

**DIE IMPAK VAN DIE MIV/VIGS-PANDEMIE OP SEKERE
ASPEKTE VAN DIE SUID-AFRIKAANSE KINDERREG**

deur

LIEZEL LÜNEBURG

voorgelê luidens die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

PROMOTOR: PROF J M KRUGER

MAART 2008

Sleutelbegrippe

MIV/vigs; Kinderreg; MIV/vigs-reg as nuwe regsvelde; Kinders as slagoffers van MIV/vigs; Kinders wat spesiale beskerming benodig; Sorgbehoewende kinders; Ouer-kind-verhouding; Mediese behandeling van kinders; MIV/vigs en egskeiding; Beste belang van die kind-maatstaf; Beperking van impak van MIV/vigs op die lewens van kinders.

Key terms

HIV/aids; Child Law; HIV/aids law as a new field of law; Children as victims of HIV/aids; Children in need of special protection; Children in need of care; Parent-child relationship; Medical treatment of children; HIV/aids and divorce; Best interests of the child criterion; Ways in which to limit the impact of HIV/aids on the lives of children.

Uittreksel

Die MIV/vigs-pandemie in Suid-Afrika – van die ergste in die wêreld – toon geen tekens van afname nie. Miljoene kinders is reeds óf wees gelaat óf hewig geaffekteer deur die magdom impakte daarvan op gesinne en gemeenskappe. Die epidemie het voortdurend stygende sterftesyfers tot gevolg en die hewige las van die siekte rus swaar op MIV-positiewe sowel as MIV-negatiewe individue. Verder word tradisionele ondersteuningsnetwerke oorbelaai en/of gaan hulle tot niet. Gesinne en gemeenskappe verloor hul ekonomiese, sosiale en kulturele lewensvatbaarheid. Die pandemie hou, veral onder die armes, 'n geweldige bedreiging vir die gesondheid, welstand en regte van babas, kinders en jongmense in. 'n Groot gedeelte van die impak van MIV/vigs hou verband met die feit dat sommige kinders en hul gesinne beperkte toegang tot die elemente van 'n gesonde omgewing en goeie gesondheid het. Regerings, gemeenskappe en gesinne wat deur MIV/vigs geraak word, het minder tyd, energie en finansiële hulpbronne beskikbaar om op voorkomende gesondheidsorg te fokus. Benewens die impak op gesondheidstatus, word kinders se omstandighede ook as gevolg van MIV/vigs-gerwante probleme bemoeilik. Dit sluit verhoogde gesinsarmoede, 'n hoër risiko van verlatting en weeslating, geforseerde migrasie, ontewing, sielkundige trauma, uitsluiting en diskriminasie, en fisiese en seksuele mishandeling in. Die derde vlag van die epidemie, welke vlag nou betree word, word gekenmerk deur 'n ontsettende hoë sterftesyfer, 'n ontploffing in die getal sorgbehoewende en weeskinders en 'n verhoging in menslike pyn en lyding. Die reg speel 'n baie belangrike rol in die beperking van hierdie impak van die MIV/vigs-pandemie op die lewens van alle kinders. MIV/vigs-reg is in die proses van evolusie of vorming en reeds bestaande teorieë kan aangewend word ten einde sekere vrae te beantwoord en probleme daaromtrent aan te spreek. Tog is daar 'n dringende behoefte aan MIV/vigs-spesifieke wetgewing en teorieë ten einde die impak van die pandemie op alle vlakke suksesvol te beheer. Verder het die Kinderreg so 'n mate van ontwikkeling bereik dat daar algemeen aanvaar word dat kinders 'n spesiale belangegroep binne die gemeenskap vorm. Die regsreëls met betrekking tot kinders verander gedurig en is ook nie geskik om volgens die tradisionele wyse, as privaat- of publiekreg, geklassifiseer te word nie. In die hieropvolgende proefskrif word die impak van MIV/vigs op sekere publiekregtelike, maar oorwegend privaatregtelike aspekte van die Suid-Afrikaanse kinderreg ondersoek, sowel as enkele metodes waarop die reg moontlik hierdie impak kan absorbeer en hanteer. Daar word ook in aparte hoofstukke na die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders, sorgbehoewende kinders, egskeiding en die ouer-kind-verhouding verwys.

Abstract

The HIV/aids pandemic in South Africa – one of the worst in the world – does not seem to be decreasing. Millions of children have already been either orphaned or heavily affected by the numerous impacts on families and communities associated with it. The epidemic brings on an ever-increasing mortality rate and the extreme burden thereof weighs down heavily on HIV-positive as well as HIV-negative individuals. Traditional support networks are further being heavily burdened or perish entirely. Families and communities lose their economical, social and cultural viability. The pandemic threatens, especially among the poorest, the health, wellbeing and rights of infants, children and young people. The impact of HIV/aids is to a great extent the result of the fact that some children and their families do not have sufficient access to a healthy environment and good health. Governments, communities and families affected by HIV/aids have less time, energy and financial resources available in order to enable them to focus on preventive healthcare. In addition to the impact on health status, children's circumstances are also being encumbered by HIV/aids-related problems, including family poverty, a higher risk of being abandoned or orphaned, forced migration, disinheritance, psychological trauma, ostracism and discrimination and physical and sexual abuse. The third wave of the epidemic, which wave is presently being experienced, is characterised by a high mortality rate, an increasing amount of children in need of care and orphaned children and an increase in human pain and suffering. The law plays an important role in the limitation of the impact of the HIV/aids pandemic on the lives of children. HIV/aids law is in the process of evolution or forming and existing theories can be used in order to answer certain questions and address certain issues relating to it. However, there is an urgent need for HIV/aids-specific legislation and theories in order to successfully manage the impact of the pandemic on all levels. Child law has also reached such an extent of development that children is now viewed as a special interest group within the community. The legal principles regarding children change constantly and cannot be classified in the traditional way, which is either as private or public law. In this thesis the impact of HIV/aids on certain aspects of the public and private law pertaining to children is examined. Ways in which the impact can be absorbed and managed by the law is also examined. The impact of HIV/aids on divorce, the parent-child relationship, children in need of care, and the impact of HIV/aids on the lives of children is examined in separate chapters.

INHOUDSOPGAWE

Hoofstuk 1: INLEIDING

1	MIV/VIGS EN KINDERS: AGTERGROND.....	1
2	NAVORSINGSPROBLEEM.....	2
3	NAVORSINGSMETODE.....	7
4	SAMESTELLING VAN DIE PROEFSKRIF.....	12

Hoofstuk 2: KINDERS AS SLAGOFFERS VAN DIE MIV/VIGS PANDEMIE

1	INLEIDING.....	15
2	KINDERSTERFTES.....	16
3	MOEDER-TOT-KIND-OORDRAG VAN MIV/VIGS.....	18
4	MOEDERSTERFTES (“MATERNAL DEATHS”).....	20
5	DIE EKONOMIESE IMPAK OP HUISHOUDINGS.....	21
6	SKOLING.....	23
7	IMPAK OP DIE PERSOON VAN DIE KIND.....	25
8	IMPAK OP KINDERREGTE.....	28
9	KINDERS AS GEVOLG VAN MIV/VIGS WEES GELAAT.....	30
10	IMPAK OP DIE GESONDHEID VAN KINDERS.....	31
11	IMPAK OP GESINSTRUKTURE.....	32
12	GEVOLGTREKKING.....	35

**Hoofstuk 3:
SORGBEHOEWENDE KINDERS**

1	INLEIDING: DIE AARD EN DEFINISIE VAN DIE BEGRIP “SORGBEHOEWENDE KINDERS”	37
1.1	Sorgbehoewende kinders: Huidige Suid- Afrikaanse wetgewing en bestaande definisies.....	40
1.2	Kwesbare kinders as sorgbehoewende kinders.....	42
1.3	Weeskinders as sorgbehoewende kinders.....	45
1.4	“Kinders wat spesiale beskerming benodig” of “kinders in besonder moeilike omstandighede” as sorgbehoewende kinders.....	47
1.5	Versorger.....	48
2	OMSTANDIGHEDE WAARONDER KINDERS AS SORGBEHOEWENDE KINDERS BESKOU KAN WORD	50
2.1	Kinders wat deur MIV/vigs beïnvloed word.....	50
2.2	Kinders wat in uiterste armoede lewe.....	53
	2.2.1 <i>Armoede en MIV/vigs</i>	53
	2.2.2 <i>Kindersterftes</i>	55
	2.2.3 <i>Ongesondheid of sieklikheid</i>	56
	2.2.4 <i>Onder- of wanvoeding</i>	56
2.3	“Child-headed households”.....	58
2.4	Straatkinders.....	63
2.5	Kommersiële seksuele uitbuiting van kinders.....	64
2.6	Kinders wat mishandel of seksueel misbruik word.....	67
	2.6.1 <i>Fisieke mishandeling</i>	67
	2.6.2 <i>Emosionele, verbale en sielkundige mishandeling</i>	69
	2.6.3 <i>Seksuele mishandeling</i>	70
	2.6.4 <i>Ekonomiese mishandeling</i>	70
2.7	Kinders wat aan skadelike kulturele praktyke en kinderhuwelike blootgestel word.....	71
2.8	Kinders met ander gebreke.....	74
2.9	Kinderarbeid.....	76
3	GEVOLGTREKKING	78

**Hoofstuk 4:
MIV/VIGS EN DIE OUER-KIND-VERHOUDING**

1	INLEIDING	81
2	DIE AARD EN INHOUD VAN OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE	83

2.1	Die definisie en betekenis van ouerlike verantwoordelikhede en regte	83
2.2	Die verkryging van ouerlike verantwoordelikhede en regte.....	84
2.3	Die inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en regte.....	90
2.4	Belangrike besluitneming ten opsigte van kinders.....	97
3	OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE EN KINDERREGTE.....	99
4	OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE EN BESLUIE AANGAANDE MEDIESE SORG.....	106
4.1	Inleiding.....	106
4.2	Die posisie voor die Wet op Kindersorg 74 van 1983.....	108
4.3	Die bepalinge van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, regspraak en internasionale dokumente.....	109
4.4	Die huidige posisie ten opsigte van volwasse nes.....	115
4.5	Die bepalinge van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 en die Kinderwet 38 van 2005.....	117
4.6	Minderjarige s en besluitneming.....	122
4.7	Die Engelse reg.....	129
4.8	Kinders en MIV-toetsing.....	132
	4.8.1 MIV-toetsing van babas.....	136
4.9	Die ouer wat weier om die kind te laat behandel vir MIV/vigs.....	139
4.10	Die kind wat behandeling vir MIV/vigs weier.....	146
4.11	Die deurslaggewende belang van die beste belang van die kind.....	148
4.12	Toestemming tot mediese sorg vir 'n kind wat nie 'n ouer of voog het nie.....	151
4.13	Die MIV-positiewe moeder wat weier om haar ongebo re of reeds-gebore kind teen MIV te beskerm.....	153
4.14	Toegang tot voorbehoedmiddels.....	157
4.15	Gevolgtrekking.....	159
5	INMENGING DEUR DIE STAAT IN DIE PRIVATE OUER-KIND-VERHOUDING.....	163
6	DIE BEËINDIGING VAN OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE.....	168
7	HET DIE OUER 'N VERANTWOORDELIKHEID OM TE LEWE?.....	169
8	GEVOLGTREKKING.....	172

**Hoofstuk 5:
KINDERS, EGSKEIDING EN MIV/VIGS**

1	INLEIDING: DIE IMPAK VAN EGSKEIDING OP KINDERS.....	176
2	DIE HUIDIGE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA.....	181
3	DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND-MAATSTAF: ALGEMEEN.....	183
3.1	Die beste belang van die kind as fundamentele reg.....	183
3.2	Kritiek op die maatstaf.....	184
3.3	Riglyne en faktore by bepaling van die beste belang van die kind.....	187
3.4	Verwysing na die beste belang van die kind in internasionale dokumente.....	195
3.5	Die huidige Suid-Afrikaanse posisie en die instelling van gesinshowe.....	196
3.6	Gevolgtrekking.....	201
4	BEWARING.....	202
4.1	Inleiding.....	202
4.2	Die beste belang van die kind by bewaringsaangeleenthede.....	205
4.3	Die kind se voorkeur en wense.....	211
4.4	Die psigologiese behoeftes van die kind.....	220
4.5	Die fisieke gesondheid van die ouer.....	227
4.6	Behoud van die bestaande reëling.....	231
4.7	Die invloed van “skuld”.....	232
4.8	Die invloed van vooroordeel van die gemeenskap.....	234
4.9	Die invloed van ’n MIV-positiewe derde wat ’n woning met ’n kind deel.....	236
4.10	Homoseksuele ouerskap.....	237
4.11	Die beginsels van “moederlike voorkeur” (“maternal preference”) en die “primêre versorger” (“primary caretaker”).....	238
4.12	Gesamentlike bewaring.....	241
4.13	MIV/vigs en wysiging van die bestaande bewaringsbevel.....	248
4.14	Gevalle waar die bewarende sowel as die nie-bewarende ouer MIV-positief is.....	251
4.15	Verwydering van ’n kind deur die staat uit die sorg van ’n MIV-positiewe bewarende ouer.....	252
4.16	Bewaring en die inheemse reg.....	253
4.17	Riglyne vir die uitreik van bevele in bewaringsaangeleenthede waar die een ouer MIV-positief is.....	258
5	TOEGANG.....	260
5.1	Die huidige posisie.....	260
5.2	Die voordeel wat toegang vir die kind inhou.....	263
5.3	Die regte van die ouer en van die kind ten opsigte van toegang.....	266
5.4	Probleme rondom toegang.....	267
5.5	Wysiging van toegangsbevele.....	271

5.6	Die invloed van MIV/vigs op toegang.....	272
6	VOOGDY.....	274
7	ONDERHOUD.....	276
7.1	Algemene bepalings.....	276
7.2	Wie se verpligting indien die ouer nie kan betaal nie?.....	279
7.3	Bepaling van onderhoud.....	279
7.4	Afdwinging van onderhoudsbevele.....	281
7.5	Ekonomiese gevolge van MIV/vigs-versorging.....	283
	7.5.1 Die Amerikaanse posisie.....	285
7.6	Kinders en betaling van onderhoud vir die bewarende ouer.....	287
8	OUERSKAPSPLANNE.....	291
8.1	Inleiding.....	291
8.2	Die huidige Suid-Afrikaanse posisie.....	292
8.3	Die Suid-Afrikaanse Kinderwet 38 van 2005.....	293
8.4	Vergelykende perspektief.....	293
8.5	Voorstelle.....	295
8.6	Die belang van ouerskapsplanne indien een van die ouers MIV-positief is.....	297
8.7	Kritiek.....	298
9	EGSKEIDINGSBEMIDDELING.....	298
10	MIV-TOETSING VAN DIE OUER EN DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND BY EGSKEIDING.....	300
11	DIE ROL VAN DIE GESINSADVOKAAT BY EGSKEIDING	302
12	DIE ROL VAN DIE REGSVERTEENWOORDIGER IN EGSKEIDINGS WAAR EEN VAN DIE OUERS MIV-POSITIEF IS.....	313
13	GEVOLGTREKKING:VOORSTELLE VIR MOONTLIKE VERANDERINGE IN DIE EGSKEIDINGSTELSEL TEN EINDE GESINNE MET 'N MIV- POSITIEWE GESINSLID TE AKKOMMODEER.....	316

**Hoofstuk 6:
WYSES OM DIE IMPAK VAN MIV/VIGS OP DIE
LEWENS VAN KINDERS TE BEPERK**

1	INLEIDING: DIE AARD EN OMVANG VAN DIE PROBLEEM EN BEHOEFTE IN VERBAND DAARMEE.....	321
1.1	Identifisering van die probleem en persone daardeur geraak.....	321
1.2	Ingrypingstrategieë.....	325

2	TOEKOMSBEPLANNING	334
2.1	Inleiding.....	334
2.2	Aanstelling van voogde.....	335
	2.2.1 <i>Die huidige Suid-Afrikaanse posisie</i>	335
	2.2.2 <i>Die Amerikaanse posisie</i>	338
	2.2.3 <i>Die voorstelle van die SA Regskommissie en die bepalings van die Kinderwet 38 van 2005</i>	346
2.3	Besluitneming in verband met eiendom.....	348
2.4	Die lewende testament (“living will”).....	352
2.5	“Durable” of “enduring” volmag.....	355
2.6	Versekering.....	358
3	ONDERHOUDSBEVELE	364
3.1	Inleiding.....	364
3.2	Onderhoudsbevele teen familieledes.....	364
3.3	Persone getroud ingevolge die inheemse reg of huwelike ingevolge die Hindoe- of Moslemgeloof en die onderhoud van die kinders van sulke persone.....	366
3.4	Bestorwe boedels.....	367
4	VOLGEHOUE ONDERSTEUNING	370
5	BEVOEGDHEDE VAN DIE KIND AAN DIE HOOF VAN ’N HUISHOUDING	371
6	OPVOEDING EN VOORLIGTING MET BETREKKING TOT MIV/VIGS, LEWENSAARDIGHEDE EN SEKS	373
6.1	Inleiding.....	373
6.2	Die doelwitte van MIV/vigs-voorligtingsprogramme.....	376
6.3	Probleme met MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme.....	379
6.4	Teikengroepe onder die jeug.....	382
6.5	Regte met betrekking tot MIV/vigs- en seksvoorligting.....	384
6.6	Beleidsdokumente.....	387
6.7	Die rol van die skool en ander opvoedingsinstansies.....	390
6.8	Riglyne vir MIV/vigs- en seksvoorligting.....	392
7	DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE LEWE VAN KINDERS WAT DEUR MIV/VIGS GERAAK WORD	396
7.1	Inleiding.....	396
7.2	Dienste met betrekking tot “voorkoming en vroeë ingryping”.....	402
7.3	Toegangsregte deur derdes ten opsigte van kinders.....	410
7.4	Hersiening van beleid en wetgewing.....	412
7.5	Die beskerming van weeskinders se erfposies.....	419
7.6	Sosiale sekuriteit.....	421
7.7	Voorkoming van staatsinmenging.....	426

8	DIE ROL WAT DIE GEMEENSAP, DIE UITGEBREIDE GESIN, NIE-REGERINGS-ORGANISASIES EN ANDER EKSTERNE ORGANISASIES IN DIE LEWE VAN SORGBEHOEWENDE KINDERS SPEEL, EN METODES OM HIERDIE ROLSPELERS BY TE STAAN.....	427
8.1	Inleiding.....	427
8.2	Die uitgebreide gesin.....	429
8.3	Gemeenskappe.....	431
	8.3.1 <i>Inleiding</i>	431
	8.3.2 <i>Geloofsgebaseerde organisasies (“faith-based organisations”)</i>	432
	8.3.3 <i>Gemeenskapsgebaseerde organisasies en voorkomingstrategieë</i>	433
8.4	Die ondersteuning van bestaansmiddele (“livelihood support”).....	440
8.5	Die behoeftes van volwasse versorgers.....	441
8.6	Die rol wat nie-regeringsorganisasies en ander eksterne organisasies in die lewe van sorgbehoewende kinders en hul gesinne speel.....	445
9	GEVOLGTREKKING.....	447

<p>Hoofstuk 7: SLOT: VOORSTELLE VIR REGSHERVORMING</p>
--

1	INLEIDING.....	453
2	DIE OUER-KIND-VERHOUDING.....	454
3	EGSKEIDING.....	457
4	WYSES OM DIE IMPAK VAN MIV/VIGS OP DIE LEWENS VAN KINDERS TE BEPERK.....	462

<p>BIBLIOGRAFIE EN METODE VAN VERWYSING</p>
--

1	BOEKE EN TYDSKRIFARTIKELS.....	471
2	INTERNET: PUBLIKASIES, ARTIKELS EN WEBWERWE.....	484

<p>OPGAWE VAN WETGEWING</p>

1	SUID-AFRIKA.....	486
1.1	Wette.....	486
1.2	Regulasies.....	488
1.3	Wetsontwerpe.....	488
1.4	Reëls.....	488

2	AUSTRALIË	488
3	ENGELAND	489
4	SKOTLAND	489
5	VERENIGDE STATE VAN AMERIKA	489
6	KANADA	490
7	AFRIKA	490
8	NIEU-SEELAND	490

OPGAWE VAN HOFSAKE

1	SUID-AFRIKA	491
2	KANADA	494
3	ENGELAND	495
4	VERENIGDE STATE VAN AMERIKA	495
5	EUROPESE HOF VAN MENSEREGTE	496

DOKUMENTE EN VERSLAE

1	SUID-AFRIKA	497
2	AFRIKA	499
3	ENGELAND	499
4	VERENIGDE STATE VAN AMERIKA	499
5	KANADA	499
6	INTERNASIONAAL	499

Hoofstuk 1

Inleiding

1 MIV/VIGS EN KINDERS: AGTERGROND

Elke dag word ongeveer 1 500 kinders onder die ouderdom van 15 jaar wêreldwyd met die MIV-virus besmet. Dit kom neer op 547 500 kinders per jaar. Daar word beraam dat 90% van hierdie kinders in Sub-Sahara Afrika woon. In 2005 reeds het 'n gemiddeld van 2,3 miljoen kinders wêreldwyd met MIV/vigs saamgeleef. Die meerderheid van hierdie kinders het die virus *in utero*, gedurende geboorte of as gevolg van borsvoeding opgedoen. Al drie hierdie metodes van opdoening van MIV kan voorkom word. Vir menige van hierdie kinders is die kans op oorlewing skraal. Wêreldwyd is MIV/vigs vir 3% van sterftes van kinders onder die ouderdom van vyf jaar verantwoordelik, waarvan 6% hiervan in Sub-Sahara Afrika. Een uit sewe persone wat aan MIV/vigs-verwante siektes sterf, is 'n kind onder die ouderdom van 15 jaar.¹

In Suid-Afrika leef 240 000 kinders na raming met MIV/vigs. Ongeveer 1,2 miljoen Suid-Afrikaanse kinders onder die ouderdom van 17 jaar is reeds as gevolg van MIV/vigs wees gelaat.²

Sonder die nodige versorging, ingesluit teen-retrovirale middels, is die progressie van pediatriese MIV-infeksie besonder aggressief. In 2005 het 380 000 kinders na raming aan MIV/vigs-verwante siektes gesterf. Die helfte van hierdie kinders het waarskynlik nie ouer as twee jaar geword nie. In lande waar die bevolking besonder swaar deur die impak van MIV/vigs getref word, kan die virus vir meer as 'n derde van sterftes van kinders onder die ouderdom van vyf jaar verantwoordelik gehou word.³

¹ World Health Organization *Taking stock: HIV in children* 1.

² UNAIDS *Report on the global AIDS epidemic* 455.

³ World Health Organization *Taking stock: HIV in children* 1.

Myns insiens is die mees verontrustende gedagte rondom die bovermelde inligting die feit dat pediatriese MIV byna geheel en al verhoed kan word.

Na beraming was 18,8% Suid-Afrikaanse volwassenes tussen die ouderdomme 15 en 49 jaar in 2005 MIV-positief.⁴ Die MIV/vigs-pandemie in Suid-Afrika – van die ergste in die wêreld – toon geen tekens van afname nie.⁵

Miljoene kinders is reeds óf wees gelaat as gevolg van die MIV/vigs-pandemie óf hewig geaffekteer deur die magdom impakte daarvan op gesinne en gemeenskappe. Die epidemie gaan steeds voort om stygende sterftesyfers tot gevolg te hê en die hewige las van die siekte rus swaar op MIV-positiewe volwassenes. Onder hierdie omstandighede word die uitdaging vir regerings en gemeenskappe om stabiele omstandighede aan die geaffekteerde kinders te verskaf, toenemend groter.⁶

2 NAVORSINGSPROBLEEM

Die impak van die MIV/vigs-pandemie op individue, gesinne en gemeenskappe is enorm. MIV-positiewe broodwinners raak siek, verlaat die arbeidsmark en verloor sodoende hul inkomste. Hul gesinne spandeer geweldige hoeveelhede geld en tyd aan versorging en behandeling en verloor sodoende verdere inkomste. Die meeste van hierdie siek, MIV-positiewe persone sterf. Vakkundiges, bedrewe ambagslui en ervare regeringsamptenare, onder andere, “verdwyn” en bekwame plaasvervangers raak al skaarser. Tradisionele ondersteuningsnetwerke word oorbelaai en/of gaan tot niet. Gesinne en gemeenskappe verloor hul ekonomiese, sosiale en kulturele lewensvatbaarheid.⁷

Alhoewel die meer gegoede klasse individue ook deur die impak van die pandemie geaffekteer word, is die inwerking daarvan op die armer gemeenskappe die hewigste. Die pandemie hou,

⁴ UNAIDS *Report on the global AIDS epidemic* 11.

⁵ UNAIDS *Report on the global AIDS epidemic* 17.

⁶ UNAIDS *Report on the global AIDS epidemic* 183.

⁷ Shaeffer "AIDS in the world: The impact on infants, children and youth" 1996 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

veral onder die armes, 'n geweldige bedreiging vir die gesondheid, welstand en regte van babas, kinders en jongmense in. Hierdie bedreiging is gedeeltelik direk – by wyse van die risiko van moeder-tot-kind-oordrag, bloedoortappings en onsteriele veldeurboringsinstrumente en vrywillige of onvrywillige seksuele aktiwiteite – en gedeeltelik indirek – by wyse van die impak van die siekte en dood van ouers, verlating en/of weeslating, gesinsarmoede en versleggende huislike omstandighede as gevolg van MIV/vigs.⁸

'n Groot gedeelte van die impak van MIV/vigs hou verband met die feit dat sommige kinders en hul gesinne beperkte toegang tot die elemente van 'n gesonde omgewing en goeie gesondheid het. Regerings, gemeenskappe en gesinne wat deur MIV/vigs geraak word, het minder tyd, energie en finansiële hulpbronne om op voorkomende gesondheidsorg, byvoorbeeld die voorsiening van skoon water en sanitasie, gesinsbeplanning, nageboortesorg, die sistematiese kontrolering van die groei en ontwikkeling van kinders, versekerde voedselsekuriteit en volgehoue immuniseringsprogramme, te fokus. Daar word ook moontlik minder aandag geskenk aan die uitwissing of vermindering van voedingsgebreke, ondervoeding, lae geboortegewig en oordraagbare siektes, byvoorbeeld polio, masels, diarree en akute respiratoriese infeksies.⁹

Benewens die impak op gesondheidstatus, word kinders se omstandighede ook as gevolg van MIV/vigs-verwante probleme bemoeilik. Dit sluit verhoogde gesinsarmoede, 'n hoër risiko van verlating en weeslating, geforseerde migrasie, ontewing, sielkundige trauma, ostrasisme (uitsluiting) en diskriminasie, en fisiese en seksuele mishandeling in.¹⁰

Die derde vlag van die virus, naamlik die stadium waarin vigs-gedefinieerde toestand¹¹ letterlik duisende lewens per jaar opeis, word nou betree. Hierdie derde vlag van die epidemie

⁸ Shaeffer 1996 *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Dit is die vyfde en laaste fase van die siekte waartydens 'n pasiënt volskaalse vigs ontwikkel. Tydens hierdie fase word die pasiënt herhaaldelik geïnfekteer deur relatief seldsame organismes wat persone met 'n normale immuniteit nie sommer opdoen nie. Meer kan gelees word oor die verskillende fases van MIV-infeksie in Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* 35.

word gekenmerk deur 'n ontsettende hoë sterftesyfer, 'n ontploffing in die getal sorgbehoewende en weeskinders en 'n verhoging in menslike pyn en lyding.¹²

Die MIV/vigs-pandemie impakteer op soveel gebiede, dat dit bykans onmoontlik is om hier na elke moontlike gebied van impak te verwys. Ek gaan egter hieronder poog om, vir doeleindes van identifisering van hierdie spesifieke navorsingsprobleem, die belangrikste gebiede te identifiseer:

- (1) Die sterftesyfer van volwassenes sowel as die suigling- en kindersterftesyfers.
- (2) Lewensverwagting.
- (3) Bevolkingsgroei en -ontwikkeling.
- (4) Die aantal sorgbehoewende en/of weeskinders.
- (5) Gesondheidsorg. Dit sluit, onder andere, die koste, kwaliteit en toeganklikheid daarvan en die hoër voorkoms van aansteeklike siektes, byvoorbeeld tuberkulose, as gevolg van MIV/vigs, in. MIV-toetsing en navorsing val ook hieronder.
- (6) Onderwys. Dit sluit die impak op leerders, onderwysers en die sektor in die algemeen in.
- (7) Die ekonomiese impak kring uit na huishoudings, die landbousektor, besighede en die makro-ekonomie.
- (8) Menseregte.
- (9) Die arbeidsektor.
- (10) Versekering.
- (11) Die regering, waarby ingesluit plaaslike, provinsiale en nasionale regering. Dit sluit, onder andere, beleidvorming, mobilisering van voorkomings- en behandelingsprogramme, praktiese uitvoering van besluite en statutêre ingryping in.
- (12) Afgesien van die bovermelde, gaan gesinne ook onder 'n tweede tipe spanning gebuk. Ek kan dit moontlik as 'n "emosionele" of "psigiese" spanning identifiseer. Die nagevolge van hierdie tipe van spanning is, onder andere, egskeiding, gesinsgeweld en die ontbinding van families. Dit sluit ook die spanning in wat 'n siek ouer ervaar as gevolg van bekommernisse ten opsigte van die welstand van sy of haar kinders by sy of haar verswakking of afsterwe.

¹² Bisseker "AIDS burden worsens ailing service" 2003 *Financial Mail* 28.

UNICEF en UNAIDS het in 2004 die *Framework for the protection, care and support of orphans and vulnerable children in a world with HIV and AIDS* gepubliseer. Hierdie raamwerk sit die volgende vyf sleutelstrategieë uiteen wat op nasionale sowel as plaaslike vlak toegepas kan word ten einde na kinders wat deur die siekte geïmpakkeer word om te sien:

- (1) Versterk die kapasiteit van gesinne om weeskinders te beskerm en te versorg deur die lewens van ouers te verleng en deur die verlening van ekonomiese, psigososiale en ander ondersteuning.
- (2) Mobiliseer en ondersteun gemeenskapsgebaseerde ingrypings.
- (3) Verseker dat weeskinders en kwesbare kinders toegang verkry tot dienste, onder andere dienste met betrekking tot onderwys, gesondheidsorg en geboorteregistrasie.
- (4) Verseker dat die regering weeskinders en kwesbare kinders beskerm by wyse van verbeterde beleide en wetgewing en die kanalisering van bronne na gemeenskappe en gesinne.
- (5) Skep bewustheid op alle vlakke by wyse van bepleiting (“advocacy”) en sosiale mobilisasie. Dit sal daartoe aanleiding gee dat ’n ondersteunende omgewing vir kinders en gesinne deur MIV/vigs geaffekteer, geskep word.

Myns insiens speel die reg ’n baie belangrike rol in die toepassing van die bovermelde sleutelstrategieë en bereiking van die doel van die toepassing daarvan.

Teoreties gesproke is dit van belang om die verskillende onderafdelings van die reg behoorlik van mekaar te onderskei. In die praktyk oorvleuel die verskillende velde egter deurentyd en is dit onprakties en moeilik om ’n sekere regsprobleem binne spesifieke grense te probeer oplos. Die meeste regsprobleme het verskeie fasette wat ’n groot verskeidenheid vakgebiede raak. Regsgeleerdes moet dus daarteen waak om by die indeling van die reg, te kompartementaliseer.¹³ ’n Goeie voorbeeld van ’n regsprobleem wat bykans die hele regsveld raak, is die MIV/vigs-pandemie.

¹³ Du Plessis *Inleiding tot die reg* 268.

MIV/vigs-reg kan gedefinieer word as daardie deel van die reg wat spesifiek handel met die probleme, geskilpunte en uitdagings wat deur die MIV/vigs-pandemie meegebring word. Dit beteken:¹⁴

- (1) Die ondersteuning en kanalisering van bronne met betrekking tot kontrolering van die epidemie, beleidsvorming ten opsigte daarvan en ingryping.
- (2) Die organisering van ingrypings met betrekking tot die bevordering van 'n gesonde leefstyl, onderwys en opvoeding, berading, behandeling en beheer van die epidemie.
- (3) Die vasstelling van die regte en verpligtinge van MIV-positiewe persone sowel as MIV-negatiewe persone.
- (4) Die regulering van menslike gedrag en die neerlegging van gedragsnorme.
- (5) Die vasstelling en regulering van die kwaliteit en gebruik van produkte soos bloed, semen, organe, menslike weefsel, MIV-toetse en kondome.
- (6) Die skep van 'n ondersteunende en tegemoetkomende omgewing waarin geaffekteerde individue en gemeenskappe in harmonie met andere kan saamleef.

MIV/vigs-reg is in die proses van evolusie of vorming en reeds bestaande teorieë, byvoorbeeld deliktuele en strafregtelike teorieë, kan aangewend word ten einde sekere vrae te beantwoord en probleme daaromtrent aan te spreek.¹⁵ Soos deurlopend in hierdie proefskrif aangetoon, het die Suid-Afrikaanse wetgewer en beleidmakers reeds op verskeie gebiede MIV/vigs-spesifieke wetgewing en beleide in plek gestel ten einde die impak van die pandemie op alle vlakke suksesvol te beheer.

Verder het die kinderreg so 'n mate van ontwikkeling bereik dat daar algemeen aanvaar word dat kinders 'n spesiale belangegroep binne die gemeenskap vorm. Die regsreëls met betrekking tot kinders verander gedurig en is ook nie geskik om volgens die tradisionele wyse, as privaat- of publiekreg, geklassifiseer te word nie. Die totstandkoming van die grondwetlike bedeling in Suid-Afrika en ratifikasie van die *United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1989 (hierna "die 1989-Konvensie") het die weg gebaan vir erkenning van die feit dat kinders as die draers van regte beskou kan word, regte wat teen ouers sowel as die staat

¹⁴ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 114-115.

¹⁵ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 140.

afdwingbaar is. Die Suid-Afrikaanse reg is in die laaste aantal jare wyd uitgebrei ten einde die kinderreg in lyn te bring met die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna “die Grondwet”) en die internasionale regsraamwerk. Die kinderreg strek oor al die tradisionele regsvelde heen en die bronne is uiteenlopend. Davel¹⁶ beskryf die term “kinderreg” soos volg: “The concept ‘child law’ is thus used for the sake of convenience as indicating all the legal rules pertaining to children.” ’n Verdere karaktereienskap van kinderreg is die feit dat dit multi-dissiplinêr van aard is. Ingevolge die holistiese benadering wat deur professionele persone wat met kinders te doen kry gevolg word, bestaan kinderreg nie meer uit vaste regsreëls nie. Daar is ’n groeiende besef dat kinderreg ook sosiale wetenskappe (byvoorbeeld sosiologie, sielkunde, maatskaplike werk en kriminologie), mediese wetenskappe (byvoorbeeld forensiese patologie), antropologie (veral in die diverse Suid-Afrikaanse gemeenskap), godsdiens ensovoorts insluit. Die bestaande regsreëls sal in die toekoms nog verder uitgebrei, gewysig en ontwikkel moet word ten einde die realiteite in die aangeduide dissiplines te assimileer.¹⁷

Ek ondersoek in die hieropvolgende hoofstukke die impak van MIV/vigs op sekere publiekregtelike, maar oorwegend privaatregtelike aspekte van die Suid-Afrikaanse kinderreg sowel as enkele metodes waarop die reg moontlik hierdie impak kan absorbeer en hanteer.¹⁸

3 NAVORSINGSMETODE

Alvorens die tersaaklike navorsingsmetode bespreek word, moet ek eers sekere vrae daarrondom identifiseer en beantwoord ten einde die beweging agter die skryf van ’n proefskrif van hierdie aard duidelik te maak. Indien ek hierdie vrae beantwoord, behoort die leser beter begrip vir die spesifieke metode van aanbieding van die nagevorste inligting te toon.

In die eerste plek moet ek myself afvra wat my beweeg het om ’n proefskrif van hierdie aard aan te pak en af te handel. Die antwoord hierop is nie ’n ingewikkelde antwoord nie. Die vernietigende gevolge van MIV/vigs op globale, nasionale en streeksvlak sowel as die impak daarvan op gemeenskappe, gesinne en individue is nie ’n geheim nie. Elkeen wat hulself op

¹⁶ “The status of children in South African Private Law” in Davel (red) *et al Introduction to child law* 1.

¹⁷ Davel in Davel (red) *et al Introduction to child law* 1-2.

¹⁸ Die onderskeid tussen die privaat- en publiekreg is vaag, veral waar dit op die Suid-Afrikaanse kinderreg toepassing het. Ek vind dit dus nie problematies om in ’n proefskrif van hierdie aard na beide die privaat- sowel as publiekregtelike aspekte te verwys nie.

hoogte hou van wêreldnuus, behoort 'n idee, al is dit slegs 'n vae idee, te hê van die impak van die pandemie. Kennis van hierdie impak behoort 'n effense gevoel van paniek, onsekerheid en magteloosheid tot gevolg te hê. As gevolg van hierdie gevoel sowel as 'n belangstelling in die kinderreg het ek hierdie proefskrif aangepak en afgehandel. In die tweede plek het hierdie belangstelling in kinderreg dan noodwendig sekere vrae rondom die impak van MIV/vigs op die kinderreg tot gevolg. Die basiese doel van hierdie proefskrif is dus om die impak van MIV/vigs op sekere aspekte van die Suid-Afrikaanse kinderreg te identifiseer, na te vors en dan voorstelle te maak vir ontwikkeling en uitbreiding van ons huidige regsisteem ten einde geïmpakteerde kinders te help en te beskerm. In die derde plek moet sekere vrae na my basiese denkrigting- of wyse beantwoord word. Ek het myself deurlopend tydens die skryf van hierdie proefskrif die volgende vrae ten opsigte van elke aspek daarvan gevra: Wat is die huidige Suid-Afrikaanse regsposisie? Is hierdie regsposisie bevredigend? Met ander woorde, word kinders wat direk onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan sowel as kinders wat indirek daardeur geïmpakteer word¹⁹ bevredigend deur die huidige regsposisie bygestaan en beskerm? Kan ons moontlik iets leer by ander regstelsels wat reeds die probleem geïdentifiseer en aangespreek het? Watter voorstelle kan ek vir moontlike regshervorming maak?

Die navorsingsmetode wat in hierdie proefskrif gebruik word, kan beskryf word as 'n literatuurstudie met regsvergelende aspekte. Volgens die regsvergelende metode word "ooreenstemmende aspekte van verskillende regstelsels en/of -families in vergelykende perspektief geplaas".²⁰ Volgens Venter *et al* het hierdie metode van regsnavorsing vier moontlike oogmerke.²¹ In hierdie proefskrif poog ek om deur middel van hierdie tegniek twee van hierdie oogmerke te bereik. In die eerste plek word die Suid-Afrikaanse reg moontlik beter verstaan deur soortgelyke toepassings en regsfigure in ander regstelsels te ondersoek. In die tweede plek stimuleer die vergelyking tussen ons regstelsel en andere moontlik denke met

¹⁹ Sien hfst 2 vir 'n bespreking van die verskillende wyses waarop kinders deur MIV/vigs geïmpakteer kan word.

²⁰ Venter *et al* (reds) *Regsnavorsing* 71. Die hele hfst 8 van hierdie bron word gewy aan die regsvergelende metode van regsnavorsing.

²¹ *Ibid.*

betrekking tot die hervorming van sekere aspekte van ons reg. Die belang van vergelykende reg kan soos volg saamgevat word:²²

Die belang van vergelyking van die eie met die vreemde reg vir die sinvolle ontwikkeling van elke nasionale regstelsel kan moeilik oorskat word. Vir sover die reg as 'n ordeningsstelsel vir die gemeenskapslewe beskou word, spreek dit vanself dat sekere kwessies in alle gemeenskappe ter sprake kom. Hierdie feit word vir die regsvergelyking van groter belang na gelang internasionale kommunikasie en mobiliteit toeneem. Uiteraard hef die voorgaande nie alle nasionale verskille op nie. 'n Belangrike rede hiervoor is dat daar by die verskillende gemeenskapstelsels ook verskillende gemeenskapswaardes ingewef is. Nietemin maak hierdie feit sinvolle regsvergelyking nie onmoontlik nie, aangesien die sterk invloed wat deur 'n gemeenskap se tradisies uitgeoefen word op die tegnieke wat deur die reg gebruik word, heeltemal vervaag wanneer besin word oor wat die rol van die reg in die ordening van die betrokke gemeenskappe is. Die gevolg van hierdie vervaging van die onderlinge verskille is dat universaliteit van die reg in die proses van vergelyking ontdek en onderstreep word – en dit is op sy beurt onontbeerlik vir die verbreding van die visie van juriste en die ontwikkeling van die reg as wetenskap.

MIV/vigs-reg pas mooi in die raam van hierdie aanhaling. Dit is 'n nuwe veld wat tot op datum slegs gedeeltelik in Suid-Afrika ontgin is. Wat die impak van die virus op die Suid-Afrikaanse kinderreg betref, is die probleem tot dusver slegs oppervlakkig aangeraak. Ek beplan om hofsake, huidige wetgewing sowel as wetsontwerpe, boeke, tydskrifartikels, beleidsdokumente en verslae en internasionale menseregtdokumente in die studie aan te wend. Beleidsdokumente en verslae deur verskeie internasionale instansies, nie-regeringsorganisasies en regeringsorganisasies speel veral 'n groot rol in die navorsing. Daar sal veral ook deurlopend na die Amerikaanse en Engelse regstelsels verwys word. Daar word verder, onder andere, na Australië, Skotland, verskeie state in Afrika en Nieu-Seeland verwys. Daar bestaan goeie redes vir die verwysing na die bovermelde regstelsels in hierdie proefskrif.

In die eerste plek word daar na die Engelse en Romeins-Hollandse reg (gemenereg) verwys aangesien die Suid-Afrikaanse reg bekendstaan as 'n gemengde regstelsel. Hierdie twee regstelsels het die grootste invloed gehad op die Suid-Afrikaanse reg soos wat dit vandag bekend staan. Die Engelse reg het op talle gebiede van die familiereg, en veral by bewarings- en toegangsreg, 'n groot merk gelaat. Die Engelse reg het byvoorbeeld 'n groot rol gespeel in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot ouerlike verantwoordelikhede en regte en die besluitnemingsbevoegdhede van minderjariges. Verder het inwerkingtreding van die Engelse *Children Act, 1989* op 15 Oktober 1991 groot veranderinge in die Engelse kinderreg tot gevolg gehad. Dit is dus duidelik dat daar na die Engelse reg gekyk moet word

²² Venter *et al* (reds) *Regsnavorsing* 213-214.

aangesien die veranderinge wat daar voorgekom het dui op veranderinge in sosiale standpunte. Sulke veranderinge ken gewoonlik geen nasionale of internasionale grense nie.²³

In die tweede plek word daar ook op sekere plekke kortliks na die inheemse reg verwys aangesien 'n groot gedeelte van die bevolking, selfs in hierdie moderne tyd, 'n eeue-oue inheemse tradisie, waaronder ook sekere aspekte van die inheemse reg, volg. Dit is belangrik dat die reg hiervan kennis neem.

Ten spyte van die feit dat ons regstelsel in 'n groot aantal opsigte van die Amerikaanse reg verskil en die feit dat ons reg nie aan die Amerikaanse reg verwant is nie, het ek ook in die derde plek besluit om daarna te verwys. Die Amerikaanse regstelsel is 'n komplekse regstelsel wat gedien word deur federale wetgewing, gewoonte en presedente. Verder het elkeen van die state op alle gebiede van die reg individuele wette en reëls, bo en behalwe die oorkoepelende federale reg. Uit die bronne tot my beskikking het ek opgemerk dat die beste belang van die kind-maatstaf ook, net soos in Suid-Afrika en ander Westerse regstelsels, 'n belangrike deel van die Amerikaanse reg vorm. Ter illustrasie van die belang van die Amerikaanse reg vir doeleindes van hierdie proefskrif, lys ek hieronder die belangrikste redes vir hierdie verwysing:

- (1) Die Amerikaanse howe het al in die verlede op verskeie geleenthede uitspraak gelewer in gevalle waar ouers mediese behandeling vir hul kind weier. Die wetgewer het ook in die *Child Abuse Prevention and Treatment Act, 1974* die ouer se nalate om 'n kind van mediese behandeling te voorsien ingesluit by die definisie van verwaarlosing. Hierdie beslissings en wetgewing kan Suid-Afrikaanse howe moontlik in die toekoms bystaan in beslissings van dieselfde aard.²⁴
- (2) Die Amerikaanse howe en wetgewer het reeds in verskeie sake en wetgewing die kwessies rondom kinders, MIV/vigs en egskeiding aangespreek.²⁵ Aangesien daar tot op datum in geen Suid-Afrikaanse hof met hierdie aspekte gehandel is nie, kan die Suid-Afrikaanse howe, myns insiens, indien die tyd daarvoor ryp is, by die Amerikaanse howe en wetgewer kers opsteek en hul benadering tot hierdie kwessies oorweeg en ondersoek.

²³ Schäfer *The Law of Access to Children* 1.

²⁴ Sien, in die algemeen, hfst 4, par 4.9 hieronder vir 'n bespreking van hierdie sake en wetgewing.

²⁵ Sien, in die algemeen, hfst 5 hieronder.

- (3) Die Amerikaanse reg maak voorsiening vir 'n bystandsvooag en vir gesubsidieerde voogdy.²⁶ Soortgelyke wetgewing in Suid-Afrika is noodsaaklik ten einde die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders te beperk.
- (4) 'n "Enduring" volmag word reeds in die Amerikaanse reg erken.²⁷

Die Grondwet bepaal in artikel 39 (1)(c) dat 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag kan neem by die uitleg van die Handves van Regte nie. Verder verwys hierdie wet ook in artikels 232 en 233 na die volkereg (internasionale reg). Die Suid-Afrikaanse wetgewer erken duidelik die positiewe invloed wat ander regstelsels op ons reg kan uitoefen. Let maar na die hoeveelheid regsvergelyking wat in die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie (hierna "SA Regskommissie") se verslae voorkom. Hierdie positiewe invloed moet nie onderskat word nie, veral met betrekking tot die ontwikkeling van die onderhawige nuwe regsveld, naamlik MIV/vigs-reg. Die rede hoekom die regsvergelykende studie nie in aparte hoofstukke (en soms onder aparte hoofde) hanteer word nie, en waarom daar na 'n hele paar regstelsels verwys word, is geleë in die feit dat die kinderreg oor soveel regsvelde heen strek, en boonop multidissiplinêr van aard is. Voorts is MIV/vigs-reg 'n nuwe veld, en sommige van die probleme daaraan verbonde het nog relatief min regstelsels gekonfronteer. Dit lei noodwendig tot 'n rondsoek na 'n regstelsel wat al 'n oplossing vir 'n spesifieke probleem ondersoek en gevind het. Die erns van die MIV/vigs-pandemie, en die dringende behoefte om oplossings te vind vir 'n magdom probleme, maak afwyking van die normale beginsels met betrekking tot regsvergelykende studie soms onvermydelik.

