwame ouer is al dan nie voordat die kinders van hom af weggeneem kan word.<sup>115</sup> In hierdie saak het die hof 'n onderskeid getref tussen ongehude vaders wat verantwoordelikheid aanvaar het vir die daaglikse versorging van die kinders, teenoor ongehude vaders wat dit nie doen nie.<sup>116</sup>

In *Quilloin v Walcott*<sup>117</sup> het ons weer eens te doen met 'n saamleefverhouding waartydens 'n kind gebore is. Die ouers het nooit getrou of 'n gesamentlike huishouding opgebou nie. Die moeder het later getrou en die stiefvader het stappe gedoen om die kind aan te neem. Die natuurlike vader het die aanneming betwis. Die staat, Georgia, se reg het bepaal dat 'n ongehude vader alleenlik die aanneming kan veto deur met die moeder te trou of 'n hofbevel te verkry wat die kind wettig verklaar. In sy beslissing het die hof die beste belang van die kind in ag geneem en verder ook die feit dat die

---

111 *Idem* 572.

112 405 U.S. 645 (1972).

113 *Supra* 646.

114 *Ibid.*

115 *Idem* 649; sien ook bespreking in 1991 *Harvard LR* 800 801.

116 405 U.S. 651.

117 434 U.S. 246 (1978); sien ook DeMoss "Adoption : The Rights of the Putative Father" 1984 *Oklahoma LR* 583 585.

ongehude vader nóg die kind laat wettig het nóg om bewaring van die kind aansoek gedoen het.<sup>118</sup> Die hof wys wettiging van die hand en beëindig daardeur die ongehude vader se kanse om die aanneming te verhoed.

Ons sien dus hier 'n klemverskuiwing in die hof se benadering. Daar word nou wegbeveeg van bekwaamheid as enigste kriterium na die beste belang van die kind.<sup>119</sup> Wehner stel dit soos volg:

“The father's rights could be denied if it was deemed in the 'best interest of the child, notwithstanding the father's fitness as a parent'.”<sup>120</sup>

Die regte van die vader waarna in die aanhaling verwys word, skyn aanvanklik nie regte in die ware sin van die woord te wees nie. Skynbaar vestig 'n ongehude vader volgens Wehner slegs 'n reg om 'n aanneming te veto indien hy die kind wettig deur met die moeder te trou of vaderskap te erken en sy onderhoudspilig gereeld na te kom. Dit skyn dus of die vader se bekwaamheid aanvanklik gemeet word en wanneer hy dan positiewe stappe doen soos hierbo beskryf, vestig hy minstens die reg om die aanneming te veto.<sup>121</sup> Die beste belang van die kind het die nuwe standaard vir die bepaling van die biologiese vader se regte geword.<sup>122</sup> Die rede vir die toepassing van hierdie nuwe standaard lê opgesluit in die feit dat

“... the Supreme Court abandoned the sole use of the fitness of the father test to determine his parental rights, adopting the best interests of the child test as the new standard.”<sup>123</sup>

Die beste-belang-van-die-kind-maatstaf is al sedert 1925 in die Amerikaanse regspraak gevestig en is nie in 1978 vir die eerste keer toegepas nie.<sup>124</sup> Volgens die Amerikaanse regspraak speel die beste belang van die kind die belangrikste rol.<sup>125</sup> Die beste belang van die kind is deurslaggewend.<sup>126</sup>

---

118 *Idem* 250; sien ook *Goodnow supra* 397.

119 *Wehner supra* 696.

120 *Ibid.*

121 *Idem* 696.

122 *Idem* 696; sien verder 276 C-E van die uitspraak.

123 *Idem* 696.

124 *Finlay v Finlay* 240 N.Y. 429, 148 N.E. 624 (1925) soos aangehaal deur *Goodnow supra* 393.

125 N 119 *supra*.

126 *Goodnow supra* 393 n 2.

'n Ander belangrike saak in hierdie aangeleentheid was *Caban v Mohammed*.<sup>127</sup> Die genoemde persone het vir 'n aantal jare saamgewoon en in die tydperk is twee kinders gebore. Albei ouers het tot die kinders se versorging en onderhoud bygedra. Na die beëindiging van die saamleefverhouding het die vader nog steeds toegang tot die kinders gehad. Die moeder het later getrou en haar man wou die kinders aanneem. Die ongehude vader bring egter ook 'n aansoek tot aanneming van die kinders. Die New Yorkse reg het op daardie stadium slegs die moeder se toestemming vereis by die aannemingsproses. Die enigste manier waarop die ongehude vader die aanneming ongedaan kon maak, was om aan te toon dat die aanneming deur die ander man nie in die beste belang van die kinders sou wees nie.<sup>128</sup>

Die ongehude vader het voor die *Supreme Court* van die VSA aangevoer dat die onderskeid wat die *New York Domestic Relation Law* tussen ongetroude moeders en ongetroude vaders tref, onkonstitusioneel is.<sup>129</sup> Die *Supreme Court* bevind dat die genoemde wet die gelykheidsbeginsel skend en lig dit soos volg toe:

“... [G]ender-based distinctions must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives in order to withstand judicial scrutiny under the Equal Protection Clause.”<sup>130</sup>

Die *Supreme Court* bevind verder dat

“... the differential treatment afforded unmarried fathers and unmarried mothers did not bear a substantial relationship to the interest of the State in promoting the adoption of illegitimate children.”<sup>131</sup>

Die uiteinde was dat die hof toegegee het dat die staat 'n belang het in die welsyn van die kind wat insluit die plasing van die kind in 'n stabiele huishouding, maar dat die genoemde belang nie regverdiging vir geslaggebaseerde diskriminasie is nie.<sup>132</sup>

---

127 441 U.S. 380 (1979); sien ook DeMoss *supra* 587.

128 387; sien ook 276 E-G van die uitspraak.

129 381.

130 388.

131 393; sien ook Mosikatsana *supra* 162 en die bespreking in 1991 *Harvard LR* 800 804; sien ook Goodnow *supra* 399.

132 Wehner *supra* 698 n 52.

Dit dien gemeld te word dat die *Domestic Relations Act* van New York sedertdien gewysig is om die geslaggebaseerde onderskeid wat in hierdie saak te sprake was, reg te stel. Die gewysigde wet is *supra* bespreek.<sup>133</sup>

Die saak van *Lehr v Robertson* is ook interessant.<sup>134</sup> Die ongehude vader het nooit sy kind onderhou en ook nie sy naam in die register vir putatiewe vaders opgeteken nie. Indien hy aan hierdie genoemde vereistes voldoen het, sou dit hom geregtig gemaak het om kennis van die aannemingsproses ten aansien van sy kind te ontvang.<sup>135</sup> Die *Supreme Court* van die VSA het beslis dat 'n natuurlike vader se konstitusionele regte soos vervat in die behoorlike proses- en gelykheidsklousules van die 14de wysiging van die konstitusie nie geskend is omdat hy nie kennis gekry en 'n geleentheid gegun is om aangehoor te word voordat die kind aangeneem is nie, aangesien hy nooit in enige **toesighoudende, persoonlike of finansiële verhouding**, tot die kind gestaan het nie (my onderstreping).<sup>136</sup> Regter White lewer 'n minderheidsuitspraak en verklaar dat 'n ongehude vader 'n reg behoort te hê om ingelig te word as 'n aannemingsproses ten aansien van sy kind ingestel is. Die regter voeg by dat die staat kennis van sy bestaan moet hê en waar hy hom bevind, asook bewus moet wees van die belange van die kind. Twee ander regters het hiermee saamgestem. Labuschagne stem ook saam met hierdie siening.<sup>137</sup>

Wanneer die meerderheidsuitspraak ontleed word, vind ons verskeie raakpunte wat ook in ander Amerikaanse sake na vore gekom het. Die bestaan van 'n werklike verhouding tussen die ongehude vader en sy kind is tersaaklik wanneer die regte van die ongehude vader en die beste belang van die kind beoordeel word.<sup>138</sup> Die ongehude vader se bewyslas (die bestaan van 'n werklike verhouding) is weer eens swaarder as die van die gehude vader. Die feit dat laasgenoemde na die geboorte van sy kind, in wie hy miskien geen belang getoon het nie, van die moeder skei, maak skynbaar geen verskil nie. Die gewese huwelik tussen vader en moeder plaas eersgenoemde in 'n bevoorregte posisie. Die bestaan van 'n werklike houding bring mee dat daar nie

133 Sien par 3.2.1.2; sien ook *Carrier Child Custody, Forster Care and Adoptions* (1991) 271 waar die vorige artikel 111 van die *New York Domestic Relations Act* bespreek word. Toe het genoemde artikel geensins enige toegewings aan 'n ongehude vader gemaak nie.

134 463 U.S. 248 1983; sien ook DeMoss *supra* 589.

135 251.

136 Labuschagne *supra* 423; sien verder Wehner *supra* 699 e.v.; Goodnow *supra* 393 e.v.; Roark "Putative father's right to notice of adoption proceedings involving his child" 1984 *Missouri LR* 650 e.v.; 276 H-I en 277 A van die uitspraak.

137 *Supra* 423.

138 Sien n 126.



'n onderskeid getref word tussen die beste belang van die kind en die regte van die ongehude vader nie. Dit skyn asof die howe wel 'n onderskeid tussen die beste belang van die kind en die regte van die ongehude vader sal tref waar daar nie 'n werklike verhouding tot stand gekom het nie. Die bestaan van 'n werklike verhouding tussen die ongehude vader en sy kind en die aanvaarding van ouerlike verantwoordelikheid deur die ongehude vader verleen aan laasgenoemde aansienlike beskerming onder die behoorlike prosesklousule van die 14de wysiging van die konstitusie. Alhoewel dit nie pertinent deur die hof in die *Lehr*-saak uitgespel is nie, skyn dit asof die "aansienlike beskerming" gelykstaande is aan 'n reg om aangehoor te word onder die behoorlike prosesklousule.<sup>139</sup> Wat die gelykheidsklousule van die 14de wysiging van die konstitusie betref, het die hof in die *Lehr*-saak en in ander faktore wat 'n toesighoudende, persoonlike of finansiële verhouding insluit, in ag geneem ten einde te bepaal of 'n ongehude vader beskerming onder die gelykheidsklousule verdien. Die Amerikaanse howe beskou die bogemelde faktore as aanduidend wanneer dit nodig is om te bepaal of 'n ongehude vader beskerming onder die gelykheidsklousule verdien. Regter White se minderheidsuitspraak verwys na 'n reg wat die ongehude vader behoort te hê om ingelig te word as 'n aannemingsproses ten aansien van sy kind ingestel word. Hierdie reg word gebaseer op die biologiese verband wat tussen die ongehude vader en sy kind ontstaan. Die biologiese verband tussen 'n ongehude vader en sy kind speel skynbaar 'n belangrike rol, maar dit skyn ook dat die ongehude vader meer moet doen as om net op die biologiese verband staat te maak.