Ek verwys deurentyd in die proefskrif na toepaslike bepalings in beide die Wet op Kindersorg 74 van 1983 sowel as die Kinderwet 38 van 2005. Sekere bepalings van die laasgenoemde wet het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree terwyl ander op 'n latere datum by afkondiging in die in Staatskoerant in werking sal tree. Waar van toepassing, verwys ek in die teks hierna.

²⁶ Sien, in die algemeen hfst 6, par 2.2.2 vir 'n bespreking van die aard en belang van 'n bystandsvooag. Sien ook hierdie par vir 'n verduideliking van die verskil tussen a 27, welke artikel reeds in werking getree het, van die Kinderwet en 'n bystandsvooag ingevolge die Amerikaanse reg.

²⁷ Sien, in die algemeen, hfst 6, par 2.5 hieronder vir 'n verduideliking en bespreking van hierdie term.

4 SAMESTELLING VAN DIE PROEFSKRIF

Alvorens die impak van MIV/vigs op die privaatregtelike aspekte van die kinderreg ondersoek word, is dit noodsaaklik om die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders in Suid-Afrika in perspektief te plaas. In hoofstuk 2 poog ek om presies dít te doen. Daar word in hierdie hoofstuk slegs verwys na die belangrikste aspekte van kinders se lewens wat deur die pandemie geaffekteer word. Dit sluit kindersterftes, moeder-tot-kind-oordrag, moedersterftes, die ekonomiese impak op huishoudings, skoling, die impak op die persoon van die kind, kinderregte, die impak op die gesondheid van kinders en die impak op gesinstrukture in. In hierdie hoofstuk poog ek ook om aan te toon dat dit nie net MIV-positiewe kinders is wat deur MIV/vigs geraak word nie, maar ook MIV-negatiewe kinders wat op ander wyses direk en indirek geaffekteer word.

In hoofstuk 4 ondersoek ek 'n baie belangrike aspek van die impak van MIV/vigs op die kinderreg, naamlik die impak daarvan op die ouer-kind-verhouding. Alvorens hierdie impak ondersoek kan word, word die aard en inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en regte eerstens vasgestel. Daarna poog ek om ouerlike verantwoordelikhede en regte, die mediese versorging van kinders en MIV/vigs in diepte te ondersoek. Ek beantwoord, onder andere, vrae in verband met minderjariges en besluitneming, kinders en MIV-toetsing, weiering van mediese sorg deur die ouer en/of die kind, toestemming tot mediese versorging van 'n kind wat nie 'n ouer of voog het nie, 'n MIV-positiewe moeder wat behandeling vir MIV weier en sodoende haar ongeborene blootstel en toegang tot voorbehoedmiddels. Verder ondersoek ek die bepalinge van die Wet op Kindersorg, die Kinderwet en die Grondwet sowel as internasionale dokumente. Die Engelse reg word hoofsaaklik as vergelykende regstelsel gebruik. Laastens ondersoek ek in hierdie hoofstuk kortliks die ouer se verantwoordelikheid om te lewe, dit wil sê die MIV-positiewe ouer se verantwoordelikheid om alles binne sy of haar vermoë te doen om gesond te bly. Ek sien dit as deel van die ouer se verantwoordelikhede en verpligtinge ten opsigte van die kind.

In die vyfde hoofstuk word die impak van MIV/vigs op die egskeidingsreg, en meer spesifiek die kinderregtelike aspekte van die egskeidingsreg, ondersoek. Die beste belang van die kind-maatstaf speel deurlopend 'n uiters belangrike rol en word in paragraaf 3 in diepte bespreek. Die impak van egskeiding op die kind word eerstens ondersoek. Daar word dan aangetoon dat

die impak van MIV/vigs op die lewe van die kind saam met die impak van egskeiding, geweldige trauma in die lewens van kinders veroorsaak. In die daaropvolgende paragrafe word bewaring, toegang, voogdy en onderhoud sowel as die impak van MIV/vigs daarop bespreek. Vir doeleindes van hierdie proefskrif, waarin die beste belang van die kind as deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak erken en bevorder word, ondersoek ek ook ouerskapsplanne, egskeidingsbemiddeling sowel as die rolle van die gesinsadvokaat en die regsvertegenwoordiger as instrumente om die impak van MIV/vigs en egskeiding op die kind te beperk. In die laaste paragraaf poeg ek om voorstelle te maak vir moontlike veranderinge in die egskeidingsstelsel ten einde kinders en gesinne met 'n MIV-positiewe gesinslid te akkommodeer. In hierdie hoofstuk probeer ek tersaaklike kwessies aanraak, byvoorbeeld die posisie indien 'n MIV-positiewe derde 'n woning met 'n kind deel, homoseksuele ouerskap, bewaring en MIV/vigs, MIV/vigs as rede om 'n bestaande bewaringsbevel te wysig, die ekonomiese gevolge van MIV-versorging en onderhoud en MIV-toetsing van die ouer en die beste belang van die kind. Verder verskaf ek riglyne by uitreiking van 'n bewaringsbevel waar een of beide die ouers MIV-positief is. Soos reeds hierbo aangetoon, het die Amerikaanse hof en wetgewer reeds in verskeie sake en wetgewing die kwessies rondom kinders, MIV/vigs en egskeiding aangespreek. Aangesien daar tot op datum in geen Suid-Afrikaanse hof met hierdie aspekte gehandel is nie, verwys ek na die Amerikaanse posisie in hierdie verband.

Tydens die navorsing vir hierdie proefskrif het ek opgelet dat daar verskeie opinies bestaan oor presies wat 'n sorgbehoewende kind is. Ek het dus in hoofstuk 3 gepoog om hierdie vraag te beantwoord binne die konteks van die kind en MIV/vigs. Ek bespreek die aard en definisie van die begrip “sorgbehoewende kind”, “weeskind”, “kwesbare kind” en “kinders wat spesiale beskerming benodig” of “kinders in besonder moeilike omstandighede”. Ek is van mening dat kinders as gevolg van MIV/vigs in verskeie uiters kwesbare en moeilike situasies geplaas kan word. Hierdie situasies sluit armoede, huishoudings waar 'n kind aan die hoof staan, 'n lewe op die strate, kinderarbeid, inkomstegenerering uit kommersiële seks, situasies waarbinne kinders mishandel en misbruik word sowel as situasies waarbinne 'n kind aan skadelike kulturele praktyke en kinderhuwelike blootgestel word. Sulke kinders kan dus moontlik as sorgbehoewend bestempel word.

In die lig van bovermelde het ek besluit om in 'n sesde hoofstuk ondersoek in te stel na moontlike wyses om die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders te beperk. Ek kan onmoontlik in een navorsingsdokument na elke moontlike oplossing vir die probleem verwys. Ek het dus 'n aantal van die belangrikste oplossings geïdentifiseer en in die eerste plek na toekomsbeplanning deur die ouer ten opsigte van die kind verwys. In hierdie paragraaf het ek die aanstelling van voogde, besluitneming in verband met eiendom, lewende testamente, "durable" volmagte en versekering kortliks ondersoek as wyses om die impak van die virus by die verswakking en afsterwe van die MIV-positiewe ouer te beperk. In die tweede plek het ek die rol van die staat, as oppervoog van alle kinders, in die lewens van kinders wat deur MIV/vigs geïmpak word ondersoek. Dertens verwys ek na onderhoudsbevele teen familieledes en bestorwe boedels. In die vierde plek verwys ek na opvoeding en voorligting met betrekking tot MIV/vigs, lewensvaardighede en seks. In hierdie paragraaf gaan ek van die veronderstelling uit dat voorkoming beter is as genesing. Die rede waarom laasgenoemde in 'n proefskrif van hierdie aard bespreek word, is die feit dat kinders ingevolge die Grondwet die reg op onderwys, die reg op toegang tot inligting deur enige ander persoon gehou, welke inligting moontlik benodig word in die uitoefening of beskerming van enige regte, die reg op vryheid van uitdrukking, waarby inbegrepe die vryheid om inligting te ontvang of oor te dra, die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby ingesluit die reg om besluite oor voortplanting te neem en die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam het. Die beste belang van die kind-maatstaf, soos verwoord in die Grondwet, vind ook hier toepassing. Verder plaas die grondwetlike regte op opvoeding, gesondheid en lewe 'n las op die staat om die gemeenskap in te lig en te onderrig. In die laaste plek bepaal die 1989-Konvensie dat 'n kind die reg het op toegang tot inligting wat sal help om sy of haar fisieke en emosionele welstand te ontwikkel.²⁸ Die rol van die gemeenskap, uitgebreide gesin, nie-regeringsorganisasies en ander eksterne organisasies word in die finale paragraaf ondersoek.

²⁸ Sien hfst 6, par 6.5 hieronder vir 'n meer volledige bespreking van al hierdie regte sowel as die artikels waarin dit beliggaam is.

Hoofstuk 2

Kinders as slagoffers van die MIV/vigs-pandemie

1 INLEIDING

Ek beskou kinders as die mees tragiese slagoffers van die MIV/vigs-pandemie. Die rede hiervoor is die feit dat bykans alle kinders op die een of ander wyse deur die impak van die virus geraak word. Sommige kinders doen die virus by geboorte of as gevolg van borsvoeding op (moeder-tot-kind-oordrag). Hierdie kinders sterf dan, indien hulle nie met teen-retrovirale middels behandel word nie, binne hul eerste jare. Ander kinders, meestal dogters, doen die virus as gevolg van ongeoorloofde seksuele misbruik op. Tieners kan moontlik die virus opdoen as gevolg van seksuele onkunde en onvolwassenheid. Dan is daar MIV-negatiewe sowel as -positiewe kinders wat reeds as gevolg van die virus wees gelaat is, hetsy deurdat een of albei ouers as gevolg van die virus gesterf het. In verskeie huishoudings staan daar, byvoorbeeld, 'n jong kind aan die hoof van die huishouding. Ander kinders gaan gebuk onder die finansiële las verbonde aan die versorging van 'n MIV-positiewe ouer, albei ouers of 'n familielid. By afsterwe van hierdie persoon moet die kind dan nog die dood van 'n geliefde ook verwerk. Die bogenoemde kinders word almal nog verder geraak deur stigma en diskriminasie. Dan is daar die kinders wat nie noodwendig direk deur die impak van die virus geraak word nie. Hierdie kinders leef in 'n era waar die vrees vir MIV/vigs om elke hoek en draai verkondig en aangevoel word. Hulle gaan ook gebuk onder die skaduwee wat die las van MIV/vigs oor almal gooi. Niemand kan hierdie skaduwee vryspring nie.

Daar moet ernstige pogings aangewend word om na hierdie kinders om te sien. Indien nie, gaan die gevolge nog vir geslagte lank in alle gemeenskappe sigbaar wees. Ten einde hierdie sosiale krisis af te weer, sal die publieke sowel as privaatsektor dringend moet ingryp.¹

¹ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 345.

Volgens 'n dokument getiteld *The national household HIV prevalence and risk survey of South African children*, in 2004 deur die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing gepubliseer, is 3,3% kinders tussen die ouderdomme twee en 18 jaar weeskinders as gevolg van die feit dat hul moeder oorlede is. Verder het 10% van negejarige kinders, 15% van 14-jarige kinders en bykans 25% van kinders bo die ouderdom van 15 reeds 'n ouer of versorger verloor. 3% van kinders tussen 12 en 18 jaar oud, wat aan die opname deelgeneem het,² staan aan die hoof van 'n huishouding.

Alvorens die impak van MIV/vigs op sekere aspekte van die Suid-Afrikaanse kinderreg bespreek word, moet daar kortliks na die impak van die virus op kinders verwys word. Al die aspekte van MIV/vigs gaan nie nou hier bespreek word nie. Die onderwerp is veels te omvattend. Daar gaan slegs verwys word na die impak daarvan op dié aspekte wat op die lewens van kinders van toepassing is. Ek gaan ook nie hier na oplossings vir die probleem soek nie. Die doel van hierdie hoofstuk is om die leser bewus te maak van die erns van die impak van MIV/vigs op kinders spesifiek.

2 KINDERSTERFTES

Daar het in die afgelope aantal dekades in die meeste wêreldlande op verskeie vlakke hernuwing plaasgevind en veranderinge is dienooreenkomstig aan bestaande stelsels aangebring. Daar het en vind steeds oorgang plaas vanaf een stel instansies, prosesse en prosedures waarvolgens regeer word, na 'n heel ander stel. Volhouding van die veranderingsproses behels nie net uitbouing of replisering van die bestaande programme en beleide nie, maar sluit 'n meer komplekse stel oorwegings in. Sosiale en ekonomiese ontwikkeling bring mee dat daar aan 'n breë reeks sake gelyktydig aandag gegee moet word.³

Die sentrale doelstelling van die meeste sosiale en ekonomiese ontwikkelingsprogramme is om die gesondheidstatus van burgers te verbeter. Gesonde bevolkingsgroepe word geag groter potensiaal te hê om aan produktiewe ekonomiese aktiwiteite deel te neem. Dit dra direk by tot armoedeverligting. In hierdie opsig is baba- en kinderoorlewing van groot belang vir

² 3 988 kinders het aan die opname deelgeneem.

³ HSRC *Development, health and the environment: Factors influencing infant and child survival in South Africa* 1-2.

gesinne, gemeenskappe en state. Die mees algemene aanwysing van baba- en kinderoorlewing is 'n spesifieke staat se suiglingsterftesyfer.⁴ Indien die suiglingsterftesyfer van 'n spesifieke gemeenskap laag is, word daardie gemeenskap as relatief gesond beskou. Die omgekeerde is ook waar. Indien die suiglingsterftesyfer hoog is, word die gemeenskap as relatief ongesond beskou. Die suiglingsterftesyfer word dikwels beskou as aanduidend van die vlak van sosiale ontwikkeling. 'n Lae suiglingsterftesyfer word dus geassosieer met 'n hoër vlak van sosiale ontwikkeling.⁵ 'n Aantal faktore beïnvloed suigling- en kinderoorlewing:⁶

- (1) Die sosio-ekonomiese omstandighede van die huishouding waarvan die kind 'n lid is.
- (2) Vrye toegang tot gesondheidsorgdienste en -fasiliteite, ingesluit vorgeboortesorg, mediese hulp tydens die geboorte en deelname aan immuniseringsprogramme.
- (3) 'n Gesonde omgewing, ingesluit toegang tot skoon water, behoorlike sanitêre geriewe en veilige behuising.

Myns insiens beïnvloed die aard en voorkoms van die MIV/vigs-pandemie, om voor-die-hand-iggende redes, al drie bovermelde faktore. Die sosio-ekonomiese omstandighede van huishoudings, met spesifieke verwysings na die kinders in die huishouding, deur MIV/vigs beïnvloed, verswak deurentyd vanaf die diagnose van die MIV-positiewe gesinslid tot lank na die afsterwe van die persoon. Verder veroorsaak 'n tekort aan behoorlike mediese versorging in Suid-Afrika 'n verhoogde suiglingsterftesyfer as gevolg van MIV/vigs. Hieronder⁷ word armoede as 'n rede vir die sorgbehoewendheid van kinders meer volledig bespreek.

⁴ Volgens The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and interventions* is die suiglingsterftesyfer "... the number of infants who die during the first year of life per 1,000 live births...".

⁵ HSRC *Development, health and the environment: Factors influencing infant and child survival in South Africa* 3. Sien, in die algemeen, die suiglingsterftesyfers in Suid-Afrika sowel as projeksies by www.hst.org.za (laaste besoek op 2 Februarie 2008). Verdere inligting kan ook verkry word in The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and interventions* 23.

⁶ HSRC *Development, health and the environment: Factors influencing infant and child survival in South Africa* 3. Sien 4-8 ev van hierdie bron, in die algemeen, vir 'n volledige bespreking van hierdie drie faktore.

⁷ Hfst 3, par 3.

UNAIDS voer aan dat 91% van globale MIV-infeksie en 94% van vigs-verwante sterftes by kinders in Afrika voorkom. Sedert die uitbreek van die MIV/vigs-pandemie het daar reeds 2.9 miljoen kinders aan vigs-verwante siektes gesterf. Volgens projeksies word aangevoer dat vigs in Suid-Afrika verantwoordelik sal wees vir 'n 100% verhoging in kindersterftes teen 2010. Dit wil sê vanaf 'n geantisipeerde 48.5 sterftes (sonder vigs) na 100 sterftes (met vigs) per 1 000 kinders. UNAIDS, in noue samewerking met die Suid-Afrikaanse regering, het bepaal dat ongeveer 95 000 kinders aan die einde van 1999 MIV-positief was. 70 000 nuwe gevalle is in 2000 aangeteken.⁸

In 2003 alleen het 400 000 kinders in Afrika as gevolg van MIV/vigs gesterf.⁹ Sub-Sahara Afrika is tans in die proses om op die volgende wyses die realiteit van die impak van MIV/vigs op kinders te absorbeer:¹⁰

- (1) 'n Toenemende aantal weeskinders en geaffekteerde kinders,¹¹ welke toename geassosieer word met die groeiende MIV/vigs-pandemie, word aangetref.
- (2) Tradisionele modelle met betrekking tot surrogaat-kindersorg toon 'n onvermoë om die getal weeskinders en geaffekteerde kinders te akkommodeer.
- (3) Verder toon armoedige gemeenskappe 'n onvermoë om weeskinders, sonder enige hulp van buite, in informele versorgingsfasiliteite te absorbeer.

3 MOEDER-TOT-KIND-OORDRAG VAN MIV/VIGS

Na beraming was ongeveer 30.2% van alle swanger Suid-Afrikaanse vroue in 2005 MIV-positief.¹²

⁸ HSRC *The national household HIV prevalence and risk survey of South African children* 3.

⁹ Tindyebwa *et al* (reds) *Handbook on paediatric AIDS in Africa* 18.

¹⁰ Smart "Planning for orphans and HIV/AIDS affected children" in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 175.

¹¹ Vir doeleindes van hierdie proefskrif verwys "weeskinders en geaffekteerde kinders" na kinders wat as gevolg van MIV/vigs 'n ouer of versorger verloor en kinders wat, ten spyte van die feit dat hulle nog nie 'n ouer of versorger verloor het nie, negatief deur MIV/vigs geraak word. 'n Kind wie se lewenskwaliteit op enige wyse negatief deur MIV/vigs beïnvloed word is 'n "geaffekteerde" kind.

¹² Departement van Gesondheid *National HIV and syphilis prevalence survey South Africa 2005* 10.

Ongeveer een derde van MIV-positiewe swanger vroue infekteer hul babas.¹³ Die meerderheid van MIV-positiewe babas toon tekens van MIV of vigs gedurende die eerste jaar en die helfte van hierdie babas sterf voor die einde van hul tweede lewensjaar. 25% van geïnfekteerde kinders lewe egter tot op die ouderdom van vyf jaar en met goeie sorg kan hierdie persentasie verhoog word.¹⁴

Moeder-tot-kind-oordrag van MIV is een van die grootste oorsake van MIV-infeksie onder kinders. Na bewering word ongeveer 600 000 kinders jaarliks wêreldwyd op hierdie wyse geïnfekteer. Dit is nagenoeg 90% van alle MIV-infeksies onder kinders. Ongeveer 10% van alle nuwe gevalle van MIV-infeksie in Suidelike Afrika word op hierdie wyse opgedoen. MIV kan van moeder na kind oorgedra word via die plasenta tydens swangerskap, deur bloeding tydens die geboorteproses en deur borsvoeding. Meer as 60% van gevalle van moeder-tot-kind-oordrag vind tydens die geboorteproses plaas. Die virus word makliker oorgedra tydens die swangerskap indien die moeder net voor sy swanger raak of gedurende die swangerskap geïnfekteer word of indien die moeder vigs-gedefinieerde toestand of vigs-verwante infeksies het. Die rede hiervoor is die feit dat die virale lading tydens hierdie fases van die siekte besonder hoog en die CD4-telling van die liggaam laag is.¹⁵

Daar moet in gedagte gehou word dat die kans dat die fetus tydens swangerskap geïnfekteer word besonder skraal is aangesien daar geen direkte kontak tussen die bloed van die moeder en die fetus is nie. Verder word die fetus deur die baarmoeder teen die virus beskerm.¹⁶

Ongeveer 30% van babas wat by wyse van moeder-tot-kind-oordrag geïnfekteer raak, word tydens borsvoeding geïnfekteer. Die virus word makliker oorgedra tydens borsvoeding indien die moeder net voor die geboorte of in die maande na die geboorte met die virus geïnfekteer is of indien die moeder reeds vigs-gedefinieerde toestand onder lede het aangesien die virale

¹³ Volgens The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and interventions* 23 kan tot 40% van babas by wyse van moeder-tot-kind-oordrag met MIV geïnfekteer raak.

¹⁴ HSRC *The national household HIV prevalence and risk survey of South African children* 3

¹⁵ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 28.

¹⁶ Richter & Reuter (reds) *Mother-to-child transmission of HIV: A guide for health care workers and HIV/AIDS trainers*.

lading tydens hierdie fases besonder hoog is. Die feit dat moeders in Afrika hul babas vir tot so lank as twee jaar borsvoed verhoog ook die risiko vir moeder-tot-kind-oordrag tydens borsvoeding. 'n Tekort aan vitamien A, infeksies van die borste, byvoorbeeld mastitis en kinderinfeksies, byvoorbeeld gastro-enteritis kan die kanse op oordrag by wyse van borsvoeding verhoog.¹⁷

4 MOEDERSTERFTES (“MATERNAL DEATHS”)

Mans en vroue in die fleur van hul lewens sterf as gevolg van MIV/vigs. Voor die uitbraak van MIV/vigs is daar beraam dat lewensverwachting teen die jaar 2000 op 60 jaar sou staan en teen 2015 op 64 jaar. As gevolg van MIV/vigs het lewensverwachting in 2000 op 43 gestaan en word daar beraam dat dit in 2015 op 36 jaar sal staan.¹⁸ Die mees kommerwekkende implikasie van hierdie sterftes is die feit dat daar groot getalle weeskinders¹⁹ agtergelaat word. Daar word beraam dat die getal weeskinders in Suidelike Afrika teen 2015 op 10 miljoen sal staan. Hierdie getal sluit slegs kinders onder die ouderdom van 15 jaar in. Hierdie kinders kan moontlik 'n gebrek toon aan behoorlike versorging en toesighouding tydens 'n fase in hul lewens waartydens dit juis noodsaaklik is vir behoorlike ontwikkeling. Daar word reeds geweldige spanning op sosiale sisteme geplaas om die groot getal weeskinders te absorbeer. In die toekoms gaan hierdie druk nóg hoër raak. Op familievlak gaan uitgebreide gesinne en, meer spesifiek, grootouers onder geweldige druk en spanning geplaas word om weeskinders te versorg. Verder staan kinders so jonk as tien jaar aan die hoof van huishoudings. Op nasionale en gemeenskapsvlak word daar ook 'n groeiende las op die samelewing geplaas om dienste aan hierdie weeskinders te lewer, ingesluit die beskikbaarstelling van kinderhuise, gesondheidsorg en skoolopleiding. Die kinders wat tans sonder gesondheidsorg en skoling moet klaarkom, gaan in die toekoms 'n las op die samelewing plaas as gevolg hiervan. Die aantal straatkinders kan ook moontlik vermeerder.²⁰

¹⁷ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 29.

¹⁸ The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and interventions* 24.

¹⁹ Sien hfst 3, par 1.3 hieronder vir 'n bespreking van die term “vigs-wesies”.

²⁰ The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and intervention* 28.

Alhoewel babas gebore uit MIV-positiewe moeders slegs 'n 30% kans het om die virus op te doen, het hulle 'n bykans 100% kans om wees gelaat te word as gevolg van die toekomstige afsterwe van die moeder. Volgens Barnett en Whiteside²¹ het 'n Malawiese studie²² getoon dat jong kinders van wie die moeder oorlede is, 3,3 maal meer geneig is om ook te sterf as kinders wie se moeder leef.

3,3% van kinders tussen die ouderdomme twee en 18 jaar is weeskinders as gevolg van die feit dat hul moeder oorlede is.²³

Die Suid-Afrikaanse regering het in 1997 'n *National Committee on Confidential Enquiries into Maternal Deaths* gevorm. Hierdie komitee het reeds drie verslae in verband met moederlike sterftes gepubliseer, waarvan die laaste een in 2006 gepubliseer is.²⁴ Hierdie verslag het aan die lig gebring dat MIV/vigs vir 20.1% van alle sterftes onder moeders verantwoordelik is. 36% van die moeders wat aan die opname deelgeneem het is MIV-positief terwyl 53.7% se MIV-status onbekend is. 10.3% is MIV-negatief. In die 1999-opname²⁵ was 24.1% moeders MIV-positief, 11.4% MIV-negatief en 64.5% se MIV-status nie bekend nie. Daar moet egter gelet word op die feit dat 68% van alle moeders wat in 1999 aan die opname deelgeneem en getoets is, positief vir MIV getoets het.

5 DIE EKONOMIESE IMPAK OP HUISHOUDINGS

Daar is in verskeie lande bevind dat inkomste in huishoudings waar weeskinders teenwoordig is, 20 tot 30% laer is as in ander huishoudings. Voedselverbruik kan verder in hierdie huishoudings met tot 41% daal. Die verkoop van bates om gesondheidsorg te dek, die verlies

²¹ *AIDS in the twenty-first century 201.*

²² Ainsworth & Semali *The impact of adult death on children's health in northwestern Tanzania.*

²³ HSRC *The national household HIV prevalence and risk survey of South African children xv.*

²⁴ Sien, in die algemeen, HSRC *Nelson Mandela/HSRC Study of HIV/AIDS: South African National HIV Prevalence, Behavioural Risks and Mass Media, Household Survey 2002* 1 vir 'n verwysing na die tekortkominge van hierdie tipe opname.

²⁵ National Committee on Confidential Enquiries into Maternal Deaths *Second interim report on confidential enquiries into maternal deaths in South Africa: Maternal Deaths for 1999.*

aan inkomste en begrafniskoste kan ook die huishoudelike reserwes en spaargelde verder uitput.²⁶

Soos wat die effek op huishoudings vererger en ouers afsterf, kan kinders moontlik hul wonings en bestaansmiddele verloor as gevolg van die verkoop van eiendom en lewende hawe en “property grabbing”²⁷ deur familieledede. Verder gaan vaardighede verlore aangesien al minder gesonde volwassenes in huishoudings teenwoordig is en/of by inkomstegenererende aktiwiteite betrokke is.²⁸

Die ekonomiese impak van MIV/vigs word eerstens deur individue en hul gesinne ervaar. Die impak op die gesin neem ’n aanvang so gou as wat die MIV-positiewe persoon begin om las te hê van sekondêre infeksies. MIV-verwante siekte weerhou die MIV-positiewe broodwinner daarvan om ’n inkomste te genereer. Verder word daar ’n verhoogde bedrag geld aan die versorging en behandeling van die siek persoon bestee. Ander lede van die gesin kan moontlik gedwing word om afwesig te wees van die skool of werk en die siek persoon te versorg. Afsterwe van die siek persoon het ’n permanente verlies aan inkomste tot gevolg. Die begrafniskoste moet ook deur die huishouding gedra word. Indien kinders uit die skool geneem word ten einde geld te bespaar, ly die hele huishouding ’n verlies aan moontlike toekomstige generering van inkomste.²⁹

Huishoudings wat deur MIV/vigs geïmpakkeer word, het die neiging om onder armoede gebuk te gaan, hongersnood te ervaar en met ’n kleiner inkomste klaar te kom. Kinders in hierdie huishoudings is dus gewoonlik ondervoed en het ’n groter kans om belemmerde groei te ervaar en uitgeteer en afgetakel voor te kom (dit dui op ’n lae liggaamsmassa). Belemmerde groei word veroorsaak deur swak voeding oor ’n lang tydperk. Weesheid vererger die voorkoms hiervan onder kinders. Weeskinders kon moontlik ondervoed gewees het tydens die

²⁶ Richter “The impact of HIV/AIDS on the development of children” in Pharoah (red) *A generation at risk?* 9-10.

²⁷ Sien hfst 6, par 7.5 hieronder in verband met die beskerming van die erfposies van weeskinders.

²⁸ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 11.

²⁹ The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, projections, impacts and intervention* 35.

siekte en afsterwe van die ouer. Die moontlikheid dat die kind ook MIV-positief is kan bydra tot die swak fisieke toestand van die kind en dui op ongesteldheid. Belemmerde groei het 'n langdurige effek op 'n kind. Dit kan lei tot 'n swak fisieke kondisie, 'n ongesonde immuunsisteem en dit kan ook moontlik 'n uitwerking hê op die verstandelike vermoëns van die kind.³⁰

Indien 'n huishouding 'n weeskind inneem na die afsterwe van sy of haar ouers, word hierdie huishouding se finansiële las swaarder. In die meeste huishouding is daar geen verskil tussen die versorging van die weeskind en die ouers se eie kinders nie. Al die kinders ly dus onder die finansiële impak van die siekte.³¹

Soos hieronder³² aangetoon, moet kinders ook teen “property grabbing” beskerm word. Daar moet dus 'n groter poging aangewend word om hul erfporsies te beskerm. Menige weeskinders word in armoede gedompel aangesien hulle deur familieledede, onder andere, van hul erfporsies beroof word.

6 SKOLING

Weeskinders het 'n skraler kans om 'n behoorlike skoolopleiding te ontvang. Die huishouding beskik moontlik nie oor die finansiële vermoëns om skoolgelde te betaal nie. Verder kan die kind moontlik aan die hoof van die huishouding staan en verplig wees om 'n inkomste te genereer. Indien 'n kind in 'n ander huishouding opgeneem word by die dood van die ouer, kan sy of haar omstandighede versleg aangesien hy of sy nie die kind van die pleegouers is nie.³³ Die geld wat vir skoolgelde opsy gesit is kan moontlik nou aangewend word vir basiese benodighede, medikasie en gesondheidsorg. Selfs indien kinders nie uit die skool geneem word nie, kan skoolopleiding moontlik meeding met ander opgeloopte verpligtinge. Stigmatisering kan ook tot gevolg hê dat geaffekteerde kinders van die skool af wegbly.³⁴

³⁰ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 201-202.

³¹ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 204-205.

³² Hfst 6, par 7.5.

³³ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 202.

³⁴ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 11.

Die ander probleem wat skoolgaande kinders ondervind, is 'n afname in die standaard van skoling. MIV/vigs eis ook sy tol onder onderwysers. Dit kan moeilik wees om onderwysers te vervang, veral in afgeleë landelike gebiede. Verder kan 'n MIV-positiewe onderwyser moontlik, alvorens hy of sy glad nie meer kan skoolhou as gevolg van vigs-gedefinieerde toestand nie, vir lang tye as gevolg van sekondêre infeksies afwesig wees.³⁵ Indien 'n moeder afsterf, moet die kinders heel dikwels haar huishoudelike take oorneem. Selfs die kinders wat nie die skool verlaat nie, het 'n swakker bywoningsyfer as gevolg van huishoudelike take wat verrig moet word. Dogters se verantwoordelikhede in hierdie gevalle is groter as dié van seuns en hulle is meer geneig om die skool gedwonge te moet verlaat.³⁶

MIV/vigs het tot gevolg dat daar op alle vlakke leerders aangetref word met spesiale behoeftes.³⁷

- (1) Weeskinders.
- (2) Kinders wat blootgestel word aan aansteeklike siektes en emosionele trauma aangesien hulle saam met 'n MIV-positiewe persoon in 'n huis woon en die persoon moontlik help versorg.
- (3) Kinders wat onder stigma en diskriminasie gebuk gaan aangesien hulself of 'n familielid MIV-positief is.
- (4) Kinders wat moeilikhede ervaar aangesien hulle lede is van huishoudings waar die ouers siek is of reeds gesterf het, of waar weeskinders ingeneem is.

In sekere skole kry die onderwysers dikwels te doen met die rouproses – leerders sowel as die onderwysers self kan moontlik een of meer familieledede of vriende aan die dood afstaan as gevolg van MIV/vigs. In menige gevalle beskik die onderwysers nie oor die vaardighede of die emosionele of materiële bronne om hierdie kinders by te staan in die rouproses nie. Die rouproses kan dus moontlik misken word.³⁸

³⁵ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 202.

³⁶ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 203-204

³⁷ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 311.

³⁸ Frolich "The impact of AIDS on the community" in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 357.

7 IMPAK OP DIE PERSOON VAN DIE KIND

Kinders wat deur MIV/vigs geaffekteer en wees gelaat word is dikwels getraumatiseer en ly aan 'n verskeidenheid sielkundige reaksies op die siekte en dood van die ouer. Daarmee saam ly hulle ook aan moegheid en spanning wat met 'n verhoogde werklading en bekommernis gepaard gaan sowel as onsekerheid en stigmatisering as gevolg van die feit dat ander gemeenskapslede aanneem dat hulle ook met die virus geïnfekteer is. 'n Verlies aan 'n woning, skoolverlating, skeiding van siblinge en vriende, 'n verhoogde werkklas en sosiale isolasie kan ook negatief impakteer op die kind se huidige en toekomstige geestesgesondheid. Daar word aangevoer dat kinders eerder hul simptome internaliseer as om "die hart op die mou te dra". Dit beteken dat hul eerder tekens van onttrekking, depressie en angstigheid as tekens van, byvoorbeeld, aggressie en ander antisosiale gedrag toon.³⁹

Kinders het basiese fisiese, emosionele, sosiale en intellektuele behoeftes. Daar moet in hierdie behoeftes voorsien word ten einde die kind in staat te stel om die lewe te geniet, sy of haar volle potensiaal te bereik en in 'n deelnemende, bydraende volwassene te ontwikkel. Indien daar nie in enige een van hierdie behoeftes voorsien word nie of indien daar gebrekkig voorsien word, kan die kind nie behoorlik ontwikkel nie.⁴⁰

Die onmeetlike gevolge wat weeslating vir die weeskind-generasie inhou, is groot rede tot kommer. In baie gevalle ontaard hierdie kinders as gevolg van omstandighede in ongesellige, onopgevoede of -geskoolde en, soms, ongeliefde jong volwassenes. Die gevolge wat hierdie situasie vir die breër gemeenskap inhou, is potensieel enorm en word alreeds waargeneem. Daar word aangevoer dat die toename in weeslating kan aanleiding gee tot 'n verhoging in misdaadsyfers. Dit kan ook moontlik, veral in sekere oorloggeteisterde dele in Afrika, 'n toename in kindersoldate tot gevolg hê.⁴¹

Die lewens van MIV-positiewe persone en hulle naaste familieledes en versorgers word dikwels wreed deur stigma en diskriminasie verdraai. Die dood bring gewoonlik geen uitkoms nie. Die

³⁹ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 11-12.

⁴⁰ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 180.

⁴¹ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 210-211.

rouproses word dus “stemloos”. Met ander woorde, die rouproses van die persone wat deur die siekte en afsterwe van ’n MIV-positiewe persoon geraak word, word verdraai ten einde in stilte eerder as in die openbaar te geskied. Daar word byvoorbeeld by wyse van eufemismes na MIV/vigs verwys. So, byvoorbeeld, kan die redes vir die afsterwe van ’n MIV-positiewe persoon aangevoer word as tuberkulose, die “swakheid” van die persoon, verlore krag of hekserij.⁴²

Die aura van geheimenis, stigma en sosiale dubbelsinnigheid wat MIV/vigs-verwante sterftes omring, laat geen ruimte vir ’n normale rouproses nie. Die bedroefde familielede word sonder enige ondersteuning gelaat. “Stemlose rou” kom voor indien die verlies nie sosiaal erken word nie as gevolg van die dimensies van die verlies. Vir die bedroefdes intensiveer die stigma en isolasie indien die MIV/vigs-verwante dood volgens hom of haar nie sosiaal aanvaarbaar is nie of indien die tradisionele gebruike, byvoorbeeld die rourituele, as gevolg van die rede vir die dood verontagsaam word. Rou word dus letterlik vervang met verleentheid en beskaamdheid. In die konteks van MIV/vigs kan rou “stemloos” wees as gevolg van die volgende redes:⁴³

- (1) Bejaardes, kinders en jong volwassenes word sosiaal beskou as onbevoeg om te rou. Hierdie persone se hartseer word nie sosiaal erken nie.
- (2) Die rede vir die dood word versteek as gevolg van vrees vir verwerping of diskriminasie.
- (3) Die verhouding tussen die oorledene en die bedroefde word moontlik nie sosiaal erken nie, byvoorbeeld ’n party in ’n homoseksuele of saamblyverhouding.
- (4) Versorgers steek hul hartseer weg of distansieer hulself van die MIV-lyer as gevolg van hul persoonlike vrees vir verwerping of diskriminasie en die stigma verbonde aan versorging van MIV-lyers.

Menige kinders word deur die MIV/vigs-pandemie gedwing om voor volwassenheid bereik word, die rolle van die ouers oor te neem.⁴⁴ Hierdie kinders word van hul kinderjare ontnem en moet die verantwoordelikhede van versorgers en voogde vervul. Hulle beskik meestal nie oor die nodige lewensvaardighede om hierdie rolle te vervul nie. Alhoewel broers en susters in

⁴² Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 357.

⁴³ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 358.

⁴⁴ Smart verwys hierna as “parentification” in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 177. Dit is wanneer ’n kind op kort kennisgewing in ’n ouer verander moet word ten einde vir jonger broers en susters te sorg. Sien verder, in die algemeen, Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* hfst 2.

hierdie omstandighede meer intense gevoelens van gesinseenheid en onderlinge lojaliteit kan ervaar, kan die kind aan die hoof van die huishouding net sowel sukkel om die woede en hartseer wat met die rouproses gepaard gaan, te verwerk. Hierdie kinders kan moontlik hul frustrasies op die jonger kinders uithaal. Die oudste kinders moet erkenning ontvang vir die moeilikhede wat hulle ervaar sowel as onafwendbare opofferinge wat gemaak moet word. Dit is baie belangrik dat “child-headed households” identifiseer en ondersteun moet word.⁴⁵

Weeskinders en geaffekteerde kinders is meer kwesbaar as volwassenes aangesien hulle die moontlikheid van stigma as gevolg van hul eie sowel as die MIV-status van hul ouer en/of versorger in die gesig staar. Stigma kan selfs voortduur na die dood van die versorger wanneer hierdie kinders in menige gevalle verwerp word of met veragting behandel word deur die uitgebreide gesin en gemeenskap. Weeskinders en geaffekteerde kinders kan ook ontnem word van basiese dienste, byvoorbeeld gesondheidsorg en kindersorgdienste, as gevolg van stigma en diskriminasie.⁴⁶ Hierdie kinders is geneig om ondervoed te wees in 'n tyd wat hulle juis goeie voeding benodig. Kinders wie se ouers as gevolg van MIV/vigs gesterf het, is ook meer geneig om nie behoorlik vir infeksies behandel te word nie aangesien aanvaar word dat hierdie kinders ook MIV-positief is en dat hulle siektes vigs-verwant is. Verder is weeskinders meer geneig om nie die nodige immunisasie te ontvang nie.⁴⁷

Die MIV/vigs-pandemie het tot gevolg dat kinders vroeër die skool verlaat, vroeër trou, die arbeidsmark vroeër betree en dikwels seksueel uitgebuit word.⁴⁸

Indien 'n ouer nalaat om voor sy of haar dood voorsiening te maak vir die versorging van die kinders, kan die kinders, afgesien van die gevoelens van hartseer, trauma en skuld, ook onsekerheid in verband met die toekoms ervaar.⁴⁹

⁴⁵ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 361.

⁴⁶ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 176.

⁴⁷ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 177.

⁴⁸ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 176.

⁴⁹ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 177.

Kinders wat sonder die liefde en versorging van 'n toegewyde volwassene opgroei, loop 'n groter kans om sielkundige probleme te ontwikkel. 'n Tekort aan emosionele versorging word geassosieer met 'n latere gebrek aan empatie met ander en sulke kinders kan moontlik antisosiale gedrag ontwikkel.⁵⁰

8 IMPAK OP KINDERREGTE

Die 1989-Konvensie bied aan kinders beskermende, voorsienende en deelnemende regte.⁵¹ Ingevolge hierdie dokument het kinders die volgende regte:⁵²

- (1) Om deur sy of haar ouers versorg te word (kl 7).
- (2) Dat sy of haar identiteit, nasionaliteit, naam en familiebande in stand gehou word (kl 8).
- (3) Om gereelde kontak met die nie-bewarende ouer te handhaaf indien die ouers nie meer saamwoon nie (kl 9).
- (4) Vryheid van uitdrukking (kl 13).
- (5) Vryheid van assosiasie (kl 15).
- (6) Om deur 'n ouer of voog grootgemaak te word wat sy of haar beste belang op die hart dra (kl 18).
- (7) Om beskerm te word teen fisieke of psigiese mishandeling, verwaarlosing of uitbuiting (kl 19).
- (8) Om onder ideale omstandighede op te groei (kl 27).
- (9) Onderwys (kl 28).
- (10) Die reg op rus, ontspanning en speel (kl 31).
- (11) Die reg om beskerm te word teen ekonomiese uitbuiting en die verrigting van werk wat inmeng met sy of haar onderrig of wat skadelik is vir sy of haar geestelike, verstandelike of sosiale ontwikkeling (kl 32).
- (12) Om beskerm te word teen alle vorms van seksuele uitbuiting en mishandeling (kl 34).
- (13) Om beskerm te word teen ontvoering, verkoping of handeldrywing (kl 35).
- (14) Om beskerm te word teen marteling of ander wrede, onmenslike of vernederende behandeling of straf (kl 37).

⁵⁰ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 12.

⁵¹ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 178.

⁵² Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 211.

(15) Ek kan ook hierby die reg, ingevolge klousule 12, om gehoor te word, voeg.

MIV/vigs het tot gevolg dat daar moontlik op die volgende regte van geaffekteerde kinders inbreuk gemaak word:⁵³

- (1) Die reg op oorlewing en ontwikkeling.
- (2) Die reg om nie van sy of haar ouers geskei te word nie.
- (3) Die kind se reg op opinie en vryheid van spraak.
- (4) Die reg op privaatheid.
- (5) Die reg op toegang tot inligting.
- (6) Die reg op beskerming teen verwaarlosing en mishandeling.
- (7) Die reg van famielose kinders op beskerming en alternatiewe sorg.
- (8) Die reg van kinders met gebreke op versorging.
- (9) Die reg op gesondheidsorg en gesondheidsorgdienste.
- (10) Die reg op sosiale sekerheid en die handhawing van 'n gepaste lewenstandaard.
- (11) Die reg op onderwys, ontspanning, rekreasie en kulturele aktiwiteite.
- (12) Die reg om teen kinderarbeid beskerm te word.
- (13) Die reg om teen marteling, ontneming van vryheid en gewapende konflik beskerm te word.

Selfs onder normale omstandighede word daar dikwels inbreuk gemaak op die bovermelde regte van kinders. MIV/vigs verhoog ook nog die aantal kinders wat blootgestel word aan inbreukmaking op hul regte. Afgesien van die regering se onvermoë om die regte van kinders te beskerm, hang inbreukmaking van die volgende af:⁵⁴

- (1) Die ouderdom en die geslag van die kind. Dogters en seuns word verskillend behandel. Verder is ouer seuns in 'n meerdere mate daartoe in staat om vir hulself op te kom terwyl ouer dogters moontlik seksueel misbruik kan word.
- (2) Die ouderdom van die voog. Die ouderdom van die voog bepaal of daar kompetisie tussen die kinders van die voog en die weeskinders is. Verder bepaal dit of die voog aktief genoeg is en oor die nodige bronne beskik om in die kind se behoeftes te voorsien.

⁵³ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 179.

⁵⁴ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 212.

- (3) Die verhouding tussen die voog en die kind. Die diepte van die verhouding tussen die kind en die voog sal die uitkoms van die aanneming of pleegsorg bepaal.
- (4) Die aantal ouers van die kind wat oorlede is. Indien beide ouers oorlede is, is die kind meer afhanklik.
- (5) Die verwantskap tussen die kind en die voog. Dit beïnvloed die mate waarin die kind in die huishouding van die voog aanvaar word.
- (6) Die hoeveelheid kinders wat in 'n spesifieke gemeenskap wees gelaat is. Indien daar, byvoorbeeld, baie weeskinders in 'n arm gemeenskap aangetref word, kan die lede moontlik nie daartoe in staat wees om behoorlik na die kinders om te sien nie.

9 KINDERS AS GEVOLG VAN MIV/VIGS WEES GELAAT

Kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is word in uitermatig moeilike omstandighede na die strate gedryf waar hul fisiese behoeftes en finansiële wanhoop hul blootstel aan misdaad, dwelmmisbruik en seksuele uitbuiting. Hierdie kinders word dan as gevolg van inkomste-genererende prostitusie aan MIV/vigs blootgestel. Sulke kinders loop 'n groter risiko om aan wanvoeding, siekte, mishandeling en seksuele uitbuiting blootgestel te word as kinders wat as gevolg van ander redes wees gelaat is. Kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is worstel met die stigma en diskriminasie wat met MIV/vigs geassosieer word. Dit ontnem hulle dikwels van die basiese maatskaplike dienste en onderwys. 'n Studie het die volgende probleme onder kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is, waargeneem.⁵⁵

- (1) "Child-headed households" kom meer voor onder sulke kinders.
- (2) Hulle woon minder dikwels skool by as ander kinders.
- (3) Sulke kinders verlaat die skool makliker as ander weeskinders.
- (4) Groot getalle weeskinders oorstrom huishoudings en gemeenskappe se vermoëns om die situasie baas te raak.
- (5) Dogters is meer vatbaar vir mishandeling as seuns.
- (6) Kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is, is meer geneig om selfmoord te pleeg as ander weeskinders.

⁵⁵ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century* 212-213.

10 IMPAK OP DIE GESONDHEID VAN KINDERS

Afgesien van die ander impakte van MIV/vigs op die lewens van kinders daardeur geaffekteer, loop hierdie kinders ook nog 'n groter risiko om self die virus op te doen. Hierdie risiko is te wyte aan vroeë seksuele ontwaking, kommersiële seks en seksuele misbruik. Die bogenoemde kan moontlik teweeggebring word deur ekonomiese behoefte, groepsdruk, 'n tekort aan toesighouding, uitbuiting en verkragting.⁵⁶

Kinders deur MIV/vigs geaffekteer kan moontlik blootgestel word aan onvoldoende versorging en toesighouding, wanvoeding en 'n gebrek aan toegang tot behoorlike gesondheidsorg.⁵⁷

Jongmense is 'n hoërisikogroep wat aanbetref die opdoening van MIV/vigs, veral indien hulle nie behoorlike toegang het tot inligting met betrekking tot die aard en metodes van opdoening van die virus nie.⁵⁸ Hul risiko om MIV/vigs op te doen word verhoog indien hulle nie skool gaan nie, indien hulle armoedig is, indien hulle op die strate leef, en indien hulle huislike omstandighede negatief beïnvloed word deur die voorkoms van MIV/vigs.⁵⁹

Verder bestaan daar vanaf die begin van die MIV-epidemie reeds besorgdheid dat die immuunonderdrukkende kenmerk⁶⁰ van die MI-virus die natuurlike geskiedenis of epidemiologie van ander aansteeklike siektes, ingesluit siektes wat met entstof beheer word en tradisionele tropiese infeksies, kan beïnvloed. MIV-infeksie kan kinders moontlik meer vatbaar maak vir ander infeksies of tot gevolg hê dat die infeksies meer ernstig is, en dus tot gevolg hê

⁵⁶ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 12.