Die kwessie van die pasgebore baba wat vir aanneming beskikbaar gestel word, skep 'n wesenlike probleem aangesien die natuurlike vader in so 'n geval nog nie 'n behoorlike geleentheid gekry het om 'n verhouding met die kind op te bou nie. Hierdie posisie kan natuurlik ook 'n rol speel in die geval van 'n gehude vader wat na die geboorte van die kind skei van die moeder. Dit het tot gevolg dat daar nie 'n konstitusioneelbeskernde belang tot stand kan kom nie. Hierdie kwessie het *In re Raquel Marie X*<sup>140</sup> te sprake gekom. In hierdie saak het die *New York Court of Appeals* 'n vetoreg aan die ongehude vader in 'n aannemingsgeding van sy pasgebore baba gegee waar hy vroeër getoon het dat hy bereid was om sy ouerlike verantwoordelikhede te aanvaar.<sup>141</sup> Die skrywer van 'n artikel stel dit soos volg:

---

139 Goodnow *supra* 397, 404 en 409; Roark *supra* 653; *Harvard LR supra* 801; DeMoss *supra* 589, 593 en 599; Hollinger "Adoption and Aspiration : The Uniform Adoption Act, The DeBoer-Schmidt Case, and the American Quest for the Ideal Family" 1995 *Duke Journal of Gender Law & Policy* <http://www.law.duke.edu/journals/djglp/djgv2a2.htm>. (14 Mei 1997).

140 76 NY 2d 387.

141 Labuschagne *supra* 423; Mosikatsana *supra* 162.

"... [T]he father must promptly use 'all the possible mechanisms for forming a legal and emotional bond with his child' and 'manifest his ability and willingness to assume custody of the child'." <sup>142</sup>

Wat die pasgebore baba betref, is Wehner van mening dat die vader se belang in die opbou van 'n verhouding met daardie kind ook die volgende insluit:

"A father's interest will also depend on whether he gave the mother any support during her pregnancy, whether he offered to help with the medical expenses, whether he acknowledged his paternity and his obligations to the child, and whether he entered his name on the child's birth certificate. In the case of a newborn infant adoption, failure of the father to take interest in the child before birth will result in the termination of his rights. Yet, if the father meets all of the preceding criteria, he would be deemed interested and afforded the opportunity to retain his parental rights." <sup>143</sup>

Na beoordeling van die Amerikaanse regspraak kom een reël duidelik na vore, naamlik dat konstitusionele beskerming aan ongehude vaders verleen word in gevalle waar die belange van die kind voorop gestel word. <sup>144</sup>

Singh vat die Amerikaanse regspraak tereg soos volg saam:

"The conspectus of law in the United States appears to indicate that the unmarried father's protected interest requires both a biological connection and full parental responsibility. In other words, before he can acquire any rights beyond the fundamental principles of the common law, he must both be a father and behave like one." <sup>145</sup>

## KANADA

Ongehude vaders in Kanada het hulle grootliks in dieselfde dilemma as hul eweknieë in die VSA bevind betreffende regte tydens die aannemingsproses. Dié vaders het gevind dat aannemingswetgewing, wat, soos reeds gesê, meestal provinsiale wetgewing is, geen regte tydens die aannemingsproses aan hulle verleen het nie. Die

---

142 Bespreking in 1991 *Harvard LR* 800 802.  
 143 *Supra* 718; sien ook Mosikatsana *supra* 165.  
 144 Wehner *supra* 701; sien ook 277B van die uitspraak.  
 145 *Supra* 308.

aannemingswetgewing was van so 'n aard dat nóg 'n vetoreg aan die ongehude vader verleen is nóg was sy toestemming by die aanneming van sy kind benodig. Dit het ongehude vaders genoop om die konstitusionele geldigheid van dié wetgewing aan te veg.

Dit is belangrik om daarop te let dat die Kanadese Handves gelykheidsklousules bevat wat soos volg lees:

“15(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

Saam met die bogenoemde artikel is dit ook van belang om artikel 28 van die Kanadese Handves in gedagte te hou. Die artikel lees soos volg:

“28 Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.”

Op grond van die bogenoemde gelykheidsklousules is artikel 8 van die *Adoption Act* van Brits-Colombia in *Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services*<sup>146</sup> aangeveg. Die artikel het bepaal dat slegs die moeder se toestemming benodig word in die geval van 'n buite-egtelike kind. Die natuurlike vader het aangevoer dat die genoemde artikel 8 die gelykheidsbepalings vervat in artikels 15 en 28 van die Kanadese Handves skend deurdat daar teen hom gediskrimineer word op grond van geslag. Die hof bevind inderdaad dat artikel 8 onbillik diskrimineer teen natuurlike vaders en dat dit die gelykheidsbepalings skend. Artikel 8 kon dus nie deur die beperkingsklousule van die handves geregverdig word nie.<sup>147</sup>

#### 4. DIE BEVEL VAN DIE KONSTITUSIONELE HOF

Die volgende bevel word uitgereik:

---

146 (1986) 34 DLR (4 th) 488.

147 Sien 278 D-F van die uitspraak.

- “1. It is declared that s18(4)(d) of the Child Care Act 74 of 1983 is inconsistent with the Constitution of the Republic of South African Act 200 of 1993 and is therefore invalid to the extent that it dispenses with the father's consent for the adoption of an 'illegitimate' child in all circumstances.
  
2. In terms of the proviso to s98(5) of the Constitution, Parliament is required within a period of two years to correct the defect in the said provision.
  
3. The said provision shall remain in force pending its correction by Parliament or the expiry of the period specified in para 2.”<sup>148</sup>

Die konstitusionele hof moes noodwendig tot die gevolgtrekking kom dat artikel 18(4)(d) onkonstitusioneel is en derhalwe bevat paragraaf 1 van die bevel geen verrassings nie. Die inhoud van paragraaf 1 weerspieël die konstitusionele hof se bevordering van die fundamentele waardes waarna in die tussentydse grondwet gestreef word.

Paragraaf 2 handel oor die voorbehoudsbepaling by artikel 98(5) van die tussentydse grondwet. Die voorbehoudsbepaling verleen aan die konstitusionele hof 'n diskresie om in die belang van geregtigheid en goeie staatsbestuur te kan vereis dat die Parlement, soos *in casu*, die gebrek in die wet of bepaling binne die tydperk van twee jaar regstel.

Wanneer die voorbehoudsbepaling verder ge lees word, vind ons dat, wanneer die konstitusionele hof sy diskresie uitoefen en die voorbehoudsbepaling volg, die hof dan ook moet gelas dat die wet van krag bly hangende die regstelling daarvan of die verstryking van die tydperk aldus bepaal. Laasgenoemde is dan ook wat paragraaf 3 van die bevel bepaal.

Dit is interessant om daarop te let dat die voorbehoudsbepaling by artikel 98(5) van die tussentydse grondwet slegs verwys na “wet” wat van krag bly hangende die regstelling daarvan en nie soos vroeër in die artikel, die woord “bepaling” insluit nie. Dit is my submissie dat dit geen effek op die bevel *per se* het nie. “Wet” is wyd genoeg

om “bepaling” in te sluit, maar indien die letterlike uitleg gevolg word, moes die konstitusionele hof eintlik in paragraaf 3 van die bevel gelas het dat die wet, synde die Wet op Kindersorg 74 van 1983, en nie slegs artikel 18(4)(d) nie, van krag bly hangende die regstelling daarvan.

Wanneer die konstitusionele hof sy bevoegdhede kragtens artikel 98(5) van die tussentydse grondwet uitoefen, speel die proporsionaliteitsbeginsel ook 'n rol. In die verband is Chaskalson die volgende mening toegedaan:

“In deciding whether to exercise its powers under s98(5) the Constitutional Court must therefore balance the social purpose served by the challenged legislation against the infringement of constitutional rights which that legislation effects.”<sup>149</sup>

Chaskalson vervolg:

“In respect of statutes which do not impose criminal liability, however, there may well be cases where the interests of justice and good government demand that a statute should be given temporary validity rather than being struck down for unconstitutionally. This will most frequently be the case where the object of the legislation in question is one which promotes constitutional values but the legislature has chosen unconstitutional means to achieve its objective ... The interests of justice ordinarily dictate that successful litigants should obtain the relief they seek.”<sup>150</sup>

Wanneer die bevel regswetenskaplik ontleed word, kan ek verstaan waarom regter Mahomed sy diskresie uitgeoefen het en die voorbehoudsbepaling by artikel 98(5) van die tussentydse grondwet gevolg het, want

“... the applicant is not the only person affected by the impugned provision. There are many others...”<sup>151</sup>

---

149 *Supra* 9-17.

150 *Idem* 9-17 e.v.

151 283 I-J en 284 A-B van die uitspraak.

Bogenoemde aanhaling lei noodwendig tot die vraag - waar laat dit die applikant? Het die uitspraak daartoe gelei dat die applikant die aanneming kon veto? Hierdie vrae lei noodwendig tot die gevolgtrekking dat die applikant geen tree gevorder het nie. Die applikant het sekere regte vir ongehude vaders beding, maar sy eie posisie bly onveranderd. In 'n tydskrifartikel het die applikant se prokureur hom soos volg uitgelaat:

“We haven't won, because Lawrie hasn't got his child ... but we won the gender inequality aspect. When the law's changed, unmarried fathers will have a better deal.”<sup>152</sup>

Dit is my submitisie dat die konstitusionele hof in hierdie saak nie ver genoeg gegaan het nie. Wat moes die konstitusionele hof gedoen het? Dit is 'n moeilike vraag om te beantwoord, maar 'n mens se regsgevoel kom in opstand omdat die applikant nie 'n mate van regshulp gekry het nie. Ek wil aan die hand doen dat die konstitusionele hof sekere riglyne moes verskaf het waarvolgens 'n ongehude vader se betrokkenheid tot sy kind beoordeel kon word in die tydperk wat die Parlement tot sy beskikking het om die gebrek in die bepaling reg te stel. Die volgende riglyne kon moontlik voorgestel gewees het:

“The father must be willing to assume full custody, not merely attempt to prevent the adoption, and he must promptly manifest parental responsibility both before and after the child's birth.”<sup>153</sup>

Hoe dit ook al sy, die konstitusionele hof het nie die voorgestelde riglyne gemaak nie en die versuim om dit te doen laat 'n gevoel van magteloosheid.

## 5. **SOU DIE KONSTITUSIONELE HOF TOT 'N ANDER BESLISSING GEKOM HET INDIEN DIE BEPALINGS VAN DIE NUWE GRONDWET REEDS GEGELD HET?**

Daar sou geargumenteer kon word dat hierdie vraag totaal onnodig is, aangesien die antwoord mos voor die hand liggend moet wees. Ten einde enige onsekerheid uit die weg te ruim word hierdie vraag volledigheidshalwe bespreek.

---

152 April 1997 uitgawe van *"Fair Lady"* 44.

153 *Harvard LR supra* 803; sien ook die faktore wat voorgestel word wat 'n hof in ag behoort te neem wanneer 'n ongehude vader se betrokkenheid ensovoorts by sy kind beoordeel word.