⁵⁷ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 11. Sien verder, in die algemeen, ANECCA *Handbook on paediatric AIDS in Africa*. Hierdie volledige handboek konsentreer slegs op MIV/vigs by kinders.

⁵⁸ Met hoërisikogroep word bedoel 'n groep lede van 'n gemeenskap wat 'n groter gevaar as ander groepe loop om MIV op te doen. Een van die redes waarom jongmense 'n hoërisikogroep is, is die feit dat hulle op hierdie ouderdom seksueel aktief begin raak. Hulle het egter nog nie in alle gevalle die kennis en sosiale vaardighede om veilige seks te beoefen nie. Sien verder, in die algemeen, Harison in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 262 ev vir 'n bespreking van jongmense en MIV/vigs.

⁵⁹ Human Rights Watch: Children's rights Division *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya* (2001) www.hrw.org (laaste besoek op 2 Februarie 2008) 9.

⁶⁰ Sien, in die algemeen, Tindyebwa *et al* (reds) *Handbook on paediatric AIDS in Africa* 27-28 ivm 'n basiese beskrywing van die impak van MIV op die immuunsisteem.

dat die bevolking se groepsimmunitet verswak. Sodoende raak 'n bevolking meer vatbaar vir ander epidemies.⁶¹

Babas word gebore met 'n onvolgroeide en “immunologiese naïewe” immuunsisteem. As gevolg hiervan is hulle meer vatbaar vir bakteriële infeksies. In die vroeë stadium van MIV-infeksie is die vermoë van die immuunsisteem om op patogene (siekteverwekkers) en ander antigene te reageer, beperk. Boonop veroorsaak MIV 'n afname in neutrofiële.⁶² Die immuunonderdrukkende gevolge van MIV is bykomstig tot dié van 'n onvolgroeide immuunsisteem en derhalwe is die algemene toestand wat met MIV geassosieer word, dikwels aansteeklik van aard. Algemene siektetoestand wat deur MIV-positiewe kinders ervaar word, is diarree, akute infeksie van die laer asemhalingsisteem, sepsisemie (bloedvergiftiging), akute etterende middeloorontsteking, sinusitis, en 'n onvermoë om na wense te groei.⁶³

11 IMPAK OP GESINSTRUKTURE

As gevolg van sterftes en migrasie, skuif gesinslede, ingesluit afhanklike kinders, tussen huishoudings rond. Versorgers verander en broers en susters word van mekaar geskei. Die skeiding van broers en susters word beskou as 'n oorsaak van emosionele spanning by kinders. Verder word kinders meer kwesbaar indien ouer familielede na hulle omsien aangesien daar dan 'n wederkerige afhanklikheid tussen die kind en die versorger ontstaan. Sterfte en migrasie kan ook tot gevolg hê dat 'n kind aan die hoof van 'n huishouding te staan kom. Hierdie vorm van huishouding kom tot stand indien daar 'n ouer kind teenwoordig is om na die jonger kinders om te sien, indien daar familielede naby woon om toesig te hou en indien broers en susters verkies om bymekaar te bly of indien 'n sterwende ouer die kinders versoek het om bymekaar te bly.⁶⁴

⁶¹ Colvin in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 342.

⁶² 'n Neutrofiel word op www.medterms.com (laaste besoek op 2 Februarie 2008) beskryf as “A type of white blood cell...filled with neutrally-staining granules...that help the cell to kill and digest microorganisms it has engulfed by phagocytosis.” Op www.womenchildrenhiv.org (laaste besoek op 2 Februarie 2008) word dit in eenvoudiger terme beskryf as “A type of white blood cell (leukocyte) that engulfs and kills foreign microorganisms such as bacteria.” Die gevaar van 'n afname in neutrofiële vir MIV-pasiënte is dus voor die hand liggend.

⁶³ Tindyebwa *et al* (reds) *Handbook on paediatric AIDS in Africa* 93.

⁶⁴ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 10.

Migrasie word geïdentifiseer as 'n belangrike “coping-mechanism” vir gesinne en gemeenskappe in die aangesig van MIV/vigs. Migrasie kom om verskeie redes voor en mense beweeg beide in en tussen landelike en stedelike gebiede. Sommige erkende vorms van migrasie sluit die terugkeer na die gesinswoning om te sterf (“going-home-to-die”), plattelandse weduwees wat na die stad verhuis ten einde werk of familiehelp te soek en potensiële versorgers en afhanklikes wat tussen huishoudings rondbeweeg ten einde die beste versorgingsreëlings vir al die betrokke partye te vind, in. Kinders word gereeld herplaas. Adolessente word veral deur migrasie geraak aangesien dogters gestuur word om in ander huishoudings hulp te verleen en kinders aangemoedig word om 'n poging aan te wend om na hulself om te sien.⁶⁵

Reeds vir geslagte lank voorsien die uitgebreide gesin in die basiese behoeftes van kinders. Die uitgebreide gesin voorsien ook 'n beskermende sosiale omgewing waarbinne kinders kan groei en ontwikkel. Sisteme van bloedverwantskap skryf verskeie sosiale, ekonomiese en godsdienstige verpligtinge aan families voor en verleen voorskrifte met betrekking tot sosiale en materiële regte van individue binne die familie. Sosiale opstande, verstedeliking, oorlog, droogte, hongersnood en akute politiese en ekonomiese spanning bedreig die integriteit van die uitgebreide gesin en ondermyn die doelmatigheid daarvan as 'n sosiale ondersteuningsnetwerk. Addisionele kinders vir wie die uitgebreide gesin moet sorg veroorsaak verhoogde finansiële druk en spanning in verhoudinge. Dit verswak die familie se vermoë om alreeds moeilike omstandighede die hoof te bied. In 'n tyd waarin dit noodsaaklik is dat die uitgebreide gesin 'n ondersteuningsnetwerk aan geaffekteerde kinders bied, word die bereidheid van gesinne om hierdie kinders te ondersteun en te versorg beïnvloed deur die stigma geassosieer met MIV/vigs. Dit het tot gevolg dat kinders rondtrek tussen huishoudings en uitgebuit en verwaarloos word.⁶⁶

MIV/vigs toon 'n geweldige impak op individue en verskeie gemeenskapstrukture, onder andere gesinne. Families word tradisioneel beskou as die grondslag van enige samelewing. Soos wat die MIV/vigs-pandemie vorder, word hierdie fundamentele grondslag verweer. Een van die mees ooglopende veranderinge, is die verhoogde verskyning van enkelouergesinne. In

⁶⁵ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 10.

⁶⁶ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 176.

Suid-Afrikaanse gemeenskappe was dit nog altyd so dat vroue as enkelouers die kinders grootmaak terwyl die mans weg van die huis af werk (daar word verwys na “manlike migrasie”). Alhoewel dit steeds die geval is, is “skipped-generation” huishoudings, waar ’n ouma aan die hoof van ’n huishouding staan, nou meer algemeen. Die tradisionele opname van weeskinders deur die uitgebreide gesin is nie meer in alle gemeenskappe moontlik nie as gevolg van die verhoogde spanning wat op hierdie gesinne geplaas is as gevolg van MIV/vigs. Hierdie spanning word vererger deur die stigma verbonde aan MIV/vigs. Daar word beraam dat die getal kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is teen 2014 op bykans 6 miljoen te staan sal kom.⁶⁷

Die uitgebreide gesinne wat tradisioneel na weeskinders omgesien het, is al minder in staat om dit te doen aangesien hulle finansiëel en emosioneel meer oorkrop is. In sommige gevalle word weeskinders as tweede klas familieledede behandel en uitgebuit deurdat hulle belaaie word met huishoudelike take, geforseer word om die skool te verlaat en te begin werk en onderwerp word aan seksuele en fisiese mishandeling. Die psigologiese impak van verlatenheid vergroot die kans dat weeskinders die skool verlaat en op die strate beland. Dit het weer tot gevolg dat hierdie kinders antisosiale gedrag toon en betrokke raak by kinderprostitusie wat hulle weer meer vatbaar maak vir MIV-infeksie en sosiale onstabiliteit oor die langtermyn.⁶⁸

Die impak van MIV/vigs op die samelewing, gesinne en gemeenskappe is kompleks. Soos reeds hierbo aangetoon, is gesinne tradisioneel as die basis van die samelewing beskou. Gesinne is die ideale primêre verskaffers van versorging, koestering en sosialisasie en verskaf fisiese, ekonomiese, emosionele, sosiale, kulturele en geestelike sekuriteit aan die lede. Soos wat MIV/vigs al meer verwoesting saai, verdwyn die voorkoms van die kerngesin stadig maar seker. Die rol van die hoof van die huishouding verander daarmee saam. Enkelouergesinne, “skipped-generation” huishoudings en “child-headed” huishoudings kom al meer voor.⁶⁹

Al meer vrouens moet alleen na die kinders omsien. Hiermee saam word die vroue ook op die platteland as die tradisionele landbouers beskou. In gevalle waar vroue na meer weeskinders

⁶⁷ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 351.

⁶⁸ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 354.

⁶⁹ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 352.

as gevolg van MIV/vigs moet omsien en moet boer, bly die bewerking van die grond agterweë. Dit het 'n negatiewe invloed op behoorlike voeding. Hierdie huishoudings, wat reeds kwesbaar is as gevolg van beperkte ekonomiese geleentheid vir vroue, word nog meer benadeel indien weduwees as gevolg van tradisie afgesny word van die uitgebreide gesin en ontnem word van behuising en grond.⁷⁰

“Child-headed” huishoudings ervaar die volgende moeilikhede: Armoede, gebrekkige toesighouding, belemmerde groei en hongerte, opvoedkundige mislukkings, 'n gebrek aan die nodige mediese sorg, sielkundige probleme, 'n ontwrigting van 'n normale kindertyd en adolessensie, uitbuiting, vroeë huweliksluiting, diskriminasie, swak behuising en kinderarbeid.⁷¹

12 GEVOLGTREKKING

Die aard en graad van die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders wissel van kind tot kind. Dit gaan ook met die ouderdom van die kind gepaard. Daar kan, byvoorbeeld, verwag word dat die gesondheid en groei van voorskoolse kinders primêr geïmpakteer word. Skoolgaande kinders toon weer eerder opvoedkundige, psigososiale en kwesbaarheids-impakte.⁷²

Die grootste bekommernis is die verband tussen die impak van MIV/vigs en armoede. Armoedige gemeenskappe met ontoereikende infrastruktuur en beperkte toegang tot basiese dienste word die swaarste getref. Armoede vergroot die impak van MIV/vigs op kinders. Terselfdertyd kan veranderinge geassosieer met die siekte en dood van versorgers en broodwinners kinders in toestande van desperate swaarkry indwing.⁷³

Hierdie hoofstuk illustreer die impak van MIV/vigs op verskeie aspekte van kinders se lewens. Hierdie impak is enorm op, onder andere sosiale, ekonomiese, persoonlike en opvoedkundige vlak. Ons moet alles binne ons vermoë doen om te poog om hierdie impak te absorbeer. Dit moet gesien word as 'n belegging in die toekoms van ons eie kinders, die kinders wat direk

⁷⁰ Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 353.

⁷¹ Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* 177.

⁷² Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 12.

⁷³ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 13.

deur die impak geaffekteer raak en die toekomstige leiers van ons land, wie hulle ookal mag wees.

In die volgende hoofstuk word daar geïllustreer dat kinders as gevolg van MIV/vigs moontlik in verskeie uiters kwesbare en moeilike situasies geplaas kan word. Ek poog verder om die betekenis van die begrip “sorgbehoewende kinders” binne die konteks van die kind en MIV/vigs te ondersoek en te verduidelik.

Hoofstuk 3

Sorgbehoewende kinders

1 INLEIDING: DIE AARD EN DEFINISIE VAN DIE BEGRIP “SORGBEHOEWENDE KINDERS”

In hoofstuk 2 hierbo is die impak van MIV/vigs op verskeie aspekte van die lewens van kinders bespreek. Hierdie statistieke is angswekkend. Dit is om hierdie rede van groot belang om vir doeleindes van hierdie proefskrif in 'n aparte hoofstuk met die definisie van 'n “sorgbehoewende kind” te handel en om te verwys na enkele omstandighede waarin so 'n kind moontlik as sorgbehoewend beskou kan word.

Daar moet kennis geneem word van die feit dat *al* die kinders in die onderstaande lys vir doeleindes van hierdie proefskrif as *sorgbehoewende kinders* beskou word. Dit sluit die volgende kinders in:

- (1) Kinders genoem in artikel 14(4) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983, welke artikel steeds in werking was op datum van inhandiging van hierdie proefskrif.¹
- (2) Kinders genoem in artikel 150(1) van die Kinderwet 38 van 2005, welke artikel nog nie op datum van inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie.²
- (3) Kwesbare kinders.³
- (4) Weeskinders.⁴

¹ Sien par 1.1 hieronder.

² *Ibid.*

³ Sien par 1.2 hieronder.

⁴ Sien par 1.3 hieronder.

- (5) “Kinders wat spesiale beskerming nodig” of “kinders in besonder moeilike omstandighede”.⁵

Al die kinders wat lewe in die omstandighede wat in paragrawe 2.1 tot 2.9 hieronder bespreek word, kan in een van die bogenoemde vyf klasse geplaas word. Hierdie kinders sluit kinders wat deur MIV/vigs beïnvloed word, kinders wat in uiterste armoede lewe, kinders wat lede van “child-headed households” is, straatkinders, kinders wat vir kommersiële doeleindes seksueel uitgebuit word, kinders wat mishandel of seksueel misbruik word, kinders wat aan skadelike kulturele praktyke en kinderhuwelike blootgestel word, kinders met ander gebreke en kinders wat aan kinderarbeid onderwerp word in. Hierdie omstandighede moet egter nie as ’n geslote lys beskou word nie. Ek poog om slegs daardie omstandighede wat moontlik geassosieer kan word met die kind en MIV/vigs te bespreek.

Alvorens hierdie hoofstuk verder gevoer word, moet daar kennis geneem word van die rede vir ’n bespreking van hierdie aard. Ek verwys nie na sekere kinders in moeilike omstandighede ten einde hulle in aparte klasse as ander kinders te plaas nie. Uit die aard van ons menslike natuur, word ’n persoon, indien hy of sy as gevolg van sy of haar omstandighede geklassifiseer word en anders as ander persone behandel word, blootgestel aan vooroordeel, diskriminasie, stigma en moontlike nyd. Sulke persone, en vir doeleindes hiervan kinders, is alreeds as gevolg van hul omstandighede blootgestel aan marginalisasie. Ek is van mening dat alle kinders toegang behoort te hê tot dieselfde basiese regte, dienste en lewensmiddele ten einde hulle in staat te stel om na die beste van hul vermoë en ten spyte van moeilike omstandighede te groei en te ontwikkel. Kinders in die klasse wat hieronder bespreek word, het in die meeste gevalle nie toegang tot sodanige basiese regte, dienste en lewensmiddele nie. Dit is belangrik dat die staat en ander tersaaklike instansies en persone nie net kennis neem van die feit dat sommige kinders sorgbehoewend is nie, maar ook van die *spesifieke* omstandighede waarbinne ’n kind moontlik as sorgbehoewend beskou kan word. Hierdie omstandighede moet so ver moontlik deur wetgewing erken, beheer en gemonitor word.

Hier word nie in hierdie hoofstuk oplossings vir die verskillende probleme rondom sorgbehoewendheid bespreek nie. Hier word ook nie metodes waarop die omstandighede wat

⁵ Sien par 1.4 hieronder.

aanleiding gee tot sorgbehoewendheid beperk kan word, genoem nie. In hoofstuk 6 hieronder gaan die aard en omvang van huidige sowel as moontlike toekomstige *ingrypings en oplossings* bespreek word. Dit is vir doeleindes van die bespreking in hoofstuk 6 noodsaaklik om in hierdie aparte hoofstuk aan te toon watter kinders sorgbehoewend is en ingryping in hul lewens en omstandighede benodig. Ek verwys byvoorbeeld in hoofstuk 6, paragraaf 2, na die noodsaaklikheid van toekomsbeplanning deur MIV-positiewe ouers. Die groep kinders wat grootliks by hierdie ingrypingsvoorstel sal baatvind, is kinders wat moontlik by die toekomstige dood van die ouer of ouers as weeskinders beskou sal word en/of kinders wat dan in 'n "child-headed households" sal woon. Die aard en definisie van "weeskinders" en "child-headed households" word hieronder bespreek.⁶

In hoofstuk 5, wat handel met MIV/vigs, kinders en egskeiding bied ek weer oplossings vir beperking van die impak van MIV/vigs in daardie konteks.

Daar moet verder gelet word op die feit dat kinders wat deur MIV/vigs beïnvloed word slegs een van die klasse van sorgbehoewendheid daarstel. *Alle* sorgbehoewende kinders moet oor dieselfde kam geskeer word en toegang tot dieselfde hulp en remedies hê. Daar is wel een ding wat kinders deur MIV/vigs beïnvloed, myns insiens, uniek maak. Dit is die feit dat sulke kinders dikwels, en ek wil amper sover gaan as om te sê in die meeste gevalle, blootgestel word aan 'n tweede, derde en selfs verdere redes om as sorgbehoewend beskou te word. 'n Voorbeeld hiervan is 'n 14-jarige oudste dogter, X, wat 'n moeder aan die dood afgestaan het as gevolg van MIV/vigs. Verder is X se vader ook as gevolg van MIV/vigs terminaal siek. X het drie jonger broers en susters van onderskeidelik tien, sewe en vyf jaar oud. X moet nou na die baie siek vader en die drie afhanklikes omsien. Die gesin is in 'n benarde finansiële posisie en X moet die skool verlaat en begin werk. Sy is nou die hoof van die huishouding. Dit gaan later so sleg dat sy haar tot prostitusie wend net om kos in die drie afhanklikes se mae te kry en 'n poging aan te wend om die siek ouer na die beste van haar vermoë te versorg. X is dus 'n weeskind, die hoof van die huishouding, word deur MIV/vigs beïnvloed, is 'n kinderarbeider en word blootgestel aan kommersiële sekswerk. Ek dink nie dat hierdie 'n vergesogte situasie in Suid-Afrika is nie. Om hierdie rede verwys ek vir doeleindes van hierdie proefskrif nie slegs na

⁶ Par 1.1 en par 2.3 onderskeidelik.

MIV/vigs as rede vir sorgbehoewendheid nie maar ook na die ander redes hieronder uiteengesit.

1.1 Sorgbehoewende kinders: Huidige Suid-Afrikaanse wetgewing en bestaande definisies

Daar word in die Wet op Kindersorg sowel as die Kinderwet verwys na sorgbehoewende kinders. Artikel 14(4) van die Wet op Kindersorg, welke artikel steeds in werking is, bepaal soos volg:

By bogenoemde ondersoek moet die kinderhof bepaal of die kind voor die hof sorgbehoewend is deurdat–

- (a) die kind geen ouer of voog het nie; of
- (aA) die kind 'n ouer of voog het wat nie opgespoor kan word nie; of
- (aB) die kind –
 - (i) verlaat is of geen sigbare bestaansmiddele het nie;
 - (ii) gedrag openbaar wat nie beheer kan word deur sy of haar ouers of die persoon in wie se bewaring hy of sy is nie;
 - (iii) in omstandighede woon wat waarskynlik sy of haar verleiding, ontvoering of seksuele uitbuiting kan veroorsaak of bevorder;
 - (iv) woon in of blootgestel word aan omstandighede wat die fisiese, geestelike of maatskaplike welsyn van die kind ernstig kan skaad;
 - (v) in 'n toestand van fisiese of geestelike verwaarlosing is;
 - (vi) fisies, emosioneel of seksueel deur sy of haar ouer of voog of die persoon in wie se bewaring hy of sy is, misbruik of mishandel is; of
 - (vii) in stryd met artikel 10 onderhou word.

Artikel 150(1) van die Kinderwet, welke artikel tydens die skryf van hierdie proefskrif nog nie in werking getree het nie, bepaal soos volg:⁷

- (1) A child is in need of care and protection if, the child –
 - (a) has been abandoned or orphaned and is without any visible means of support;
 - (b) displays behaviour which cannot be controlled by the parent or care-giver;
 - (c) lives or works on the streets or begs for a living;
 - (d) is addicted to a dependence-producing substance and is without any support to obtain treatment for such dependency;
 - (e) has been exploited or lives in circumstances that expose the child to exploitation;
 - (f) lives in or is exposed to circumstances which may seriously harm that child's physical, mental or social well-being;

⁷ Daar moet kennis geneem word van die feit dat heelwat van die bepalings wat oor kindersorg handel, deel vorm van die *Children's Amendment Act*. Hierdie bepalings (wat die provinsies raak) sal later dmv 'n wysigingswet by die Kinderwet ingesluit word ingevolge a 76 van die Grondwet. Daar word in hierdie proefskrif na hierdie klousules verwys waar van toepassing. Sien ook hfst 6, par 3.2 in hierdie verband.

- (g) may be at risk if returned to the custody of the parent, guardian or care-giver of the child as there is reason to believe that he or she will live in or be exposed to circumstances which may seriously harm the physical, mental or social well-being of the child;
 - (h) is in a state of physical or mental neglect; or
 - (i) is being maltreated, abused, deliberately neglected or degraded by a parent, a care-giver, a person who has parental responsibilities and rights or a family member of the child or by a person under whose control the child is.
- (2) A child found in the following circumstances may be a child in need of care and protection and must be referred for investigation by a designated social worker:
- (a) a child who is a victim of child labour; and
 - (b) a child in a child-headed household.

Volgens 'n dokument deur UNICEF uitgegee, bestaan daar verskeie redes waarom kinders sorgbehoewend en van hul families geskei raak:⁸

- (1) Hulle ouers is dood of chronies siek.
- (2) Hulle ouers misbruik alkohol of dwelms.
- (3) Hulle ervaar diskriminasie op grond van geslag of kultuur.
- (4) Hulle leef op die strate (straatkinders).
- (5) Hulle word geaffekteer deur gewapende konflik.
- (6) Hulle het hul huise gedwonge verlaat.
- (7) Hulle word blootgestel aan skadelike arbeidspraktyke.
- (8) Hulle ly aan gebreke.
- (9) Hulle is self chronies siek.
- (10) Hulle word blootgestel aan mishandeling deur ouers of familielede.

Dit blyk dat verskillende gemeenskappe se definisie van sorgbehoewende kinders verskil van die definisie van eksterne organisasies en die staat.⁹

Presies watter kinders word ingesluit by hierdie beskrywing van sorgbehoewende kinders en moet beskerm word? Die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing het in 'n verslag getiteld *A situational analysis of orphans and vulnerable children in four districts of South Africa* gepoog om 'n definisie vir sorgbehoewendheid saam te stel. MIV/vigs het 'n magdom gevolge wat met die verloop van tyd wyer en wyer uitkring. Die RGN het, na beraadslaging met verskeie

⁸ *A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children* 8.

⁹ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 3-4.

regerings- en nie-regeringsorganisasies in Suid-Afrika, Zimbabwe en Botswana, tot die volgende gevoltrekkings gekom:¹⁰

- (1) Kinders is, vir doeleindes van sorgbehoewendheid, persone onder die ouderdom van 18 jaar.
- (2) 'n Situasië waar 'n kind een of albei ouers verloor het dui op moontlike kwesbaarheid (of sorgbehoewendheid vir doeleindes van hierdie proefskrif).
- (3) Kinders wat op die volgende gebiede afhanklik is en probleme ondervind, kan as kwesbaar en sorgbehoewend beskou word:
 - (a) Materiële probleme, ingesluit toegang tot geld, kos, klere, skooling, gesondheidsorg en skoolopleiding.
 - (b) Emosionele probleme, ingesluit ervaring van omgee, liefde, ondersteuning, geleentheid om te rou en inperking van emosies.
 - (c) Sosiale probleme, ingesluit die tekort aan 'n ondersteunende portuurgroep.

As gevolg van die aard van kinders is hulle meer vatbaar as volwassenes vir uitbuiting en mishandeling. Verwysings in hierdie proefskrif na "sorgbehoewende kinders" sluit kinders in die bovermelde wetgewing genoem, weeskinders, kwesbare kinders, en kinders wat spesiale beskerming benodig of kinders in besonder moeilike omstandighede in. Dit is kinders wat die grootste risiko loop dat daar op hul basiese regte op ouerlike sorg, gesondheidsorg, gelykheid, onderwys en beskerming inbreuk gemaak word.

1.2 Kwesbare kinders as sorgbehoewende kinders

In die bovermelde RGN-studie na die definisie van die term "weeskinders en kwesbare kinders" is 'n kwesbare kind beskryf as 'n kind wat beperkte of geen toegang tot basiese behoeftemiddele het nie. Albei ouers van so 'n kind kan moontlik nog lewe ten spyte van die feit dat die kind nie toegang het tot sy of haar basiese regte soos uiteengesit in die Grondwet

¹⁰ HSRC *A situational analysis of orphans and vulnerable children in four districts of South Africa 3.*

van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 nie. Die volgende faktore of wysers wat kwesbaarheid aandui, word geïdentifiseer in die bovermelde studie:¹¹

- (1) Kwesbaarheid in die individuele sin kan moontlik die volgende vorms aanneem:
 - (a) Enige fisieke of verstandelike gebrek of enige ander langtermyn-swarigheid wat dit vir die kind moeilik maak om onafhanklik te funksioneer.
 - (b) Siekte, of dit nou MIV/vigs of enige ander ernstige siekte is.
 - (c) Emosionele of sielkundige probleme.
 - (d) Emosionele, fisieke of seksuele mishandeling.
 - (e) 'n Kind wat nie blymoedig is nie, wat lusteloos is, wat nie in die skool presteer nie, wat vuil is met geskeurde klere of wat slaperig is.
 - (f) Dwelmmisbruik.
 - (g) Afgeskepte skoolwerk, swak skoolbywoning of 'n swak presteerder.
 - (h) Ontvang nie genoeg voeding nie en is honger.
 - (i) Toon tekens van slapeloosheid.
 - (j) Swak persoonlike higiëne en slaag nie daarin om homself of haarself te versorg nie.
 - (k) Besit nie behoorlike klere nie of die klere is altyd vuil.
 - (l) Word nie versorg nie. Ontvang nie liefde, leiding en ondersteuning nie.

- (2) Kwesbaarheid in die gesinsopset kan moontlik die volgende vorms aanneem:
 - (a) Die versorgers is nie daartoe in staat, of nie gewillig om na die kinders in sy of haar sorg om te sien nie.
 - (b) Die ouers is alkoholiste, verarm en emosioneel versteurd.
 - (c) Fisieke en verstandelik gestremde ouers of chroniese siek ouers.
 - (d) Die huishouding is oorvol of die verhouding van kinders tot versorgers is te groot.
 - (e) Geskeide ouers.
 - (f) Mishandelende familie, ouers of versorgers wat nie toegerus is om as versorgers op te tree nie.
 - (g) 'n Tekort aan finansiële bronne ten einde behoorlik na die kind om te sien.

¹¹ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children 11-12.*

- (h) 'n Tekort aan ouerlike leiding en rigting.
- (3) Die gemeenskapskonteks waarin die kind woon kan ook 'n impak op kwesbaarheid hê:
- (a) 'n Risiko om aan gevaarlike situasies blootgestel te word.
 - (b) Die kind word verhinder om 'n normale kinderlewe te lei.
 - (c) 'n Onveilige omgewing, byvoorbeeld plakkerskampe, 'n tekort aan toiletgeriewe en misdaad.
 - (d) Erge algemene armoede.
 - (e) Blootstelling aan misdaad, bendes en dwelmmisbruik.

Selfs indien net een van die bovermelde aspekte in 'n kind se lewe teenwoordig is, kan die kind as kwesbaar beskou word. So, byvoorbeeld, kan 'n kind moontlik in 'n hoë klas woonbuurt opgroei en alles ontvang wat sy of haar hart begeer, maar deur die versorger of 'n ander persoon seksueel misbruik word. So 'n kind kan dan as kwesbaar beskou word deurdad hy of sy in 'n uiters kwesbare situasie verkeer.¹²

Daar moet ook kennis geneem word van die feit dat daar grade van kwesbaarheid bestaan. Hierdie grade hang af van die omstandighede van elke spesifieke kwesbare kind. Die volgende faktore bepaal moontlik die grade van kwesbaarheid: (1) die hoeveelheid van die bovermelde gelyste faktore of wysers waaraan die kind blootgestel word; (2) die strekking van die krisis en addisionele probleme geassosieer daarmee; (3) die ouderdom waarop die verlies aan versorgers en eiendom plaasgevind het; en (4) die mate waarin die kind se innerlike bronne ontwikkel het.¹³

Die mees kwesbare kinders is daardie kinders wat geen versorgers het nie. Onder hierdie kinders word straatkinders as die kwesbaarste beskou.¹⁴

¹² HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 12.

¹³ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 13.

¹⁴ *Ibid.*

Daar moet kennis geneem word van die feit dat daar, vir doeleindes van hierdie proefskrif, 'n onderskeid getref word tussen 'n kwesbare en 'n sorgbehoewende kind. Die term "sorgbehoewende kind" word breër uitgelê as die term "kwesbare kind". 'n Kwesbare kind word dus as sorgbehoewend beskou maar 'n sorgbehoewende kind nie noodwendig as kwesbaar nie.

1.3 Weeskinders as sorgbehoewende kinders

Die mees algemene definisie van 'n weeskind is 'n kind wat albei sy of haar ouers aan die dood afgestaan het.¹⁵ Hierdie definisie behoort uitgebrei te word ten einde groepe waar een of beide ouers die kinders verlaat het of waar die ouers nie vir die kinders kan of wil sorg nie, in te sluit. In hierdie gevalle kan die ouer moontlik terugkeer om na die kind om te sien. In so 'n geval verander die klassifikasie van die kind dan. In die meeste gevalle is die afwesige ouer die vader. Dit blyk dat vaders selde terugkeer ná verlating, selfs indien die moeder sterf.¹⁶

Indien UNAIDS¹⁷ verwys na kinders wat as gevolg van die MIV/vigs-pandemie wees gelaat is, sluit dit slegs kinders wat hul moeder of albei ouers voor die ouderdom van 15 jaar verloor het in. Daar bestaan kritiek op hierdie definisie. Tans word twee of drie maal die huidige getal weeskinders nie deur hierdie definisie gedek nie as gevolg van die feit dat hulle slegs 'n vader verloor het. Verder word kinders wat kwesbaar is omdat hulle hul primêre broodwinner verloor het, omdat hul moeder siek is en hulle nie kan versorg nie, en omdat hulle gesin finansiële swaarder kry weens die feit dat hulle kinders van familieledes wat om die een of ander rede nie meer na hul eie kinders kan omsien nie, ingeneem het, nie by UNAIDS se definisie ingesluit nie. Groot getalle Suid-Afrikaanse kinders, na raming tussen 10% en 20%, woon 'n groot gedeelte van hul kindertyd by familieledes, oumas en tantes. Sulke kinders word ook nie ingesluit by UNAIDS se definisie indien hierdie versorgers te sterwe kom nie aangesien slegs kinders wat 'n moeder of albei ouers verloor, ingesluit is. Dit is volgens die RGN¹⁸ om die

¹⁵ Sien die definisie in a 1 van die Kinderwet, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het.

¹⁶ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 8.

¹⁷ *The Joint United Nations Programme on HIV/AIDS*.

¹⁸ in *A census report of orphaned and vulnerable children in two South African communities* 2.

bovermelde rede meer gewens om te verwys na “weeskinders en kwesbare kinders” eerder as net na “weeskinders” of “vigs-wesies”.¹⁹

In 'n studie deur die RGN²⁰ oor die definisie van weeskinders en kwesbare kinders, is die kwessie van die status van kinders wat slegs een ouer verloor, telkemale geopper. Sommige deelnemers het aangevoer dat 'n verlies aan een versorger voldoende is om die kind as 'n weeskind te klassifiseer, veral indien dit die primêre versorger is wat oorlede is. Die primêre versorger kan die persoon wees wat inkomste genereer of die persoon wat tuis na die kinders omsien. Die tweede vraag was oor die status van die kind indien die kind wel nog 'n versorger het aangesien sulke kinders, veral in die Afrika-konteks, steeds versorgers in die gemeenskap en die uitgebreide gesin het. Dit blyk dat daar in Setswana twee woorde bestaan om 'n weeskind te beskryf, naamlik “lesiela” (’n kind wat een ouer verloor het) en “khutsana” (’n kind wat albei ouers verloor het). Die term “lesiela” word wyd gebruik aangesien dit meer gebruikersvriendelik en minder vernederend is. Indien daar na 'n kind as 'n “khutsana” verwys word, bestaan daar 'n bybetekenis dat die kind niemand het nie. Dit is teenstrydig met die waardes en norms van die uitgebreide gesin. In Zimbabwe weer word daar 'n onderskeid getref tussen kinders wat 'n voog het en kinders wat nie 'n voog het nie. Dit benadruk die feit dat weeskinders in menige gemeenskap in Afrika nie noodwendig as kwesbare kinders beskou word nie. Kwesbaarheid word gekoppel aan die kwaliteit van versorging. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die uitgebreide gesin ook in sommige gevalle kan bydra tot die kwesbaarheid van kinders deur beslag te lê op hul eiendom en grond of deur hul staatstoelaes te misbruik.²¹

Die term “vigs-wesies” is nie aanvaarbaar nie aangesien dit aanleiding kan gee tot vooroordeel. Sulke sorgbehoewende kinders se reeds benarde posisie kan deur die stigma verbonde aan MIV/vigs vererger word. Sulke kinders kan ook deur ander kinders verkwalik word omdat hulle uitgesonder word terwyl menige kind wat dieselfde behoeftes het, maar nie op grond van MIV/vigs nie, oorgesien word. Verder is dit nie altyd moontlik om agter te kom of

¹⁹ HSRC *A census report of orphaned and vulnerable children in two South African communities 2*.

²⁰ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children 9*.

²¹ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children 9-10*. Sien hfst 6, par 7.5 van hierdie proefskrif ivm “property grabbing”.

iemand wel aan MIV/vigs oorlede is nie aangesien dit nie 'n aanmeldbare siekte is nie en 'n persoon moontlik weens 'n sekondêre infeksie kan sterf.²²

1.4 “Kinders wat spesiale beskerming nodig” of “kinders in besonder moeilike omstandighede” as sorgbehoewende kinders

Die term “kinders in besonder moeilike omstandighede” word in artikel 1 van die Wet op Kindersorg gedefinieer as “kinders in omstandighede wat hulle hul mees fundamentele menslike behoeftes ontsê, soos kinders wat op straat woon en kinders wat aan gewapende konflik of geweld blootgestel is”. Die Kinderwet definieer nie hierdie begrip nie. Daar word slegs in artikel 150,²³ die ekwivalent van artikel 14 van die Wet op Kindersorg, verwys na 'n “child in need of care and protection” ('n sorgbehoewende kind).²⁴ Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie (hierna die “SA Regskommissie”) het in die *Review of the Child Care Act*²⁵ verwys na die volgende kategorieë kinders wat spesiale beskerming nodig:

- (1) Kinders wat onder erge armoede gebuk gaan.
- (2) Kinders wat geïnfekteer en geïmpakkeer is deur MIV/vigs, ingesluit weeskinders.
- (3) Kinders met gestremdhede en chroniese siektes.
- (4) Kinders wat deur mishandeling, verwaarlosing en verlating beïnvloed word.
- (5) Kinderarbeiders.
- (6) Kinders wat in die strate woon of werk.
- (7) Kinders wat seksueel kommersieel uitgebuit word.
- (8) Kinders wat in konflik met die reg is.
- (9) Kinders wat blootgestel word aan gewapende konflik of geweld.
- (10) Kinders wat vlugteling en ongedokumenteerde immigrante is.

²² HSRC *A census report of orphaned and vulnerable children in two South African communities 2*.

²³ Hierdie artikel het by inhandiging van hierdie proefskrif nog nie in werking getree nie.

²⁴ Sien par 1.1 hierbo vir 'n aanhaling van hierdie 2 artikels.

²⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103).

Die *White Paper for Social Welfare*²⁶ definieer die begrip “kinders in moeilike omstandighede” as daardie kinders wat van hul mees basiese menseregte ontnem is en wie se groei en ontwikkeling as gevolg daarvan aangetas word.²⁷

1.5 Versorger

Dit is belangrik dat die term “versorger” of “care-giver”, soos in die Kinderwet na verwys, ook gedefinieer word aangesien ’n kind moontlik as ’n sorgbehoewende kind beskou kan word ten spyte van die feit dat dit blyk dat so ’n kind wel versorg word deur ’n versorger anders as die ouer .

Die term “care-giver” word in artikel 1 van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het, soos volg gedefinieer:

'care-giver' means any person other than a parent or guardian, who factually cares for a child and includes-

- (a) a foster parent;
- (b) a person who cares for a child with the implied or express consent of a parent or guardian of the child;
- (c) a person who cares for a child whilst the child is in temporary safe care;
- (d) the person at the head of a child and youth care centre where a child has been placed;
- (e) the person at the head of a shelter;
- (f) a child and youth care worker who cares for a child who is without appropriate family care in the community; and
- (g) the child at the head of a child-headed household

’n Versorger behoort alle aspekte van versorging aan die kind te verskaf en behoort verantwoordelikheid te aanvaar vir versorging van die kinders onder sy of haar sorg. Die navorsers in die bovermelde RGN-studie na die definisie van weeskinders en kwesbare kinders het tot die volgende gevolgtrekkings gekom ten opsigte van die definisie van ’n versorger:

²⁶ Departement van Maatskaplike Ontwikkeling, Augustus 1997.

²⁷ Kl 18.

- (1) 'n Versorger is iemand wat toesien dat die grondwetlike regte van die kind uitgevoer en gerespekteer word. So 'n persoon kan egter ook moontlik die kind aan die hoof van 'n huishouding insluit.²⁸
- (2) 'n Versorger moet toesien dat die kind psigososiaal ontwikkel en hom of haar ondersteun daarin en die kind opvoed met betrekking tot morele, kulturele en godsdienstige waardes en basiese higiëne.²⁹
- (3) Die versorger moet verantwoordelik wees. Indien enigiets met die kind gebeur moet die versorger gereed wees om die kind by te staan.³⁰

Wie is die primêre versorger³¹ van die kind na wie daar telkens in menige kinderreg-bron verwys word? Is dit die broodwinner of die persoon wat tuis na die kind omsien? Hierdie vraag is nie direk in die laasgenoemde studie beantwoord nie maar daar is wel gevind dat hierdie twee rolle onderskei móét word en op gelyke voet behandel moet word, veral omdat dit ook gepaardgaan met die rolverdeling van die geslagte.³² Die primêre versorger kan die persoon wees wat inkomste genereer of die persoon wat tuis na die kinders omsien.³³

Die term “primêre versorger” is in die 2003-weergawe van die Wetsontwerp op Kinders soos volg gedefinieer:³⁴

- (1) 'n Persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte om vir 'n kind te sorg beskik en daardie regte uitoefen.
- (2) 'n Persoon wat vir 'n kind sorg met die stilswyende of uitdruklike toestemming van die persoon in (1) genoem.

²⁸ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 13.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Sien in die algemeen hfst 5, par 4.11 hierbo in verband met die beginsel van die primêre versorger by egskeiding.

³² HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 14.

³³ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 9-10.

³⁴ KI 1.

- (3) 'n Pleegouer.
- (4) 'n Kinder- en jeugsorgwerker wat 'n kind by 'n kinder- en jeugsorgsentrum versorg.
- (5) 'n Persoon wat vir 'n kind sorg terwyl die kind in 'n tydelike plek van veiligheid woon.

Hierdie definisie is egter nie in die finale Kinderwet ingevoeg nie. Hierdie definisie blyk geïnkorporeer te wees by die definisie van 'n "care-giver" in artikel 1³⁵ van die Kinderwet.

Neem kennis dat daar in hierdie proefskrif 'n duidelike onderskeid getref word tussen die ouer en versorger van 'n kind. 'n Versorger is 'n persoon wat 'n kind versorg anders as die ouer van die kind.

2 OMSTANDIGHEDE WAARONDER KINDERS AS SORGBEHOEWEND BESKOU KAN WORD

2.1 Kinders wat deur MIV/vigs beïnvloed word³⁶

MIV/vigs plaas geweldige druk op MIV-positiewe persone en gesinne. Die gesinne word gekonfronteer met die versorging van 'n baie siek persoon, die dood van 'n geliefde en die verlies aan 'n broodwinner. Bejaardes en kinders kan moontlik aan die hoof van 'n huishouding beland. Die impak hiervan is geweldig vir almal daarby betrokke. Menige kind doen self die virus op by wyse van moeder-tot-kind-oordrag en seksuele misbruik. Die mite dat seks met 'n maagd MIV/vigs genees dra by tot hierdie krisis. Die volgende kinders word ingesluit by die term "kinders wat met MIV/vigs saamleef" ("children living with HIV/aids").³⁷

- (1) Kinders wat in onbesmette huishoudings opgroei maar wat deur die sosiale impak geaffekteer word (byvoorbeeld 'n degradering in toegang tot dienste en dienslewering).
- (2) Verlate kinders.

³⁵ Hierdie artikel het op 1 Julie 2007 in werking getree.

³⁶ sien ook hfst 2 hierbo ivm die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders.

³⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 543.

- (3) Kinders wat in MIV-besmette huishoudings grootword en geaffekteer word deur 'n magdom faktore, sowel voor as na die dood van die broodwinner.
- (4) Kinders wat kwesbaar is om self MIV op te doen.
- (5) Kinders wat reeds MIV opgedoen het.

Daar word vermoed dat kennisname van MIV-status deur 'n moeder daartoe kan aanleiding gee dat sy die baba opgee of verlaat. 'n Moeder vind moontlik eers by geboorte van die kind uit dat sy MIV-positief is.³⁸

Die getal kinders wat in huishoudings grootword waar een of albei versorgers of ouers MIV-positief is, groei daaglik. In sulke huishoudings het een of meer van die lede, in die meeste gevalle die versorgers of ouers, MIV/vigs en kan hulle: (1) moontlik diskriminasie ervaar as gevolg van die MIV-status ('n versorger of ouer kan moontlik sy of haar werk verloor as gevolg van MIV/vigs); (2) verhoogde finansiële, fisieke en emosionele spanning as gevolg van die verlies van inkomste, die versorging van die siek persone en begrafniskoste ervaar; (3) geheel of gedeeltelik onbevoeg wees as gevolg van MIV/vigs; en (4) sterf.³⁹

Vir kinders wat in huishoudings grootword waar een of meer van die lede MIV-positief is, begin die benarde toestand waarin hy of sy verkeer reeds lank voor die dood van die ouer of versorger. So 'n kind word in 'n rol geforseer waarvoor hy of sy glad nie gereed is nie. Talle van hierdie kinders moet hul ouers of versorgers versorg as die ouer of versorger hulpeloos en inkontinent raak as gevolg van gevorderde vigs. Ouer kinders moet dikwels die skool verlaat as gevolg van huishoudelike verantwoordelikhede, ingesluit die versorging van afhanklikes en die siek ouer of versorger. Na, en selfs voor die dood van die ouer of versorger al, moet die kind moontlik al die skool verlaat as gevolg van 'n tekort aan geld vir die betaling van skoolfonds, boeke en klere. Sulke kinders kan aan stigma blootgestel word as gevolg van die feit dat 'n gebrek aan kennis aanleiding daartoe gee dat ander lede van die gemeenskap ongegronde vrese vir besmetting toon. Kinders wat deur familieledede ingeneem word kan blootgestel word aan mishandeling, verwaarlosing en uitbuiting. Hulle kan vasgevang raak in situasies waar hulle moontlik blootgestel word aan, onder andere, kinderarbeid, jeugmisdadigheid,

³⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 543.

³⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 544.

haweloosheid, die straatlewe en prostitusie. Kinders in hierdie situasies staan menige risiko, ingesluit wanvoeding, siekte en elke risiko verbonde aan 'n tekort aan lewensmiddele en die verlies van 'n ouer, in die gesig. Afgesien van die behoeftes aan kos, klere en skuiling, benodig sulke kinders ook psigososiale ondersteuning ten einde hulle te help om die trauma geassosieer met die siekte en dood van 'n ouer te hanteer. Kinders in hierdie situasie kan ook moontlik vroeg swanger raak. Vir die babas wat uit sulke kinders gebore word, begin die wrede siklus net weer van voor af.⁴⁰

Myns insiens is 'n persoon nie gestremd bloot op grond van die feit dat hy of sy MIV-positief is nie. 'n MIV-positiewe persoon kan vir lank 'n relatief normale lewe lei. Verder kan 'n persoon wat teen-retrovirale middels neem vir jare lank geen of min tekens van die onderliggende MIV-infeksie toon. Die gesondheid van 'n MIV-positiewe persoon hang af van sy of haar CD4-telling op enige spesifieke oomblik. So 'n persoon se vatbaarheid vir sekondêre infeksies hang van sodanige telling af.

'n MIV-positiewe persoon kan egter op 'n punt kom waar sy of haar lewenskwaliteit en vermoë om dag-tot-dag take te verrig as gevolg van die infeksie negatief geaffekteer word. Dit is gewoonlik wanneer die meerdere simptomatiesefase van die siekte bereik word. Tydens hierdie fase word ernstige sekondêre infeksies opgedoen aangesien die immuunsisteem van die MIV-positiewe persoon toenemend agteruitgaan. Persone wat hierdie fase van die siekte betree is gewoonlik vir tot 50% van die tyd bedlêend. Hierna volg die finale fase van die siekte, naamlik vigs-gedefinieerde toestand.⁴¹ Vir doeleindes van hierdie proefskrif, word MIV/vigs as 'n gestremdheid beskou indien die bovermelde fases van die siekte bereik word en die MIV-positiewe persoon nie meer 'n normale lewe kan lei nie.

⁴⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 545.

⁴¹ Van Dyk *HIV/AIDS Care and counseling* 38-39.

2.2 Kinders wat in uiterste armoede lewe

Armoede is 'n veelsydige probleem wat 'n geweldige impak het op elke aspek van 'n kind wat daaraan blootgestel word, se lewe. Hierdie verskynsel strek verder as 'n tekort aan inkomste. Daar word vier klasse van armoede onderskei:⁴²

- (1) Onvoldoende inkomste en geleentede om 'n inkomste te verdien.
- (2) Onvoldoende geleentede om as mens te ontwikkel, byvoorbeeld opvoeding, basiese voeding en gesondheid en die vermoë om te ontspan en talente te ontwikkel.
- (3) 'n Gevoel van fisieke en ekonomiese onsekerheid of kwesbaarheid.
- (4) 'n Onvermoë om deel te neem aan gesins- en gemeenskapslewe en 'n onvermoë om jou eie toekoms te beïnvloed – magteloosheid en sosiale uitsluiting.