Tydens die uitspraak was die bepalings van die tussentydse grondwet en in besonder artikel 8(1) 8(2) van toepassing.<sup>154</sup> Die besondere gronde van diskriminasie waarop die applikant se saak gebaseer was, was geslag of huwelikstaat. Huwelikstaat as diskriminasiegrond word egter nie spesifiek in artikel 8(2) genoem nie. Skep dit 'n probleem? Die antwoord op hierdie vraag lê opgesluit in die woorde **sonder om afbreuk te doen aan die algemeenheid van hierdie bepaling** vervat in artikel 8(2). Die genoemde grond in artikel 8(2) vorm nie 'n *numerus clausus* nie aangesien:

“The import of this non-derogation clause is surely that the listed classifications do not limit the ambit of s8(2) - they simply exemplify the most commonly recognized forms of discrimination. Hence the protection of s8(2) can be extended to cover distinctions which are neither named nor analogous to those named.”

<sup>155</sup>

Daar is egter ook 'n gedagterigting wat van mening is dat die presiese verhouding tussen artikel 8(1) en 8(2) in 'n mate afhang van die benadering wat gevolg word met betrekking tot artikel 8(2), want Chaskalson sê:

“If the prohibition of discrimination extends only to the grounds listed in s8(2) and those analogous to them, complaints of a denial of equality on other grounds must be brought under s8(1).”<sup>156</sup>

Indien die bovermelde gedagterigting gevolg word, skyn dit asof die applikant, wat huwelikstaat as diskriminasiegrond betref, eerder sy saak moes gebaseer het op die reg op gelykheid voor die reg en op gelyke beskerming deur die reg soos bepaal in artikel 8(1) van die tussentydse grondwet.

Dit is my submissie dat laasgemelde gedagterigting nie suiwer is nie en dat ek eerder 'n voorstander is van die siening dat die beskerming wat verleen word aan die genoemde grond deur artikel 8(2) van die tussentydse grondwet, uitgebrei en ander soortgelyke gronde toegevoeg kan word. Die rede vir my siening lê opgesluit in die volgende:

---

154 Vir die inhoud van artikel 8(1) en 8(2) sien n 78.

155 Chaskalson *supra* 14-23.

156 *Idem* 14-5.

“Since the enumeration of conditions in s8(2) is said not to derogate from the generality of the section as a whole, more conditions than the fourteen explicitly listed in the section are in principle included, thereby enhancing the hermeneutical adaptability of the provision to, for instance, ‘present circumstances’.”<sup>157</sup>

Wanneer die tersaaklike bepalings van die nuwe grondwet van naderby beskou word, vind ons dat artikel 9(1) en 9(3) van toepassing is. Artikel 9(1) het dieselfde strekking as artikel 8(1) van die tussentydse grondwet. Wat artikel 9(3) betref, vind ons dat gronde soos swangerskap, huwelikstaat, oortuiging en geboorte bygevoeg is by die gronde genoem in artikel 8(2) van die tussentydse grondwet.

Voorts sou die toepassing van die algemene beperkingsklousule dieselfde resultaat opgelewer het.<sup>158</sup>

In die lig van die voorgaande is dit my submissie dat die konstitusionele hof tot dieselfde beslissing sou gekom het al het die bepalings van die nuwe grondwet gegeld.<sup>159</sup> Die antwoord op die vraag is dus nee.

## 6. VOORSTELLE VIR REGSHERVORMING

Die eerste voorstel hou verband met die moontlikheid van die instelling van 'n nasionale register vir putatiewe vaders.

Registrasie as 'n putatiewe vader behoort nie verpligtend te wees nie, maar indien 'n vader sou registreer en die betrokke staatsdepartement op hoogte hou van sy bewegings, sal hy geregtig wees op kennisgewing van aanneming ingevolge artikel 6(1) van Wet 86 van 1997. Dit sal ook meebring dat sy fundamentele regte vervat in artikel 9(1) en 33 gelees met paragraaf 23 van bylae 6 van die nuwe grondwet gerespekteer word. Dit kan ook 'n invloed hê op artikel 6(2)(a)(i) en (ii) van Wet 86 van 1997.

Regter Mahomed het tydens sy uitspraak verskeie riglyne wat hy in ag moet neem wanneer 'n nuwe artikel 18(4)(d) opgestel word, aan die wetgewer gegee. Dit is my submissie dat die wetgewer 'n ernstige fout sal begaan indien hy aan alle ongehude vaders 'n reg op aanhoring tydens die aannemingsproses gee. Dit sal dan aan verkragters en bloedskandiges ook 'n inspraak gee.<sup>160</sup> Daar word voorgestel dat die

157 Du Plessis & Corder *supra* 142-143.

158 Artikel 33 van die tussentydse grondwet en artikel 36 van die nuwe grondwet.

159 Artikel 9(1), 9(3) en 36.

160 275 B-C van die uitspraak; sien ook n 52.



wetgewer die nuwe artikel so opstel dat die hof verplig word om faktore wat by wyse van *viva voce* getuienis gestaaf kan word, in ag moet neem ten einde te kan bepaal of die betrokke vader 'n konstitusioneelbeskermende belang in die welsyn van sy kind verkry het. Na analogie van die faktore wat deur Sonnekus en Van Westing voorgestel word by die bepaling van toegangsregte van die ongehude vader tot sy kind, stel ek die volgende faktore voor: <sup>161</sup>

- (a) Die betrokkenheid van die vader by sy kind se welsyn en ontwikkeling. Die bestaan van 'n vader-kind-verhouding hoef nie bewys te word nie, want 'n bewese vader-kind-verhouding sal na my mening die geval uitsluit waar 'n verhouding tussen 'n man en vrou beëindig word voordat eersgenoemde van die swangerskap bewus was. Indien die man later hoor van die kind en genoeg belangstelling toon en sy latere betrokkenheid bewys, behoort hy 'n reg op aanhoring te verwerf. Die beginsel is dat die ongehude vader minstens 'n bydrae moet maak tot sy kind se welsyn eerder as om bloot as die verwekker van die kind bekend te staan en dan slegs op grond van die verwekkingsdaad aanspraak te maak op 'n reg op aanhoring.
- (b) die duur en aard van die verhouding tussen die vader en die kind. Hier gaan dit onder andere oor die duur en kwaliteit van die verhouding tussen die vader en die kind. Dit geld vir die ouer sowel as die pasgebore kind. Dit is natuurlik makliker om 'n verhouding met 'n ouer kind te bou, maar in die geval van die pasgebore kind moet vasgestel word "... if they [putative fathers] have grasped the opportunity to take an interest in the child and participate in its care and management". <sup>162</sup> Wat staan 'n ongehude vader te doen indien die moeder hom nie 'n geleentheid gun om 'n verhouding met sy kind op te bou nie? Ek is van mening dat so 'n ongehude vader wat, ten spyte van die moeder se optrede, belangstel in sy kind se welsyn, sy naam in die register van putatiewe vaders moet plaas wat hom dan geregtig sal maak op kennisgewing van aanneming, sodat hy dan kan kom aantoon dat hy alle redelike stappe gedoen het om 'n verhouding met sy kind op te bou.
- (c) Die vader se pligsgetroue nakoming van sy onderhoudsverpligting.

---

161 "Faktore vir die erkenning van 'n sogenaamde reg van toegang vir die vader van 'n buite-egtelike kind" 1992 TSAR 232 247 e.v.

162 Wehner *supra* 701; sien ook n142 en 143.

- (d) Die wense van die kind as 'n algemene faktor wat in ag geneem behoort te word.<sup>163</sup> Hierdie sal slegs kan geld in die geval van die ouer kind wat 'n gevorderde verstandelike ontwikkeling bereik het. In die verband is dit belangrik om daarop te let dat artikel 18(4)(e) bepaal dat die kind, indien hy bo die leeftyd van tien jaar is, tot die aanneming toestem en die aard en betekenis van bedoelde toestemming moet begryp (my beklemtoning). Regulasie 19(2) kragtens die Wet op Kindersorg bepaal dat 'n kommissaris die persoon (in die geval die kind) wat toestemming verleen, moet inlig oor die regsgevolge van 'n aanneming. Die vereistes wat artikel 18(4)(e) stel is kumulatief. Die kind moet bo die ouderdom van tien jaar wees en die aard en betekenis van bedoelde toestemming begryp. Sonnekus en Van Westing<sup>164</sup> is egter van mening dat daar aan die wense van kinders bo die ouderdom van twaalf jaar wesentliche gewig toegeken behoort te word. Vir die doeleindes van artikel 18(4)(e) skyn dit dus of 'n kind 'n gevorderde verstandelike ontwikkeling bereik het indien hy/sy bo die ouderdom van tien jaar is en die aard en betekenis van bedoelde toestemming begryp. Ek stem meer saam met Sonnekus en Van Westing dat 'n kind bo twaalf jaar 'n baie beter begrip van die bedoelde proses sal hê. Miskien behoort die wetgewer hier in te gryp.

Dit is my submissie dat die voormelde faktore wat aanwesig moet wees en deur die hof bevind aanwesig te wees die hof sal lei om tot 'n sinvolle beslissing te kan kom. Die kwessie van aanneming is 'n hoogs emosionele aangeleentheid, soos *in casu*, en die wetgewer en die hof word gemaan tot versigtigheid, want die beste belange van die kind is op die spel.

## 7. SLOTOPMERKINGS

In die lig van die voorafgaande was regter Mahomed se uitspraak 'n oorwinning vir ongehude vaders in die opsig dat daar nie meer na die verstryking van twee jaar teen sulke vaders op grond van hul geslag of huwelikstaat gediskrimineer sal word nie.

Die behoort duidelik uit hierdie navorsingstuk te wees dat skrywer hiervan 'n voorstander is van die gedagte dat daar aan 'n sekere klas ongehude vaders hulp verleen behoort te word tydens die aannemingsproses. Afgesien van kennisname wat binne

---

163 DeMoss *supra* 585; sien ook artikel 18(4)(e) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983.

164 *Supra* 253.

die afsienbare toekoms statutêr gereël gaan word, is die geleentheid tot aanhoring die enkele belangrikste aspek wat die ongehude vader raak. Hierdie klas ongehude vader wat die geleentheid tot aanhoring verwerf het, se betrokkenheid by sy kind gaan onder die vergrootglas geplaas word om sodoende vas te stel of hy inderdaad 'n konstitusioneelbeskernde belang verwerf het. Hierin lê die konstitusionele implikasie van hierdie uitspraak vir my opgesluit. Nie alleen moet die ongehude vader vaderskap van sy kind erken nie, maar moet ook optree soos dit 'n toegewyde vader betaam.

Ons kinders is so waardevol dat die howe altyd bedag daarop moet wees om die belange van die ongehude vader op te weeg teen die beste belange van die kind. Ek wil sover gaan om te sê dat die applikant vir ewig sy seun kwyt is, want al sou hy twee jaar van nou af meer regte verwerf wat hom byvoorbeeld in staat sal stel om self sy seun aan te neem, sal geen hof dit in die beste belang van die kind ag nie.