In Suid-Afrika lewe ses uit tien kinders in armoede. Hierdie kinders verteenwoordig 25% van alle Suid-Afrikaners wat in armoede lewe. Die redes vir hierdie toestand, soos byvoorbeeld apartheid, en die argumente en debatte in hierdie verband word nie vir doeleindes hiervan bespreek nie. Die feit waarvan kennis geneem moet word is dat miljoene kinders in Suid-Afrika aan armoede blootgestel word. Hierdie armoede het kindersterftes, swak gesondheid van kinders en wanvoeding tot gevolg.

2.2.1 Armoede en MIV/vigs

MIV/vigs en ander seksueel oordraagbare siektes word meer algemeen aangetref in gemeenskappe wat sosio-ekonomies arm is. In hierdie gemeenskappe word mans deur hoë vlakke van werkloosheid gedwing om na stede te migreer, is vroue nie in 'n posisie om veilige seksuele praktyke te beding nie, word vroue gedwing om prostitusie te beoefen, is lewensomstandighede swak, is gesondheidsorg onbevredigend of afwesig, is onkunde, ongeletterdheid en swak skoling wydverspreid, is alkoholmisbruik algemeen en het die tradisies wat mense saamvoeg verdwyn.⁴³

⁴² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 530.

⁴³ Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* 33.

Daar bestaan 'n spesifieke verband tussen MIV/vigs en armoede. Die sosio-ekonomiese ontworteling wat nagelaat is deur apartheid, hoë getalle ongeletterde volwassenes, 'n tekort aan geleenthede om 'n inkomste te verdien buite stedelike gebiede en swak gesondheidsorgdienste is faktore wat die verskil demonstreer tussen ontwikkelende lande, byvoorbeeld Suid-Afrika, en ontwikkelde lande, byvoorbeeld die VSA. Onder armoedige mense lei MIV-infeksie tot spoediger agteruitgang van gesondheid sowel as groter sosiale nagevolge vir die gesin van die MIV-positiewe persoon.⁴⁴

Wanvoeding geassosieer met armoede verswak persone se immuunstelsels en stel hulle bloot aan infeksies, byvoorbeeld tuberkulose en MIV. Armoediges word ook blootgestel aan gebrekkige dienste. Sommiges moet byvoorbeeld vier kilometer loop om lopende water te bereik. Dit dra by tot swak higiëne wat die kwesbaarheid vir infeksie vererger. MIV/vigs vererger uitbrake van tuberkulose in gebiede waar dit reeds algemeen voorkom. Armoede veroorsaak dat mense vasgevang voel in 'n wrede sirkel van hopeloosheid. Alkohol- en dwelmmisbruik sowel as promiskuiteit kom wyd voor in omstandighede waar mense ontvlugting soek van hul somber omstandighede. Prostitusie is in sommige gevalle die enigste inkomstegenererende aktiwiteit vir armoedige vrouens. Verder word geslagsongelykheid geassosieer met geweld en uitbuiting. Al die bovermelde gee aanleiding tot kwesbaarheid om MIV op te doen. Gesinsgeweld gee ook daartoe aanleiding dat vrouens meer vatbaar is vir MIV/vigs.⁴⁵

MIV/vigs en armoede het 'n vernietigende uitwerking op die lewens van kinders wat daaraan blootgestel word. Kinders se basiese regte op voedsel, ontwikkeling en beskerming word hulle in menige geval as gevolg van geboortestand ontnem. 'n Kind wat uit 'n armoedige gesin gebore word erf al die moeilikhede wat daarmee gepaardgaan. Hulle word selfs ontnem van geleenthede om hul lot te verbeter. Die MIV/vigs-pandemie het die lyding van hierdie kinders aansienlik vererger. Sulke kinders is meer vatbaar vir moeder-tot-kind-oordrag van MIV as gevolg van die feit dat moeders sowel as kinders nie vrye toegang tot teen-retrovirale middels

⁴⁴ Heywood "The achilles heel? The impact of HIV/AIDS on democracy in South Africa" in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 381.

⁴⁵ Defilippi "Dealing with poverty" in Uys & Cameron (reds) *Home-based HIV/AIDS care* 162-163.

het nie. 'n Groot aantal van hierdie babas sterf aan sekondêre infeksies op 'n baie jong ouderdom.⁴⁶

Wanneer die ouers of broodwinners siek word van MIV/vigs en nie meer 'n inkomste kan genereer nie, gaan die hele huishouding se omstandighede agteruit. Kinders kan hulself ook moontlik in omstandighede bevind waar hulle by familieledede moet gaan woon welke familieledede dan nóg meer afhanklikes op 'n klein inkomste moet versorg. Dogters kan hulself moontlik in hierdie omstandighede tot prostitusie wend of verhoudings met ouer mans aanknoop ten einde aan die lewe te bly. Toenemende armoede kan sulke dogters ook in situasies plaas waar hul moontlik verkrag kan word, byvoorbeeld om tot laat in die aand of vroeg in die môre te werk. Armoede is 'n baie belangrike risikofaktor by die seksuele misbruik van kinders.⁴⁷

Lewensverwagting nadat 'n persoon MIV/vigs opgedoen het word geassosieer met voeding, omgewing, gemoedstoestand, behuising en 'n groot aantal ander faktore wat gewoonlik met inkomste geassosieer word.⁴⁸

2.2.2 Kindersterftes⁴⁹

Die Suid-Afrikaanse samelewing toon 'n onvermoë om kinders behoorlik te voed en te onderhou. Die welstand van hierdie samelewing kan aan die sterftesyfer van kinders gemeet word. Suid-Afrika toon 'n perinatale sterftesyfer van ongeveer 4% (40 per 1 000 geboortes). Dit beteken dat 4% van fetusse en babas tussen die tydperk 28 weke na bevrugting en vier weke na geboorte sterf. 'n Hoë perinatale sterftesyfer dui gewoonlik op swak mediese versorging van die ma en die baba en swak toegang tot vorgeboorteklinieke. Dit dui ook daarop dat swanger vroue onvoldoende toegang het tot gesondheidsorgdienste, voeding en ander ideale sosiale toestande.⁵⁰ Die suigelingsterftesyfer in Suid-Afrika toon dat 45 uit 1 000 babas onder die

⁴⁶ Defilippi in Uys & Cameron (reds) *Home-based HIV/AIDS care* 164.

⁴⁷ HSRC *Sexual abuse of young children in Southern Africa* 135, 143.

⁴⁸ Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century – disease and globalisation* 363-364.

⁴⁹ sien in die algemeen hfst 2, par 2 in verband met die impak van MIV/vigs op kindersterftesyfers.

⁵⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 10) 531.

ouderdom van een jaar sterf. Dit beteken dat een uit elke 22 babas sterf voor hulle die ouderdom van een jaar bereik. Dit is 'n aanduiding van die algehele gesondheid en omgewings- en sosio-ekonomiese omstandighede in gemeenskappe.

2.2.3 Ongesondheid⁵¹ of sieklikheid

Dit is moeilik om die algemene gesondheid van kinders en die verskynsel van problematiese siektetoestande met sekerheid vas te stel aangesien nie alle siektes aanmeldbare siektes is nie. Dit blyk nie 'n probleem te wees by minder ernstige toestande nie, maar dehidrasie as gevolg van diarree, byvoorbeeld, is jaarliks vir die dood van duisende kinders verantwoordelik. Dit is egter nie aanmeldbaar nie. MIV/vigs is ook nie aanmeldbaar nie.⁵²

Armoede, swak primêre gesondheid en ongesonde lewensomstandighede is die belangrikste faktore verantwoordelik vir siekte en dood by kinders. Menige parasitiese en aansteeklike siekte, wat deur armoede vererger word, is voorkombaar deur immunisasie, beter toegang tot gesondheidsorg, verbetering van lewensomstandighede en 'n verbetering in inkomste.⁵³

2.2.4 Onder- of wanvoeding

Afgesien van MIV/vigs, word armoede en verhongering ook beskou as 'n onbegrensde ramp wat 'n groot bedreiging inhou vir die waardes wat in die Grondwet uiteengesit word. Indien die regering nie binnekort stappe doen om hul verpligting om elkeen van voldoende voedsel te voorsien⁵⁴ na te kom nie, is hierdie bepaling nie die papier werd waarop dit geskryf is nie. Artikel 27(2) bepaal dat die staat "...redelike wetgewende en ander maatreëls tref om binne sy beskikbare middele elk van hierdie regte in toenemende mate te verwesenlik". Dit is nou, onder

⁵¹ Sien, in die algemeen, hfst 2, par 9 hierbo in verband met die impak van MIV/vigs op die gesondheid van kinders.

⁵² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 13) 533-534.

⁵³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 13) 533. Hierdie bron het op 533-536 'n meer omvattende bespreking van ongesondheid onder kinders.

⁵⁴ A 27(1)(b).

andere, die reg op voldoende voedsel. Daar word geraam dat tussen 45% en 55% van Suid-Afrikaners (ongeveer 20 tot 28 miljoen) in armoede leef.⁵⁵

In Suid-Afrika is ondervoeding een van die grootste bydraende faktore tot sterftes en siekte onder kinders. Die *National food consumption survey in children aged 1-9 years: South Africa*⁵⁶ het getoon dat een uit vyf kinders onder nege jaar se groei belemmer word en dat een uit tien kinders ondergewig is as gevolg van wanvoeding. Die impak van MIV/vigs op reeds wangevoede kinders kan op verskeie vlakke waargeneem word. MIV/vigs by kinders verswak hul voedingstatus en 'n verswakte voedingstatus gee daartoe aanleiding dat die virus vinniger versprei.⁵⁷ Daar bestaan 'n direkte en sikliese verband tussen ondervoeding en infeksie. Ondervoeding takel immuniteit af.⁵⁸

Daar moet kennis geneem word van die feit dat wanvoeding nie noodwendig dui op 'n tekort aan kos nie. Dit dui op 'n tekort aan *voedingswaarde*. Kinders kry dus genoeg kos, maar nie genoeg kos met die nodige voedingswaarde nie. Mieliemeel is in menige gebied in Suid-Afrika die stapelvoedsel. Dit beskik egter nie oor voldoende voedingswaarde om gesonde kinders te verseker nie.⁵⁹

Voedselbeveiliging ("food security") vorm die kern van die konsep van konseptualisering van volhoubare ontwikkeling en armoedeverligting in Suid-Afrika.⁶⁰ Die Verenigde Nasies se *World Food Programme* en die *Food and Agricultural Organisation* het bevind dat die lewering en beskikbaarheid van voedsel in Suider Afrika in 2002/2003 deur die volgende faktore beïnvloed is:

⁵⁵ Jazhbay "Trashing the Constitution? Ignoring the rights of children under section 28(1)(c) and (d) of the Constitution" 2002 *De Rebus* 60.

⁵⁶ Labadarios D (red) (2000) Departement van Gesondheid.

⁵⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 13) 536.

⁵⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 13) 538.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* 2.

- (1) Swak reënval.⁶¹
- (2) Ekonomiese probleme en inflasie. Dit sluit probleme rondom makro-ekonomiese prestasie, inkonsekwente voedselbeleide, opeenvolgende jare van konflik, chroniese wanvoeding en die hoë voorkoms van MIV/vigs in.⁶²
- (3) Wanbestuur en swak beheer.⁶³
- (4) Korrupsie.⁶⁴
- (5) MIV/vigs. Die pandemie bring mee dat daar al hoe meer groot kwesbare groepe ontstaan wat 'n negatiewe impak het op sekuriteit rondom voedsel en bestaansmiddele. Dit bring die volgende probleme in die landbousektor mee: 'n ernstige uitputting van menslike hulpbronne, kapitaal word weggekanaliseer vanaf landbou, 'n verlies aan boerdery- en nie-boerderyinkomste en ander psigososiale faktore wat op produktiwiteit inwerk. Verder bestaan daar 'n gedurige verwisseling van arbeiders en 'n tekort aan arbeid. Die impak van MIV/vigs op landbou affekteer voedselsekuriteit direk op die volgende wyses: (1) 'n afname in die beskikbaarheid van voedsel weens 'n afname in produksie, 'n verlies aan arbeid, grond, ander bronne, lewende hawe en implemente; (2) 'n afname in toegang tot voedsel deurdat inkomste afneem; en (3) 'n afname in die stabiliteit en kwaliteit van voedselverskaffing aangesien daar wegbeweeg word van arbeidsintensiewe boerderye.⁶⁵

2.3 “Child-headed households”

Eerstens moet die definisie van 'n “child-headed household” vasgestel word.

Artikel 150(2)(b)⁶⁶ van die Kinderwet bepaal dat “[a] child found in the following circumstances may be a child in need of care and protection and must be referred for investigation by a designated social worker:...(b) a child in a child-headed household”. Verder word 'n kind aan

⁶¹ HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* 10.

⁶² HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* 11.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* 12.

⁶⁵ HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* 12-13.

⁶⁶ Hierdie artikel het by inhandiging van hierdie proefskrif nog nie in werking getree nie.

die hoof van 'n huishouding in artikel 1 ingesluit onder die definisie van 'n "care-giver". 'n "Child-headed household" of 'n kind aan die hoof van 'n huishouding word nie ingevolge die wet gedefinieer nie. Dit word wel in die *Children's Amendment Act*⁶⁷ soos volg gedefinieer:⁶⁸

- A provincial head of social development may recognise a household as a child-headed household if –
- (a) the parent, guardian or care-giver of the household is terminally ill, has died or has abandoned the children in the household;
 - (b) no adult family member is available to provide care for the children in the household;
 - (c) a child over the age of 16 years has assumed the role of care-giver in respect of the children in the household; and
 - (d) it is in the best interest of the children in the household.

Sloth-Nielsen, namens *Lawyers for Human Rights*, stel in 'n dokument getiteld *Legal and policy framework: Children growing up in child-headed households, 2002* voor dat die definisie van "child-headed households" die volgende insluit: (1) 'n huishouding wat deur 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar bestuur word, (2) wat alleen woon en (3) die huishouding behartig en (4) die ander broers en susters versorg aangesien (5) albei ouers oorlede is as gevolg van MIV/vigs; of (6) 'n huishouding waar daar 'n kind aan die hoof staan aangesien die primêre versorgers terminaal siek is as gevolg van MIV/vigs. Ek kan nie noodwendig saamstem met die feit dat slegs kinders deur MIV/vigs geraak, ingesluit is by hierdie definisie nie.

Die *Thandanani Children's Foundation* het vir doeleindes van 'n navorsingsdokument⁶⁹ "child-headed households" soos volg gedefinieer:

...households that were headed by persons who were under the age of 21, who were orphaned or abandoned and were:

- Managing, caring and supporting all the members of a home on their own;
- Managing, caring and supporting all the members of a home even though they were living with an adult as that adult was sick, disabled or terminally ill;
- Managing, caring and supporting all the members of a home even though they were living with a very elderly grandparent or relative; or
- Managing, caring and supporting all the members of a home as an adult relative provided limited supervision but was not present on a daily or possibly even a regular basis.

⁶⁷ 41 van 2007, welke wet nog nie tydens skryf van hierdie proefskrif in werking getree het nie.

⁶⁸ A 137(1).

⁶⁹ *The nature and extent of problems facing child-headed households within the Thandanani programme* (2003) 17.

Hierdie definisie is volgens my meer aanvaarbaar aangesien dit wyer toegepas kan word ten einde alle kinders in dieselfde omstandighede in te sluit.

Nog 'n aantal bepalings in die Kinderwet handel oor “child-headed households”. Ingevolge artikel 46, welke artikel by inhandiging van hierdie proefskrif nog nie in werking getree het nie, kan die kinderhof 'n bevel verleen te dien effekte dat 'n kind in 'n “child-headed household” in die sorg van die kind aan die hoof van die huishouding en onder toesig van 'n aangestelde volwassene geplaas word.

Verder bepaal artikel 137(7) van die *Children's Amendment Act* dat 'n kind aan die hoof van 'n huishouding alle dag-tot-dag besluite aangaande die huishouding en die kinders verbonde aan die huishouding mag neem asof hy of sy 'n volwasse versorger is. Volwasse toesighouers mag geen besluite namens die kinders neem alvorens die kinders geken is nie.⁷⁰ Volgens artikel 137(9) mag 'n “child-headed household” nie uitgesluit word van enige staats hulp of -programme vir armoedige huishoudings slegs op grond van die feit dat die huishouding deur 'n kind bestuur word nie.

Daar vind veranderinge plaas in die tradisionele metodes van versorging van kinders as gevolg van die impak van MIV/vigs op gemeenskappe. As gevolg van die feit dat 'n ma en 'n pa albei aan MIV/vigs sterf, word 'n toenemende aantal weeskinders nou versorg deur ouer broers of susters in hul tienerjare (sommiges so jonk soos 12 jaar) of bejaarde familieledede. Die presiese aantal “child-headed households” in Afrika is nie vasstelbaar nie. Dit is wel moontlik om te bepaal dat daar in plattelandse gebiede, byvoorbeeld Tanzanië, waar die versorgingsnetwerke sterker is, minder sulke huishoudings voorkom as in verstedelike gebiede, byvoorbeeld Zimbabwe en Zambië.⁷¹

In sommige gevalle neem bejaarde grootouers weeskinders in. Namate hierdie grootouers verouder en hul gesondheid agteruitgaan, word die situasie omgeswaai en moet die kinders na die grootouers omsien. Indien sulke grootouers sterf of by familieledede intrek om versorg te

⁷⁰ A 137(6).

⁷¹ Foster “Safety nets for children affected by HIV/AIDS in Southern Africa” in Pharoah (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* (hfst 4).

word, word hierdie kinders dikwels aan hul eie lot oorgelaat en moet hulle na hulself omsien. Die familieledede kan byvoorbeeld die kleiner kinders inneem maar die groter kinders op hul eie laat woon. In ander gevalle word “child-headed households” gevorm wanneer die ouer kinders daarop aandring dat die gesin nie verdeel nie, in die oorlede ouers se huis aanbly en na die kleiner kinders ook omsien. “Child-headed households” is gewoonlik ’n tydelike reëling. In menige geval gee dit die verantwoordelike familieledede geleentheid om eers te besin oor die wyse waarop ouerlose kinders hanteer gaan word. Daar word aanvaar dat sulke kinders dan op die ou end weer sal deel word van gewone huishoudings met ’n volwassene aan die hoof. In ander gevalle weer disintegreer “child-headed households” as gevolg van verskeie opeenvolgende krisis. Daarna eers word sulke kinders dan deur ander huishoudings ingeneem. In sommige gevalle is dit eers na so ’n krisis wat die familieledede, wat voorheen onseker was of hulle die kinders gaan inneem of nie, die kinders wel inneem en versorg. “Child-headed households” ondervind gewoonlik die volgende probleme:⁷²

- (1) Die ouer kinders wat as versorgers optree verlaat gewoonlik die skool ten einde hulle in staat te stel om ’n inkomste te genereer. Verder is daar gewoonlik nie geld vir skoolfooie, uniforms, boeke, ensovoorts nie.⁷³
- (2) Die ouer kinders moet hard werk om ’n inkomste te genereer terwyl die jonger kinders huishoudelike take moet verrig wat vroeër deur volwassenes behartig is.⁷⁴
- (3) Dogters kan moontlik voel dat daar druk op hulle is om te trou en dat die gesin se posisie daardeur sal verbeter. Dit gee aanleiding tot kinderhuwelike en vroeë swangerskappe. Verder word die volgende probleme wat algemeen by alle sorgbehoewende kinders voorkom, ook ondervind:
 - (a) Voedseltekort.
 - (b) Probleme met toegang tot onderwys en vaardigheidsontwikkeling.

⁷² Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* (hfst 4). Sien verder in die algemeen Goldblatt & Liebenberg “Current developments: Giving money to children: The state’s constitutional obligations to provide child support grants to child headed households” 2004 *SAJHR* 153 vir ’n verdere bespreking van die probleme wat “child-headed households” ervaar.

⁷³ Sien verder in die algemeen Thandanani Children’s Foundation *The nature and extent of problems facing child headed households within the Thandanani programme* 18-19, 20-21.

⁷⁴ Sien verder in die algemeen Thandanani Children’s Foundation *The nature and extent of problems facing child headed households within the Thandanani programme* 18-19.

- (c) 'n Stryd om in materiële behoeftes te voorsien.
- (d) 'n Tekort aan sielkundige ondersteuning.
- (e) Swak lewensvaardighede en kennis.
- (f) Mishandeling en uitbuiting.
- (g) 'n Afwesigheid van die veiligheidsnet wat die uitgebreide gesin daarstel.
- (h) Swak behuisingsomstandighede en onsekerhede rondom eiendomsreg.
- (i) Swak toegang tot gesondheidsorg.

Die *Thandanani Children's Foundation*⁷⁵ identifiseer, bo en behalwe die bovermelde probleme ook die probleem dat kinders in 'n "child-headed household" emosioneel uiters kwesbaar is. Hulle beskik oor addisionele verantwoordelikhede, moet die dood van 'n ouer hanteer en beskik nie altyd oor die nodige ondersteuningsnetwerke nie.⁷⁶

Die feit dat hierdie kinders die bovermelde probleme sonder enige volwasse hulp moet hanteer, maak kinders in "child-headed households" se situasie uniek. Daar moet kennis geneem word van die feit dat uitgebreide gesinne nie in alle gevalle sulke kinders verlaat en verstoot het nie. Nie alle "child-headed households" is ewe kwesbaar nie. Sommige van hierdie kinders woon naby familieledede en word dikwels deur hulle besoek en van materiële hulp voorsien. Sommige van hierdie situasies dien as voorbeeld van hoe die omstandighede wat MIV/vigs teweegbring het baasgeraak word. "Child-headed households" wat nie ondersteun word nie is uiters kwesbaar vir uitbuiting as 'n gevolg van behoefte en 'n tekort aan volwasse toesigging.⁷⁷

Die MIV/vigs-pandemie forseer menige jong adolessent om voortydig 'n volwasse rol te vervul en ontnem hulle van hul kinderjare. Sulke kinders moet noodgedwonge sekere lewensvaardighede aanleer ten einde hul posisie vol te staan. Broers en susters wat genoop is om op mekaar staat te maak vir ondersteuning mag moontlik verhoogde gevoelens van gesinseenheid en lojaliteit ervaar. Die rouproses kan egter aan die ander kant hierdie kind aan

⁷⁵ *The nature and extent of problems facing child headed households within the Thandanani programme.*

⁷⁶ Thandanani Children's Foundation *The nature and extent of problems facing child headed households within the Thandanani programme* 19-20.

⁷⁷ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* (hfst 4).

die hoof van 'n huishouding se taak bemoeilik aangesien so 'n kind steeds oorstelp is van woede en hartseer. Sulke kinders kan moontlik hierdie woede op die jonger afhanklikes uithaal. Die moeilikhede wat die oudste kind kan teëkom en die onvoorkombare opofferings wat so 'n kind moet maak, is oorweldigend en die kind moet erkenning daarvoor ontvang. Dit is noodsaaklik dat hierdie huishoudings geïdentifiseer word ten einde maksimum gemeenskaps-ondersteuning te geniet.⁷⁸

2.4 Straatkinders

Na raming leef sowat een miljoen kinders in Afrika op straat. Die grootste aantal straatkinders kom voor in lande waar disintegrasie van gesinstrukture en armoede deur oorlog of gewapende konflik meegebring is. Die meeste straatkinders probeer iets verdien deur te bedel, motors op te pas, te smous, of deur misdade te pleeg.⁷⁹

Sommige kinders se huislike omstandighede is van so 'n aard dat hulle hulself tot die strate wend. Sulke huishoudings word gewoonlik deur armoede, werkloosheid, onstabiele huwelike en alkoholmisbruik geteister. In Suid-Afrika word die situasie vererger deur spoedige verstedeliking en 'n onderwysstelsel wat nie daarin slaag om die wanbalans wat deur apartheid meegebring is, te herstel nie. Drie uit elke vier straatkinders probeer om in die dag 'n inkomste op die strate te genereer maar gaan saans huis toe. Die vierde een slaap op straat.⁸⁰ Dit blyk dat tradisionele hulpverlening geen uitwerking op die probleem van straatkinders het nie.⁸¹

Straatkinders kan moontlik die volgende probleme ervaar: Afknouery deur ouer kinders, voedsel- en klerasietekorte, bakleiery, seksuele teistering, 'n tekort aan komberse, skulding en

⁷⁸ Frohlich "The impact of AIDS on the community" in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 361.

⁷⁹ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 73.

⁸⁰ Sien in die algemeen Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 73 ev vir 'n verduideliking van die verskil tussen "children on the street" en "children of the street".

⁸¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 609-610.

geld, aantasting van menswaardigheid deur ander lede van die samelewing, 'n tekort aan gesondheidsorg, teistering deur die polisie, uitbuiting, ensovoorts.⁸²

Die Kinderwet definieer 'n straatkind soos volg:⁸³

'street child' means a child who-

- (a) because of abuse, neglect, poverty, community upheaval or any other reason, has left his or her home, family or community and lives, begs or works on the streets; or
- (b) because of inadequate care, begs or works on the streets but returns home at night;

2.5 Kommersiële seksuele uitbuiting van kinders

Kinderprostitusie is 'n geweldige, groeiende probleem in Suid-Afrika.⁸⁴ Volgens die *International Organisation for Migration* is die onwettige handeldryf in vroue en kinders op twee na die winsgewendste besigheid in Suider-Afrika. Daar word handel gedryf in vroue en kinders met die uitsluitlike doel van kinderprostitusie, onwettige en valse huwelike, onwettige aanneming en kinderarbeid voor oë. 'n Onbepaalde aantal kinders word ter wille van hulle liggaamsdele, waarmee onwettig handel gedryf word, gekoop en verkoop.⁸⁵

In die lig van die MIV/vigs-pandemie bestaan die wanindruk dat kinderprostitute veiliger is as ouer prostitute. Dit is ook moeiliker vir 'n kind om aan te dring op kondoomgebruik.⁸⁶

Tradisioneel word die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders in drie kategorieë geplaas, naamlik kinderprostitusie, kinderpornografie en die handel in kinders vir seksuele uitbuiting.

Die Wet op Kindersorg definieer “kommersiële seksuele eksploitering” as “die bewerkstelling van 'n kind om 'n seksuele daad teen 'n finansiële of ander vergoeding te verrig wat aan die

⁸² Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 74.

⁸³ A 1. Hierdie artikel het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree.

⁸⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 13) 648 ev.

⁸⁵ Richter in Pharoah (red) *A generation at risk?* 27.

⁸⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 10) 651.

kind, die ouers of voog van die kind, die bewerkstelliger of enige ander persoon betaalbaar is.”⁸⁷ Hierdie definisie is in die Kinderwet uitgebrei en bepaal soos volg:

'commercial sexual exploitation', in relation to a child, means-

- (a) the procurement of a child to perform sexual activities for financial or other reward, including acts of prostitution or pornography, irrespective of whether that reward is claimed by, payable to or shared with the procurer, the child, the parent or care-giver of the child, or any other person; or
- (b) trafficking in a child for use in sexual activities, including prostitution or pornography;

Die definisie van “sexual abuse” sluit ook “procuring or allowing a child to be procured for commercial sexual exploitation or in any way participating or assisting in the commercial sexual exploitation of a child” ingevolge die Kinderwet in.

Artikel 50A van die Wet op Kindersorg, wat handel oor kommersiële seksuele eksploitering van kinders, bepaal soos volg:⁸⁸

- (1) Enigiemand wat deelneem aan of betrokke is by die kommersiële seksuele eksploitering van 'n kind is aan 'n misdryf skuldig.
- (2) Enigiemand wat die eienaar, verhuurder, bestuurder, huurder of okkupeerder van eiendom is waarop die kommersiële seksuele eksploitering van 'n kind plaasvind en wat, binne 'n redelike tyd nadat inligting van sodanige voorval te wete gekom is, versuim om sodanige voorval by 'n polisiestasie aan te meld, is aan 'n misdryf skuldig.
- (3) Enigiemand wat aan 'n misdryf ingevolge hierdie artikel skuldig bevind word, is strafbaar met 'n boete, of met gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens 10 jaar, of met beide sodanige boete en sodanige gevangenisstraf.

Die Wysigingswet op die Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede)⁸⁹ handel spesifiek en in detail oor kinderprostitusie. Artikel 17 bepaal soos volg:

17 Seksuele uitbuiting van kinders

- (1) Iemand ("A") wat wederregtelik en opsetlik die dienste van 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B"), met of sonder die toestemming van B, gebruik vir finansiële of ander beloning, guns of vergoeding aan B of aan 'n derde persoon ("C")-
 - (a) met die doel om 'n seksuele handeling met B te pleeg, ongeag of die seksuele handeling gepleeg is al dan nie; of
 - (b) deur 'n seksuele handeling met B te pleeg,
 is, benewens enige ander misdryf waaraan hy of sy skuldig bevind kan word, skuldig aan die seksuele uitbuiting van 'n kind.

⁸⁷ Hierdie artikel is deur a 1(a) van die Wysigingswet op Kindersorg 13 of 1999 in die wet ingevoeg.

⁸⁸ Hierdie artikel is in die wet ingevoeg deur a 5 van die Wysigingswet op Kindersorg 13 van 1999.

⁸⁹ 32 van 2007.

- (2) Iemand ("A") wat wederregtelik en opsetlik die dienste van 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B") aan 'n derde persoon ("C"), met of sonder die toestemming van B, aanbied vir finansiële of ander beloning, guns of vergoeding aan A, B of 'n ander persoon ("D")-
- met die doel van die pleeg van 'n seksuele handeling met B deur C;
 - deur B uit te nooi, te oorreed of uit te lok om C toe te laat om 'n seksuele handeling met B te pleeg;
 - deur deel te neem aan of betrokke te wees by die pleging van 'n seksuele handeling met B deur C of sodanige handeling bevorder, aanmoedig of fasiliteer;
 - deur B beskikbaar te stel, aan te bied of aan te wend vir doeleindes van die pleging van 'n seksuele handeling met B deur C; of
 - deur B aan te hou, hetsy onder dreigement, mag, dwang, misleiding, misbruik van mag of gesag vir doeleindes van die pleging van 'n seksuele handeling met B deur C,
- is skuldig aan 'n misdryf van betrokkenheid by die seksuele uitbuiting van 'n kind.
- (3) Iemand ("A") wat-
- die pleeg van 'n seksuele handeling deur 'n derde persoon ("C") met 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B"), met of sonder die toestemming van B, opsetlik toelaat of wetens duld terwyl hy of sy die primêre versorger, soos omskryf in artikel 1 van die Wet op Maatskaplike Bystand, 2004 (Wet 13 van 2004), ouer of voog van B is; of
 - enige roerende of onroerende eiendom besit, huur, verhuur, bestuur, okkupeer of beheer daarvoor het en opsetlik toelaat of wetens duld dat sodanige roerende of onroerende eiendom gebruik word vir doeleindes van die pleging van 'n seksuele handeling met B deur C, met of sonder die toestemming van B,
- is skuldig aan die misdryf van bevordering van die seksuele uitbuiting van 'n kind.
- (4) Iemand ("A") wat opsetlik finansiële of ander beloning, guns of vergoeding ontvang uit die pleeg van 'n seksuele handeling met 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B"), met of sonder die toestemming van B, deur 'n derde persoon ("C"), is skuldig aan die misdryf van voordeeltrekking uit die seksuele uitbuiting van 'n kind.
- (5) Iemand ("A") wat opsetlik in die geheel of gedeeltelik leef van belonings, gunste of vergoeding vir die pleeg van 'n seksuele handeling met 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B"), met of sonder die toestemming van B, deur 'n derde persoon ("C"), is skuldig aan die misdryf van leef van die opbrengs van die seksuele uitbuiting van 'n kind.
- (6) Iemand ("A"), met inbegrip van 'n regspersoon, wat-
- enige reisreëlings maak of tref vir of namens enige derde persoon ("C"), hetsy sodanige ander persoon binne of buite die grense van die Republiek woonagtig is, met die opset om die pleging van enige seksuele handeling met 'n klaer of klaagster wat 'n kind is ("B"), met of sonder die toestemming van B, te fasiliteer, ongeag of daardie handeling gepleeg word al dan nie; of
 - enige inligting op enige wyse druk of publiseer wat bestem is om gedrag te bevorder of te fasiliteer wat 'n seksuele handeling met B daar sou stel,
- is skuldig aan die misdryf van die bevordering van kindersekstoere.

Die Wet op Films en Publikasies 65 van 1996 definieer kinderpornografie soos volg:

'kinderpornografie' ook enige beeld, ongeag hoe dit geskep is, of enige beskrywing van 'n persoon, werklik of nageboots, wat onder die ouderdom van 18 jaar is, of wat sodanig uitgebeeld of beskryf word, en wat-

- besig is met seksuele gedrag;
- deelneem aan, of 'n ander persoon help om deel te neem aan seksuele gedrag; of

- (iii) die liggaam, of dele van die liggaam, van sodanige persoon vertoon of beskryf op 'n wyse of in omstandighede wat, binne die konteks, neerkom op seksuele uitbuiting, of op so 'n wyse dat dit vir die doeleindes van seksuele uitbuiting gebruik kan word.⁹⁰

2.6 Kinders wat mishandel of seksueel misbruik word

Kindermishandeling kan ingevolge artikel 1 van die Kinderwet, welke artikel reeds in werking getree het, soos volg gedefinieer word:

'abuse', in relation to a child, means any form of harm or ill-treatment deliberately inflicted on a child, and includes-

- (a) assaulting a child or inflicting any other form of deliberate injury to a child;
- (b) sexually abusing a child or allowing a child to be sexually abused;
- (c) bullying by another child;
- (d) a labour practice that exploits a child; or
- (e) exposing or subjecting a child to behaviour that may harm the child psychologically or emotionally.

Die Wet op Gesinsgeweld 116 van 1998 onderskei tussen ekonomiese, emosionele, verbale en sielkundige, fisieke en seksuele mishandeling. Die definisies van elk van hierdie begrippe word kortliks hieronder bespreek.

2.6.1 Fisieke mishandeling

Die begrip "fisieke mishandeling" word in die Wet op Gesinsgeweld gedefinieer as "enige handeling of dreigement van fisieke geweld teenoor 'n klaer". Hierdie vorm van kindermishandeling verwys na die fisieke mishandeling van kinders onder die ouderdom van 18 jaar deur 'n ander persoon wat aanleiding gee tot fisieke besering, hetsy permanent of tydelik, met 'n potensiële noodlottige uitkoms.⁹¹ Dit sluit, onder andere, "non-accidental injury

⁹⁰ Hierdie definisie is in die wet ingevoeg deur a 1(a) van die Wysigingswet op Films en Publikasies 34 van 1999 en vervang deur die Wysigingswet op Films en Publikasies 18 van 2004.

⁹¹ Carsten & Du Plessis "Medico-legal aspects pertaining to children" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 360.

syndrome”,⁹² seksuele mishandeling of misbruik⁹³ en “non-accidental poisoning”⁹⁴ in.

“Non-accidental injury syndrome” kom die meeste voor onder die wit bevolking, jonger ouers, in geval van ongewenste swangerskappe, in gevalle waar daar huweliks- of verhoudingsprobleme bestaan of waar die ouer as kind mishandel is. Verder is die slagoffer in die meeste gevalle onder die ouderdom van twee jaar, met die meeste gevalle onder kinders tussen 14 en 16 weke. In sommige gevalle vind dit plaas as gevolg van die feit dat die kind aanhoudend huil of knieserig is, of dat die kind chronies siek of gestremd is. Omgewingsfaktore wat ’n rol speel in die voorkoms hiervan is lae sosio-ekonomiese status, die onbesikbaarheid van ondersteuningsnetwerke vir die ouers en stres verbonde aan die omstandighede.⁹⁵

Aangesien lyfstraf in hierdie stadium vlambare debatte ontketen, moet hier kortliks daarna verwys word. Ek poog nie om die verskillende standpunte vir doeleindes van hierdie proefskrif weer te gee nie. Dit is egter noodsaaklik om kennis te neem van die huidige regsposisie in hierdie verband.

Lyfstraf word in skole verbied deur artikel 10 van die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 (hierna “die Skolewet”).⁹⁶ Enige persoon wat hierdie bepaling oortree is aan ’n misdadig skuldig en strafbaar. Verder verwys die *Children’s Amendment Bill* ook na lyfstraf.⁹⁷ Artikel 139(1) bepaal dat “[a] person who has control of a child, including a person who has parental responsibilities and rights in respect of the child, must respect to the fullest extent possible the child’s right to physical integrity as conferred by section 12(1)(c), (d) and (e) of the

⁹² Hierdie sindroom word gekenmerk deur repeterende episodes van nie-toevallige geweld wat veelvoudige fisieke beserings by kinders van verskillende ouderdomme teweegbring. Sien in die algemeen Carsten & Du Plessis in Davel (red) *et al Introduction to child law* 360 vir ’n volledige bespreking hiervan.

⁹³ Hierdie begrip word in par 2.6.3 hieronder afsonderlik bespreek.

⁹⁴ Hierdie sindroom kom voor as gevolg van berekende, verskuilde toediening van gifstowwe aan ’n kind. Sien in die algemeen Carsten & Du Plessis in Davel (red) *et al Introduction to child law* 365 vir ’n volledige bespreking hiervan.

⁹⁵ Carsten & Du Plessis in Davel (red) *et al Introduction to child law* 361.

⁹⁶ Sien in die algemeen *Christian Education South Africa v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (KH).

⁹⁷ Daar moet kennis geneem word van die feit dat hierdie bepaling nie in die *Children’s Amendment Act* ingevoeg is nie en dus nie op hierdie stadium, by inwerkingtreding van die Wysigingswet, gaan deel vorm van die Kinderwet nie.

Constitution.” Hierdie artikel maak verder voorsiening vir die verbod op sekere ander vorme vir lyfstraf van kinders. Dit blyk dat lyfstraf deur ouers toegepas nie onwettig is nie maar dat enige ander lyfstraf van ’n kind onwettig is. Lyfstraf moet egter matig toegepas word en nie neerkom op wrede of vernederende optrede nie. Artikel 12(1)(c) van die Grondwet bepaal dat “[e]lkeen het die reg op vryheid en sekerheid van die persoon, waarby inbegrepe is die reg om – (c) vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong; (d) op geen wyse gemartel te word nie; en (e) nie op ’n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie.”⁹⁸

2.6.2 *Emosionele, verbale en sielkundige mishandeling*

Hierdie tipe van mishandeling word in die Wet op Gesinsgeweld soos volg gedefinieer:

...’n patroon van verkleinerende of vernederende optrede teenoor ’n klaer, met inbegrip van-

- (a) herhaaldelike beledigings, bespotting of uitskellery;
- (b) herhaaldelike dreigemente om emosionele leed te veroorsaak; of
- (c) die herhaaldelike tentoonstelling van obsessionele besitlikheid of jaloesie, wat van so ’n aard is dat dit ernstig inbreuk maak op die klaer se privaatheid, vryheid, integriteit of sekuriteit.

Hierdie vorm van mishandeling kan gedefinieer word as ’n baie subtiele vorm van emosionele aftakeling. Dit beskadig emosionele en/of verstandelike ontwikkeling van die kind. Dit kan twee vorms aanneem: In die eerste plek aktiewe mishandeling (indien die kind, byvoorbeeld, pertinent en konstant gedreig, verkleineer of gekritiseer word) en in die tweede plek passiewe mishandeling (indien die ouer, byvoorbeeld, die kind ontnem van liefkosing of weier om met die kind te praat of na hom of haar te luister).⁹⁹

Die Wet op Gesinsgeweld definieer “seksuele mishandeling” as “enige gedrag wat die klaer mishandel, verneder, verkleineer of andersins die klaer se seksuele integriteit skend”.

⁹⁸ Sien in die algemeen Bekink “When do parents go too far? Are South African parents still allowed to chastise their children through corporal punishment in their private homes?” 2006 SAJ CJ 173.

⁹⁹ Carstens & Du Plessis in Davel (red) *et al Introduction to child law* 365. Sien ook hierdie bron vir die tekens van emosionele misbruik en die kliniese ondersoek wat uitgevoer moet word.

2.6.3 Seksuele mishandeling

Seksuele mishandeling of misbruik word in artikel 1 van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het, soos volg gedefinieer:

'sexual abuse', in relation to a child, means-

- (a) sexually molesting or assaulting a child or allowing a child to be sexually molested or assaulted;
- (b) encouraging, inducing or forcing a child to be used for the sexual gratification of another person;
- (c) using a child in or deliberately exposing a child to sexual activities or pornography; or
- (d) procuring or allowing a child to be procured for commercial sexual exploitation or in any way participating or assisting in the commercial sexual exploitation of a child;

Carstens en Du Plessis¹⁰⁰ definieer seksuele misbruik of mishandeling soos volg:

Sexual abuse refers to acts of a sexual nature, including exposure, genital manipulation, *fellatio*,^[101] sodomy and *coitus*,^[102] inappropriately perpetrated by adults (or other children) upon children. The perpetrating adult may be related to the child or not. Sexual abuse is common in all race groups and in all socio-economic groups, with about one child in eight being abused sexually.

Seksuele misbruik van kinders kan moontlik daartoe aanleiding gee dat die MI-virus versprei. Seksuele misbruik van dogters kan daartoe aanleiding gee dat hierdie kinders in adolessensie hoë-risiko seksuele verhoudings aanknoop.¹⁰³

2.6.4 Ekonomiese mishandeling

Ekonomiese mishandeling gaan nie vir doeleindes van hierdie proefskrif in detail bespreek word nie. Daar moet egter kennis geneem word van die feit dat dit erken en gedefinieer word in die Wet op Gesinsgeweld, en wel soos volg:

¹⁰⁰ in Davel (red) *et al Introduction to child law* 362. Sien ook hierdie bron vir die tekens van seksuele misbruik en die kliniese ondersoek wat uitgevoer moet word.

¹⁰¹ Orale seks.

¹⁰² Geslagsgemeenskap.

¹⁰³ Defilippi in Uys & Cameron (reds) *Home-based HIV/AIDS care* 164. Met hoë-risiko seksuele verhoudings word bedoel seksuele verhoudings waar die partye daarby betrokke 'n groot gevaar loop om MIV op te doen deur beoefening van onveilige seksuele praktyke.

"ekonomiese mishandeling" ook-

- (a) die onredelike weerhouding van ekonomiese of finansiële bronne waarop 'n klaer regtens geregtig is of wat die klaer uit noodsaak benodig, met inbegrip van huishoudelike noodsaaklikhede vir die klaer, en verband terugbetalings of betaling van huur ten opsigte van die gedeelde woning; of
- (b) die onredelike vervreemding van huishoudelike besittings of ander eiendom waarin die klaer 'n belang het;

2.7 Kinders wat aan skadelike kulturele praktyke en kinderhuwelike blootgestel word

Kinders is, net soos die res van die bevolking, daarop geregtig om hul kultuur en godsdiens en praktyke wat daarmee gepaard gaan, te beoefen. Sommige godsdienstige en kulturele praktyke kan egter aanleiding gee tot fisieke nadeel en moontlike emosionele skade.¹⁰⁴

Een van die kulturele praktyke wat rede tot kommer is, is manlike besnydenis. Die rede hiervoor is die feit dat daar toenemend gevalle voorkom waar seuns en jong mans ernstige infeksie opdoen en drastiese en traumatiese noodoperasies moet ondergaan. Party sterf selfs. Dit gebeur as gevolg van die feit dat die prosedure deur onbekwame persone en met onsteriele instrumente uitgevoer word.¹⁰⁵

'n Verdere praktyk wat moontlik skadelik kan wees, is maagdelikheidstoetse. Voorstanders daarvan beskou dit as 'n praktyk wat die behoud van kulturele waardes tot gevolg het, wat vroeë swangerskappe verhoed en wat die verspreiding van MIV/vigs kniehalter. Teenstanders daarvan baseer hul argumente op die feit dat tradisionele maagdelikheidstoetse uitgevoer is deur dieselfde persoon, gewoonlik 'n nabye vroulike familielid, wat ook vir die seksuele opvoeding van die dogter verantwoordelik was. Dit is huidig nie meer die geval nie. Tans word massa-maagdelikheidstoetse uitgevoer deur 'n persoon wat moontlik bymotiewe kan hê. Verder is die toestand van die maagdevlies of himen nie noodwendig 'n betroubare aanduiding van seksuele maagdelikheid nie. Verder kan dogters wat nie die toets "geslaag" het nie moontlik blootgestel word aan stigma en vooroordeel. In sommige gevalle kan sulke dogters moontlik slagoffers van seksuele molestering wees. Ander nadele verbonde aan hierdie

¹⁰⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 10) 329.

¹⁰⁵ *Ibid.*

praktyk is die feit dat dit inbreuk maak op die reg op liggaamlike integriteit,¹⁰⁶ dat dit infeksies kan versprei en dat dit moontlik – gesien in die lig van die mite dat seks met 'n maagd MIV/vigs genees – kan aanleiding gee tot seksuele misbruik.¹⁰⁷ Die geval onlangs in KwaZulu-Natal waar maagdelikheidstoetse voorgehou is as metode om MIV/vigs, tienerswangerskappe en seksueel oordraagbare siektes te voorkom, kan moontlik aanleiding gee tot die bevordering van geslagsongelykheid deur die verantwoordelikheid van voorkoming op vrouens te plaas. Hierdie praktyk kan ook moontlik maagde in gevaar plaas om slagoffers van seksuele aanranding te word.¹⁰⁸

Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000¹⁰⁹ verbied diskriminasie op grond van geslag, ingesluit “female genital mutilation”. Die Kinderwet verbied ook hierdie praktyk, soos hieronder aangetoon.

Artikel 12 van die Kinderwet, welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie, bepaal soos volg in verband met sosiale, kulturele en godsdienstige praktyke en kinders:

- (1) Every child has the right not to be subjected to social, cultural and religious practices which are detrimental to his or her well-being.
- (2) A child-
 - (a) below the minimum age set by law for a valid marriage may not be given out in marriage or engagement; and
 - (b) above that minimum age may not be given out in marriage or engagement without his or her consent.
- (3) Genital mutilation or the circumcision of female children is prohibited.
- (4) Virginitv testing of children under the age of 16 is prohibited.
- (5) Virginitv testing of children older than 16 may only be performed-
 - (a) if the child has given consent to the testing in the prescribed manner;
 - (b) after proper counselling of the child; and
 - (c) in the manner prescribed.
- (6) The results of a virginitv test may not be disclosed without the consent of the child.
- (7) The body of a child who has undergone virginitv testing may not be marked.
- (8) Circumcision of male children under the age of 16 is prohibited, except when-
 - (a) circumcision is performed for religious purposes in accordance with the practices of the religion concerned and in the manner prescribed; or

¹⁰⁶ A 12(2) van die Grondwet.

¹⁰⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (hfst 10) 363.

¹⁰⁸ Abdool Karim “Heterosexual transmission of HIV – the importance of a gendered perspective in HIV prevention” in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 258.

¹⁰⁹ A 8(b).

- (b) circumcision is performed for medical reasons on the recommendation of a medical practitioner.
- (9) Circumcision of male children older than 16 may only be performed-
 - (a) if the child has given consent to the circumcision in the prescribed manner;
 - (b) after proper counselling of the child; and
 - (c) in the manner prescribed.
- (10) Taking into consideration the child's age, maturity and stage of development, every male child has the right to refuse circumcision.

Enige persoon wat artikel 12(2) tot (9) oortree is skuldig aan 'n misdryf.¹¹⁰

Artikel 43(3) van die *National Health Act* 61 van 2003 bepaal dat die minister spesifieke omstandighede kan voorskryf waarbinne besnydenis van 'n persoon as deel van 'n inisiasieseremonie kan plaasvind. Die Oos-Kaapse *Application of Health Standards in Traditional Circumcision Act* 6 van 2001 sowel as Limpopo se *Circumcision Schools Act* 6 van 1996 maak op provinsiale vlak voorsiening vir die kontrole van manlike besnydenis.

Wat kinderhuwelike betref moet daar van die volgende kennis geneem word: Die Huwelikswet 25 van 1961 bepaal dat geen seun onder die ouderdom van 18 jaar en geen dogter onder die ouderdom van 15 jaar bevoeg is om 'n geldige huwelik aan te gaan nie tensy die minister of 'n beampte in die staatsdiens toestemming daartoe verleen.¹¹¹ Die minister kan na die voltrekking van so 'n huwelik skriftelik gelas dat dit wel 'n wettige huwelik is.¹¹²

Die Kinderwet, soos hierbo in artikel 12(2) aangedui, maak ook voorsiening vir 'n verbod op huweliksluiting van kinders. Verder word 'n gedwonge huwelik, in artikel 1, ingesluit by die definisie van die uitbuiting van 'n kind. Dit blyk dus dat, indien 'n kind gedwing word om 'n huwelik met 'n spesifieke persoon te sluit, die persoon wat die kind gedwing het, skuldig is aan uitbuiting van die kind. Een van die pertinente doelwitte van die Kinderwet is om alle kinders teen uitbuiting te beskerm.¹¹³ Verder word daar in verskeie ander artikels verwys na die feit dat

¹¹⁰ A 305(1)(a) en (c), (6) en (7). So 'n dader kan 'n boete opgelê word en/of tot 'n maksimum van tien jaar tronkstraf gevonnis word. Indien 'n persoon 'n tweede maal aan so 'n oortreding skuldig bevind word, word die maksimum tronkstraf verleng na twintig jaar en/of 'n boete.

¹¹¹ A 26(1).

¹¹² A 26(2).

¹¹³ A 2(f). Hierdie artikel het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree.

kinders teen uitbuiting beskerm moet word,¹¹⁴ dat die kinderhof alle aangeleenthede waar dit blyk dat die kind uitgebuit is kan aanhoor¹¹⁵ en dat kinders wat uitgebuit word of in omstandighede lewe waar hulle moontlik uitgebuit kan word as sorgbehoewende kinders beskou word.¹¹⁶

2.8 Kinders met ander gebreke

Artikel 9(b) van die Wet op Sosiale Bystand¹¹⁷ bepaal as volg:

'n Persoon is, behoudens artikel 5, geregtig op 'n gestremdheidstoelae indien hy of sy –

- (a) ...
- (b) weens 'n fisiese of geestesgestremdheid onbekwaam is om uit hoofde van enige diens, werk of profesie die benodigde middele te verkry wat hom of haar in staat stel om vir sy of haar lewensonderhoud voorsiening te maak.

Verder word “people with disabilities” as volg in artikel 1 van die *Employment Equity Act*¹¹⁸ gedefinieer:

'people with disabilities' means people who have a long-term or recurring physical or mental impairment which substantially limits their prospects of entry into, or advancement in, employment.

Hierdie bovermelde definisies is die enigste statutêre definisies wat na gestremdheid verwys. Dit is egter gebaseer op 'n persoon se vermoë om te kan werk al dan nie. Dit sal byvoorbeeld moeilik wees om 'n kind se gestremdheid hieraan te meet.

Daar bestaan geen verdere statutêre definisie vir “gestremdheid” nie. Dit bly egter 'n konsep wat gekoppel word aan uitsluiting, ongelykheid en afhanklikheid. Kinders met gebreke word dikwels uitgesluit of uit die hoofstroom onttrek as gevolg van beperkte of geen toegang tot belangrike bronne en dienste in verband hiermee. Daar bestaan ook 'n nou band tussen

¹¹⁴ A 7(1)(l)(i) & 32(1)(b).

¹¹⁵ A 45(1)(f).

¹¹⁶ A 150(1)(e).

¹¹⁷ 13 van 2004.

¹¹⁸ 55 van 1998.

gebreke en armoede as gevolg van die ekstra onkoste wat die versorging van 'n persoon met 'n gebrek teweegbring. As gevolg van die gebrek aan dienste en bronne, groei menige gestremde kind op tot 'n volwassene wat nie veel vir die samelewing kan beteken nie.¹¹⁹ Daar bestaan in Suid-Afrika 'n algemene gebrek aan infrastruktuur ten einde gestremde persone in staat te stel om hul volle potensiaal te bereik. So kan sommige kinders, byvoorbeeld, nie skoolgaan nie aangesien hulle nie oor 'n rolstoel beskik nie en aangesien die naaste skool nie voorsiening maak vir leerlinge in rolstoele nie. Die vraag moet gevra word of die verskaffing van toerusting deel vorm van die kind se reg op basiese gesondheidsorg.¹²⁰

Die versorger van 'n gestremde kind is slegs geregtig op 'n sorgafhanklikheidstoelae indien hy of sy die kind op 'n permanente basis versorg.¹²¹ Dit kan ook tot gevolg hê dat 'n gesin wat 'n gestremde kind moet versorg in armoede gedompel word en nie skoolfooie, byvoorbeeld, kan bekostig nie. Vervoerkoste vir so 'n kind kan ook moontlik te hoog wees, veral indien die kind en sy of haar gesin in 'n plattelandse gebied of 'n "township" woon. Sulke kinders woon gewoonlik ver van terapeute en fasiliteite af en/of beskik nie oor die nodige vervoer nie.¹²²

Gestremde kinders kan ook moontlik kwesbaar wees in die sin dat hulle makliker blootgestel kan word aan mishandeling. Hulle beperkte beweeglikheid en vermoë om te kommunikeer kan hulle moontlik blootstel aan seksuele misbruik. Verder kan die spanning verbonde aan versorging van so 'n kind moontlik die risiko van mishandeling en verwaarlosing verhoog. Waar daar wel gevalle van mishandeling en/of verwaarlosing voorkom, is so 'n kind in 'n moeiliker posisie om hulp te soek. Verstandelik gestremde kinders word dikwels nie ernstig opgeneem nie en word nie beskou as betroubare getuies in strafsake nie. Selfs indien gevalle van mishandeling en verwaarlosing aangemeld word is beskermingsagentskappe, die polisie, die howe en die kindersorgstelsel nie altyd toegerus om dit te hanteer nie.¹²³

¹¹⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 10) 366.

¹²⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 10) 373.

¹²¹ A 7 van die *Social Assistance Act* 13 van 2004.

¹²² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 10) 374.

¹²³ *Ibid.*

Kinders met gebreke ondervind, onder andere, die volgende kategorieë van hindernisse:¹²⁴

- (1) Struikelblokke met betrekking tot die gesindheid van ander. Dit sluit, onder andere, onkundigheid in, asook die geloof dat gestremdheid 'n "vloek" is en dat sulke persone uit die samelewing verban moet word en fokus op die gebreke van die kind, pleks van dié goed wat hy of sy wel kan doen.
- (2) Fisieke struikelblokke. Dit sluit, onder andere, struikelblokke in geboude strukture, onvoldoende toegang tot skole en klinieke en ontoeganklike vervoerstelsels in.
- (3) Kommunikasiestruikelblokke. Dit sluit 'n tekort aan persone wat gebaretaal kan verstaan en 'n tekort aan fasiliteite waar familieledede gebaretaal kan aanleer, in.

2.9 Kinderarbeid

In alle gemeenskappe is kinders betrokke by arbeid, of dit nou binne hul eie gesinsopset is of buite die huis vir vergoeding. Nie alle arbeid moet as skadelik beskou word nie. Dit is egter moeilik om altyd 'n onderskeid te tref tussen arbeid in die normale loop van omstandighede en skadelike, uitbuitende arbeidspraktyke. Binne die gesinsopset ken ouers of versorgers aan elke gesinslid verantwoordelikhede toe wat bestaanbaar is met die spesifieke kind se ontwikkeling, geslag en ouderdom. Gesinne buit nie normaalweg en opsetlik kinders uit nie.¹²⁵ Afrika het 'n hoër voorkoms van kinderarbeid as enige ander streek. 41% van kinders onder 14 vorm deel van die arbeidsmark. Dit kom neer op meer as 80 miljoen kinders en bykans twee maal die getal in Asië. Dit reflekteer in die meeste gevalle die ongunstige ekonomiese situasie waarin gesinne hulself bevind eerder as die metode van opvoeding. Die grootste mark vir kinderarbeid in Afrika is huishoudelike dienste. Ander markte sluit, onder andere, kontrakarbeid op kommersiële plase, verkope, smousery, die mynbedryf, prostitusie en werk in "sjebeens" in.¹²⁶

Soos reeds verskeie male in die voorafgaande hoofstukke aangedui, word kinders toenemend aan die hoof van huishoudings in Suid-Afrika aangetref. As gevolg van die impak van MIV/vigs,

¹²⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) (hfst 10) 374-375.

¹²⁵ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 75.

¹²⁶ *Ibid.*

onder andere, beland kinders toenemend in kwesbare situasies en word hulle in sekere gevalle gedwing om op 'n baie jong ouderdom die skool te verlaat en geld te verdien.¹²⁷

Verweesdheid, veral, word geassosieer met die verhoogde voorkoms van kinderarbeid. Kinders aan die hoof van 'n huishouding moet, soos hierbo aangetoon, die skool verlaat en 'n inkomste genereer ten einde hul afhanklikes te onderhou. Dogters kan moontlik tot prostitusie of kinderhuwelike gedwing word. Weeskinders kan makliker blootgestel word aan kinderarbeid as gevolg van hul armoedige lewensomstandighede. Hierdie vervroegde verantwoordelikhede kan moontlik lei tot langtermyn-emosionele probleme, bydra tot verlore skolingsgeleenthede en –ontwikkeling, en seksuele uitbuiting. Kinderarbeid is in verskeie lande onwettig. Die probleem kan egter slegs beperk word indien daar alternatiewe oplossings vir armoede gevind word.¹²⁸

Die *South African Child Labour Action Programme, 1998*¹²⁹ definieer kinderarbeid as “work by children under 18 which is exploitative, hazardous or otherwise inappropriate for their age, or detrimental to their schooling, or social, physical, mental, spiritual or moral development.”

Ingevolge artikel 28(1)(e) van die Grondwet het elke kind die reg “om teen uitbuitende arbeidspraktyke beskerm te word.” Artikel 28(1)(e) bepaal verder dat elke kind die reg het “om nie verplig of toegelaat te word om werk te verrig of dienste te lewer nie wat – (1) onvanpas is vir 'n persoon van daardie kind se ouderdom; of (2) 'n risiko vir die kind se welsyn, opvoeding, liggaamlike of geestelike gesondheid of geestelike, morele of sosiale ontwikkeling inhou”.

Artikel 43 van die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 bepaal soos volg ten opsigte van die verbod op kinderarbeid:

- (1) Niemand mag 'n kind in diens neem nie-
 - (a) wat onder die ouderdom van 15 jaar is; of
 - (b) onder die minimum skoolverlaatouderdom ingevolge enige wet is, indien dit 15 jaar of ouer is.
- (2) Niemand mag 'n kind in diens neem nie vir diens-

¹²⁷ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 75.

¹²⁸ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 75-76.

¹²⁹ Soos aangeneem deur die *Programme of Action Workshop of Stakeholders* en geëndosseer deur die *Child Labour Intersectional Group*.

- (a) wat ongeskik is vir 'n persoon van daardie ouderdom;
 - (b) wat die kind se welsyn, opvoeding, liggaamlike of geestesgesondheid of geestelike, morele of sosiale ontwikkeling in gevaar stel.
- (3) Iemand wat 'n kind strydig met subartikels (1) of (2) in diens neem, begaan 'n misdryf.

Die *Children's Amendment Act* plaas in artikel 141(1) 'n verbod op die volgende arbeidspraktyke wat kinders betref:

- (1) Die gebruik, aanskaffing of aanbieding van 'n kind vir slawerny of praktyke gelykstaande aan slawerny, ingesluit maar nie beperk tot "debt bondage, servitude and serfdom", of geforseerde of verpligte arbeid of verskaffing van dienste.
- (2) Die gebruik van, aanskaffing van, aanbieding aan of indiensneming van 'n kind vir doeleindes van kommersiële seksuele uitbuiting.
- (3) Die gebruik van, aanskaffing van, aanbieding aan of indiensneming van 'n kind vir doeleindes van handeldryf in dwelmmiddels.
- (4) Die gebruik, aanskaffing of aanbieding van 'n kind vir die pleging van enige misdaad gelys in Skedule 1 of 2 van die Strafproseswet 51 van 1977 of 'n poging om dit te doen.
- (5) Die forsering van 'n kind om arbeid te verrig, of dit nou vir vergoeding is of nie.

3 GEVOLGTREKING

Die MIV/vigs-pandemie en die groeiende aantal weeskinders as gevolg daarvan lewer 'n groot uitdaging op filantropiese en ontwikkelingsvlak. Miljoene kinders het reeds en gaan nog in die toekoms hul versorgers verloor en aan ekonomiese, fisieke en psigososiale implikasies as gevolg van die siekte en afsterwe van hierdie versorgers blootgestel word. Een van die grootste bekommernisse is die feit dat hierdie kinders, as gevolg van hul haglike omstandighede, moontlik die stabiliteit en sekuriteit van Suidelike Afrika kan kompromitteer. Daar bestaan definitief 'n verband tussen MIV/vigs, onveiligheid en onstabiliteit. Die pandemie sal waarskynlik verhoogde sosiale verskerwing en armoede tot gevolg hê. Armoede sal nie net die risiko van 'n kind om met die virus besmet te raak waarskynlik verhoog nie, maar hom of haar ook blootstel aan hoë vlakke van psigososiale risiko. 'n Aantal kinders wat deur MIV/vigs geaffekteer word sal dus vermoedelik las hê van negatiewe psigososiale uitkomstes, uitbuiting en mishandeling, viktimisering en hulself moontlik wend tot misdaad en geweld. Dit is

ongewens en elke moontlike poging moet aangewend word om die onderliggende kwesbaarheid wat 'n kind aan sulke omstandighede blootstel, te bestry.¹³⁰

Dit is van belang om die definisie van die term “sorgbehoewende kinders” te ondersoek en te formuleer. Die rede hiervoor is die feit dat dit die eerste stap is in die ontwikkeling van ingrypingsprojekte en verdere navorsingsprojekte ten einde die presiese behoefte van sulke kinders te bepaal.¹³¹

Daar bestaan 'n aantal onmiddellike verwarrings rondom die vlakke van behoefte onder sorgbehoewende kinders, die relatiewe gereedheid van state om burgers behoorlik by te staan en die rol wat kultuur speel in die MIV/vigs-situasie. Die invloed van hierdie en ander kontekstuele veranderlikes met betrekking tot kwesbaarheid en die aard van die kwesbaarheid wat 'n kind ervaar, moet oorweeg word by die voortdurende ontwikkeling van 'n definisie van die term “kwesbaarheid”. Indien 'n gemeenskap, byvoorbeeld, droogte ervaar, word die toegang tot voedsel en water die kern van die versorging van die kinders in daardie gemeenskap. Dit is egter, nieteenstaande hierdie behoefte aan buigbaarheid, moontlik om 'n oorkoepelende stel “riglyne” saam te stel ten einde die kwesbaarheid wat kinders in spesifieke gemeenskappe ervaar, te verstaan.¹³²

Myns insiens is die hoofdoel met die ondersoek na en samestelling van 'n definisie van die term “sorgbehoewende kinders”, die feit dat hierdie kinders beter versorg kan word indien hul posisie en omstandighede beter verstaan word. Indien die omstandighede waar kinders moontlik as gevolg van MIV/vigs as sorgbehoewend beskou kan word ondersoek word, kan die omvang van die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders behoorlik begryp word, en kan maatreëls getref word om dit te beperk.¹³³

Menige kind word op die volgende vlakke negatief as gevolg van MIV/vigs geaffekteer: Ekonomiese behoefte, verminderde vlakke van versorging, swak gesondheid en voeding, nuwe verantwoordelikhede, inkomstegenerering, skoolverlating en 'n verlies aan sosiale

¹³⁰ Pharoah “Conclusion” in Pharoah (red) *A generation at risk?* 121.

¹³¹ HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* 18.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Sien hfst 6 hieronder ivm beperking van die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders.

konneksie. Hierdie kinders loop ook 'n groter risiko om met MIV besmet te word. Hierdie impakte kan ook vererger word deur die aard van die virus sowel as die omgewing waarbinne die kind leef. MIV-infeksie neig om herhaaldelik binne een gesin of familie voor te kom. Die kans is dus goed dat kinders gekonfronteer word met herhaaldelike siekte en dood. Hierdie verliese brei uit na die verlies van vriende, gesinsomstandighede, skolingsgeleentheid en selfs kindertyd as gevolg van armoede, stigma en migrasie wat baie maal voortspruit uit vigs- verwante siekte en dood.¹³⁴

Daar moet kennis geneem word van die feit dat verweesdheid 'n komplekse verskynsel is. Menige kinders groei nie in 'n stabiele gesinsomgewing op nie. 'n Aansienlike aantal kinders word in enkelouergesinne, gewoonlik met 'n moeder aan die hoof van die huishouding, groot. Die realiteit rondom kinders wat weggestuur word van hul ouerhuis ten einde toegang te verkry tot sorg en bronne, is nie 'n nuwe verskynsel nie. Pleegsorg en gemeenskapsgebaseerde versorging van gesinne het reeds in die verlede belangrike ondersteuningsmeganismes gevorm en volwassenes sowel as kinders beweeg tussen huishoudings rond as antwoord op veranderende omstandighede en behoeftes. Selfs indien ouers nie noodwendig afgesterwe het nie, kan 'n kind steeds in informele pleegsorg geplaas word by lede van die uitgebreide gesin. Daar word aan die hand gedoen dat relatief min kinders, ten spyte van vinnig stygende weeskind-getalle, hulself in die toekoms in uiters kwesbare omstandighede sal bevind.¹³⁵

MIV/vigs affekteer bykans alle lede van 'n ernstig geaffekteerde gemeenskap, selfs huisgesinne waarvan nie een van die lede MIV-positief is nie. Kinders wat deel is van sulke gemeenskappe ervaar besondere angstigheid rondom die dood en kan 'n obsessie oor siekte en sterfte hê. Die algemene mite dat MIV/vigs genees kan word deur seks met 'n maagd, byvoorbeeld, kan moontlik 'n dogter se kans om die virus op te doen en seksueel misbruik te word verhoog.¹³⁶

¹³⁴ Pharoah in Pharoah (red) *A generation at risk?* 116.

¹³⁵ Pharoah in Pharoah (red) *A generation at risk?* 115.

¹³⁶ Pharoah in Pharoah (red) *A generation at risk?* 117

Hoofstuk 4

MIV/vigs en die ouer-kind-verhouding

1 INLEIDING

Wêreldwyd is daar 'n beweging weg van ouerlike gesag of mag na die verantwoordelikhede en verpligtinge van die ouer sowel as dié van die kind. Kinderregte tree na vore terwyl regte van ouers 'n tree terug gee. Die hele familiereg asook ander regsvelde word deur hierdie klemverskuiwing sowel as die verandering van die definisies van, onder andere, die begrippe “ouer” en “gesin” geraak. In *V v V*¹ het die hof hierdie klemverskuiwing bevestig en bevind dat kinderregte nie langer slegs deur die gemenereg gereël word nie, maar ook deur die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (hierna “die Grondwet”). Suid-Afrika se reënboog van kulture, gelowe en gesinsvorme sowel as die onstuimige geskiedenis van die ontwikkeling van die gesin (byvoorbeeld manlike migrasie tydens die apartheidsjare) leen hom tot diversiteit, buigsaamheid en verandering in hierdie opsig.

Die *United Nations Convention on the Rights of the Child*, 1989 (hierna “die 1989-Konvensie”) bepaal dat “...both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.” Verder het elke kind ingevolge dieselfde dokument die reg om albei ouers te ken en deur hulle versorg te word.² Die *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 1979 bevorder geslagsgelykheid tussen die ouers.³

Dit is om die volgende redes belangrik om ouerlike verantwoordelikhede en regte in 'n navorsingsdokument van hierdie aard te behandel:

¹ 1998 (4) SA 169 (K) 176D.

² Onderskeidelik ingevolge kl 18 en 7.

³ Kl 16(1). Sien ook a 9 van die Grondwet in verband met onbillike diskriminasie op grond van geslag.

- (1) Die vrae oor wat presies ouerlike verantwoordelikhede en regte behels en wie daarvoor beskik, moet beantwoord word. Daar bestaan verskeie redes hiervoor. So is die klem, onder andere, besig om te verskuif vanaf ouerlike gesag en regte na ouerlike verantwoordelikhede en verpligtinge. Daar bestaan dus onsekerhede hieroor. Hierdie onsekerhede moet so ver moontlik uit die weg geruim word deur na die huidige regsposisie en vergelykbare regstelsels te verwys. Verder moet die lys van persone wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik gedurig uitgebrei word as gevolg van die toenemende aantal weeskinders in Suid-Afrika.
- (2) Ouerlike verantwoordelikhede en regte sluit die gedeeltelike reg in om oor die mediese behandeling van en die uitvoering van chirurgiese operasies op hul kinders te besluit. Vir 'n MIV-positiewe minderjarige kan teen-retrovirale behandeling en behandeling vir sekondêre infeksies letterlik die verskil tussen lewe en dood beteken. Verder moet die vraag gevra word of 'n ouer kan weier dat 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar vir MIV getoets word.
- (3) Gemeenregtelike ouerlike verantwoordelikhede en regte sluit die reg om te besluit met wie die kind assosieer in. Die vraag moet gevra word of dit 'n ouer se reg is om 'n gesonde kind te verbied om met 'n MIV-positiewe persoon in die normale loop van alledaagse omstandighede om te gaan. Dit het toepassing op maats, skoolonderwysers, die nuwe gade of een van die gesinslede van 'n geskeide ouer, ensovoorts.
- (4) 'n Ouer kan moontlik weier dat 'n kind seks- of MIV/vigs-voorligting ontvang terwyl dit vandag lewensnoodsaaklik is dat kinders op 'n jong ouderdom, maar op 'n vlak wat kinders van daardie ouderdom verstaan, reeds oor hierdie aspekte ingelig word.
- (5) Wie mag besluit om die kind in te lig aangaande sy of haar MIV-status of om sodanige inligting te weerhou?
- (6) Staatsinmenging in die private ouer-kind-verhouding is 'n netelige kwessie. Dit moet aangespreek word aangesien dit 'n integrale deel vorm van die reg met betrekking tot ouerlike verantwoordelikhede en regte en die beskerming van kinderregte.

In die volgende paragrafe word die omvang van ouerlike verantwoordelikhede en regte *kortliks* bespreek. Die netelige kwessie van gelykheid tussen die verskillende geslagte en klasse ouers (byvoorbeeld binne- en buite-egtelike ouers) word nie vir doeleindes van hierdie verhandeling bespreek nie. Daar moet egter kennis geneem word dat debat wel oor hierdie sake gevoer word. Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie (hierna "die SA

Regskommissie”), byvoorbeeld, gee aandag aan die gelykheidskwessie tussen ouers.⁴ Verder word ouerlike verantwoordelikhede en regte en kinderregte, inmenging deur die staat in ouerlike verantwoordelikhede en regte asook ouerlike verantwoordelikhede en regte en MIV/vigs-opvoeding behandel. Die belangrikste aspek van hierdie hoofstuk is die bespreking van ouerlike verantwoordelikhede en regte en die mediese behandeling van minderjarige kinders.

Alvorens daar met die res van die hoofstuk voortgegaan word, moet daar kennis geneem word van die feit dat, indien daar na ouerlike verantwoordelikhede en regte in die algemeen verwys word, dit die verantwoordelikhede, verpligtinge en regte van die persone wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik insluit, tensy dit spesifiek na iets anders verwys of indien daar spesifiek na tradisionele ouerskap verwys word.

2 DIE AARD EN INHOUD VAN OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE

Ek meen dat die inhoud van ouerlike verantwoordelikheid of te wel ouerlike gesag in twee afdelings gedeel kan word naamlik die fisiese versorging van die kind en die opvoeding van die kind ... Wat die opvoeding van die kind betref het ouers 'n plig om die karakter van die kind te vorm. Dit moet gedoen word deur onder andere die kind te leer om eerlik, opreg, gehoorsaam en eerbiedig te wees ... hierdie ouerlike verantwoordelikheid val natuurlik op die skouers van beide ouers. Ek meen nie dat 'n bevel in terme waarvan beheer en toesig van 'n kind aan een ouer toegeken word dit die plig van die ander ouer wegneem om toe te sien dat die kinders behoorlik opgevoed word nie. Myns insiens het alle kinders die reg op die invloed wat beide hulle ouers op hulle lewe kan hê ... dit is tensy gesê kan word dat die invloed van een ouer sodanig is dat dit die kinders skade sal berokken. Dit is van wesenlike belang vir 'n kind se sosiale emosionele en geestelike ontwikkeling dat daar volgehoue en konstruktiewe kontak en sodoende invloed van beide ouers moet wees.⁵

2.1 Die definisie en betekenis van ouerlike verantwoordelikhede en regte

Ouerlike verantwoordelikhede en regte is die somtotaal van die regte en verpligtinge van 'n ouer wat uit hoofde van sy of haar ouerskap ontstaan ten opsigte van sy of haar minderjarige kind.⁶ Visser en Potgieter maak 'n toevoeging tot hierdie definisie en stel dat “...welke regte,

⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 236 ev (hfst 8). Sien ook Du Toit “Integrating care and justice in South African family law: Laying the theoretical foundation” 2002 *TSAR* 46.

⁵ De Vos R in *Rudolph v Van Zyl* [2003] JOL 10893 (T) soos aangehaal deur die redakteur in 2003 *THRHR* 388.

⁶ Cronjé & Heaton *Familiereg* 203.

verantwoordelikhede en verpligtinge in belang van die kinders uitgeoefen moet word".⁷ Ouerlike verantwoordelikhede en regte kan ook beskryf word as "...’n somtotaal van regte, verpligtinge, verantwoordelikhede en bevoegdhede ten opsigte van die grootmaak en versorging van ’n kind met die uiteindelijke oogmerk om hom na rasonale onafhanklikheid te begelei."⁸

Ouerlike verantwoordelikhede en regte moet gesien word as ’n unieke regs-konsep as gevolg van die spesiale verhouding tussen kinders en hul ouers. Die konsep van ouerlike verantwoordelikhede en regte bestaan vir die beskerming van kinders. Hierdie beskermingsmaatreëls moet in die beste belang van die kind uitgeoefen word. Ten einde die ouer in staat te stel om ouerlike verantwoordelikhede en regte sowel as verpligtinge uit te oefen moet die ouer ook oor sekere regte beskik. Hierdie regte spruit voort uit die ouer se plig om die kind te beskerm en in sy of haar beste belang op te tree.⁹

2.2 Die verkryging van ouerlike verantwoordelikhede en regte

Daar moet kennis geneem word van die feit dat ouerlike verantwoordelikhede en regte wat tussen ’n kind en sy of haar natuurlike ouers, aangenome ouers en *ex lege* voogde bestaan, bepaal word deur die regstatus van die kinders sowel as die genoemde potensiële voogde. Die reg op residensie, kontak en/of voogdy en die verantwoordelikheid om ’n kind te onderhou is afhanklik van die ouer of potensiële voog se status as ouer, voog, aangenome ouer en enige hofbevele wat sodanige regte en verantwoordelikhede beïnvloed. Status word gewoonlik deur die *lex domicilii* bepaal. By die bepaling van status in die geval van kinders bestaan daar egter geen praktiese reëls nie. Die enigste riglyn is die beste belang van die kind. Die hof kan dus die *lex domicilii*, statutêre bepalings of selfs die *lex fori* toepas om status te bepaal. Die toepassing van die "status-reël" het byvoorbeeld toepassing by die bepaling van voogdy waar die een ouer saam met die kind in ’n ander land as die ander ouer woon.¹⁰

⁷ Visser & Potgieter *Inleiding tot die familiereg* 178.

⁸ Human "Kinderregte en ouerlike gesag: ’n Teoretiese perspektief" 2000 *Stell LR* 79.

⁹ Kruger "The legal nature of parental authority" 2003 *THRHR* 284. Sien hierdie bron ook, in die algemeen, vir ’n bespreking van die regsraad van ouerlike gesag en die teorieë in hierdie verband.

¹⁰ Eiselen "Children and young persons in private international law" in Robinson (red) *The law of children and young persons* 217-218. Sien ook hierdie bron vir ’n bespreking, in die algemeen, oor die vasstelling van status by egskeiding, voogdy, bewaring, toegang, onderhoud en abduksie.

Ouerlike verantwoordelikhede en regte kon voor inwerkingtreding van artikels 19 tot 21 van die Kinderwet 38 van 2005 (hierna die “Kinderwet”) op 1 Julie 2007, verkry word deur die geboorte van ’n kind uit ’n wettige huwelik, deur die geboorte van ’n buite-egtelijke kind (slegs ’n moeder het in hierdie geval ouerlike verantwoordelikhede en regte verkry),¹¹ deur die wettiging van ’n buite-egtelijke kind (deurdat die vader van ’n buite-egtelijke kind ’n huwelik sluit met die moeder) en deur aanneming.¹² Die hof het in *F v L*¹³ soos volg bepaal:

A father acquires parental authority over his natural children in three ways, namely birth from a valid marriage, secondly, legitimation and, thirdly, adoption. (See *Voet* 1.6.4.) A mother, on the other hand, acquires her parental authority by reason of birth. She cannot make a bastard.¹⁴

’n Vader van ’n buite-egtelijke kind kon vroeër ingevolge die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelijke Kinders 86 van 1997 (hierna “die Wet op Natuurlike Vaders”)¹⁵ bewaring van, toegang tot of voogdy oor sy kind verkry by wyse van ’n hofaansoek. Die hof kon so ’n bevel verleen op die voorwaardes deur die hof bepaal.¹⁶

Bovermelde artikels 19 en 20 van die Kinderwet bevestig die gemeenregtelike posisie ten opsigte van ouerlike verantwoordelikhede en regte van moeders en getroude vaders. Artikel 21 het egter massiewe regshervorming teweeggebring deurdat ’n vader van ’n buite-egtelijke kind nou ook oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik. Artikel 21(1) bepaal soos volg:

- (1) The biological father of a child who does not have parental responsibilities and rights in respect of the child in terms of section 20, acquires full responsibilities and rights in respect of the child –
 - (a) if at the time of the child’s birth he is living with the mother in a permanent life-partnership; or
 - (b) if he, regardless of whether he has lived or is living with the mother –
 - (i) consents to be identified or successfully applies in terms of section 26 to be identified as the child’s father or pays damages in terms of customary law;

¹¹ Daar bestaan ’n polemieë rondom die voorkeur van moeders by die voogdy van buite-egtelijke kinders. Sien SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 243 (hfst 8) in hierdie verband.

¹² Cronjé & Heaton *Familiereg* 203.

¹³ 1987 (4) SA 525 (W).

¹⁴ 527H-I.

¹⁵ Hierdie wet is op 1 Julie 2007 herroep deur inwerkingtreding van sekere bepalings van die Kinderwet. A 21 van die Kinderwet reël nou die ouerlike verantwoordelikhede en regte van buite-egtelijke kinders.

¹⁶ A 2(6). Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 214.

- (ii) contributes or has been attempting in good faith to contribute to the child's upbringing for a reasonable period; and
- (iii) contributes or has attempted in good faith to contribute towards expenses in connection with the maintenance of the child for a reasonable period.

Indien een van die ouers van 'n binne-egtelike of gewettigde kind sterf, verkry die ander ouer uitsluitlike voogdy oor so 'n kind.¹⁷ Indien albei ouers sterf sonder die aanstelling van 'n testamentêre voog, moet die hoë hof deur 'n voornemende voog genader word om 'n bevel vir voogdy.¹⁸ Alternatiewelik moet die kind in die kindersorgsisteem as 'n sorgbehoewende kind opgeneem word.¹⁹ Daar moet verder kennis geneem word dat 'n stiefouer nie outomaties ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die minderjarige kinders van sy of haar eggenoot verkry nie.²⁰ Daar word ook hieronder kortliks na vergelykbare regstelsels verwys.²¹

Daar moet kennis geneem word van die feit dat die Suid-Afrikaanse inheemse reg ook spesifieke reëls met betrekking tot die verkryging van ouerlike verantwoordelikhede en regte het. Die statutêre reg word egter meestal deur die howe toegepas.²²

Dit blyk dat verskeie state in Afrika wegbeweeg van die tendens van moederlike voorkeur by die verkryging van ouerlike verantwoordelikhede en regte. Ingevolge Uganda se *Children Statute, 1996* berus ouerlike verantwoordelikhede in geval van binne- sowel as buite-egtelike

¹⁷ Sien a 18 van die Kinderwet. Sien verder SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 277 (hfst 8).

¹⁸ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 250 in verband met die aanstelling van 'n voog datief.

¹⁹ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 224 ev vir 'n bespreking van a 14(4)(b) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 (hierna "die Wet op Kindersorg") ingevolge waarvan die hof 'n ondersoek kan instel na die sorgbehoewendheid van 'n kind. A 14(4)(b)(i) bepaal dat 'n kind sorgbehoewend is indien hy geen ouer of voog het nie. So 'n kind sal dan in die kindersorgsisteem opgeneem word.

²⁰ Ingevolge a 19 en 20 van die Kinderwet verkry slegs 'n natuurlike moeder en 'n natuurlike vader wat met die moeder getroud is outomaties voogdy ten opsigte van 'n kind. 'n Stiefouer kan dus slegs bww 'n hofbevel of 'n "parental responsibilities and rights agreement" voogdy oor 'n kind verkry. Ingevolge a 22(7) kan slegs die hof so 'n ooreenoms mbt die voogdy van die kind bekragtig, wysig of beëindig. Sien verder SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 278 & 282 (hfst 8).

²¹ Sien hfst 1 hierbo vir 'n verduideliking waarom daar na vergelykende regstelsels verwys word.

²² Sien in die algemeen Labuschagne & Davel "*Metiso v Padongelukfonds* 2001 3 SA 1142 (T): Gewoonteregtelike aanneming, die aksie van afhanklikes en die beste belang van die kind" 2002 *De Jure* 181 in hierdie verband.

kinders by albei ouers.²³ Ghana se *Children's Act* bepaal dat albei ouers, ongeag huwelikstatus, ouerlike verantwoordelikhede en verpligtinge verkry by die geboorte van 'n kind.²⁴

In Engeland, Skotland en Australië bestaan daar geen dispuut rondom die feit dat ouerlike verantwoordelikheid op alle moeders, en op vaders van binne-egtelike kinders rus nie. In Engeland kan vaders van buite-egtelike kinders nou, by wyse van ooreenkoms met die moeder of 'n hofaansoek, ingevolge die *Children Act, 1989* ouerlike verantwoordelikhede en regte verkry.²⁵

Die Skotse Regskommissie het in die verlede tot die gevolgtrekking gekom dat dit om die volgende redes nie gewens is dat die vader van 'n buite-egtelike kind outomaties ouerlike verantwoordelikhede en regte oor so 'n kind verkry nie.²⁶

- (1) Dit sal ongepas wees om ouerlike verantwoordelikhede en regte aan 'n vader toe te ken indien die geboorte van die kind voortspruit uit 'n ongeoorloofde liefdesverhouding of verkragting.
- (2) Outomatiese ouerlike verantwoordelikhede en regte vir buite-egtelike vaders sal aanstoot gee aan moeders wat vir jare lank alleen gesukkel het om hul buite-egtelike kinders alleen groot te maak.
- (3) Moeders van buite-egtelike kinders kan moontlik die risiko loop van inmenging en teistering deur onverdienslike vaders in verband met sake aangaande die opvoeding van die kinders.
- (4) Die buite-egtelike vader sal noodgedwonge betrek word by versorgings- of aannemingsprosedures selfs al is sodanige betrokkenheid ongepas.

Die Skotse Regskommissie het in 'n later stadium die bogenoemde egter herooreweg en tot die verdere gevolgtrekking gekom dat die huidige Skotse regsposisie ten opsigte van vaders

²³ A 7(1).

²⁴ A 6.

²⁵ A 4(1)(b). Sien verder, in die algemeen, SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 249-260 (hfst 8).

²⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 254 (hfst 8).

van buite-egtelike kinders onverantwoordelike optrede by sulke vaders aanmoedig. Die aanname dat alle vaders van buite-egtelike kinders onverantwoordelik en ongeïnteresseerd ten aansien van hul kinders optree of onwaardig is vir die rol van ouer, is ongegrond. Na aanleiding hiervan het die Skotse wetgewer by wyse van die *Children (Scotland) Act, 1995* bepaal dat 'n vader 'n geregistreerde ooreenkoms met die moeder van 'n buite-egtelike kind kan sluit ten einde ouerlike verantwoordelikhede en regte aan hom toe te ken.²⁷

Ingevolge die Australiese *Family Law Act, 1975*, soos gewysig in 1995, beskik albei ouers van alle kinders oor ouerlike verantwoordelikhede. Hierdie ouerlike verantwoordelikhede word nie geraak indien die aard van die ouers se verhouding verander nie.

Wat gemaak indien die kind versorg word deur 'n persoon anders as die natuurlike of aangenome ouers, dit wil sê deur 'n persoon wat nie ingevolge die reg oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik nie? In Suid-Afrika is dit nie 'n seldsame scenario nie. Tans moet so 'n versorger 'n hofbevel verkry ten einde as voog van die kind aangestel te word. Die hoë hof beskik oor die gemeenregtelike bevoegdheid om, as oppervoog van alle minderjariges, enige bevel ten opsigte van die voogdy oor 'n kind te verleen wat in die beste belang van so 'n kind is.²⁸ Aanneming is in sekere gevalle 'n opsie, maar dit beteken dat die kind alle regsbande met die biologiese ouer verbreek.²⁹

Die SA Regskommissie het voorgestel dat enige versorger van 'n minderjarige kind die hof moet kan nader om algehele of gedeeltelike ouerlike verantwoordelikhede en regte oor 'n minderjarige kind in sy of haar sorg te verkry.³⁰ Ouerlike verantwoordelikhede en regte behoort egter nie by wyse van ooreenkoms met die persone wat wel oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik alleen oorgedra te kan word nie.³¹ Die kommissie het verder voorgestel dat alle

²⁷ A 3(1), 4 & 11.

²⁸ Cronjé & Heaton *Familiereg* 222-223.

²⁹ Cronjé & Heaton *Familiereg* 204. Sien verder in die algemeen SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 275 ev & 282 (hfst 8).

³⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 304 (hfst 8). Sien verder a 23 en 24 van die Kinderwet. Hierdie artikels het egter nog nie in werking getree nie.

³¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 304 (hfst 8). Sien verder a 22 van die Kinderwet met betrekking tot "Parental responsibilities and rights agreements". Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

versorgers oor dieselfde kam geskeer word wat betref aansoek om ouerlike verantwoordelikhede en regte oor 'n kind.³² In die derde plek moet 'n biologiese ouer wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van 'n kind beskik nie of wat slegs oor gedeeltelike ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik, die hof kan nader vir 'n bevel wat ouerlike verantwoordelikhede en regte verleen. 'n Kind moet ook toegelaat word om die hof te nader om 'n bevel wat ouerlike verantwoordelikhede en regte aan 'n spesifieke gewillige persoon verleen.³³ In die vierde plek het die kommissie voorgestel dat die posisie van die versorgers³⁴ van kinders in die nuwe voorgestelde Kinderwet uitgespel word.³⁵

Die Kinderwet maak ook voorsiening vir “Parental responsibilities and rights agreements”. Artikel 22, wat nog nie in werking getree het nie, bepaal die volgende:

[T]he mother of a child or other person who has parental responsibilities and rights in respect of a child may enter into an agreement providing for the acquisition of such parental responsibilities and rights in respect of the child as are set out in the agreement, with –

- (a) the biological father of a child who does not have parental responsibilities and rights in respect of the child...; or
- (b) any other person having an interest in the care, well-being and development of the child.

Die wet reël verder die vorm,³⁶ beëindiging³⁷ en registrasie van sulke “Parental responsibilities and rights agreements” by die Kantoor van die Gesinsadvokaat of die hof.³⁸ Hierdie instansies moet verder oortuig wees dat die ooreenkoms in die beste belang van die kind is.³⁹ Slegs die hof mag 'n bevel verleen met betrekking tot ooreenkomste wat die voogdy oor die kind raak.⁴⁰

³² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 305 (hfst 8).

³³ *Ibid.* Sien a 21 en 22(1)(a) van die Kinderwet vir die ouerlike verantwoordelike en regte van buitewettelike vaders. A 21 het reeds in werking getree maar a 22 nog nie.

³⁴ Vir doeleindes van die SA Regskommissie se verslag, is dit 'n persoon wat feitelike bewaring van 'n kind het maar nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik nie.

³⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 305 (hfst 8). Sien a 32 van die Kinderwet welke artikel nog nie in werking getree het nie.

³⁶ A 22(3).

³⁷ A 22(6).

³⁸ A 22(4).

³⁹ A 22(5).

⁴⁰ A 22(7).

Die term “ouer” word in die Kinderwet soos volg gedefinieer:⁴¹

‘parent’ in relation to a child, includes the adoptive parent of a child, but excludes –

- (a) the biological father of a child conceived through the rape of the child’s mother;
- (b) any person who is biologically related to a child by reason only of being a gamete donor for purposes of artificial procreation; and
- (c) a parent whose parental responsibilities and rights in respect of a child have been terminated.

2.3 Die inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en regte

Alhoewel daar ’n klemverskuiwing plaasvind,⁴² word die ouer-kind-verhouding tans nog grootliks in die Suid-Afrikaanse reg vanuit die ouer se oogpunt beskou. Die ouer se regte, verpligtinge en verantwoordelikhede ten opsigte van ’n kind moet egter so uitgeoefen word dat dit die beste belang van die kind dien en moet nie ten koste van die kind uitgeoefen word nie. Ouers beskik ook oor byvoorbeeld tugbevoegdheid en kan besluit met wie hul kinders assosieer. Gemeenregtelik is aanvaar dat ouers en hul kinders dieselfde belange nastreef en dat ouers dus in die beste posisie is om die kind se beste belang te bepaal. Die huidige Suid-Afrikaanse reg staan tans grootliks hierdie posisie voor.⁴³

Ingevolge die gemenereg omvat die ouerlike verantwoordelikhede en regte van ’n biologiese ouer regsbevoegdheid, die regte en verpligtinge van die ouer ten opsigte van die kind, hantering van die boedel van die kind en die uitvoering van regshandelinge namens die kind.⁴⁴ ’n Ouer beskik dus in die normale loop van omstandighede oor die bevoegdheid om besluite ten opsigte van sy of haar kind se persoon, lewenswyse en boedel te neem.⁴⁵ Daar moet kennis geneem word van die feit dat ouerlike verantwoordelikhede en regte uit voogdy en bewaring bestaan.⁴⁶ Toestemming deur die ouer tot die mediese behandeling van ’n kind val

⁴¹ A 1. Hierdie artikel het reeds in werking getree.

⁴² Sien par 1 hierbo in verband met die klemverskuiwing.

⁴³ Cronjé & Heaton *Familiereg* 215 sowel as Human “Die historiese onderbou van die privaatregtelike ouer-kind-verhouding – fondament vir of struikelblok in die implementering van kinderregte?” 2000 *THRHR* 214.

⁴⁴ Pieterse “*In loco parentis*: Third party parenting rights in South Africa” 2000 *Stell LR* 324.

⁴⁵ Human 2000 *THRHR* 200.

⁴⁶ Clark “A ‘Golden Thread’? Some aspects of the application of the standard of the best interest of the child in South African family law” 2000 *Stell LR* 5. Sien hfst 4, par 4 en 6 hieronder vir ’n bespreking van die definisies en inhoud van hierdie terme.

normaalweg onder bewaring. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word toestemming deur die ouer tot die mediese behandeling van 'n kind heeltemal apart behandel.⁴⁷ Ingevolge artikel 18(3) van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het, is alle persone wat oor voogdy ten opsigte van 'n spesifieke kind beskik se toestemming in die volgende gevalle nodig:⁴⁸

- (1) Die huweliksluiting van die kind.
- (2) Die aanneming van die kind.
- (3) Die verwydering van die kind uit die Republiek deur een van die ouers of deur iemand anders as een van die ouers.
- (4) Die aansoek om 'n paspoort vir die kind.
- (5) Die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige kind behoort.

Die SA Regskommissie het voorgestel dat die term “ouerlike gesag” in die nuwe wet vervang word met “ouerlike verantwoordelikheid”.⁴⁹ Die Kinderwet verwys na “ouerlike verantwoordelikhede en regte”.⁵⁰ “Ouerlike verantwoordelikhede en regte” word, soos aanbeveel in die SA Regskommissie se verslag,⁵¹ soos volg gedefinieer in die Kinderwet:⁵²

The parental responsibilities and rights that a person may have in respect of a child, include the responsibility and the right-

- (a) to care for the child;
- (b) to maintain contact with the child; and
- (c) to act as guardian of the child; and
- (d) to contribute to the maintenance of the child.

⁴⁷ Par 4.

⁴⁸ A 1(2) van die Wet op Voogdy 192 van 1993 het vroeër hieroor gehandel. Hierdie wet is egter by inwerkingtreding van sekere artikels van die Kinderwet op 1 Julie 2007 herroep. Sien ook verder, in die algemeen, par 2.4 hieronder ivm belangrike besluitneming ten opsigte van kinders.

⁴⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 200 (hfst 8).

⁵⁰ Sien, onder andere, a 1 (hierdie artikel het op 1 Julie 2007 in werking getree) en hfst 3 (aa 18-21, 27, 30, 31 en 35-40 van hierdie hfst het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree) van die Kinderwet.

⁵¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 226 (hfst 8).