Hierdie saak was van die begin af in omstredeheid gehul en dit skyn asof die litigerende partye die belangrikste persoon, naamlik Timothy, en die doel van sy aanneming totaal uit die oog verloor het.

8. **BIBLIOGRAFIE**

- Barnard, Cronje en Olivier *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* (1994)
- Cachalia *et al* *Fundamental Rights in the New Constitution* (1994)
- Carrieri *Child Custody, Foster Care and Adoptions* (1991)
- Chaskalson *et al* *Constitutional Law of South Africa* (1996)
- Clark *The Law of Domestic Relations in the United States*  
Volume 1 (1987)
- Clark *The Law of Domestic Relations in the United States*  
Volume 2 (1987)
- Davies *Family Law in Canada* (1984)
- Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* (1994)
- Onbekende skrywer(s) *American Jurisprudence* (1994)
- Robinson *et al* *The Law of Children and Young Persons* (1997)
- Spiro *Law of Parent and Child* (1985)
- Suid-Afrikaanse Regskommissie *'n Vader se Regte ten opsigte van sy Buite-egtelike Kind* Werkstuk 44 Projek 79 1993
- Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1991)
- Wiechers *Administratiefreg* (1984)
- Burns "Administrative justice" 1994 *SA Publiekreg* 347

- Carpenter "Internal modifiers and other qualifications in bills of rights - some problems of interpretation" 1995 *SA Publiekreg* 260
- De Moss "Adoption : The Rights of the Putative Father" 1984 *Oklahoma LR* 583.
- Echard "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - behoort die wetgewer in te gryp? 1992 *TSAR* 122
- Goger "Right of putative father to custody of illegitimate child" 45 *ALR* 3d 220
- Goldberg "The right of access of a father of an illegitimate child : further reflections" 1996 *THRHR* 282
- Goodnow "Lehr v Robertson : Procedural due process and the putative fathers' rights" *De Paul LR* 393
- Grant-Marshall "*Fair Lady*" April 1997 44
- Heaton "Should the consent of the father of an illegitimate child be required for the child's adoption? A suggestion for the reform of South African law" 1989 *CILSA* 347
- Heaton "Some general remarks on the concept 'Best interests of the child'" 1990 *THRHR* 95
- Heaton Studiebrieff 102/MFAMLW-4/1996
- Hollinger "Adoption and Aspiration : The Uniform Adoption Act, The De Boer Schmidt Case, and the American Quest of the Ideal Family" 1995 *Duke Journal of Gender Law & Policy*

- Hutchings "Reg van toegang vir die vader van die buite-egtelike kind - outomatiese toegangsregte - sal die beste belang van die kind altyd seëvier?" *Van Erk v Holmer* 1992 SA 636(W) 1993 *THRHR* 310
- Labuschagne "Persoonlikheidsgoedere van 'n ander as regs-objek : Opmerkinge oor die ongehude vader se persoonlikheids- en waardevormende reg ten aansien van sy buite-egtelike kind" 1993 *THRHR* 414
- Labuschagne "Vaderlike omgangsreg, die buite-egtelike kind en die werklikheidsonderbou van geregtigheid" 1996 *THRHR* 181
- Mosikatsana "Is papa a rolling stone? The unwed father and his child in South African law - a comment on *Fraser v Naude*" 1996 *CILSA* 152
- Onbekende skrywer(s) "Recent Developments" 1991 *Harvard LR* 800
- Raath "*Audi alteram partem* : is ons nou op die pad van 'legitimate expectation'?" 1991 *THRHR* 90
- Roark "Putative father's right to notice of adoption proceedings involving his child" 1984 *Missouri LR* 650
- Schwellnus "Paternal access to illegitimate children - a constitutional approach" 1996 *Obiter* 153
- Singh "Adoption of children born out of wedlock" 1996 *De Jure* 305
- Sonnekus en Van Westing "Faktore vir die erkenning van 'n sogenaamde reg van toegang vir die vader van 'n buite-egtelike kind" 1992 *TSAR* 232
- Wehner "Daddy wants rights too : A perspective on adoption statutes" 1994 *Houston LR* 691

## 9. REGISTER VAN AANGEHAALDE SAKE

## SUID-AFRIKA

<i>Administrator, Transvaal v Traub</i> 1989 4 SA 731(A)	30, 32
<i>B v S</i> 1995 3 SA 571(A)	7, 8, 9, 10
<i>Brink v Kitshoff</i> 1996 4 SA 197(CC)	3
<i>Douglas v Mayers</i> 1987 1 SA 910(Z)	9
<i>F v L</i> 1987 4 SA 525(W)	5, 6, 7
<i>Fraser v Children's Court, Pretoria North</i> 1997 2 SA 218(T)	2
<i>Fraser v Children's Court, Pretoria North</i> 1997 2 SA 261(CC)	2, 3, 19, 20, 22, 24, 25, 28, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 44
<i>Matthews v Haswari</i> 1937 WLD 110	9
<i>McCall v McCall</i> 1994 3 SA 201(K)	11
<i>Qozoleni v Minister van Law and Order</i> 1994 3 SA 625(E)	26
<i>Shabalala v Attorney General, Transvaal</i> 1994 4 SA 608(T)	3
<i>Staat v Zuma</i> 1995 4 BCLR 401(CC)	26
<i>Van Erk v Holmer</i> 1992 2 SA 636(W)	7, 8
<i>Van der Linde v Van der Linde</i> 1996 3 SA 509(O)	25
<i>Wilson v Ely</i> 1914 WLR 34	9