⁵² A 18(2), welke artikel reeds in werking getree het.

Verder word die ouerlike verantwoordelikhede van spesifiek moeders, binne-egtelike vaders en buite-egtelike vaders ten opsigte van kinders in artikel 18 tot 21 van die bovermelde wet uiteengesit. Die SA Regskommissie⁵³ het ook voorgestel dat die begrippe “care” (wat tans as bewaring bekendstaan),⁵⁴ “guardianship” (voogdy)⁵⁵ en “contact” (wat tans as toegang bekendstaan)⁵⁶ gedefinieer word. Soos hieronder in die voetnotas aangetoon, is al drie hierdie begrippe wel gedefinieer in die Kinderwet. Daar bestaan verskeie debatte rondom die verandering van konvensionele terminologie met betrekking tot die verhouding tussen ouers en hul kinders.

Die vraag moet gevra word of die verandering van terminologie enigsins ’n verskil gaan maak aan die samestelling van hierdie verhouding tussen ouers of versorgers⁵⁷ en kinders. Die primêre doel met die verandering van terminologie is beklemtoning en onderbeklemtoning. So byvoorbeeld beklemtoon die term “ouerlike verantwoordelikhede” die regte van die kind terwyl die regte van die ouer onderspeel of -beklemtoon word. In geval van die term “ouerlike gesag” word die teenoorgestelde effek verkry.⁵⁸ Indien die reg en die samelewing egter ernstig is oor die evolusie van kinderregte moet hierdie terme verander word ten einde die swakkere kind te bemagtig. Daar moet beklemtoon word dat alle ouers uit die aard van die saak nie hierdie klemverskuiwing en terminologie benodig ten einde hul verpligtinge na te kom nie. Daar is egter wel gevalle, soos in ander dele van hierdie dokument duidelik geïllustreer, waar ’n kind teen ’n ouer se optrede of gebrek aan optrede beskerm moet word.⁵⁹ In hierdie gevalle sal die

⁵³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 228 (hfst 8).

⁵⁴ Sien hfst 5, par 4.1 hieronder vir ’n aanhaling van die SA Regskommissie se voorstel. Sien ook hierdie par vir ’n aanhaling van die definisie van hierdie begrip in die Kinderwet.

⁵⁵ Sien hfst 5, par 6 hieronder vir ’n aanhaling van die definisie van hierdie begrip in die Kinderwet.

⁵⁶ Sien hfst 5, par 5.1 hieronder vir ’n aanhaling van die definisie van hierdie begrip in die Kinderwet.

⁵⁷ Sien hfst 3, par 1.5 vir ’n bespreking van die definisie van die woord “versorger”.

⁵⁸ Human 2000 *Stell LR* 76-78.

⁵⁹ Sien par 5 hieronder ivm gevalle waar die staat moontlik sal inmeng met ouerlike verantwoordelikhede en regte. Sien verder die hele hfst 3 hierbo ivm omstandighede waarin ’n kind moontlik beskerming benodig.

klemverskuiwing by wyse van verandering van terminologie die taak van die hof as oppervoog van alle minderjarige kinders aansienlik vergemaklik.⁶⁰

Tans is die ouers of voogde van die kind se toestemming nie genoeg om die kind se onroerende goed te vervreem of te beswaar nie. In die geval van vervreemding van bates met 'n waarde bo R100 000 of beswaring bo R10 000 moet die toestemming van die hoë hof verkry word. Die Meester van die Hoë Hof kan toestemming verleen by vervreemding of beswaring van bates met 'n waarde onder die bovermelde bedrae. Die vervreemding moet in die beste belang van die kind wees. Die Meester kan slegs toestemming verleen vir beswaring indien hy of sy van mening is dat die beswaring noodsaaklik is vir behoud of verbetering van die onroerende eiendom of noodsaaklik is vir die onderhoud of opvoeding van die kind of tot ander voordeel van die kind strek.⁶¹

Ouerlike verantwoordelikhede en regte behels hoofsaaklik voogdy⁶² en bewaring oor minderjarige kinders. Daar bestaan twee redes waarom ouerlike verantwoordelikhede en regte nie die onderhoudspilig insluit nie. Eerstens moet 'n ouer steeds sy kind onderhou al het hy of sy nie ouerlike verantwoordelikhede en regte oor die kind nie (byvoorbeeld vaders van buitewettige kinders) en tweedens kan die onderhoudspilig voortduur lank nadat die ouerlike verantwoordelikhede en regte reeds tot 'n einde gekom het (byvoorbeeld die onderhoudspilig ten opsigte van 'n kind bo die ouderdom van 18 jaar).⁶³

In die Engelse *Children Act 1989* word daar wegbeweeg van ouerlike verantwoordelikhede en regte na ouerlike verantwoordelikhede. Hierdie verandering het plaasgevind ten einde die rede vir die bestaan van ouerlike verantwoordelikhede en regte te beklemtoon, naamlik die ouer se plig om 'n kind so groot te maak dat hy of sy opgroei om 'n behoorlik ontwikkelde (fisiek sowel as emosioneel) volwassene te wees.

⁶⁰ Sien in die algemeen Human 2000 *StellLR* 76-78 vir 'n meer volledige bespreking van die debat rondom die verandering van terme.

⁶¹ A 80 van die Boedelwet 66 van 1965.

⁶² Sien hfst 5, par 6 hieronder vir 'n definisie van die term "voogdy".

⁶³ Cronjé en Heaton *Familiereg* 216. Sien verder in die algemeen hfst 5, par 4.1, 6 en 7 hieronder vir 'n uiteensetting van die betekenis van voogdy, bewaring en die onderhoudspilig.

Die Engelse beslissing in *Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority and the DHSS*⁶⁴ (hierna “*Gillick*”) word as die belangrikste beslissing tot dusver ten opsigte van die verhouding tussen ouers en hul kinders bestempel. Die hof moes in hierdie saak oor die magsbalans tussen kinders en hul ouers binne die gesinstruktuur beslis. Die volgende algemene regsbeginsels ten opsigte van die verhouding tussen ouers en hul kinders kan uit die beslissing afgelei word:⁶⁵

- (1) Ouerlike verantwoordelikhede en regte kan nie as absoluut beskou word nie en is vatbaar vir beperkings. ’n Dokter kan byvoorbeeld in sekere gevalle met behandeling voortgaan en ’n ouer se besluit ten opsigte van die mediese versorging van ’n kind ignoreer.⁶⁶ Ouerlike verantwoordelikhede en regte kan ook in gevalle van mishandeling of verwaarlosing beperk word.⁶⁷
- (2) Die hof het ten opsigte van die vraag of ouerlike verantwoordelikhede en regte opgeskort kan word indien die kind oor die nodige vermoëns beskik om self ’n besluit te neem, bevestigend geantwoord. Ingevolge die beslissing kan die ouer se regte opgeskort word indien dit in die beste belang van die kind is en indien die kind oor die vermoëns beskik om ’n besluit te neem. Die uitspraak kan so wyd geïnterpreteer word om selfs besluitneming deur derdes ten opsigte van ’n kind en sonder die medewete van die ouer te regverdig. So ’n besluit moet in die beste belang van die kind wees.⁶⁸
- (3) Die beslissing bevraagteken nie ouerlike verantwoordelikhede en regte nie. Die hof erken die ouer se belangrike rol in die opvoeding van ’n kind. Die feit dat verskillende gesinslede verskillende behoeftes het word egter erken. Ouerlike verantwoordelikhede en regte oorheers nie noodwendig ’n kind se mening of behoeftes nie. Indien die ouer en die kind se belange bots moet twee beginsels in ag geneem word ten einde te bepaal wie se belange seëvier. In die eerste plek moet daar in ag geneem word dat die ouerlike

⁶⁴ [1986] 1 AC 112. Sien verder par 4.7 hieronder vir ’n bespreking van die feite van hierdie saak.

⁶⁵ Die vraag moet gevra word of hierdie beslissing ten opsigte van die aard en inhoud van ouerlike gesag in die algemeen spreek en of die hof van mening was dat elke geval op meriete beoordeel behoort te word. Human stel in 2000 *Stell LR 72* dat die afleiding gemaak kan word dat die *ratio* vir die beslissing wyd genoeg is ten einde algemene afleidings te regverdig.

⁶⁶ Sien par 4 hieronder vir ’n bespreking van ouerlike gesag en mediese behandeling van minderjarige kinders.

⁶⁷ Human 2000 *Stell LR 73*.

⁶⁸ Human 2000 *Stell LR 73-75*.

verantwoordelikhede en regte beperk is en in die tweede geval moet die kind se ouderdom, intelligensie en volwassenheid in ag geneem word.⁶⁹

Die hof het in *Gillick*⁷⁰ bevind dat 'n ouer se reg om 'n kind te beheer nie vir die voordeel van die ouer daargestel is nie maar vir die voordeel van die kind en slegs geregverdig word in soverre dit die ouer in staat stel om sy of haar verpligtinge ten opsigte van die kind uit te oefen.⁷¹ Hierdie saak was hoofsaaklik die motivering vir die veranderinge van konvensionele terme in die Engelse *Children Act 1989*.⁷² Artikel 3(1) van hierdie wet bepaal dat "In this Act, 'parental responsibility' means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property." Hierdie artikel word wyd gekritiseer aangesien dit weereens regte en verpligtinge in plaas van verantwoordelikhede op die voorgrond plaas.

Die Australiese wetgewer het, ten spyte van die kritiek, dieselfde definisie in die Australiese *Family Law Act, 1995* aan ouerlike verantwoordelikhede toegeken. Die Skotse definisie van ouerlike verantwoordelikhede word weer wyd geloof aangesien dit meer op die kind as op die ouer fokus. Ingevolge artikel 1(1) van die Skotse *Children Act, 1995* word ouerlike verantwoordelikhede soos volg gedefinieer:

- [A] parent has in relation to his child the responsibility –
- (a) to safeguard and promote the child's health, development and welfare;
 - (b) to provide, in a manner appropriate to the stage of development of the child –
 - (i) direction;
 - (ii) guidance;to the child
 - (c) if the child is not living with the parent, to maintain personal relations and direct contact with the child on a regular basis; and
 - (d) to act as the child's legal representative, but only in so far as compliance with this section is practicable and in the interests of the child.

Ingevolge artikel 2(1) van dieselfde Skotse wet het 'n ouer ook regte ten opsigte van 'n kind. Hierdie regte sluit, in die eerste plek, die reg dat die kind by die ouer woon, of, indien

⁶⁹ Human 2000 *Stell LR* 76.

⁷⁰ [1986] AC 112 op 117.

⁷¹ Sien in die algemeen Human 2000 *Stell LR* 71.

⁷² Robinson "n Oorsig oor die vertrekpunte van die Engelse Children Act 1989" 1993 *TRW* 51 ev.

andersins, die reg om die kind se woonplek te reguleer, in. In die tweede plek beskik die ouer oor die reg om die kind se opvoeding, op 'n wyse geskik vir die ouderdom van die kind, te beheer, voor te skryf of te lei. In die derde plek het die ouer die reg om, indien die kind nie by hom of haar woon nie, 'n persoonlike verhouding en direkte kontak op 'n gereelde basis met die kind te handhaaf. Laastens het die ouer die reg om as die kind se regsverteenvoerder op te tree.

Die Engelse skrywers Bromley en Lowe⁷³ stel voor dat die term “ouerlike verantwoordelikheid” ten minste die volgende insluit: verskaffing van 'n woning, kontak met 'n kind, vasstelling en voorsiening van onderrig vir 'n kind, vasstelling van die godsdiens van 'n kind, dissiplinerende van 'n kind, verskaffing van toestemming vir die kind se mediese versorging sowel as huweliksluiting en aanneming, die reg om die uitreiking van 'n paspoort vir die kind te veto, om die kind buite die landsgrense te neem of toe te stem tot die kind se emigrasie, administrasie van die kind se eiendom, beskerming en onderhoud van die kind, toestemming om die kind se van te verander, verteenwoordiging van die kind in regsdinge, begraving of verassing van 'n gestorwe kind en aanwysing van 'n voogd vir die kind.

Die *Ugandan Children Statute, 1996* definieer ouerlike verantwoordelikhede dieselfde as die Engelse en Australiese wette.⁷⁴ Hierdie wet bepaal verder dat die ouer, voogd of enige persoon wat bewaaring oor 'n kind uitoefen oor die verantwoordelikheid beskik om so 'n kind te onderhou. Hierdie plig van die ouer gee aan die kind die reg op opvoeding en leiding, immunisasie, voeding, klerasie, skooling en mediese versorging.⁷⁵ Verder moet 'n kind deur so 'n persoon beskerm word teen diskriminasie, geweld, mishandeling en verwaarloosing.⁷⁶ Dit is ook teen die wet om 'n kind aan skadelike sosiale en gewoonteregtelike praktyke bloot te stel.⁷⁷ Geen kind mag werksaam wees of aan enige aktiwiteit blootgestel word wat moontlik

⁷³ Bromley en Lowe *Bromley's Family Law* (8ste uitgawe) 30 soos aangehaal in SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 202-203 (hfst 8).

⁷⁴ A 2.

⁷⁵ A 6(1).

⁷⁶ A 6(2).

⁷⁷ A 8.

skadelik kan wees vir sy of haar gesondheid, opvoeding en psigiese, fisieke of morele ontwikkeling nie.⁷⁸

2.4 Belangrike besluitneming ten opsigte van kinders

Ouers of persone met ouerlike verantwoordelikhede en regte neem daagliks belangrike besluite namens kinders. Die begrip “belangrike besluite” word egter nie statutêr gedefinieer nie en daar bestaan geen riglyne ten opsigte van die neem van sodanige besluite nie. Die SA Regskommissie het voorgestel dat twee faktore in ag geneem word by die neem van belangrike besluite ten opsigte van minderjarige kinders. In die eerste plek moet die siening en begeertes van die kind in ag geneem word. Sulke sienings en begeertes moet egter slegs in ag geneem word indien die kind wens om sy of haar siening bekend te maak en indien die kind oor die ouderdom en volwassenheid beskik om op ’n sinvolle wyse sienings en wense te vorm. In die tweede plek moet die sienings van enige ander persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik, ook in ag geneem word.⁷⁹ Ingevolge die Kinderwet word die kind se uitgebreide gesin en die invloed wat hulle moontlik op die kind se lewe kan hê, erken.⁸⁰ So, byvoorbeeld, bepaal artikel 6(3)⁸¹ dat, indien dit in die beste belang van die kind is, die kind se uitgebreide gesin ’n geleentheid gegun moet word om hul menings in die tersaaklike aangeleentheid te lug. Verder handel artikel 32 oor die verantwoordelikhede van persone wat geen ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van ’n kind het nie maar die kind versorg.

Wat presies behels belangrike besluite? Die SA Regskommissie het voorgestel dat dit die volgende insluit:⁸²

⁷⁸ A 9.

⁷⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 232 (hfst 8).

⁸⁰ Sien in die algemeen a 6(3), 7(1)(f)(ii) & 70(1).

⁸¹ Hierdie artikel het reeds in werking getree.

⁸² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 232-233 (hfst 8).

- (1) Huweliksluiting van die kind.⁸³
- (2) Aanneming van die kind.⁸⁴
- (3) Die verwydering van die kind uit die Republiek deur een van die ouers of deur iemand anders as een van die ouers.⁸⁵
- (4) Die aansoek om 'n paspoort deur of ten behoeve van 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar.⁸⁶
- (5) Die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige kind behoort.⁸⁷
- (6) Besluite in verband met bewaring van, toegang tot en voogdy oor 'n kind en 'n besluit met betrekking tot die aanstel van 'n "parent substitute" (ouerlike plaasvervanger of surrogaat).
- (7) Besluite wat moontlik die kind se lewensomstandighede, opvoeding, gesondheid, persoonlike verhoudinge met ouers of familieleden of, in die algemeen, die kind se welsyn op 'n beduidende wyse kan verander of beïnvloed.
- (8) Besluite wat die uitoefening of nakoming van ouerlike verantwoordelikhede en regte van 'n persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik, wesenlik affekteer. Dit sluit in besluite aangaande die aanstelling van 'n ouerlike plaasvervanger.

Dit is onmoontlik vir ouers om elke alledaagse besluit namens hul kinders te neem. Ouers moet hul soms tot die bystand van ander, byvoorbeeld onderwysers of familieleden, wend. Die gemenerereg stel 'n persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik in staat om onder sekere omstandighede ouerlike verantwoordelikhede en regte in die hande van ander oor te laat. Dit geskied byvoorbeeld in gevalle waar ouers hul kinders in 'n skoolkoshuis of in

⁸³ A 18(3)(c)(i) van die Kinderwet.

⁸⁴ A 18(3)(c)(ii).

⁸⁵ A 18(3)(c)(iii).

⁸⁶ A 18(3)(c)(iv).

⁸⁷ A 18(3)(c)(v).

die sorg van familielede plaas terwyl hulle met vakansie gaan of oorsee gaan besigheid doen.⁸⁸

Ingevolge die Engelse reg, en meer spesifiek die Engelse *Children Act, 1989* word enige persoon wat oor ouerlike verantwoordelikheid beskik verbied om sodanige ouerlike verantwoordelikhede in die geheel of gedeeltelik oor te dra aan 'n ander persoon. 'n Persoon met ouerlike verantwoordelikhede mag egter ingevolge dieselfde wet met derdes reël om sekere aspekte van ouerlike verantwoordelikhede namens hom of haar uit te voer.⁸⁹ Die primêre verantwoordelikheid ten opsigte van die kind rus duidelik by die persoon wat *ex lege* oor ouerlike verantwoordelikheid beskik maar vergemaklik die taak van skole, kerke of plaaslike owerhede ten opsigte van die kind.

3 OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE EN KINDERREGTE

Die idee dat kinders as draers van menseregte beskou word blyk lynreg in konflik te wees met die gemeenregtelike regsreëls rakende ouerlike verantwoordelikhede en regte. Die beste belang van die kind-maatstaf, wat sedert die uitspraak in *Fletcher v Fletcher*⁹⁰ as 'n inherente deel van ons reg beskou word, het tot dusver nie eintlik bygedra om kinderregte te bevorder nie. Daar bestaan drie redes hiervoor. In die eerste plek is die beste belang van die kind-maatstaf baie vaag en kan 'n persoon in 'n gesagsposisie ten opsigte van 'n kind self besluit wat in die beste belang van die kind is. In die tweede plek word aanvaar dat 'n persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik in die beste posisie is om te besluit wat in die beste belang van die kind is. In die derde plek word aanvaar dat 'n kind te hulpeloos is om 'n volwasse besluit ten opsigte van sy of haar eie beste belang te neem en dit regverdig besluitneming deur persone met ouerlike verantwoordelikhede en regte.⁹¹ Soos hierbo bespreek,⁹² handel 'n aantal regte uiteengesit in die 1989-Konvensie oor die kind se reg op 'n

⁸⁸ Bosman & Van Zyl "Children, young persons and their parents" in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa* 56.

⁸⁹ A 2(9).

⁹⁰ 1948 (1) SA 130 (A).

⁹¹ Human "Die effek van kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind-verhouding" 2000 *THRHR* 396.

⁹² Par 3.

gesinslewe en gesins- en ouersorg.⁹³ Dispute rakende ouerlike verantwoordelikhede en regte en kinderregte moet teen hierdie agtergrond beoordeel word.⁹⁴ Daar vind oorvleueling en interaksie plaas tussen kinderregte en die regte van volwassenes ten opsigte van kinders. Hierdie punt kan geïllustreer word deur die vraag of die reg op toegang tot 'n kind die reg van die volwassene of dié van die kind is. In die verlede is die regte en verpligtinge van die ouer ten opsigte van die kind algemeen beskou as dié van die ouer ten spyte van die feit dat sodanige regte en verpligtinge bedoel was om die beste belange van die kind te bevorder.⁹⁵ In die Suid-Afrikaanse reg val die klem ten opsigte van die ouer-kind-verhouding tans grootliks op die regte van die ouer en ouerlike verantwoordelikhede en regte. Ouers beskik oor die bevoegdheid om besluite ten opsigte van hul kind se persoon, lewenswyse en boedel te neem.⁹⁶

Daar bestaan verskeie teorieë rondom kinderregte en ouerlike verantwoordelikhede en regte.⁹⁷ Volgens die bespreking van Eekelaar⁹⁸ se teorie deur Human,⁹⁹ blyk hierdie teorie die ideaal te wees. Ingevolge hierdie teorie word die kind gesien as 'n individu met afsonderlike belange en is ouerlike verantwoordelikhede en regte en kinderregte met mekaar versoenbaar. Verder word erken dat 'n kind afhanklik is van 'n ouer vir beskerming en versorging. So word ouers se verantwoordelikhede en regte versoen met kinderregte. Daar bestaan, of is veronderstel om te bestaan, 'n wisselwerking tussen ouers en hul kinders se verskillende posisies binne die gesin en samelewing. Die bepalinge van die 1989-Konvensie stem ooreen met hierdie teorie. Die aard van ouerlike verantwoordelikhede en regte moet dus nie as rigied beskou word nie maar verander die healtyd ten einde by huidige behoeftes van 'n spesifieke kind aan te pas.¹⁰⁰

⁹³ Sien, onder andere, kl 5 en 18.

⁹⁴ Pieterse 2000 *Stell LR* 326.

⁹⁵ Pieterse 2000 *Stell LR* 326-327.

⁹⁶ Human 2000 *THRHR* 200.

⁹⁷ Sien in die algemeen Human 2000 *Stell LR* 80 ev vir 'n bespreking van die verskillende kinderregte-teorieë.

⁹⁸ "The eclipse of parental rights" 1986 *Law Quarterly Review* 4-9.

⁹⁹ Human 2000 *Stell LR* 81.

¹⁰⁰ Human 2000 *Stell LR* 82-84.

Soos reeds aangetoon,¹⁰¹ is die klem wêreldwyd besig om te verskuif van die regte en magte van die ouer na die regte van die kind.¹⁰² Bevraagtekening van die huidige Suid-Afrikaanse posisie word gestimuleer deur drie faktore, naamlik die ontwikkeling van feminisme, die ontwikkeling van kinderregte en die effek van die Suid-Afrikaanse Handves van Menseregte¹⁰³ op die familiereg.¹⁰⁴ Artikel 28 van die Grondwet verleen sekere ongekwalifiseerde regte aan kinders onder die ouderdom van 18 jaar. Kinders het nou ook publiekregtelike status benewens privaatregtelike status. Die volgende aspekte van die Handves hou implikasies vir die tradisionele ouer-kind-verhouding in:¹⁰⁵

- (1) Die kind word nou as 'n draer van menseregte beskou en nie net as 'n verlenging van 'n ouer nie.
- (2) Die Grondwet het ook 'n horisontale werking en die bepaling daarvan is dus tussen 'n ouer en kind afdwingbaar.
- (3) Die feit dat 'n kind as 'n draer van regte beskou kan word beteken dat 'n kind die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte deur 'n ouer kan bevraagteken.
- (4) Ingevolge die Handves het kinders nie die reg op gesinslewe, en ouers nie die reg op ouerlike verantwoordelikhede en regte nie. Die kind as draer van menseregte staan dus los van die gesin en ouer.
- (5) Daar word aan die kind as draer van grondwetlike regte 'n status toegeken wat onbekend is aan die privaatrek.

Alvorens die klemverskuiwing waarvan hierbo gepraat word volkome kan plaasvind, word daar, onder andere, die volgende probleme deur Human voorsien. In die eerste plek word die privaat- en publiekreg los van mekaar gesien. Kinderregte bestaan binne die publiekreg terwyl ouerlike verantwoordelikhede en regte binne die reëls van die privaatrek val. Hierdie twee regsvelde moet ten opsigte van kinders in harmonie met mekaar toegepas word, soos in die 1989-Konvensie. In die tweede plek bestaan daar die idee dat artikel 28 die somtotaal van

¹⁰¹ Sien par 1 hierbo.

¹⁰² Cronjé & Heaton *Familiereg* 210.

¹⁰³ Hfst 2 van die Grondwet. Sien veral die invoeging van a 28.

¹⁰⁴ Boshoff "Towards a theory of parents and children" 1999 *TSAR* 276.

¹⁰⁵ Human 2000 *THRHR* 397.

kinderregte uiteensit. Hierdie eng uitleg van die artikel kan tot gevolg hê dat aanvaar word dat kinderregte slegs regte op beskerming insluit. Hierdie uitleg het tot gevolg dat kinderregte te maklik binne die paternalistiese aard van die privaatreg uitgelê word. In die derde plek vergelyk artikel 28 baie onvolledig met die 1989-Konvensie. Die 1989-Konvensie verwys na die posisie van die kind in die algemeen en die posisie van die kind binne die gesin. In die vierde plek word die fondament van kinderregte nie in ons reg behoorlik uitgelig nie. Dit het tot gevolg dat kinderregte nog nie in die Suid-Afrikaanse reg tot volle reg gekom het nie.¹⁰⁶

Die erkenning en implementering van kinderregte hou die volgende praktiese implikasies vir die ouer-kind-verhouding in: In die eerste plek moet die meerderjarigheidsouderdom verlaag word na 18 jaar.¹⁰⁷ In die tweede plek moet daar 'n statutêre bepaling geïmplementeer word wat duidelikheid verleen aan die genoemde klemverskuiwing vanaf die regte van ouers na die regte van kinders.¹⁰⁸ Dertens moet die kind se reg om gehoor te word by besluitneming bevorder word.¹⁰⁹

Artikel 28(2) van die Grondwet bepaal dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak. Verder het Suid-Afrika in 1995 die 1989-Konvensie, welke Konvensie ook regte aan kinders verleen, geratifiseer.¹¹⁰ Suid-Afrika het op 21 Januarie 2000 die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990* (hierna "die *African Charter*") geratifiseer. Ratifikasie van hierdie en ander internasionale dokumente bevestig Suid-Afrika se toewyding aan die bevordering van beskerming van die regte van vroue en kinders.¹¹¹

¹⁰⁶ Human 2000 *THRHR* 398-399.

¹⁰⁷ A 17 van die Kinderwet bepaal dat die meerderjarigheidsouderdom van kinders voortaan, by inwerkingtreding van die wet, 18 jaar sal wees. Hierdie artikel het op 1 Julie 2007 in werking getree.

¹⁰⁸ Sien a 1 (hierdie artikel het op 1 Julie 2007 in werking getree) en hfst 3 (aa 18-21, 27, 30, 31 en 35-40 van hierdie hfst het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree) van die Kinderwet.

¹⁰⁹ Human 2000 *THRHR* 399-401. A 10 van die Kinderwet ken aan die kind hierdie reg om gehoor te word toe. Hierdie artikel het reeds in werking getree.

¹¹⁰ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 210.

¹¹¹ Nicholson & Politis "The life and death lottery: Tipping the scales in favor of the child's best interests" 2001 *DJ* 594.

Artikel 20 van die *African Charter* bepaal dat die primêre verantwoordelikheid vir die opvoeding en ontwikkeling van kinders op die ouers rus. Daar word van ouers verwag om te verseker dat die beste belang van die kind te alle tye gedien word. Daar word ook 'n verpligting op deelnemende state geplaas om die ouers by te staan en te ondersteun in die opgelegde taak.¹¹²

Na aanleiding van die beslissing in *V v V*¹¹³ is dit duidelik dat ons howe ook besig is om weg te beweeg van die konsep van ouerlike gesag na 'n konsep van ouerlike verantwoordelikhede en die regte van die kind. Die hof het in hierdie saak bevind dat:

There is no doubt that over the last number of years the emphasis in thinking in regard to questions of relationships between parents and their children has shifted from a concept of parental power of the parents to one of parental responsibility and children's rights. Children's rights are no longer confined to the common law, but also find expression in s 28 of the Constitution of the Republic of South Africa 108 of 1996, not to mention a wide range of international conventions.¹¹⁴

Uit die Engelse hof se beslissing in *Gillick*¹¹⁵ kan afgelei word dat kinders besluite mag neem wat in konflik met hul ouers se wense staan. Hierdie reg op besluitneming ontstaan slegs indien 'n kind oor die volwasse vermoëns beskik om sinvolle besluite te neem. Die Engelse *Children Act, 1989* sowel as die Australiese *Family Law Act, 1975* (soos gewysig deur die *Family Law Reform Act, 1995*) maak reeds vir die term "ouerlike verantwoordelikhede" voorsiening. Verskeie Afrika-state, onder andere Uganda, maak ook reeds gebruik van hierdie term in wetgewing.¹¹⁶ Artikel 7(1) van Uganda se *Children Statute, 1996*, byvoorbeeld, bepaal dat "[e]very parent shall have parental responsibility for his or her child."

Die ideologie rondom kinderregte bevraagteken sekere histories vasgestelde juridiese en sosiale beginsels rondom ouerlike verantwoordelikhede en regte en die status van kinders. Die tradisionele beskouing van die ouer-kind-verhouding plaas struikelblokke in die pad van die vestiging en afdwinging van kinderregte. Dit is belangrik dat ouerlike verantwoordelikhede en

¹¹² Nicholson & Politis 2001 *DJ* 594.

¹¹³ 1998 (4) SA 169 (K) 176D.

¹¹⁴ 176.

¹¹⁵ [1986] 1 AC 112. Sien par 2.3 hierbo vir 'n verdere bespreking van hierdie saak.

¹¹⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 197-198 (hfst 8).

regte gedefinieer word ten einde die gemeenskap en regsprekende instellings by te staan in die proses van die erkenning van kinderregte. Verder moet die staat se posisie as privaatregtelike beskermer verander na 'n posisie van vennoot van die ouer en kind.¹¹⁷

Ouerlike verantwoordelikhede en regte as die ouer se reg word nie in die Grondwet beskerm nie. Kan artikel 28(2) so geïnterpreteer word dat die ouer oor die reg beskik om besluite te neem aangaande die beste belang van die kind en sodoende oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik ingevolge die Grondwet? Die antwoord hierop is ontkennend. Artikel 28(2) is 'n algemene, neutrale bepaling wat nie net op die ouers van die kind toepassing het nie. Daar moet in gedagte gehou word dat hierdie artikel paternalisties van aard is aangesien die aanname gemaak word dat besluite namens 'n kind geneem moet word. Paternalisme is in teenstelling met die beweging na kinderregte vergestalt in die res van artikel 28. Om hierdie rede word aangevoer dat artikel 28(2) nie uitgelê moet word ten einde op 'n indirekte manier ouerlike verantwoordelikhede en regte as reg van die ouer uit te beeld nie.¹¹⁸

Indien aanvaar word dat ouerlike verantwoordelikhede en regte geen beskerming ingevolge hoofstuk 2 van die Grondwet geniet nie, moet twee aspekte van die gemeenregtelike ouerlike verantwoordelikhede en regte heroorweeg word ten einde Suid-Afrika se verbondenheid tot konstitusionele waardes te illustreer. In die eerste plek moet die ouer se reg om lyfstraf toe te pas heroorweeg word. In die tweede plek moet die ouer se gemeenregtelike reg om te besluit met wie sy of haar kind assosieer, heroorweeg word.¹¹⁹

In *L v H*¹²⁰ (en verskeie ander vroeëre beslissings) het die hof die ouer of voog van 'n kind se gemeenregtelike reg erken om te besluit met wie 'n minderjarige mag assosieer. Die hof het in hierdie aangeleentheid 'n finale interdik toegestaan ten einde 'n persoon wat met ouerlike verantwoordelikhede en regte inmeng te verbied om met die minderjarige kontak te maak.¹²¹ Dit blyk dat die redenasie in hierdie en soortgelyke sake gebaseer is op die *iniuria* gepleeg

¹¹⁷ Human 2000 *THRHR* 216.

¹¹⁸ Cockrell in *Bill of Rights compendium* bl 3E-22.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ 1992 (2) SA 594 (OK).

¹²¹ Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg* 396.

teen die ouer. Die bestaan van die *iniuria* is gegrond op die reg van die ouer om ouerlike verantwoordelikhede en regte oor die minderjarige uit te oefen. Kinders is ingevolge die Grondwet geregtig op privaatheid en menswaardigheid.¹²² Verder het 'n kind ook die reg op vryheid van assosiasie.¹²³ Waar die kind oor die nodige intellektuele en emosionele volwassenheid beskik om rasonale keuses uit te oefen ten opsigte van die persone met wie hy of sy wil assosieer, moet enige inmenging deur die ouer beskou word as 'n skending van die kind se menseregte ingevolge die Grondwet. Daar word dus aangevoer dat ouerlike verantwoordelikhede en regte nie die reg om te besluit met wie ouer kinders mag assosieer, moet insluit nie.¹²⁴ Waar die kind nie voldoende ontwikkel het om hieroor te besluit nie, moet die ouer in die beste belang van die kind optree.

Die staat se reg om judisieel met ouerlike verantwoordelikhede en regte in te meng moet ook kortliks bespreek word. Die Wet op Kindersorg maak daarvoor voorsiening dat die staat 'n kind onder sekere omstandighede uit die sorg van die ouers mag verwyder.¹²⁵ Hierdie reg van die staat meng met ouerlike verantwoordelikhede en regte in. Die *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* het reeds in 1950 hierdie reg van die staat bevraagteken. Die *European Court of Human Rights* het bevind dat "...it is an interference of a very serious order to split up a family. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty consideration in the interests of the child, as the Commission rightly observed, it is not enough that the child would be better off placed in care."¹²⁶

Die beslissings van die Europese hof in hierdie verband is hoofsaaklik gegrond op artikel 8 van die bovermelde Konvensie. Hierdie artikel erken duidelik die reg op 'n gesinslewe. Die Suid-Afrikaanse Grondwet laat na om hierdie reg spesifiek te waarborg en ingevolge artikel 28(1)(b) het 'n kind die reg op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word.¹²⁷ Sedert die inwerkingtreding van die Wysigingswet op

¹²² A 14 & 10.

¹²³ A 18.

¹²⁴ Cockrell in *Bill of Rights compendium* bl 3E-23.

¹²⁵ Sien par 5 hieronder.

¹²⁶ *Olssen v Sweden* (1989) 11 EHRR 259 287.

¹²⁷ Cockrell in *Bill of Rights compendium* bl 3E-23.

Kindersorg 96 van 1996 word die klem geplaas op die regte en behoeftes van die kind by ondersoek ingevolge die Wet op Kindersorg.¹²⁸

Ingevolge artikel 30(1)(b) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1993, het elke kind die reg op "...parental care" gehad. Die tweede gedeelte van artikel 28(1)(b) van die 1996-Grondwet, welke gedeelte bepaal "...of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word", brei hierdie reg uit ten einde voorsiening te maak vir moontlike alternatiewe versorging. Volgens Cockrell¹²⁹ het die bewoording in die 1993-Grondwet 'n "beperking" geplaas op enige pogings om 'n kind van sy of haar biologiese ouers te skei. Die tweede gedeelte van artikel 28(1)(b) plaas 'n definitiewe verpligting op die staat om in te meng indien 'n kind se omstandighede dit vereis.¹³⁰ Die huidige Suid-Afrikaanse posisie maak dit dus makliker vir die staat om in te meng met ouerlike verantwoordelikhede en regte.

4 OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE EN BESLUTE AANGAANDE MEDIESE SORG

4.1 Inleiding

Besluitneming aangaande die mediese versorging van 'n kind is een van die delikate areas van die reg waar die konflik tussen ouerlike verantwoordelikhede en regte en die verhoogde regstatus of konstitusionele status van die kind duidelik voelbaar is.¹³¹ Ten einde hierdie konflik te illustreer en vir doeleindes van hierdie proefskrif is dit dus belangrik om die volgende scenario's te oorweeg en later in die proefskrif te bespreek:

- (1) 'n Ouer weier dat 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar mediese behandeling vir MIV/vigs ontvang.
- (2) 'n Ouer weier dat 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar vir MIV getoets word.
- (3) 'n Ouer laat op nalatige wyses na om 'n MIV-positiewe kind te laat behandel.

¹²⁸ Cockrell in *Bill of Rights compendium* bl 3E-23.

¹²⁹ in *Bill of Rights compendium* bl 3E-14.

¹³⁰ Cockrell in *Bill of Rights compendium* bl 3E-23

¹³¹ Van der Westhuizen "Children as bearers of fundamental rights, and medical decision-making" 1999 *Responsa Meridiana* 63.

- (4) 'n MIV-positiewe kind bo die ouderdom van 14 jaar weier om mediese behandeling vir MIV/vigs te ontvang.
- (5) 'n Ouer van 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar weier dat so 'n seksueel aktiewe kind voorbehoeding (meer spesifiek kondome) gebruik ten einde MIV-oordrag te voorkom.
- (6) 'n MIV-positiewe swanger vrou weier om teen-retrovirale middels te gebruik ten einde te voorkom dat haar ongebore kind ook die virus opdoen. Geld die *nasciturus*-fiksie in hierdie verband?

Deernis, respek vir persoonlike outonomie, regverdigheid en konsekwentheid is faktore wat in ag geneem moet word by die bovermelde vrae. Verdere vrywaringskwessies wat oorweeg moet word is, onder andere, die bevoegde minderjarige se vermoedelike kapasiteit om besluite te neem, respek vir ouerlike outonomie, geskrewe bevoegdheidsverklaring deur 'n psigiater, sielkundige of maatskaplike werker en die bevoegdheid van die hof om gehoor te gee aan die wense van 'n minderjarige in gevalle waar hierdie wense verskil van dié van die ouers.

In die meerderheid sake waar die mediese behandeling van minderjariges ter sprake kom, raak die hof nie betrokke nie. Dit geld vir gevalle waar die mediese behandeling minder ernstig is en/of waar die behandeling roetinebehandeling is sowel as gevalle waar die kind in 'n lewensgevaarlike situasie verkeer. Die hof respekteer die outonomie van die ouers of ander persoon in wie se sorg die kind is. Waar die weiering van behandeling die lewe van die kind in gevaar stel moet die hof ingryp. Die hof kan nie toelaat dat die ouers se oortuigings lei tot die dood van 'n kind nie. In *Hay v B*¹³² het die hof wel ingegryp in die besluit van die ouers deur te gelas dat die applikant, 'n pediater, 'n bloedoortapping aan die kind gee. Die regter het sy besluit berus op die getuienis van die applikant dat die kind definitief sou sterf indien die bloedoortapping nie sou plaasvind nie. Die hof het verder bepaal dat die kind die reg het om te lewe en dat dit in die beste belang van die kind is indien hierdie reg beskerm word.

Die hof se benadering in sulke aangeleenthede is ook gedemonstreer in die Engelse uitspraak van *Re B (A minor)(Wardship: Medical Treatment)*¹³³ waar die hof beveel het dat chirurgie

¹³² 2003 (3) SA 492 (W).

¹³³ [1982] FLR 117.

plaasvind om 'n obstruksie in die ingewande van 'n kind wat aan Downsindroom ly te verwyder. Die ouers se wens was dat die kind moet sterf.¹³⁴

4.2 Die posisie voor die Wet op Kindersorg 74 van 1983

Die eerste bepaling rakende minderjariges se toestemming tot mediese behandeling is in 1976 in ons reg by wyse van wetgewing geïnkorporeer. Ingevolge artikel 20(8A) van die Kinderwet 33 van 1960 (hierna die "1960-Kinderwet") mag 'n minderjarige bo die ouderdom van 18 jaar sonder die bystand van die ouer of voog oor mediese behandeling sowel as chirurgiese prosedures op hom of haar besluit het. Artikel 39(4), soos nou gelees, is in 1991 ingevoeg in die huidige Wet op Kindersorg.¹³⁵

Voor 1976 het daar verskillende akademiese standpunte bestaan oor wat presies die gemenerereg in hierdie verband bepaal. Boberg¹³⁶ en andere het die idee dat minderjariges heeltal onbevoeg is om besluite aangaande mediese behandeling te neem voorgestaan, terwyl Strauss¹³⁷ die idee dat die vermoë van individu tot individu verskil, afhangende van die mate van ontwikkeling, voorgestaan het.¹³⁸ Die Romeins-Hollandse reg het die eersgenoemde standpunt aangehang en 'n ouer-georiënteerde uitgangspunt eerder as 'n kind-georiënteerde uitgangspunt gevolg. Ouerlike verantwoordelikhede en regte het slegs tot 'n einde gekom by huweliksluiting van die minderjarige, wetlike opskorting daarvan, misbruik deur die ouer of mondigwording.¹³⁹ Boberg se standpunt het intussen plek gemaak vir 'n stelsel waarin die beste belang van die kind grondwetlik beskerm word. Erkenning van die kind se outonomie deur die howe word onder andere geïllustreer in bewaringsaangeleenthede waar, byvoorbeeld, gewig verleen word aan die mening van minderjariges in ooreenstemming met die spesifieke

¹³⁴ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 599.

¹³⁵ Ngwena "Health care decision-making and the competent minor: The limits of self-determination" in Keightley (red) *Children's rights* 140.

¹³⁶ Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 643.

¹³⁷ Strauss *Doctor, patient and the law* 7, 171-174.

¹³⁸ Meer oor hierdie twee standpunte kan gelees word in Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 140.

¹³⁹ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 140-141.

kind se ouderdom en volwassenheid.¹⁴⁰ Howe erken ook ouer kinders se vermoë om te besluit met wie hulle wil assosieer.¹⁴¹ Dit moet genoem word dat daar in die meeste jurisdiksies nie 'n onweerlegbare vermoede bestaan dat 'n minderjarige kind oor die vermoëns beskik om besluite aangaande behandeling te verleen nie. Die howe beweeg egter in die rigting van minderjariges se outonomie.¹⁴²

Daar word voorts aangevoer dat die belangrikste kriterium die vermoë van die minderjarige om die belang van die behandeling te besef en die vermoë om 'n besluit aangaande die behandeling te neem, moet wees.¹⁴³

4.3 Die bepalings van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996, regspraak en internasionale dokumente

Aangesien die Suid-Afrikaanse Grondwet soewerein is, is 'n bespreking noodsaaklik.¹⁴⁴ 'n Bespreking van die invloed van die Grondwet op artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg is problematies aangesien daar tot op datum geen sake in hierdie verband gerapporteer is nie en aangesien die Grondwet nie spesifiek na 'n minderjarige se regte ten opsigte van toestemming tot mediese behandeling verwys nie.¹⁴⁵

Artikel 28(1)(b) van die Grondwet bepaal dat 'n kind geregtig is op gesinsorg of ouerlike sorg, of gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word. Die gemeenregtelike reg van die ouers op ouerlike verantwoordelikhede en regte het nou die kind

¹⁴⁰ Sien *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W). Sien hfst 5, par 4.3 hieronder vir 'n bespreking van hierdie saak.

¹⁴¹ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 141.

¹⁴² Sien Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 141 ev vir 'n voorbeeld in die Engelse reg sowel as die Amerikaanse reg.

¹⁴³ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 143.

¹⁴⁴ Daar word verwys na Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 145. Ngwena het egter die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1993 (hierna "die Interimgrondwet") bespreek aangesien die werk voor inwerkingtreding van die 1996-Grondwet gepubliseer is. Aangesien die bepalings dieselfde gebly het verwys ek na die 1996-Grondwet. Waar toepaslik, sal ek ook na die kind se basiese reg op gesondheidsorg ingevolge a 28(1)(c) verwys, welke reg nie in die Interimgrondwet vervat is nie.

¹⁴⁵ *G v Superintendent, Groote Schuur Hospital* 1993(2) SA 255 (K) verwys kortliks na a 39(1) maar nie na 39(4) nie.

se reg op ouerlike sorg geword. Ouerlike verantwoordelikhede en regte moet dus so uitgeoefen word dat die beste belang van die kind daardeur gehandhaaf word.¹⁴⁶ Hierdie reg van die kind op ouerlike sorg beteken dat die ouer 'n grondwetlike verantwoordelikheid oploop om die kind ouerlik te versorg. Ouerskap beteken nie net dat die ouer die kind versorg en besluite namens die kind neem nie maar ook dat die ouer die kind toerus met die vaardighede wat die kind later in staat sal stel om namens homself of haarself besluite te neem.¹⁴⁷ Die hof het in *S v M*¹⁴⁸ as volg bepaal in hierdie verband:

Indeed, one of the purposes of section 28(1)(b) is to ensure that parents serve as the most immediate moral exemplars for their offspring. Their responsibility is not just to be with their children and to look after their daily needs. It is certainly not simply to secure money to buy the accoutrements of the consumer society, such as cellphones and expensive shoes. It is to show their children how to look problems in the eye. It is to provide them with guidance on how to deal with setbacks and make difficult decisions. Children have a need and a right to learn from their primary caregivers that individuals make moral choices for which they can be held accountable.¹⁴⁹

Namate die minderjarige ouer word sal die ouer se verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind verminder.¹⁵⁰

Artikel 27(1)(a) bepaal dat elkeen die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste het. Verder bepaal artikel 28(1)(c) dat elke kind die reg op *basiese* gesondheidsorgdienste het. Artikel 28(1) maak voorsiening vir die basiese regte van 'n kind. Almal het toegang tot die regte uiteengesit in artikel 27 en hierdie regte is ook wyer van aard aangesien dit nie slegs na *basiese* gesondheidsorg verwys nie maar na gesondheidsorgdienste met inbegrip van reprodktiewe gesondheidsorg. Die regte in artikel 27 is gekwalifiseerd van aard.¹⁵¹ Die verhouding tussen sosio-ekonomiese regte wat spesifiek op kinders van toepassing is en dié wat vir almal beskikbaar is, is van groot belang. Die doel met die sosio-ekonomiese regte wat

¹⁴⁶ A 28(2).

¹⁴⁷ Clark "My right to refuse or consent": The meaning of consent in relation to children and medical treatment" 2001 *THRHR* 606.

¹⁴⁸ CCT 53/06 [2007] ZACC 18 (26 September 2007).

¹⁴⁹ Par 34

¹⁵⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 145-146. Sien ook *Gordon v Barnard* 1977 (1) SA 887 (K) 889G-H waar die hof ouerlike gesag beskryf het as 'n "dwindling right".

¹⁵¹ Die feit dat die regte in artikel 27 gekwalifiseerd is, beteken dat daar moontlik beperkings op die regte kan wees, byvoorbeeld 'n beperking as gevolg van 'n tekort aan bronne.

net op kinders toepassing het is om te verseker dat alle kinders basiese toegang het tot dieselfde sosio-ekonomiese regte het wat meer omvattend ingevolge artikel 27 (en ook artikel 26) tot almal se beskikking is. Die regte ingevolge artikels 26 en 27 moet so uitgeoefen word dat dit aan elkeen 'n vol en waardige lewe verseker.

Ten spyte van die feit dat die staat duidelik, na aanleiding van die bovermelde artikels, die instelling van die gesin erken en ondersteun, en alhoewel mediese versorging deel vorm van ouerlike versorging, word die reg op basiese gesondheidsorgdienste tog aan die kind as individu toegeken. Verder beskik die kind ook, net soos 'n volwassene, oor die reg op menswaardigheid,¹⁵² die reg op lewe,¹⁵³ die reg op privaatheid,¹⁵⁴ die reg op liggaamlike integriteit¹⁵⁵ en die reg op gesondheidsorg.¹⁵⁶ Daar word slegs kortliks later in hierdie paragraaf na al hierdie genoemde regte verwys.

Die uitspraak in *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*¹⁵⁷ gaan spesifiek oor artikels 28(1)(b) en (c) en die verband tussen die twee artikels. Ingevolge die beslissing moet hierdie twee artikels saamgelees word en verwys artikel 28(1)(b) na die persone wat vir die versorging van die kind verantwoordelik is terwyl artikel 28(1)(c) "various aspects of the care entitlement" lys. Volgens die hof word die inhoud van die kind se reg op sorg slegs gedeeltelik bepaal deur die sosio-ekonomiese regte in artikel 28(1)(c) genoem en moet hierdie lys nie as 'n geslote lys van aspekte beskou word nie. Daar moet ook kennis geneem word van die feit dat die hof bevind het dat artikels 28(1)(b) en (c) hoofsaaklik 'n verpligting op die ouers en die gesinslede van die kind plaas terwyl die staat slegs aanspreeklik raak indien die ouers of gesinslede in gebreke bly of nie daartoe in staat is om na die kind om te sien nie. Die staat moet egter die regs en administratiewe infrastruktuur wat nodig is om te verseker dat die kind die beskerming ingevolge artikel 28 geniet, daarstel.¹⁵⁸ Die hof het in *Minister of Health v*

¹⁵² A 10.

¹⁵³ A 11.

¹⁵⁴ A 14.

¹⁵⁵ A 12(2).

¹⁵⁶ A 27.

¹⁵⁷ 2000 (11) BCLR 1169 (KH), 2000 (1) SA 46 (KH).

¹⁵⁸ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg* 417-423.

*Treatment Action Campaign*¹⁵⁹ as volg bevind: “The State is obliged to ensure that children are accorded the protection contemplated by s 28 that arises when the implementation of the right to parental or family care is lacking.” Die hof het ook in *Centre for Child Law v Minister of Home Affairs*¹⁶⁰ die volgende bevind:

Section 28 should be seen in the context of the Bill of Rights as a whole. In respect of the socio-economic rights referred to in ss 26 and 27, the Constitutional Court has said that this section imposes a negative duty on the State and private parties to desist from preventing or impairing the right of access to socio-economic rights and also positive duties to extend access to socio-economic rights. This duty is, however, limited. In view of the fact that children's socio-economic rights are neither described as a right of 'access to' the relevant rights nor qualified, as in ss 26 and 27, one may conclude that these rights impose a direct duty on the State to ensure that those children who lack basic necessities of life are provided with them. However, in *Grootboom* it was decided that the primary duty to fulfilling a child's socio-economic rights rests on the child's parents or family. I agree with the view held by Liebenberg that this suggests that the State is under a direct duty to ensure basic socio-economic provision for children who lack family care, as do unaccompanied foreign children. There is thus an active duty on the State to provide those children with the rights and protection set out in s 28.

Menswaardigheid is een van die hoekstene van die Grondwet.¹⁶¹ Met betrekking tot mediese besluitneming kan die reg op menswaardigheid dui op die kind se reg om geken te word in mediese besluitneming en die reg om ingelig te word aangaande die aard van mediese behandeling. Indien die kind nie geken word in die besluitnemingsproses aangaande sy of haar mediese versorging nie, kan so 'n kind meer soos 'n objek van ander se besluite as 'n pasiënt voel.¹⁶² Elke persoon se reg om mediese sorg te aanvaar of te weier is 'n goeie voorbeeld van die reg op menswaardigheid (met dien verstande dat die persoon wat die reg uitoefen by sy of haar volle positiewe is).¹⁶³ Die reg op lewe sluit aan by die reg op menswaardigheid aangesien die oogmerk van mediese behandeling gesondheid of lewe is.¹⁶⁴

Wat die reg op privaatheid betref, behoort 'n kinder-pasiënt ook 'n reg te hê op privaatheid ten opsigte van sy of haar liggaam en die aard van behandeling. Indien die kind geken word in

¹⁵⁹ 2002 (5) SA 721 (KH).

¹⁶⁰ 2005 (6) SA 50 (T).

¹⁶¹ Sien a 1(a).

¹⁶² Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* 66.

¹⁶³ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 146.

¹⁶⁴ Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* 67.

besluite aangaande sy of haar mediese versorging word sy of haar reg op privaatheid erken.¹⁶⁵ 'n Besluit aangaande mediese behandeling moet gesien word as 'n private en persoonlike handeling. Die reg op privaatheid¹⁶⁶ behoort dus toepassing te vind by besluitneming aangaande mediese sorg.¹⁶⁷

In *Castell v De Greef*¹⁶⁸ het die hof bevind dat "...it is clearly for the patient to decide whether he or she wishes to undergo the operation, in the exercise of the patient's fundamental right to self-determination".¹⁶⁹ Hieruit kan duidelik afgelei word dat enige pasiënt, selfs 'n kind, die reg het op liggaamlike integriteit en dat hierdie reg selfbeskikking insluit.¹⁷⁰

Ingevolge artikel 28(1)(c) het alle kinders die reg op basiese gesondheidsorgdienste en ingevolge artikel 27 het elke Suid-Afrikaner die reg op gesondheidsorgdienste, met inbegrip van reprodktiewe gesondheidsorg.¹⁷¹

Verder bepaal artikel 28(2) van die Grondwet dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak. In *Hay v B*¹⁷² het die hof die volgende stelling gemaak met betrekking tot hierdie artikel en die belang van die inhoud daarvan:

In terms of s 28(2) ... a child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child. This is the single most important factor to be considered when balancing or weighing competing rights and interests concerning children. The duty to afford children protection falls on law enforcement agencies, all right-thinking people and ultimately the Court, which is the upper guardian of all children.¹⁷³

¹⁶⁵ Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* 67.

¹⁶⁶ A 14.

¹⁶⁷ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 146.

¹⁶⁸ 1994 (4) SA 408 (K).

¹⁶⁹ 420[[]].

¹⁷⁰ Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* 68.

¹⁷¹ Sien in die algemeen Nicholson & Politis 2001 *DJ* 594-595.

¹⁷² 2003 (3) SA 492 (W).

¹⁷³ 494I-J.

In *Laerskool Middelburg v Departementshoof, Mpumalanga Departement van Onderwys*¹⁷⁴ het die hof ook die belang van artikel 28(2) bevestig deur as volg te bepaal:

Alhoewel die applikante betoog het dat art 28(2) geen fundamentele reg skep nie, maar bloot voorrang verleen aan 'n kind in die opweging van botsende belange, is ek die mening toegedaan dat art 28(2) inderdaad die fundamentele reg van elke kind vestig om in die opweging van strydende partye se botsende belange – en dus ook die strydende partye se aansprake op fundamentele regte en die handhawing daarvan – in die eerste gelid te staan. Hoe onbevredigend dit ook uit die oogpunt van die applikante mag wees, moet hulle belange terugstaan voor dié van die minderjariges.¹⁷⁵

Hierdie standpunt is in die meerderheidsuitspraak in *S v M*¹⁷⁶ gehandhaaf. Regter Sachs het as volg bepaal:

...section 28(2), read with section 28(1), establishes a set of children's rights that courts are obliged to enforce...The ambit of the provisions is undoubtedly wide. The comprehensive and emphatic language of section 28 indicates that just as law enforcement must always be gender-sensitive, so must it always be child-sensitive; that statutes must be interpreted and the common law developed in a manner which favours protecting and advancing the best interests of children; and that courts must function in a manner which at all times shows due respect for children's rights.¹⁷⁷

Uit die bogenoemde sake blyk dit duidelik dat daar 'n verpligting op die ouers sowel as die staat rus om toe te sien dat kinders se beste belang gedien word en dat kinders die beste moontlike gesondheidsorg ontvang. By toepassing van die bovermelde artikels¹⁷⁸ moet daar altyd in gedagte gehou word dat hierdie artikels nie volle krag dra ten opsigte van kinders nie, aangesien selfbeskikking nie 'n oorheersende waarde by alle kinders is nie. Verder is artikel 10 en 14 onderhewig aan artikel 28(2). Die grootste rol wat die Grondwet moontlik kan speel is om buigsamheid by bepaling van die vermoë tot selfbeskikking daar te stel.¹⁷⁹ Ons howe behoort, soos in Amerika, gelei te word deur die beste belang-maatstaf en nie net deur die ouderdom van die kind nie. Wettige uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte en die vermoë

¹⁷⁴ 2003(4) SA 160 (T).

¹⁷⁵ 178B-D.

¹⁷⁶ CCT 53/06 [2007] ZACC 18 (26 September 2007).

¹⁷⁷ Par 14 & 15.

¹⁷⁸ Dit is aa 10, 11, 12(2), 14, 27 en 28 van die Grondwet.

¹⁷⁹ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 146-147.

van die minderjarige om die aard en die strekking van die behandeling te verstaan moet ook in aanmerking geneem word.¹⁸⁰

Die *African Charter* bepaal ook dat die primêre verantwoordelikheid vir die opvoeding en ontwikkeling van kinders op die ouers rus. Hierdie bepaling is reeds hierbo bespreek.¹⁸¹

Die 1989-Konvensie bepaal spesifiek dat deelnemende state moet toesien dat 'n kind wat oor die vermoë beskik om sy of haar eie opinies te vorm, die geleentheid gegun word om sodanige opinies uit te spreek in alle aangeleenthede wat so 'n kind raak.¹⁸² By oorweging van hierdie opinies moet die ouderdom en volwassenheid van die kind in ag geneem word. Verder word die instelling van die gesin deur die 1989-Konvensie erken.¹⁸³ Hierdie konvensie erken ook die reg van elke kind op die hoogste moontlike standaard van mediese versorging.¹⁸⁴ Al hierdie bovermelde artikels dui daarop dat die kind se opinie belangrik is by besluitneming oor mediese versorging en behandeling.

4.4 Die huidige posisie ten opsigte van volwassenes

Oor die algemeen word daar aanvaar dat die toestemming van die pasiënt benodig word vir enige mediese ondersoek, behandeling of operasie. Ten einde geldige toestemming te verleen moet die pasiënt 'n wesenlike begrip hê van die voorgenome handeling en saamstem daarmee. Die kriterium staan bekend as die "redelike pasiënt-toets".¹⁸⁵

Die Suid-Afrikaanse howe het tot op datum slegs in sake rakende die vermoë van 'n volwassene om oor sy of haar liggaam te beskik, uitspraak gelewer. In *Castell v De Greeff*¹⁸⁶ het die hof bevind dat 'n volwasse pasiënt oor soewereiniteit ten opsigte van sy of haar eie

¹⁸⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 147.

¹⁸¹ Par 3.

¹⁸² A 12.

¹⁸³ In die Aanhef van die Konvensie.

¹⁸⁴ A 24.

¹⁸⁵ Clark B 2001 *THRHR* 608.

¹⁸⁶ 1994 (4) SA 408 (K).

liggaam beskik. Verder is bevind dat enige ingryping, onder normale omstandighede, deur die mediese praktisyn aanranding daarstel tensy die pasiënt vooraf toestemming tot sodanige handeling verleen het. Verder is bevind dat toestemming slegs geldig is indien die toestemming voorafgegaan is deur 'n verduideliking deur die mediese praktisyn van die prosedure self, van die doel van die prosedure en van die risiko's verbonde aan die prosedure. Die hof het ook die "redelike dokter-toets" verwerp ten gunste van die "redelike pasiënt-toets" by bepaling van welke risiko's verbonde aan die prosedure bekend gemaak moet word alvorens regsgeldige toestemming verkry is.¹⁸⁷ Regter Ackermann het die volgende opmerk:¹⁸⁸

It is in accord with the fundamental right of individual autonomy and self-determination to which South African law is moving. This formulation also sets its face against paternalism, from many other species whereof South Africa is now turning away.

Uit die bovermelde aanhaling blyk dit duidelik dat die hof wegbeweeg van mediese paternalisme wat die soewereiniteit van die mediese praktisyn voorstaan. Die pasiënt mag mediese behandeling weier selfs al kan weiering permanente liggaamlike skade of selfs die dood tot gevolg hê.¹⁸⁹ Weiering van mediese sorg kan moontlik slegs in een geval 'n onregmatige handeling daarstel. Dit is in 'n geval waar weiering van mediese sorg die gesondheid of lewe van 'n ander in gevaar stel of moontlik in gevaar stel. 'n Voorbeeld hiervan is 'n geval waar 'n vrou se weiering om 'n keisersnit of bloedoortapping te ondergaan kan lei tot die dood van 'n ongebore kind.¹⁹⁰ Na aanleiding van die bogenoemde moet die vraag gevra word of kinders onder die ouderdom van onderskeidelik 14 en 18 jaar die reg op selfbeskikking ten opsigte van hul eie liggame toegeken moet word en, indien wel, in watter mate.¹⁹¹

Daar bestaan slegs drie moontlike gronde wat ingryping deur 'n mediese praktisyn regverdig. Dit is in die eerste plek waar 'n persoon wat oor die nodige geestelike vermoëns beskik

¹⁸⁷ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 132-135.

¹⁸⁸ 426D.

¹⁸⁹ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 135.

¹⁹⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 136.

¹⁹¹ Sien par 4.5 hieronder vir 'n bespreking van die bepalings van die Wet op Kindersorg in hierdie verband.

toestem tot ingryping, in die tweede plek in gevalle van *negotiorum gestio*,¹⁹² en in die derde plek in gevalle waar die belange van die gemeenskap op die spel is. Ingryping kan lei tot siviele of kriminele aanspreeklikheid van die ingryper. So, byvoorbeeld, is ingryping in geval van 'n volwasse Jehova-getuie wat 'n bloedoortapping weier onregmatig. Ouers is egter nie by magte om mediese behandeling van hul kinders te weier nie.¹⁹³

Wanneer howe die reg van volwasse pasiënte op selfbeskikking voorhou, bestaan daar hoofsaaklik twee vermoedens (soms implisiet). In die eerste plek word vermoed dat, tensy die teendeel bewys word, 'n pasiënt by sy volle verstand oor die intelligensie en volwassenheid beskik om, indien so 'n pasiënt voorsien word van 'n voldoende verduideliking, die omvang, voordele en risiko's van 'n spesifieke behandeling te verstaan. In die tweede plek bestaan daar 'n vermoede dat 'n pasiënt in die beste posisie is om te besluit wat vir hom of haar die grootste voordele inhou en dat die pasiënt, tensy hy of sy om die een of ander rede onbevoeg is om self te beskik, begerig is en oor die vermoë beskik om vrye besluite te neem sonder dwang. Die vraag moet gevra word of die bogenoemde ook ten opsigte van minderjariges geld.¹⁹⁴

4.5 Die bepalinge van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 en die Kinderwet 38 van 2005

Artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg lees soos volg:

Ondanks 'n andersluidende regsreël is –

- (a) iemand bo die leeftyd van 18 jaar bevoeg om sonder die bystand van sy ouer of voog toestemming te verleen tot die uitvoer van 'n operasie op homself; en
- (b) iemand bo die leeftyd van 14 jaar bevoeg om sonder die bystand van sy ouer of voog toestemming te verleen tot mediese behandeling van homself of sy kind.

Die aangeleentheid van toestemming tot mediese sorg verskaf eindelose probleme en het verskeie debatte tot gevolg. Dit vorm 'n uiters belangrike deel van hierdie proefskrif aangesien die behandeling van MIV/vigs 'n MIV/vigs-slagoffer se enigste kans op oorlewing is. Verder kan

¹⁹² Saakwaarneming, oftewel die behartiging van 'n ander se belange tot sy of haar voordeel, maar sonder sy of haar medewete.

¹⁹³ Bekink "Parental religious freedom and the rights and best interests of children" 2003 *THRHR* 257. Sien verder *Hay v B* 2003 (3) SA 492 (W) waar die hof bepaal het dat die kind se reg op lewe swaarder weeg as die ouers se private geloofsoortuigings (495D). Sien ook par 4.1 hierbo en 4.9 hieronder vir verdere verwysings na hierdie saak.

¹⁹⁴ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 136.

MIV/vigs voorkom word deur kondoomgebruik. 'n Kind onder die ouderdom van 14 jaar kan nie statutêr self 'n besluit oor mediese sorg of voorbehoeding neem nie.¹⁹⁵ Die grens tussen die kind se vermoë om mediese sorg te aanvaar of te weier en die regsgeldige gesag van die ouer om so 'n besluit namens die kind te neem, word voorts bespreek.

Die uitleg van artikel 39(4) is problematies. Tot op datum het die hof nog nie besluit of minderjariges oor dieselfde bevoegdhede as volwassenes ingevolge die gemenerereg beskik nie. Verder kan die bogenoemde onderskeid tussen mediese behandeling en chirurgiese behandeling ook problematies wees.¹⁹⁶ In *G v Superintendent, Groote Schuur Hospital*¹⁹⁷ het die hof bevind dat 'n aborsie op 'n veertienjarige kind beskou moet word as 'n operasie en nie slegs as 'n behandeling nie.¹⁹⁸ Die gemenerereg moet gebruik word ten einde die howe by te staan by uitleg van artikel 39(4).

Indien die bogenoemde standpunt van Boberg¹⁹⁹ ten opsigte van die gemenerereg korrek is, vervang artikel 39(4) die gemenerereg. Artikel 39(4) erken, in teenstelling met die gemenerereg, die vermoëns van minderjariges bo die ouderdom van 18 jaar om tot enige mediese behandeling en prosedures toe te stem. Minderjariges tussen die ouderdomme van 14 en 18 jaar kan, soos hierbo aangetoon, slegs tot mediese behandeling toestem en nie tot chirurgiese prosedures nie. Die vermoede dat kinders onder die ouderdom van 14 jaar glad nie wettig tot enige mediese behandeling kan toestem nie, weerspieël die gemeenregtelike standpunt. Indien Strauss se standpunt as die korrekte een beskou word, is artikel 39(4) slegs erkenning en kodifikasie van die gemeenregtelike standpunt. In hierdie geval skep artikel 39(4) slegs regsekerheid deur die vasstelling van die ouderdomsperk; daardie minderjariges wat buite die ouderdomsgrense van die wet val sal op meriete beoordeel word.²⁰⁰

¹⁹⁵ Sien par 4.14 hieronder in verband met voorbehoedmiddels. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word voorbehoeding, waar van toepassing, as mediese behandeling beskou.

¹⁹⁶ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 139.

¹⁹⁷ 1993 (2) SA 255 (K).

¹⁹⁸ 262F-G. Sien verder, in die algemeen, SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 111 (hfst 6).

¹⁹⁹ Par 4.2 hierbo.

²⁰⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 143.

Welke een van die bogenoemde standpunte nou ook al korrek mag wees, die feit bly staan dat artikel 39(4) inmeng met ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van kinders. 'n Mediese dokter kan aanneem dat die minderjarige bevoeg is tot tyd en wyl die teendeel bewys is. Die vraag moet gevra word of die ouerlike verantwoordelikhede en regte buite die raamwerk van die ouderdomsperk in artikel 39(4) genoem beëindig word en of die ouerlike verantwoordelikhede en regte bly voortbestaan, maar onderworpe aan die kind se reg op selfbeskikking. Hierdie vraag is relevant indien die opinie van die minderjarige en dié van die ouer ten opsigte van mediese behandeling verskil.²⁰¹ Die SA Regskommissie voer aan dat die bepaling van artikel 39(4) nie ouerlike verantwoordelikhede en regte uitsluit nie maar dat die kind se besluit as prioriteit beskou word indien die ouers en die kind nie saamstem oor 'n spesifieke behandeling of prosedure nie.²⁰² Ngwena²⁰³ voer ook aan dat artikel 39(4) nie eksklusiewe mag aan die minderjarige verleen nie. Die ouers se gemeenregtelike ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van behandeling bly staan onderhewig aan die bepaling en ouderdomsgrense gestel deur artikel 39(4). Die ouerlike verantwoordelikhede en regte sal dus onderworpe wees aan die minderjarige se reg of siening. Die verantwoordelikhede en regte van die ouers sal slegs meerderwaardig wees indien die minderjarige sy of haar reg gerepudieer het. Die minderjarige beskik oor vetoreg oor die gesag of wense van die ouers in hierdie verband. Die Engelse Appèlhof het hewige kritiek uitgelok toe 'n bepaling gelykstaande aan artikel 39(4) uitgelê is. In *Re W (A Minor)(Medical Treatment)*²⁰⁴ het die hof bevind dat die ouer eerder as die kind oor vetoreg beskik.²⁰⁵

Daar moet in gedagte gehou word dat die hoë hof as oppervoog van alle minderjariges optree en dat artikel 39(4) nie hierdie mag om in die beste belang van alle minderjariges op te tree opskort nie.²⁰⁶ Indien 'n kind dus, byvoorbeeld, 'n lewensnoodsaaklike behandeling of prosedure weier, kan die hoë hof gelas dat so 'n behandeling of prosedure wel uitgevoer word ten einde die beste belang van die kind te dien.

²⁰¹ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 144.

²⁰² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 111 (hfst 6).

²⁰³ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 144.

²⁰⁴ [1992] 4 All ER 627.

²⁰⁵ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 144.

²⁰⁶ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 145.

Wat gemaak indien die ouers of voog van 'n kind onder die voorgeskrewe ouderdom ingevolge artikel 39(4) nie beskikbaar is om toestemming te verleen tot 'n operasie of behandeling nie? Die wet bepaal duidelik in artikel 39(1) dat, indien die ouer of voog toestemming tot die behandeling of operasie weier, of indien die ouer of voog nie gevind kan word nie, of indien die ouer of voog weens geestesongesteldheid nie toestemming kan verleen nie of oorlede is, die geneesheer die aangeleentheid aan die minister moet rapporteer. Die minister kan dan, indien hy of sy van mening is dat die behandeling of operasie noodsaaklik is, toestemming daartoe verleen.

Daar moet kennis geneem word van die feit dat artikel 5(3) van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 (hierna die “Wet op Keuse”) duidelik bepaal dat 'n ouer of voog se toestemming nie benodig word alvorens 'n aborsie op 'n minderjarige van enige ouderdom uitgevoer word nie maar dat slegs daardie minderjarige se ingeligte toestemming benodig word. In *Christian Lawyers Association v National Minister of Health*²⁰⁷ het die hof 'n aantal *obiter* opmerkings gemaak met betrekking tot ingeligte toestemming. Die hof het, onder andere, die vereistes vir ingeligte toestemming bevestig, naamlik kennis, begrip en toestemming. Wat betref kennis moet die vrou volle kennis dra van die aard en strekking van die nadeel en risiko. Verder moet die vrou die aard en strekking van die nadeel en risiko verstaan en begryp (“appreciation”). In die derde plek moet die vrou dan toestem tot die nadeel en risiko geassosieer met die beëindiging van die swangerskap en hierdie toestemming moet betrekking hê op die volle aksie, ingesluit die nagevolge.²⁰⁸ Die hof het *obiter* bevestig dat die vrou se reg om self te beskik ingevolge die Wet op Keuse nie onkonstitusioneel is nie aangesien die wet duidelik verwys na ingeligte toestemming. 'n Vrou, van watter ouderdom ook al, moet dus oor die intellektuele en emosionele kapasiteit beskik om sodanige ingeligte toestemming te verleen.²⁰⁹

Die artikels in die Kinderwet wat met toestemming tot mediese sorg van kinders handel, het by inhandiging van hierdie proefskrif nog nie in werking getree nie. Artikel 129(2) en (3) van hierdie wet bepaal soos volg:

²⁰⁷ [2004] 4 All SA 31 T, 2004 (10) 1086 BCLR (T), 2005 (1) SA 509 (T).

²⁰⁸ 515D-516A.

²⁰⁹ 528C-D.

- (2) A child may consent to his or her own medical treatment or to the medical treatment of his or her child if –
 - (a) the child is over the age of 12 years; and
 - (b) the child is of sufficient maturity and has the mental capacity to understand the benefits, risks, social and other implications of the treatment.
- (3) A child may consent to the performance of a surgical operation on him or her or his or her child if –
 - (a) the child is over the age of 12 years; and
 - (b) the child is of sufficient maturity and has the mental capacity to understand the benefits, risks, social and other implications of the surgical operation; and
 - (c) the child is duly assisted by his or her parent or guardian.

Die ouderdom vir toestemming het dus geskuif vanaf 14 en 18 jaar respektiewelik na 12 jaar sonder die bystand en 12 jaar met die bystand van die ouer. Of so 'n lae ouderdom 'n gepaste ouderdom is vir besluitneming van hierdie aard, is debatteerbaar en hierdie artikel sal vir seker in die toekoms hewige debat uitlok. Die invoeging van artikels 129(2)(b) en 129(3)(b) blyk 'n stap in die regte rigting te wees. Myns insiens kan dit egter net tot nog meer probleme lei. Wat gemaak indien die ouer of die mediese praktisyn van mening is dat die kind nie oor die volwassenheid en die verstandelike vermoëns beskik om so 'n besluit te neem nie? Wat gemaak indien die ouers en die mediese praktisyns nie hieroor saamstem nie? Wie bepaal of die kind oor die verstandelike vermoëns beskik? Hierdie bepaling is myns insiens 'n onafdwingbare bepaling aangesien daar nie genoeg mediese praktisyns is om elke kind se geestelike vermoëns te assesser nie. Kinders wat nie oor sodanige geestelike vermoëns beskik nie gaan dus daagliks hul handtekening op papier plaas ten einde toestemming te verleen tot prosedures en behandeling waarvan hulle nie die mediese terme of die aard van die behandeling begryp nie. Verder moet die kind in die geval van besluitneming ten opsigte van 'n operasie deur die ouers bygestaan word. Die ouers of voog is ook nie altyd beskikbaar ten einde die kind by te staan nie. Dien so 'n situasie werklik die beste belang van die kind? Wat gemaak indien die ouers en die kind van mening verskil? Die vrae wat hierdie artikel voortbring is net so eindeloos soos dié ingevolge artikel 39(4). Hopelik sal die howe vroeër eerder as later genader word vir 'n bevredigende en gedetailleerde uitleg van hierdie artikel. Indien gekyk word na die huidige pas waarmee die hof genader word vir uitsluitel met betrekking tot artikel 39(4), sal ek nie hoop op die spoedige uitleg van artikel 129 plaas nie.

Verder gaan artikel 32²¹⁰ van die Kinderwet sekerlik die taak van die mediese praktisyns en dié van versorgers wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ingevolge artikel 18 beskik

²¹⁰ Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

nie, vergemaklik. Myns insiens gaan hierdie artikel egter ook meer vrae en probleme teweegbring as waarvoor daar antwoorde beskikbaar is. Artikel 32(1) en (2) lees soos volg:

- (1) A person who has no responsibilities and rights in respect of a child but who voluntarily cares for the child either indefinitely, temporarily or partially, including a care-giver who otherwise has no parental responsibilities and rights in respect of a child, must, whilst the child is in that person's care –
 - (a) safeguard the child's health, well-being and development; and
 - (b) protect the child from maltreatment, abuse, neglect, degradation, discrimination, exploitation, and any other physical, emotional or mental harm or hazards.
- (2) Subject to section 129, a person referred to in subsection (1) may exercise any parental responsibilities and rights reasonably necessary to comply with subsection (1), including the right to consent to any medical examination or treatment of the child.

4.6 Minderjariges en besluitneming

Die vraag na die ouderdom waarop kinders oor die vermoë beskik om selfbeskikkend op te tree is omstrede. Daar bestaan verskillende redes hiervoor. Ingevolge die 1989-Konvensie en die Kinderwet, onder andere, het die kind die reg om gehoor te word. Uit hierdie reg spruit nou 'n klompie probleme en vrae. Op watter ouderdom beskik kinders oor die vermoë om selfbeskikkend op te tree? Moet daar 'n spesifieke ouderdom hiervoor vasgestel word of moet elke kind se vermoëns afsonderlik en op meriete beoordeel word? Wie gaan verantwoordelik wees vir hierdie beoordelings? Volgens watter toets gaan die kind se vermoëns beoordeel word? Wie sal verantwoordelik wees vir die formulering van so 'n toets? Hoe en deur wie gaan die toets universeel toegepas en bestuur word? Indien die vermoëns van sekere kinders om self te beskik erken word, wat is die posisie van die ouers? Indien die ouers wel in sulke gevalle 'n sê het, wie se posisie gaan voorkeur geniet? Die posisie van die ouers of dié van die kind?

Dit is maklik om te bepaal dat die kind die reg het om gehoor te word. Uitvoering van so 'n bepaling is egter om voor die hand liggende redes problematies. Om maar een voorbeeld van 'n slagyster te noem: 'n kind van 12 jaar met ernstige emosionele en leerprobleme word ná inwerkingtreding van die Kinderwet met 'n ernstige nierdisfunksie gediagnoseer. Albei hierdie kind se ouers is oorlede. Sy naaste familieleden en versorgers, wat nie oor statutêre ouerlike regte en verantwoordelikhede beskik nie, woon 150 kilometer ver op die platteland. Die kind word in 'n besige staatshospitaal opgeneem en daar moet ernstige en moontlik verreikende besluite aangaande sy behandeling en 'n moontlike nieroorplanting geneem word. Die hospitaal ondervind 'n ernstige personeeltekort en die mediese praktisyns is oorwerk en moeg.

Wie gaan na hierdie kind se belange omsien? Wie gaan seker maak dat die kind oor die vermoëns beskik om ingeligte besluite ten opsigte van mediese sorg te neem? Wie gaan die proses en behandeling aan die kind verduidelik? Suid-Afrika is sekerlik op pad in die regte rigting. Daar is egter nog verskeie kwessies in hierdie verband waarvoor daar gedetailleerde oplossings gevind moet word.

Vir doeleindes van hierdie hoofstuk is dit belangrik om kortliks na die verskillende teorieë ten opsigte van die ouderdom waarop 'n kind volwasse genoeg is om oor homself of haarself te beskik, te verwys.

Sedert 1 Julie 2007 word meerderjarigheid ingevolge die Suid-Afrikaanse reg kragtens die Kinderwet op 18 jaar bereik.²¹¹ Voor 1 Julie 2007, toe meerderjarigheid nog ingevolge die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972 op 21 jaar bereik is, kon 'n persoon bo die ouderdom van 18 jaar by die hoë hof aansoek doen om meerderjarigverklaring.

Vir doeleindes van die Wet op Kindersorg sowel as die Kinderwet is 'n kind op wie hierdie wette toepassing vind egter iemand onder die ouderdom van 18 jaar.²¹²

'n Kind verkry ingevolge sekere wette en die gemenerereg die reg op selfbeskikking alvorens die ouderdom van 21 of 18 bereik word. Enkele voorbeelde sluit die volgende in:

- (1) Ingevolge die Wet op Keuse word 'n ouer of voog se toestemming nie benodig alvorens 'n aborsie op 'n minderjarige van enige ouderdom uitgevoer word nie. Slegs daardie minderjarige se ingeligte toestemming word benodig.²¹³
- (2) Verder kan 'n kind, soos hieronder aangetoon,²¹⁴ ingevolge artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg onder die ouderdom van 14 jaar 'n besluit neem aangaande mediese

²¹¹ A 17. Volgens a 313 en Skedule 4 van die Kinderwet is die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom in sy geheel herroep. Hierdie artikel het reeds in werking getree.

²¹² Sien die definisies van "kind" in albei hierdie wette.

²¹³ A 5(3). Sien die bespreking van *Christian Lawyers Association v National Minister of Health* [2004] 4 All SA 31 (T) 515D en hierbo vir 'n bespreking van ingeligte toestemming.

²¹⁴ Par 4.5.

behandeling en bo die ouderdom van 18 jaar 'n besluit neem aangaande 'n operasie. In die Kinderwet is hierdie ouderdomme in albei gevalle verlaag na 12 jaar.

- (3) 'n Kind onder die ouderdom van 18 kan ook strafregtelike of deliktuele aanspreeklikheid opdoen. 'n Kind onder die ouderdom van sewe jaar word onweerlegbaar vermoed ontoerekeningsvatbaar te wees. 'n Kind tussen die ouderdom van sewe en 14 word weerlegbaar vermoed ontoerekeningsvatbaar te wees. Op die ouderdom van 14 jaar verkry 'n kind volle strafregtelike en deliktuele aanspreeklikheid asof hy reeds volwasse is. Ouderdom kan egter by strafbepaling 'n versagtende rol speel.²¹⁵

Daar bestaan verskeie teorieë rondom die verskillende metodes om uiting te gee aan die idee dat kinders ook as draers van regte beskou kan word, sowel as die formulering en inhoud van hierdie regte. Sommige verdedigers van kinderregte ondersteun die teorie dat kinders oor totale vryheid moet beskik om hul eie beste belang te bepaal. Dit is ekstreem. Andere volg weer 'n meer gebalanseerde teorie ingevolge waarvan kinders beperkte regte en ouers oor uitgebreide ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik. Daar bestaan tot dusver geen bevredigende teorie ten opsigte van kinderregte nie.²¹⁶

'n Deurlopende tema in hierdie debat oor kinderregte is die "maturation factor" of die ouderdom waarop die kind oor die nodige volwassenheid beskik om selfbeskikkend op te tree. In die debatte hieroor kan die verskil tussen die ontwikkeling van volwassenes en dié van kinders op die gebied van ontwikkeling, optrede, kennis en bekwaamheid sowel as hul afhanklikheid van volwassenes nie uit die oog verloor word nie. Sommige akademici is van mening dat daar nie 'n spesifieke bepaling ten opsigte van meerderjarigheidsouderdom gemaak moet word nie terwyl ander van mening is dat daar wel so 'n algemene bepaling moet wees. Alhoewel dit onmoontlik is om in die algemeen te sê dat alle kinders op dieselfde ouderdom selfbeskikkend kan optree, is dit veilig om te aanvaar dat die meeste kinders nie voor middel-adolessensie oor die kognitiewe vermoëns beskik om volkome aanspreeklikheid vir hul lewe te aanvaar nie.²¹⁷ In

²¹⁵ Sloth-Nielsen "Child justice and law reform" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 394 en Cronjé & Heaton *Personereg* 87-88. In hierdie bron word daar na die meerderjarigheidsouderdom as 21 jaar verwys. Ek verander dit egter na 18 jaar ten einde aan te pas by die genoemde onlangse verlaging van hierdie ouderdom.

²¹⁶ Kruger "Traces of *Gillick* in South African jurisprudence: Two variations on a theme" 2005 *Codicillus* 2-3. Sien ook par 3 hierbo.

²¹⁷ Kruger 2005 *Codicillus* 3.

die Engelse saak van *Gillick*²¹⁸ is hierdie “maturation factor” deur die *House of Lords* erken.²¹⁹ Die *House of Lords* het in ’n meerderheidsuitspraak bevind dat kinders onder die ouderdom van 16 jaar nie slegs op grond van hul ouderdom ’n gebrek aan die vermoë het om hul eie besluite te neem nie. ’n Kind moet ook oor die nodige begrip en intelligensie beskik ten einde hom of haar in staat te stel om ’n besluit te neem. Die hof het verder bevind dat ouerlike verantwoordelikhede en regte nie absoluut is nie en dat dit slegs sover strek soos benodig vir die beskerming van die kind. Ouerlike verantwoordelikhede en regte eindig dus indien die kind oor die vermoëns beskik om selfbeskikkend op te tree. Ouerlike verantwoordelikhede en regte bestaan vir die voordeel van die kind en nie vir die voordeel van die ouer nie. Die sogenaamde “*Gillick* competency test” is in hierdie saak geformuleer. ’n Spesifieke kind se individuele vlak van volwassenheid en intellektuele vermoëns moet bepaal word.²²⁰ “*Gillick* competence” word soos volg verduidelik.²²¹

Following the case of *Gillick*, the courts have held that children who have sufficient understanding and intelligence to enable them to understand fully what is involved in a proposed intervention will also have the capacity to consent to that intervention. This is sometimes described as “*Gillick*-competent” and may apply to consent for treatment, research or tissue donation. As the understanding required for different interventions will vary considerably, a child under 16 may therefore have the capacity to consent to some interventions but not others. As with adults, assumptions that a child with a learning disability may not be able to understand the issues should never be made automatically. The concept of *Gillick* competence is said to reflect the child’s increasing development to maturity. In some cases, for example because of a mental disorder, a child’s mental state may fluctuate significantly so that on some occasions the child appears *Gillick* competent in respect of a particular decision and on other occasions does not. In cases such as these, careful consideration should be given to whether the child is truly *Gillick* competent at any time to take this decision.

Kruger²²² lig twee belangrike punte uit wat in gedagte gehou moet word by die samestelling van ’n teorie vir die beskerming van kinderregte. In die eerste plek moet die feit dat “kinderjare” (“childhood”) ’n unieke konsep is in ag geneem word. Dit is ’n proses eerder as ’n toestand. Soos wat die kind ontwikkel verhoog sy of haar kapasiteit vir rasonele denke en handeling. Aanvanklik oefen die ouer absolute ouerlike verantwoordelikhede en regte uit. Hierdeur word die kind gelei na ’n tyd waarin die ouerlike verantwoordelikhede en regte nie meer benodig

²¹⁸ [1985] 3 All ER 402.

²¹⁹ Sien hierdie hele hfst vir verskeie verwysings na hierdie saak.

²²⁰ Kruger 2005 *Codicillus* 3-4.

²²¹ Department of Health, UK *Reference guide to consent for examination or treatment* 16.

²²² Kruger 2005 *Codicillus* 4.

word ten einde die kind in staat te stel om rasionele besluite te neem nie. Die ouers gee dan die kind advies. In die tweede plek vorm 'n kind gewoonlik deel van 'n gesin. Die interaksie binne die gesinslewe kompliseer regsverhoudinge en dit is baie belangrik dat daar gedurig 'n balans tussen die belange van die verskillende gesinslede gevind word.²²³

Die rede waarom kinders nie ingevolge die reg vanaf 'n jong ouderdom reeds oor selfbeskikking beskik nie is die feit dat kinders teen hul eie kognitiewe onvermoë om rasionele besluite te neem beskerm moet word.²²⁴ Die sogenaamde “*Gillick competency test*” blyk die beste oplossing te wees by bepaling van die vermoëns om self te beskik by 'n spesifieke kind. Kruger²²⁵ is van mening dat daar nog 'n been by hierdie toets gevoeg moet word. Dit is dat geen kind toegelaat moet word om 'n besluit te neem wat teen sy of haar beste belang is nie. Indien hierdie toets toegepas word, is sowel die “child savers” as die “child liberators” reg. Dit hang net af van die spesifieke vlak van ontwikkeling van 'n bepaalde kind.

Hierdie “maturation factor” het in twee onlangse Suid-Afrikaanse sake toepassing gevind. In *Soller*²²⁶ het die hof die sieninge en wense van 'n 16-jarige seun oorweeg en dienooreenkomstig beslis. In *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health*²²⁷ moes die hof 'n bevel verleen ten opsigte van sekere bepalinge van die Wet op Keuse. In hierdie saak het die eiser aangevoer dat sekere bepalinge in hierdie wet ongrondwetlik is aangesien dit 'n kind onder die ouderdom van 18 jaar in staat stel om, sonder die bystand van haar ouers, 'n aborsie te ondergaan. Die hof het teen die eiser beslis op grond van die feit dat die hele wet op ingeligte toestemming berus. Hierdie ingeligte toestemming rus op drie bene, naamlik kennis met betrekking tot die aard en strekking van die nadeel en risiko's aan die prosedure verbonde, begrip om die aard en strekking van die nadeel en risiko's te verstaan, en toestemming. Toestemming beteken dat die vrou letterlik moet toestem tot die nadeel en risiko geassosieer met die beëindiging van die swangerskap. Hierdie toestemming moet allesomvattend wees in die sin dat dit ook toestemming tot die gevolge insluit. Die hof het tot

²²³ Kruger 2005 *Codicillus* 5-6.

²²⁴ Kruger 2005 *Codicillus* 6.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ 2003 (5) SA 430 (W). Sien hfst 5 hierbo vir verdere verwysing na *Soller*.

²²⁷ [2004] 4 All SA 31 T, 2004 (10) 1086 BCLR (T), 2005 (1) SA 509 (T).

die gevolgtrekking gekom dat hierdie ingeligte toestemming slegs verleen kan word deur 'n persoon wat oor die nodige intellektuele en emosionele kapasiteit beskik om op grond van hierdie kennis, begrip en toestemming 'n ingeligte besluit te neem. Elke geval moet op meriete beoordeel word. Die hof het verder bevind dat die tersaaklike wet die beste belang van die swanger kind bevorder in die sin dat dit buigsaam genoeg is om die individuele posisie met betrekking tot die intellektuele, sielkundige en emosionele toestand van elke kind te bepaal.²²⁸

Studies deur Grisso en Vierling²²⁹ het getoon dat sommige minderjariges in die hoër ouderdomsgroep in die algemeen net so bevoeg soos volwassenes is om besluite aangaande mediese behandeling te neem. "Bevoegdheid" moet kortliks bespreek word.²³⁰

Bevoegdheid het altyd betrekking op 'n spesifieke behandeling eerder as op behandeling in die algemeen. Dus sal verskillende mediese prosedures verskillende vlakke van begripsontwikkeling of bevoegdheid vereis. Bevoegdheid kan op twee moontlike wyses bepaal word. In die eerste plek kan daar bloot verwys word na die vermoëns om te begryp, te oorweeg en 'n voorkeur ten opsigte van behandeling uit te druk sonder om die vraag te vra of hierdie voorkeur rasioneel of aanvaarbaar is. In die tweede plek kan daar, benewens die bogenoemde ook 'n waardebeoordeling van die minderjarige se besluit gedoen word. Indien bevind word dat die besluit aanvaarbaar en rasioneel is, kan die pasiënt bevoeg verklaar word om self die besluit te neem. Die eerste wyse respekteer selfbeskikking terwyl die tweede wyse voorafbepaald is, en selfbeskikking ondermyn en dus nie bestaanbaar is met 'n regstoets vir bevoegdheid nie. Die tweede wyse is dus nie gewens nie.²³¹

Daar is reeds verskeie studies gedoen ten opsigte van kinderontwikkeling en die bevoegdheid om besluite te neem ten opsigte van, onder andere, mediese behandeling en prosedures. Hierdie studies se bevindings gaan nou kortliks weergegee word. Daar word aanvaar dat suigeling nie oor die intelligensie beskik om ingeligte toestemming te verleen nie. Verskillende

²²⁸ Kruger 2005 *Codicillus* 9-12.

²²⁹ "Minors' consent to treatment: A developmental perspective" 1978 *Professional Psychology* 412-427. Sien verder in die algemeen Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 136 in verband met hierdie studies.

²³⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 137.

²³¹ Buchanan & Brock "Children's competence of research hospitalisation" 1972 *New England Journal of Medicine* 589 soos bespreek deur Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 137-138.

minderjariges toon 'n wesenlike verskil in kognitiewe vermoëns. As gevolg van 'n kombinasie van onderontwikkelde intellek en onvoldoende sosiale ervaring beskik pre-adolessente in die algemeen nie oor dieselfde kognitiewe vermoëns as volwassenes nie. As gevolg hiervan word daar oor die algemeen aanvaar dat kinders van hierdie ouderdom nie oor die vermoë beskik om besluite ten opsigte van die vernamer aspekte van hul lewens te neem nie. Wat mediese behandeling betref, word aanvaar dat kinders van hierdie ouderdom slegs oor die vermoë beskik om besluite aangaande, byvoorbeeld, wondverbinding te neem.²³²

Die omstandighede verander egter drasties wanneer 'n kind adolessensie bereik. In hierdie stadium word aanvaar dat 'n kind begin om die kognitiewe vermoëns van volwassenes aan te neem as gevolg van 'n toenemend ontwikkelende intellek. Die meeste studies het bevind dat 'n kind se onvermoë of onbevoegdheid om oor mediese behandeling te besluit, op die ouderdom van ongeveer 14 tot 15 jaar verander in universele bevoegdheid om oor enige vorm van behandeling te besluit, hetsy behandelend of chirurgies van aard.²³³

'n Aantal gevolgtrekkings kan uit hierdie bevindings gemaak word. Oor die algemeen word selfbeskikking deur minderjariges as groep, nie gerespekteer nie. Respek vir selfbeskikking kan nie beskou word as 'n oorheersende waarde nie. Paternalisme is dus wetlik geregverdig ten opsigte van die groot meerderheid minderjariges wat nie oor die vermoë beskik om besluite ten opsigte van behandeling te neem nie. Hierdie bevindinge weerlê egter ook die aanname dat alle minderjariges onbevoeg geag word om oor behandeling te besluit. Die vermoë om ingeligte en volwasse besluite rondom behandeling te neem hang van elke individu af. Die bogenoemde twee wyses waarop bevoegdheid moontlik bepaal word moet in gedagte gehou word. Afhangende van watter wyse gebruik word, sal die uitslag verskil. Daar moet egter bo alles in ag geneem word dat feitelike vermoë en wetlike vermoë nie noodwendig ooreenstem nie. Dit hang af van die wette- en gemenereg sowel as die konstitusie van 'n bepaalde regstelsel.²³⁴

²³² Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 138.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 139.

4.7 Die Engelse reg

Ingevolge die Engelse *Family Law Reform Act, 1969* mag 'n kind bo die ouderdom van 16 jaar toestem tot enige chirurgiese, mediese of tandheelkundige behandeling wat, by 'n gebrek aan toestemming, sal inbreuk maak op die persoon van die kind. Waar die behandeling nie terapeuties van aard is nie of waar die minderjarige nie oor die toepaslike verstandelike vermoëns beskik nie, is die ouer, voog of die hof se toestemming nodig.²³⁵ Waar behandeling noodsaaklik is en die kind behandeling weier, kan die hof die kind se besluit veto.²³⁶

Daar moet kennis geneem word van 'n dokument getiteld *Reference Guide to Consent for Examination or Treatment* wat deur die Engelse Departement van Gesondheid gepubliseer is. Hierdie dokument verskaf, onder andere, riglyne in verband met die verkryging van toestemming, die mediese behandeling en uitvoer van operasies ten opsigte van kinders, die onttrekking en terughouding van lewensverlengende behandeling en hofprosedures.

In die welbekende saak van *Gillick*²³⁷ is die hof genader deur 'n moeder wat wou verseker dat nie een van haar dogters onder die ouderdom van 16 jaar sonder haar toestemming voorbehoeding gebruik nie. Die hof het bevind dat, indien 'n dokter van mening is dat 'n kind daartoe in staat is om 'n ingeligte besluit te neem, die kind, selfs indien die kind onder die ouderdom van 16 jaar is, kan besluit oor mediese behandeling. So ook kan 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar sonder die bystand van die ouer toestem tot MIV-toetsing. Die hof het in die *Gillick*-beslissing twee voorwaardes vir toestemming tot mediese behandeling onder die ouderdom van 16 jaar gestel. In die eerste plek word dit slegs in uitsonderlike gevalle toegelaat en moet die mediese praktisyn poog om die kind te oortuig om die ouers in te lig van die voorgenome behandeling. In die tweede plek moet die kind nie net die implikasies van die voorgestelde behandeling aanvaar nie, maar ook die wyer sosiale en morele implikasies. 'n

²³⁵ *Re E (A Minor)* [1991] BMLR. Sien in die algemeen Clark 2001 *THRHR* 611 vir 'n kort bespreking van hierdie saak.