**ENGELAND**

*Re H* [1991] 2 All ER 185(CA) 10

**KANADA**

*Andrews v Law Society of British Columbia* 56 DLR (4th) 1989 29

*Martin v Duffel* (1950) S.C.R. 737 21

*Re MacVicar and Superintendent of Family and Child Services* (1986) 34  
DLR (4th) 488 19, 39

*Re T and Children's Aid Society and Family Services of Colchester County*  
(1992) 91 DLR (4th) 230 20

**VERENIGDE STATE VAN AMERIKA**

*Caban v Mohammed* 441 U.S. 380 (1979) 35

*Finlay v Finlay* 240 NY 429, 148 N.E. 624 (1925) 34

*Forestiere v Doyle* 30 Conn. Supp. 284, 310 A. 2d 607 (1973) 19

*Griffith v Gibson* 73 Cal. App. 3d 465 142 Cal. Rptr. 176 (1977) 19

*In re Raquel Marie X* 76NY 2d 387 37

*Lehr v Robertson* 463 U.S. 248 (1983) 36, 37

*Quilloin v Walcott* 434 U.S. 246 (1978) 33

*Stanley v Illinois* 405 U.S. 645 (1972) 33



## 10. REGISTER VAN WETGEWING

NOMMER	JAAR	KORT TITEL	BLADSY
<b>SUID-AFRIKA</b>			
74	1983	Kindersorg	
		artikel 18(4)(d)	1, 4, 13, 14, 15, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 40, 41, 43, 44
		artikel 18(4)(e)	46
		artikel 19	25, 28
		artikel 27	22, 23
		regulasie 19(2)	46
3	1992	Domisilie	6
192	1993	Voogdy	
		artikel 1(2)(b)	6
200	1993	Grondwet	
		artikel 8	22, 24, 26, 28, 43, 44
		artikel 24	30, 31, 32
		artikel 33	27, 44
		artikel 98(2)	4
		artikel 98(5)	40, 41
		artikel 102(1)	3, 4
108	1996	Grondwet	
		artikel 9	44
		artikel 28	11
		artikel 33	29, 30, 31, 44
		paragraaf 23 van bylae 6	29, 31, 44

<b>NOMMER</b>	<b>JAAR</b>	<b>KORT TITEL</b>	<b>BLADSY</b>
86	1997	Natuurlike Vaders	
		artikel 2	12, 13, 15
		artikel 6	14, 44

#### **KANADA**

Adoption Act	19, 20, 39
Children's Law Reform Act	21
Kanadese Handves	39

#### **VERENIGDE STATE VAN AMERIKA**

Domestic Relations Law	16, 17, 18, 35, 36
Uniform Adoption Act	16
Uniform Putative and Unknown Fathers Act	18

## 11. REGISTER

*Aanneming*

bevel	2, 14
kennisgewing	6, 8, 14, 15, 17, 18, 20, 45, 46
proses	6, 8, 15, 17, 19, 20, 33, 36, 38, 44, 46
toestemming	16, 17, 18, 19, 32, 39, 40,

*Beperkingsklousule*

algemene	24, 26, 27, 39, 44
----------	--------------------

*Beste belang van die kind*

inhoud daarvan	8, 9, 10, 11, 12, 14, 18, 21, 34, 46
----------------	--------------------------------------

*Bevel van die konstitusionele hof*

inhoud daarvan	39, 40, 41, 42
----------------	----------------

*Biologiese verwantskap*

moeder en kind	5, 6, 21, 24
ongehude vader en kind	6, 37, 45

*Den Haagse Konvensie oor die beskerming van kinders en samewerking  
ten opsigte van interstaatlike aanneming*

11

*Diskriminasiegronde*

geslag	22, 24, 25, 26, 27
huwelikstaat	22, 24, 28
verbintenisse	22, 23

*Geskilpunt*

verwysing na konstitusionele hof	3, 4
----------------------------------	------

*Interne beperkings*

inhoud daarvan	26, 27
----------------	--------

*Jurisdiksie*

konstitusionele hof 3, 4

*Kind*

ouer kind 25, 45

pasgebore baba 24, 37, 38, 45

wense van die kind 46

*Konstitusionele posisie*

Kanada 38, 39

Suid-Afrika 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32

Verenigde State van Amerika 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38

*Konvensie betreffende die regte van die kind* 11

*Ouerlike gesag*

bewaring 5, 6, 12, 18, 19, 21, 34

inhoud 5

juridiese belang 9

kinderhof 2, 9, 12, 21

onderhoudspelig 5, 6, 8, 34, 38

posisie van ongehude vader 7

toegang 7, 8, 9, 10, 11, 18

voogdy 5, 12, 18

*Ouerlike rolle*

kwaliteit daarvan 25

*Privaatregtelike posisie*

Kanada 19, 20, 21, 22

Suid-Afrika 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

Verenigde State van Amerika 15, 16, 17, 18, 19

*Proporsionaliteit*

beginsel 41

<i>Regmatige verwagting</i>	
kriteria	29, 30, 31, 32
<i>Tweestadiabenadering</i>	
inhoud daarvan	26, 27
<i>Uitleg van grondwet</i>	
benadering	29
<i>Voorgestelde faktore</i>	
betrokkenheid van vader	45
duur en aard van verhouding	45
nakoming van onderhoudsverpligting	45
vader-kind-verhouding	45
wense van die kind	46
<i>Voorgestelde nasionale register</i>	
putatiewe vaders	44, 45