²³⁶ *Re W (A Minor)* [1992] 4 AER 627 aangehaal deur Viinikka "Children, young people and HIV infection" in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* 5.

²³⁷ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402; [1986] 1 AC 112. Sien in die algemeen Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* 5. Sien verder die res van hierdie hfst vir verskeie verwysings na hierdie saak.

Kind wat byvoorbeeld daartoe in staat is om ingelig toe te stem tot die spalk van 'n gebreekte arm is nie noodwendig daartoe in staat om toe te stem tot 'n MIV-toets nie.²³⁸

Die Engelse Appèlhof het egter in *Re R (A Minor)*²³⁹ die beslissing in *Gillick* bevestig. In hierdie saak het ten minste een van die regters bevind dat, indien 'n kind behandeling veto, behandeling steeds mag plaasvind indien die ouer, voog of plaaslike owerheid toestem tot behandeling.²⁴⁰

Die *Gillick*-beslissing is in die Engelse *Children Act 1989* erken deurdat hierdie wet bepaal dat 'n hof, indien 'n dringende besluit aangaande 'n kind geneem moet word, kan bevind dat 'n kind psigiatry of mediese ondersoek moet word. 'n Kind het egter 'n statutêre reg om sodanige ondersoek te weier. In *South Glamorgan County Council v W and B*²⁴¹ het die hof 'n kind se weiering om ondersoek te word geveeto. In *Re O*²⁴² het die hof bevind dat kinders (van wie die ouers MIV-positief is) in die sorg van die plaaslike owerheid vir MIV getoets moet word.²⁴³

Die Engelse *Children Act, 1989* bepaal verder dat toestemming tot MIV-toetsing en behandeling van baie jong kinders en babas deur 'n persoon met ouerlike verantwoordelikheid gegee moet word. Soos hierbo aangetoon, sluit ouerlike verantwoordelikheid alle regte, pligte, magte, gesag en verantwoordelikhede ten opsigte van 'n kind of 'n kind se eiendom in.²⁴⁴ 'n Moeder het in alle gevalle ouerlike verantwoordelikheid.²⁴⁵ 'n Vader het slegs ouerlike verantwoordelikheid indien hy met die moeder getroud is of indien hy sodanige verantwoordelikheid by wyse van 'n hofbevel of formele ooreenkoms met die moeder verkry

²³⁸ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* 5.

²³⁹ [1991] 4 AER 177.

²⁴⁰ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* 6.

²⁴¹ [1993] 1 FLR 574.

²⁴² [1993] 1 FLR 860.

²⁴³ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* Routledge 6.

²⁴⁴ A 3. Sien par 2.1 hierbo vir 'n definisie van ouerlike gesag.

²⁴⁵ A 2.

het.²⁴⁶ Indien 'n kind in alternatiewe versorging is as gevolg van 'n hofbevel, het die verantwoordelike instansie of persoon ouerlike verantwoordelikheid ten opsigte van die kind.²⁴⁷ Indien 'n kind op versoek van 'n ouer in die sorg van die plaaslike owerheid geplaas word, verkry die plaaslike owerheid nie ouerlike verantwoordelikheid nie.²⁴⁸

Ouerlike verantwoordelikhede en regte het sekere perke ingevolge die Engelse reg. 'n Ouer is nie ondergeskik aan die statutêre verpligting wat op die plaaslike owerheid rus om die welsyn van die kind te beskerm en te bevorder nie. 'n Ouer het egter 'n afdwingbare *ex lege* verpligting om, by besluitneming namens 'n kind, die kind se beste belang te bevorder. 'n Duidelike analogie kan getref word met 'n geval waar daar 'n dispuut is met betrekking tot MIV-toetsing van 'n minderjarige. Dit sal byvoorbeeld, soos hierbo genoem, gebeur indien 'n plaaslike owerheid 'n kind akkommodeer op versoek van die ouer. In hierdie geval verkry die plaaslike owerheid nie ouerlike gesag nie. Die plaaslike owerheid kan die hof nader vir 'n "specific issue order" ingevolge artikel 8 van die Engelse *Children Act, 1989* ten einde die kind, teen die wense van die ouer, medies te laat behandel. Enige persoon of instansie wat 'n belang in die welsyn van die kind kan bewys, kan by die hof aansoek doen dat die kind as "ward of court" verklaar word. 'n Plaaslike owerheid kan nie hierdie roete ten opsigte van 'n kind in alternatiewe sorg volg nie en moet hom tot die hoë hof wend in geval van dispute.²⁴⁹

'n Persoon met ouerlike verantwoordelikhede en regte moet besluit of 'n jong kind ingelig moet word aangaande sy of haar MIV-status.²⁵⁰

In *Re T (A Minor) (Medical Treatment)*²⁵¹ het die Engelse Appèlhof die beste belang van die kind-maatstaf toegepas. Die hof van eerste instansie se beslissing dat die ouers van 'n *infans* moet toestem tot 'n leweroorplanting is deur die hof van appèl omvergewerp. Die hof van appèl het die feit dat hy oor die finale besluit beskik bevestig. Die hof het egter in die spesifieke geval

²⁴⁶ A 2(1) en 4.

²⁴⁷ A 33(3).

²⁴⁸ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: A guide to the law* 6.

²⁴⁹ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 7-8.

²⁵⁰ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 8.

²⁵¹ [1997] 1 WLR 242.

erken dat die moeder se besluit onder die omstandighede binne die raamwerk van redelikheid geval het en dat daar dan nie met sodanige besluit ingemeng sal word nie.²⁵²

4.8 Kinders en MIV-toetsing

Word MIV-toetsing as mediese behandeling gesien? Die Kinderwet behandel MIV-toetsing van kinders (a 130) en toestemming tot mediese behandeling (a 129) apart. Ingevolge artikel 130 van hierdie wet mag geen kind vir MIV getoets word nie tensy dit in die beste belang van die kind is en tensy die nodige toestemming ingevolge artikel 130(2) gegee is of indien die toets nodig is ten einde vas te stel of 'n gesondheidswerker of ander persoon wat met die kind se liggaamsvloeistof in kontak was, moontlik MIV opgedoen het. Ingevolge artikel 130(2) mag die volgende persone toestemming tot 'n MIV-toets verleen:

- (1) Die kind self indien –
 - (i) hy of sy 12 jaar of ouer is; of
 - (ii) hy of sy onder 12 jaar oud is en so 'n mate van volwassenheid bereik het dat hy of sy die voordele, risiko's en maatskaplike implikasies van die toets verstaan.
- (2) Die ouer of versorger van die kind indien die kind onder die ouderdom van 12 is en nog nie so 'n mate van volwassenheid bereik het dat hy of sy die voordele, risiko's en maatskaplike implikasies van die toets verstaan nie.
- (3) Die provinsiale hoof van maatskaplike ontwikkeling indien die kind onder die ouderdom van 12 is en nog nie so 'n mate van volwassenheid bereik het dat hy of sy die voordele, risiko's en maatskaplike implikasies van die toets verstaan nie.
- (4) Die benoemde kinderbeskermingsorganisasie wat die plasing van 'n kind reël indien die kind onder die ouderdom van 12 is en nog nie so 'n mate van volwassenheid bereik het dat hy of sy die voordele, risiko's en maatskaplike implikasies van die toets verstaan nie.
- (5) Die superintendent of persoon in beheer van 'n hospitaal indien die kind onder die ouderdom van 12 is en nog nie so 'n mate van volwassenheid bereik het dat hy of sy die voordele, risiko's en maatskaplike implikasies van die toets verstaan nie en indien so 'n

²⁵² Fox & McHale "Cases: In whose best interests?" 1997 *MLR* 700-701.

kind geen ouer of versorger het nie of indien daar nie 'n benoemde kinderbeskermingsorganisasie is nie.

- (6) Die kinderhof indien toestemming ingevolge die paragraaf (1) tot (5) hierbo onbillik weerhou word of indien die kind sowel as die ouers of versorger nie daartoe in staat is om toestemming te verleen nie

Artikel 132 van dieselfde wet handel oor berading voor en na MIV-toetsing terwyl artikel 133 met vertroulikheid van MIV-status handel.

Soos hierbo aangedui, behandel die Kinderwet “mediese behandeling” en “MIV-toetsing” apart. In die afwesigheid van enige ander definisie van “mediese behandeling” wat MIV-toetsing insluit, kan aanvaar word dat MIV-toetsing nie as mediese behandeling ingevolge hierdie wet gesien word nie.

Huidig word die volgende probleme met betrekking tot toestemming vir MIV-toetsing van kinders ervaar:²⁵³

- (1) Kinders word gereeld blootgestel aan MIV-toetsing sonder die nodige toestemming. Sommiges is van mening dat die uitslae van sulke toetse tot nadeel van die kinders aangewend word. Ander voer weer aan dat MIV-toetsing noodsaaklik is vir behoorlike toekomsbeplanning en versorging van verlate babas.
- (2) Dringende of nood-toetsing word gereeld gedoen ten einde verkryging van toestemming of berading te systap. Dit gebeur ten spyte van die feit dat toetsing selde dringend moet geskied.
- (3) In Suid-Afrikaanse gemeenskappe woon 'n groot persentasie kinders nie by hul biologiese ouers of voogde nie. As gevolg hiervan is kontak tussen gesondheidswerkers en ouers of voogde moeilik en word toestemming vir noodprosedures dikwels per telefoon verkry of word die superintendent van die hospitaal genader. Dit het tot gevolg dat daar in nie-dringende gevalle, byvoorbeeld in geval van MIV, afstand gedoen word van verkryging van toestemming of dat behandeling van die kind uitgestel word.

²⁵³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 266 (hfst 11).

- (4) Noodbehandeling is afhanklik van die toestemming van die superintendent van 'n hospitaal. Gewoonlik word hierdie toestemming slegs aangevra by chirurgiese prosedures en word ander behandeling oorgelaat in die hande van die diensdoende dokter. Gevolglik kan daar konflik ontstaan tussen die belange van die kind en die belange van die gesondheidsdienste.

In die Engelse saak van *Re C (HIV Test)*²⁵⁴ is die outonomie van ouers om op 'n gedragslyn te besluit wat moontlik moeder-tot-kind oordrag van MIV/vigs kan bevorder, bevraagteken. 'n Vrou het buite die eg swanger geraak. Sy was by konsepsie bewus van haar MIV-status en die vader van die kind was MIV-negatief. Die paartjie was alternatiewe gesondheidsorgwerkers en het die tradisionele denkwysse rondom MIV/vigs verwerp. Die moeder het nie tydens die swangerskap mediese hulp verkry nie en die kind is op 'n natuurlike wyse, bygestaan deur 'n vroedvrou, gebore. Die moeder het dus nie teen-retrovirale middels en protease-inhibeerders gedurende die swangerskap gebruik nie. Verder kon die kans op oordrag van MIV aan die baba by wyse van 'n keisersnit verminder word. Die moeder het by geboorte die baba begin borsvoed. Borsvoeding verhoog die kans van die kind om MIV op te doen. Die kind het ook geen na-blootstelling profilakse geneem nie. Die ouers van die kind het die kind na die geboorte na 'n algemene praktisyn geneem ten einde haar vordering te evalueer. By kennisname van die MIV-status van die moeder het die algemene praktisyn die moeder geadviseer om sonder versuim op te hou borsvoed en om die kind te laat toets vir MIV. Indien die toets positief blyk te wees kon daar dan onmiddellik met terapie begin word. Die algemene praktisyn het ook die staatswelsynsdepartement in kennis gestel van die geval. Die ouers van die kind het geweier om die kind vir 'n MIV-toets te neem en die welsynsdepartement het die hof genader vir 'n gebiedende bevel om die ouers te dwing om die kind vir 'n toets te neem. Ten spyte van die feit dat borsvoeding onmiddellik gestop moes word en die kind sonder versuim behandeling sou moes ontvang indien die kind wel MIV-positief blyk te wees, is geen hofbevel te dien effekte gevra nie. Die hof het slegs beveel dat die kind vir MIV getoets moes word.²⁵⁵ Die hof het bevind dat MIV-toetsing substansiële waarde vir die kind sou inhou. Die nadeel in geval van nalating om vir MIV te toets was potensieel enorm. Die hof het verder bevind dat die ouers se alternatiewe siening betreffende MIV/vigs nie grondig is in die lig van

²⁵⁴ [1999] 2 FLR 1004.

²⁵⁵ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 596-597.

oorweldigende getuienis wat die tradisionele sienswyse steun nie. Die hof het egter nie die sienswyse van die ouers blindelings verwerp nie en het gestel dat dit inderwaarheid 'n belangrike oorweging is in 'n besluit oor waar die welsyn van die kind lê.²⁵⁶

Die bevinding in *Re C (HIV Test)* hou verreikende gevolge in. Die Engelse *Children Act, 1989* maak nie daarvoor voorsiening dat die hof die ouers se wense en sieninge moet oorweeg by die bepaling van die beste belang van die kind nie.²⁵⁷ Die hof moet die ouer se vermoë om in die kind se behoeftes te voorsien bepaal. Die opinie en die wense van die ouers kan nie oorweeg word indien hierdie opinies en wense duidelik verkeerd blyk te wees nie. Indien die opinie en die wense van die ouer wel in hierdie geval 'n rol sou speel sou dit beteken dat die ouers se outonomie voor die welsyn van die kind geplaas word. Hierdie posisie is duidelik in die bogenoemde bevel van die hand gewys.²⁵⁸

In die Engelse reg, net soos in die Suid-Afrikaanse reg,²⁵⁹ mag geen ander behandeling as noodbehandeling aan 'n minderjarige verleen word sonder die toestemming van die persoon, persone, liggaam of instansie wat voogdy oor die kind uitoefen nie. In gevalle waar sodanige toestemming onredelik weerhou word kan die hof genader word vir 'n bevel gegrond op die welsyn-beginsel.²⁶⁰ Een van die faktore wat die hof in ag sal neem by oorweging van 'n bevel is die moontlike gevolge vir die kind indien die kind nie behandel word nie.²⁶¹

²⁵⁶ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 598. Sien ook in die algemeen Downie "Re C (*HIV Test*) The limits of parental autonomy" 2000 *Child and Family Law Quarterly* 197 vir 'n bespreking van hierdie saak.

²⁵⁷ A 1(3)(f).

²⁵⁸ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 599.

²⁵⁹ A 39(1), (2), en (4) en 59(1) van die Wet op Kindersorg.

²⁶⁰ In die Engelse reg ingevolge a 1(1) van die Engelse *Children Act, 1989* en in die Suid-Afrikaanse reg ingevolge a 39(1) en 59(1) van die Wet op Kindersorg.

²⁶¹ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 597-598.

4.8.1 MIV-toetsing van babas

Die vraag moet gevra word of die staat kan inmeng indien 'n ouer weier om 'n baba vir MIV te laat toets. Ten einde hierdie vraag te beantwoord moet die volgende oorweeg word:²⁶²

- (1) Die mediese wetenskap moet aan twee vereistes voldoen. Daar moet in die eerste plek 'n akkurate toets vir die identifisering van die virus by babas beskikbaar wees. In die tweede plek moet veilige behandeling wat die siekte suksesvol kan beheer en die lewenskwaliteit van die baba kan verbeter, beskikbaar wees.
- (2) Die nadeel vir die kind wat mag voortspruit uit die weiering van die ouer moet opgeweeg word teen die moontlike nadeel wat verpligte toetsing van die kind vir die ouer inhou.

Die vraag na die kliniese vereistes word deur die volgende riglyne vir die gebruik van teen-retrovirale middels beantwoord. Vroeë identifisering van MIV by swanger vroue is baie belangrik vir die gesondheid van die vrou sowel as die baba aangesien sodanige kennis tydens die swangerskap op die volgende wyses tot voordeel van die ma sowel as die fetus of baba kan strek:²⁶³

- (1) Die MIV-positiewe vrou word in staat gestel om die nodige teen-retrovirale middels ter bevordering van haar eie gesondheid te ontvang sowel as medikasie om die sekondêre infeksies te behandel.
- (2) Die gebruik van teen-retrovirale middels en protease-inhibeerders²⁶⁴ deur die ma gedurende die swangerskap en geboorte en gebruik van teen-retrovirale middels of na-blootstelling profilakse²⁶⁵ deur die baba net na geboorte kan verhoed dat die baba met die virus besmet word.

²⁶² Hoffmaster & Schrecker 1999 *Canadian HIV/AIDS Policy and Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

²⁶³ Fox & McHale "Cases: In whose best interests?" 1997 *MLR* 700-701.

²⁶⁴ Protease-inhibeerders is 'n vorm van behandeling wat 'n swanger vrou ontvang ten einde te verhoed dat sy die HI-virus aan die baba oordra. Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* verduidelik hierdie begrip as volg: "The *protease inhibitors* interfere with the formation of new viruses by 'paralysing' the protease enzyme and so preventing the assembly and release of newly replicated HI viruses from the infected cells."

²⁶⁵ Dit is medikasie wat keer dat 'n persoon, na blootstelling aan 'n siekte, nie die siekte opdoen nie.

- (3) Die moeder kan oor borsvoeding, die gevare en die alternatiewe ingelig word.
- (4) Medikasie ten einde *Pneumocystis carinii* pneumonia-infeksie²⁶⁶ by die baba te voorkom kan op die ouderdom van 4-6 weke begin word.
- (5) Daar kan 'n vroeë evaluasie gedoen word van babas wat aan MIV blootgestel is ten einde so vinnig doenlik met die toepaslike teen-retrovirale terapie te begin.

Die tweede oorweging is moeiliker om te argumenteer. Daar bestaan verskeie argumente vir en teen verpligte toetsing van die pasgebore baba. Die argumente ten gunste van verpligte toetsing berus op die volgende:²⁶⁷

- (1) Die potensiële voordele van vroegtydige behandeling weeg swaarder as die nadeel wat verpligte toetsing vir die moeder inhou. Hierdie nadeel behels dat die moeder se outonomie/selfbeskikking nie gerespekteer word nie en dat die moeder moontlik aan vooroordeel en diskriminasie blootgestel word. Daar word aangevoer dat die onomkeerbare nadeel wat weiering van toetsing vir 'n baba inhou swaarder weeg as die nadeel wat verpligte toetsing vir die moeder inhou. Verder word aangevoer dat hierdie vrees vir diskriminasie en vooroordeel eerder geassosieer word met die vroeër dae van die pandemie en nie meer soseer met huidige sieninge nie. Hierdie is egter nie 'n haalbare argument nie aangesien vooroordeel steeds hoogty vier ten spyte van verhoogde kennis en opvoeding.
- (2) Kennis van MIV-status voorsien nie net die moeder van die voordeel van behandeling nie, maar verskaf ook inligting ten opsigte van voorkoming en risiko's van moeder-tot-kind-oordrag en toekomsbeplanning.

²⁶⁶ Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* 41 verduidelik hierdie begrip as volg: "...PCP [*Pneumocystis carinii* pneumonia] is often seen in patients with AIDS. PCP is a parasitic infection of the lungs caused by a protozoa. PCP is characterised by a continual dry, non-reproductive cough, laboured and sometimes painful breathing, weight loss and fever."

²⁶⁷ Hoffmaster & Schrecker 1999 *Canadian HIV/AIDS Policy and Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

- (3) Kennis van die MIV-status van 'n pasgeborene het vroegtydige behandeling tot gevolg wat weer verhoogde lewenskwaliteit en verlengde lewensduur tot gevolg het.²⁶⁸
- (4) Die hulpeloosheid en kwesbaarheid van pasgeborenes speel ook 'n groot rol. 'n Pasgeborene met 'n lewensgevaarlike siekte is soveel meer kwesbaar en hulpeloos. Daar word aangevoer dat 'n moeder 'n verpligting het teenoor haar baba om hom of haar te beskerm deur gesondheidsorg te aanvaar vir haarself en die baba. Weiering van toetsing van die baba het tot gevolg dat die moeder nie haar verpligtinge as moeder nakom nie.

Alhoewel die standpunte teen verpligte toetsing en die implikasies wat verpligte toetsing vir die vrou inhou nie hier in diepte bespreek word nie, moet die leser van die volgende kennis neem. Teenstanders van verpligte toetsing voer aan dat verpligte toetsing vroue moontlik, as gevolg van moontlike vooroordeel en diskriminasie, daarvan kan weerhou om voorgeboortelike sorg of behandeling op te soek en sodoende behandeling en pogings om die risiko van oordrag te verlaag in die wiede kan ry. Vroue, veral dié in armoedige gemeenskappe, moet ook as weerloos beskou word. Verder kan kennis van MIV-status vir 'n vrou in 'n minderbevoorregte gemeenskap ander probleme meebring, byvoorbeeld verlating deur 'n eggenoot of lewensmaat van wie sy finansiële afhanklik is. Gesinsgeweld moet ook in gedagte gehou word.²⁶⁹

Wat is die oplossing? 'n Moreel inspirerende en simpatieke benadering moet gevolg word waar sowel die belange van die vroue as die van babas vooropgestel word en as belangrik geag word. So 'n benadering sal van die veronderstelling uitgaan dat moeders omgee vir hul kinders en in die beste belang van hul kinders wil optree ten spyte van persoonlike nadeel. Sodoende sal die struikelblokke wat verhoed dat vroue altyd in die kind se beste belang kan optree uit die weg geruim word. Vrywillige MIV-toetsing is 'n antwoord op hierdie probleem terwyl verpligte toetsing slegs as laaste uitweg gesien moet word.²⁷⁰

²⁶⁸ MIV-toetsing van 'n baba kan problematies wees aangesien 'n baba met sekere toetse, byvoorbeeld die "ELISA" en "Western Blot"-toetse, eers tussen 15 en 18 maande akkuraat getoets kan word. Voor hierdie ouderdom is dit onmoontlik om vas te stel of die teenliggaampies in die baba se bloed dié van die ma of dié van die baba self is. Die baba se MIV-status kan egter binne 30 dae na geboorte akkuraat vasgestel word met die "P24 antigeen" of "PCR"-toetse. Hierdie toetse is egter baie duur en gesofistikeerd om te gebruik en nie gereedelik beskikbaar nie. Sien, in die algemeen, Dyk *HIV/AIDS care and counselling* 61.

²⁶⁹ Hoffmaster & Schrecker 1999 *Canadian HIV/AIDS Policy and Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

²⁷⁰ *Ibid.*

4.9 Die ouer wat weier om die kind te laat behandel vir MIV/vigs

Weiering van behandeling van kinders op grond van die kulturele, godsdienstige en ander gelowe van ouers is omstrede. Die bekendste en mees kontroversiële ingryping deur Engelse howe, onder andere, in mediese aangeleenthede is die sake waar bloedoortappings beveel is om die lewe van die kinders van Jehovasgetuies te red. Hierdie sake is omstrede aangesien dit inmeng met individuele geloofsoortuigings.²⁷¹ Daar word aangevoer dat, in sake waar die behandeling nie roetinebehandeling is nie en die uitkoms nie seker is nie, die howe meer huiwerig is om in te meng. In gevalle waar die ouers se verbintenis tot 'n sekere behandeling noodsaaklik is vir die sukses van die behandeling, mag die hof moontlik ook huiwerig wees om 'n bevel te verleen wat onmoontlik is om af te dwing.²⁷²

In die Amerikaanse saak van *MN v Southern Baptist Hospital of Florida Inc*²⁷³ het die Appèlhof bevind dat die volgende belange opgeweeg en in ag geneem moet word by besluitneming van hierdie aard: (1) ouerlike belang in die rol van die besluitnemer ten opsigte van die mediese versorging van 'n minderjarige; (2) die staat se belang in die beskerming van lewe; (3) die kind se wense; (4) die erns van die siektetoestand van die kind; (5) die waarskynlikheid dat die behandeling effektief sal wees; (6) die kans op oorlewing met of sonder die behandeling; en (7) die effek op die kind en die aard van die behandeling.²⁷⁴

Strauss²⁷⁵ is van mening dat ouers nie geregtig is om mediese versorging van hul kind te weier in gevalle waar mediese behandeling lewensnoodsaaklik is nie. Dokters sal in die volgende gevalle kan ingryp:

²⁷¹ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 598. Sien verder in die algemeen Labuschagne & Bekker "Parental rights to participate in a child's personality development and its religious and moral upbringing and the child's right to freedom of choice" 2004 *Obiter* 41 vir 'n bespreking van ouerlike gesag, godsdienstvryheid en die opvoeding van kinders.

²⁷² Nicholson & Politis 2001 *DJ* 598.

²⁷³ 648 So 2d 769 [Fla Ct App 1994].

²⁷⁴ McQuoid-Mason & Lotz "Religious beliefs and the refusal of blood transfusions for children: What should doctors do? *Hay v B* 2003 3 SA 492 (W)" 2005 *THRHR* 315.

²⁷⁵ Soos aangehaal in Bekink 2003 *THRHR* 257.

- (1) In gevalle van *negotiorum gestium* (saakwaarneming) en by noodgevalle.
- (2) In gevalle waar 'n persoon *ex lege* toestemming gee.
- (3) In gevalle waar die belange van die gemeenskap beskerm moet word.
- (4) Op grond van mediese paternalisme.

Daar moet kennis geneem word van die verskillende bepalings van die Grondwet wat toepassing het op godsdienste en weiering van mediese versorging. Artikel 9(3) bepaal dat daar nie regstreeks of onregstreeks teen enigiemand op grond van, onder andere, godsdienste gediskrimineer mag word nie. Hierdie reg is onaantasbaar. Die regte van kinders spesifiek word in artikel 28 beskerm. Dit sluit in die reg op basiese gesondheidsorgdienste en die feit dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak. Die Grondwet beskerm verder die reg op menswaardigheid,²⁷⁶ lewe,²⁷⁷ vryheid en sekerheid van die persoon, waarby ingesluit die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam,²⁷⁸ vryheid van godsdienste, oortuiging en mening²⁷⁹ en die reg op gesondheidsorg.²⁸⁰ Verder mag geen persoon ingevolge artikel 27(3) mediese noodbehandeling geweier word nie. Alle persone het ook kragtens artikel 30 en 31 die beperkte²⁸¹ reg om aan kulturele praktyke van sy of haar keuse deel te neem. Ingevolge artikel 34 het elke persoon ook die reg om die howe te nader in geval van 'n geskil. Daar is dus 'n klomp teenstrydige regte wat teen mekaar opgeweeg moet word.

Uit die bovermelde blyk dit duidelik dat die regte van die ouers op godsdienste sowel as die algemene regte van kinders deur die Grondwet beskerm word. Indien 'n ouer dus mediese versorging van 'n kind weier as gevolg van godsdienstige redes ontstaan daar 'n konflik tussen die regte van die ouer en dié van die kind. In so 'n geval sal die howe die regte moet balanseer. Welke regte dra meer gewig as die ander? Die ouer se regte met betrekking tot

²⁷⁶ A 10.

²⁷⁷ A 11.

²⁷⁸ A 12.

²⁷⁹ A 15. Sien in die algemeen Motala & Ramaphosa *Constitutional law: Analysis and cases* 379 vir 'n volledige bespreking van die aard en die inhoud van a 15.

²⁸⁰ A 27.

²⁸¹ Hierdie regte mag nie so uitgeoefen word dat dit onbestaanbaar is met enige ander bepalings van die Handves van Menseregte nie.

godsdienstige ingevalge artikel 15, 30 en 31 is nie onbeperk nie en regte kragtens artikel 30 en 31 mag pertinent, soos hierbo genoem, nie so uitgeoefen word dat dit ander regte belemmer nie. Alle beperkings van regte moet aan die voorskrifte van artikel 36 (die beperkingsklousule) gemeet word.²⁸² Die hoewe het, afgesien van die bepalings soos uiteengesit in artikel 36, drie ander tegnieke ontwikkel om die omvang van 'n spesifieke reg te beperk:²⁸³

- (1) In die eerste plek sal die hof vasstel of die godsdienstige praktyk of geloof inderwaarheid deel vorm van die leringe van die spesifieke godsdienstige denominasie.²⁸⁴
- (2) In die tweede plek sal die hof gelas dat die eiser of applikant bewys dat 'n spesifieke weiering, byvoorbeeld 'n weiering tot 'n bloedoortapping, deel vorm van die spesifieke godsdienstige leringe.²⁸⁵
- (3) In die derde plek het die hof te kenne gegee dat hy die beperkings-evaluering soos uiteengesit in artikel 36 vermy deur te weier om godsdienstige ingevalge artikel 15 en artikel 31 te beskerm indien hierdie regte enige ander regte soos uiteengesit in die res van die Handves van Menseregte belemmer. So byvoorbeeld sal die reg van 'n kind op onderwys²⁸⁶ seëvier bo die godsdienstige regte van die ouers.

Hierdie balansering van die regte is geen maklike taak nie. Dit blyk egter duidelik uit die bewoording van artikel 30 en 31 dat hierdie twee bepalings in groter mate onderworpe is aan beperking as ander regte. Daar bestaan ook 'n verpligting op die staat om enige praktyke wat ander persone binne 'n gemeenskap kan benadeel te beperk.²⁸⁷

²⁸² Sien in die algemeen Malherbe "Die grondwetlike beskerming van godsdienstige vryheid" 1998 *TSAR* 691 vir 'n meer volledige bespreking van die bepalings van artikel 36 van die Grondwet en godsdienstige vryheid.

²⁸³ Bekink 2003 *THRHR* 252.

²⁸⁴ Sien *Christian Education SA v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (KH).

²⁸⁵ Sien *Garden Cities Incorporated Associations not for Gain v Northpine Islamic Society* 1999 (2) SA 268 (K).

²⁸⁶ A 29.

²⁸⁷ Bekink 2003 *THRHR* 253.

Afgesien van die ander bepalings van artikel 28,²⁸⁸ maak artikel 28(2) spesifiek daarvoor voorsiening dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak.²⁸⁹ Dit is ondenkbaar dat enige hof die godsdienstige regte van die ouers eerste sal stel indien sodanige regte inbreuk maak op die beste belang van die kind.²⁹⁰ In *Hay v B*²⁹¹ het 'n pediater by 'n kliniek die hof genader vir 'n bevel om toestemming tot 'n bloedoortapping op 'n baba. Die ouers het mediese behandeling geweier hoofsaaklik op grond van godsdienstige redes maar ook omdat hulle bekommerd was oor die risiko van infeksie wat met die bloedoortapping gepaard gaan. Die applikant het getuig dat, alhoewel die kind se oorlewing nie gewaarborg is indien die bloedoortapping gedoen word nie, die kind waarskynlik sal sterf indien die bloedoortapping nie gedoen word nie. Die pediater het ook die verskillende maatreëls ten einde te verseker dat die bloed veilig is aan die hof verduidelik. Die regter het die aansoek toegestaan op grond van die feit dat artikel 28(2) bepaal dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak. Die beste belang van die kind is die belangrikste faktor wat oorweeg moet word by balansering van regte rakende kinders. Die ouers se reg op godsdiens kan nie bo die kind se reg op lewe of gesondheidsorg gestel word nie. Die hof het in die uitspraak verwys na die Engelse saak *Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*.²⁹²

Wat gemaak indien die gevraagde behandeling nie lewensnoodsaaklike behandeling is nie? In die Amerikaanse saak *Muhlenberg Hospital v Patterson*²⁹³ het die hof gelas dat 'n kind 'n bloedoortapping kry ten spyte van die feit dat dit nie lewensnoodsaaklik was nie. Daar was egter 'n kans op onherstelbare breinskade indien die bloedoortapping nie plaasvind nie. Hier

²⁸⁸ Byvoorbeeld die reg op ouerlike- of gesinsorg, die reg op basiese gesondheidsorgdienste en die reg om beskerm te word teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering.

²⁸⁹ Sien hfst 5, par 3 hieronder vir 'n bespreking van die beste belang van die kind-maatstaf.

²⁹⁰ Bekink 2003 *THRHR* 255.

²⁹¹ 2003 (3) SA 492 (W).

²⁹² [1997] 1 All ER 906 (CA). Sien in die algemeen *McQuoid-Mason & Lotz* 2005 *THRHR* 317 in verband met in agneming van die wense van 'n minderjarige onder die ouderdom van 18 jaar by bloedoortappings. Sien verder, in die algemeen, par 4.11 hieronder vir verdere verwysing na *Re T (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*.

²⁹³ 128 NJ Super 498, 320 A 2d 518 (1974).

het die hof die beste belang van die kind-maatstaf toegepas. In *In re Green*²⁹⁴ het die hof egter aan die wense van die kind gehoor gegee en gelas dat 'n bloedoortapping en operasie nie plaasvind nie. McQuoid-Mason en Lotz²⁹⁵ is van mening dat die Suid-Afrikaanse howe dieselfde standpunt sou inneem in soortgelyke gevalle, dit wil sê deur óf aan die wense van die kind gehoor te gee indien die kind oud genoeg is om 'n besluit te neem, óf om die beste belang van die kind-maatstaf toe te pas.

Artikel 129(10) van die nuwe Kinderwet gee duidelik die wetgewer se gevoelens ten aansien hiervan weer. Hierdie bepaling lees soos volg:

No parent, guardian or care-giver of a child may refuse to assist a child in terms of subsection (3) or withhold consent in terms of subsections (4) and (5) by reason only of religious or other beliefs, unless the parent or guardian can show that there is a medically accepted alternative choice to the medical treatment or surgical operation.

Uit bovermelde kan die afleiding gemaak word dat die howe 'n volwassene wat behandeling op grond van godsdienstige oortuigings weier, se besluit sal respekteer. Die howe sal egter toestemming gee tot mediese behandeling van 'n kind indien die ouers se besluit teen behandeling die lewe of die gesondheid van die kind in gevaar stel.²⁹⁶

Wanneer is die ouer se weiering om toestemming tot 'n behandeling te verleen onredelik? In die Engelse saak van *Re T (Wardship: Medical Treatment)*²⁹⁷ het die hof van eerste instansie bevind dat die moeder se weiering om toestemming te verleen tot 'n potensieel lewensreddende leweroorplanting onredelik is. Die Appèlhof het bevind dat opweging van die moeder se weiering om toestemming te verleen teen mediese opinie nie gebruik kan word as 'n metode om die billikheid van die weiering te bepaal nie. Die hof het verder bevind dat die klem op die versorgende en verantwoordelike aard van die ouer moet val. Die Appèlhof het die saak in die guns van die moeder beslis op grond van die feit dat sy 'n toegewyde, versorgende ouer is wat goed ingelig is oor die aard en die gevolge van die operasie.²⁹⁸

²⁹⁴ 448 Pa 338, 292 A 2d 387 (1972).

²⁹⁵ 2005 *THRHR* 317.

²⁹⁶ Sien ook Bekink 2003 *THRHR* 260.

²⁹⁷ [1997] 1 FLR 502.

²⁹⁸ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 598.

In die Engelse saak van *Re B (A Minor)(Wardship: Medical Treatment)*²⁹⁹ het die hof van appèl bevind dat die ouers dokters moet toelaat om 'n lewensnoodsaaklike operasie op 'n kind met Downsindroom uit te voer. In *Re T (A Minor)*³⁰⁰ het die Appèlhof weer bevind dat die moeder van 'n siek kind nie gedwing kan word om die kind vir die voorgestelde mediese behandeling te neem nie.

Dit blyk dat die hof in sekere gevalle, soos byvoorbeeld in geval van Jehovasgetuies, die ouers se oortuigings as nie-bestaanbaar met die welsyn van die kind beskou. In hierdie gevalle sal die hof meer geredelik die gesag van die ouers tersyde stel as in ander gevalle. Dit is nie te sê dat dokters die oortuigings van die ouers nie in ag sal neem nie. In talle sake het die dokters alle moontlike alternatiewe oorweeg om die ouers tegemoet te kom. In gevalle waar die hof voel dat daar ruimte is vir verskil tussen die sienswyse van die voorsittende beampte en dié van die ouers, blyk die hof minder geneig te wees om in te meng in die beste belang van die kind soos bepaal deur die natuurlike versorgers van die kind.³⁰¹

In die Engelse saak van *Re C (Medical Treatment)*³⁰² is daar geen gewig aan die geloofsoortuigings van die ouers geheg in 'n besluit rakende mediese behandeling van 'n kind nie. In hierdie geval het diepgelowige Joodse ouers van 'n kind, wat sterwend was aan 'n besonder verswakkende vorm van spieratrofie, daarop aangedring dat die kind tydens 'n terugslag aan 'n respirator gekoppel word. Die geloofsoortuigings van die ouers het vereis dat die ouers alles binne hulle vermoë doen om die kind se lewe te verleng. Die medici betrokke by die saak was dit met mekaar eens dat herhaalde koppeling aan 'n ventilator geen ander effek as verlengde pyn en lyding vir die kind het nie. Die hof het bevind dat die kind nie weer aan 'n ventilator gekoppel mag word nie.³⁰³

Dit blyk uit die bogenoemde dat die Engelse hof sal inmeng indien Engelse ouers behandeling van hul kinders weier as gevolg van hul eie godsdienstige gelowe en gebruike.

²⁹⁹ [1982] FLR 117.

³⁰⁰ [1997] 1 FLR No 3.

³⁰¹ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 599.

³⁰² [1998] 1FLR 384.

³⁰³ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 600.

Ten spyte van die feit dat die hof die belang van gesinsverhoudinge en ouerlike regte erken en ook die feit erken dat ouers wat mediese behandeling weier glo dat hulle in liefde in die beste belang van hul kinders optree, weeg die regte van die kinders swaarder as die godsdienstige regte van die ouers. In gevalle waar daar alternatiewe behandeling beskikbaar is wat in die belang van sowel die ouers as die kind sal wees, behoort die hof die alternatiewe behandeling te gelas. In gevalle waar die kind nie kan baat vind by die behandeling nie sal die hof nie die behandeling gelas nie, ondanks die godsdienstige oortuigings van die ouers. In sulke gevalle blyk dit dat die minste pynlike, mees menswaardige en deernisvolle besluit in die beste belang van die kind is.³⁰⁴

In die Amerikaanse saak van *A.D.H. v State Department of Human Resources*³⁰⁵ het die Departement van Menslike Hulpbronne van die Talladega-distrik 'n aansoek by die hof gebring dat 'n moeder beveel word om 'n MIV-positiewe tweejarige kind medikasie vir die MIV-infeksie te gee. 'n Dokter het getuig dat die moeder, ten spyte van 'n voorskrif vir teen-retrovirale middels, nagelaat het om die medikasie aan die kind te gee. Die moeder het getuig dat sy nie van mening was dat die kind MIV-positief is nie en dat sy dus geweier het om die medikasie aan die kind te gee. Die hof het, as gevolg van die moeder se onwrikbare siening dat die kind nie MIV-positief is nie, bevind dat die moeder nie daartoe in staat is om weldeurdagte, rasonale besluite rakende die behandeling wat die beste belang van die kind dien, te neem nie. Die hof het die moeder beveel om die medikasie aan die kind te gee.³⁰⁶

Ingevolge die Amerikaanse *Child Abuse Prevention and Treatment Act, 1974* word die ouer se nalating om die kind van mediese behandeling te voorsien ingesluit by die definisie van verwaarlosing. Dit is 'n kriminele oortreding. Die Amerikaanse hof onderskei tussen gevalle waar mediese behandeling benodig word ten einde die lewe van 'n kind te red en behandeling wat nie lewensnoodsaaklik is nie. In lewensnoodsaaklike gevalle skroom die hof nie om in die beste belang van die kind mediese behandeling te gelas nie. Die hof poog egter om die verskillende partye se regte te balanseer en neem die effektiwiteit van die behandeling sowel as die aard en die effek daarvan op die kind in ag alvorens 'n besluit geneem word. Die beste

³⁰⁴ Bekink 2003 *THRHR* 263.

³⁰⁵ 640 So.2d 969 (Ala. Civ. App. 1994).

³⁰⁶ Centre for HIV Information "FamilyLaw" hivinsite.ucsf.edu (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

belang van die kind-maatstaf word toegepas deur die risiko van die behandeling teen die potensiële sukses op te weeg. Ouerlike weiering sal swaarder weeg in gevalle waar die behandeling inherent gevaarlik en tot minimale voordeel is. Die howe gee ook spesiale gehoor aan die mening van die kind indien die kind oor die verstandelike vermoëns beskik om sodanige mening te verskaf. Die howe bly steeds die oppervoog van alle kinders en die howe sal uit hul pad gaan om in elke spesifieke geval die beste belang van die kind gestand te doen.³⁰⁷

4.10 Die kind wat behandeling vir MIV/vigs weier

In gevalle waar 'n kind bo 14 jaar behandeling vir MIV/vigs weier, moet daar 'n onderskeid getref word tussen twee scenario's, naamlik, (1) gevalle waar toestemming tot behandeling geweier word aangesien die siekte van so 'n aard is dat die kind geen vooruitsig op lewenskwaliteit het nie, en (2) gevalle waar behandeling as gevolg van geloofs- of ander oortuigings geweier word.³⁰⁸

Pasiënte beskik ingevolge die gemenerereg oor die reg om mediese behandeling te weier. Hierdie reël geld nie in die geval van kinders nie. Soos hierbo aangetoon, kan 'n mediese praktisyn ingevolge artikel 39(1) van die Wet op Kindersorg die minister nader indien hy of sy van mening is dat die ouer se toestemming onbillik weerhou word. Hierdie artikel is problematies aangesien dit nie 'n reg op deelname aan die kind toeken nie.³⁰⁹ Die vraag moet ook gevra word wat die opsies is indien die kind mediese behandeling of 'n operasie weier. Die huidige wet roer dit nie aan nie. Artikel 129(8) van die Kinderwet, wat tydens die skryf van hierdie proefskrif nog nie in werking getree het nie, beantwoord hierdie vraag. Hierdie artikel bepaal soos volg: "The Minister may consent to the medical treatment of or surgical operation on a child if the child unreasonably refuses to give such consent." Die beste belang van die kind sal ook hier van deurslaggewende belang wees.

³⁰⁷ Bekink 2003 *THRHR* 264.

³⁰⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 493 (hfst 11).

³⁰⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 495 (hfst 11).

Die SA Regskommissie het in die *Report on Euthanasia and Artificial Preservation of Life*³¹⁰ aangevoer dat, alhoewel 'n kind bo die ouderdom van 14 jaar besluite aangaande mediese versorging kan neem, so 'n kind nie toegelaat moet word om onder die ouderdom van 18 jaar en sonder die bystand van die ouers of voog, mediese behandeling te weier nie indien weiering nadelig vir so 'n kind sal wees. Die SA Regskommissie is van mening dat daar 'n duidelike onderskeid getref moet word tussen toestemming tot en weiering van mediese behandeling. Die reg moet van so 'n aard wees dat 'n kind nie behandeling kan weier of sy of haar ouers se besluit op behandeling kan veto in gevalle waar sodanige weiering permanente skade vir die kind inhou of tot die kind se dood kan lei nie. Die kommissie het in die bovermelde Projek 86 (1998) voorgestel dat elke kind by sy volle positiewe *en bygestaan deur sy of haar ouers of voogde* tussen die ouderdomme van 14 en 18 jaar toegelaat moet word om lewensondersteunende mediese behandeling of die voortsetting van sodanige mediese behandeling te weier.³¹¹

Die SA Regskommissie maak in die *Review of the Child Care Act* die volgende voorstelle in hierdie verband:

- (1) Die bovermelde opinie wat die kommissie in Projek 86 (1998) uitgespreek het, word gehandhaaf.
- (2) Die kinderhof moet genader kan word in gevalle waar 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar nie met sy of haar ouers saamstem dat mediese behandeling geweier of gestop moet word nie, of in gevalle waar 'n mediese praktisyn van mening is dat sodanige behandeling noodsaaklik is.
- (3) Geen kind mag ontnem word van mediese behandeling slegs op grond van geloofsoortuiging of ander oortuiging nie, tensy die persoon wat mediese behandeling weier kan aantoon dat daar medies aanvaarbare alternatiewe bestaan.

³¹⁰ Discussion Paper 71, Project 86 (1998).

³¹¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 495 (hfst 11).

Die wetgewer het met samestelling van die Kinderwet nie aan (1) en (2) hierbo gehoor gegee nie,³¹² maar wel aan (3) deur invoeging van artikel 129(10). Hierdie artikel het egter nog nie by skryf van hierdie proefskrif in werking getree nie.

4.11 Die deurslaggewende belang van die beste belang van die kind

Die hof het in die Engelse saak van *Re T (A Minor) (Medical Treatment)*³¹³ bevind dat toepassing van die beste belang van die kind-maatstaf by mediese aangeleenthede om verskeie redes problematies is. So word argumente rondom, byvoorbeeld, die onskendbaarheid van lewe, die welsynstoets en die finansiële implikasies van mediese versorging nie altyd goed geartikuleer en bevredigend gedek nie. Die hof van eerste instansie het, ten einde die beste belang van die kind vas te stel, die billikheid van die ouers se beslissing opgeweeg teen die mediese advies wat chirurgie ondersteun. Die Appèlhof het hierdie benadering verwerp. Die hof van eerste instansie se benadering in hierdie saak is gekritiseer. Die appèlregters het bevestig dat die Appèlhof wel jurisdiksie het om in te meng met die besluit van die ouers om nie toe te stem tot 'n operasie nie. Die hof het egter bevind dat die moeder se besluit om behandeling te weier binne die grense van billike besluite waarby die hof nie behoort in te meng nie, val. Die hof het verder opgemerk dat "...it is a mistake to view the issue as one in which the clinical advice of doctors is placed in one scale and the reasonableness of the parent's view in another."³¹⁴

In *Re C (HIV Test)*³¹⁵ het die hof die oortuigings van die ouers deeglik oorweeg alvorens besluit is dat hierdie oortuigings nie bestaanbaar met die kind se gesondheid en welsyn is nie.³¹⁶ Hier het 'n ander aspek, naamlik borsvoeding, ook ter sprake gekom, al is daar geen bevel in hierdie verband verleen nie. Die regter het vermeld dat, indien die kind nie reeds MIV opgedoen het nie, die moeder moet ophou borsvoed. Hy het verder vermeld dat 'n bevel om

³¹² Sien par 4.5 hierbo vir 'n bespreking van a 129 van die Kinderwet.

³¹³ [1997] 1 WLR 242.

³¹⁴ Fox & McHale 1997 *MLR* 701.

³¹⁵ [1999] 2 FLR 1004.

³¹⁶ Soos bespreek deur Nicholson & Politis 2001 *DJ* 600.

die moeder te dwing om op te hou borsvoed oneffektief sal wees indien die moeder nie haar volle samewerking gee nie.

Die hof moes, in afwagting van die uitslag van die MIV-toets, alles moontlik doen om die kind te beskerm. Die hof kon moontlik die kind uit die moeder se sorg verwyder sou sy weier om aan so 'n bevel gehoor te gee. In hierdie aangeleentheid het die hof gesinsoutonomie voorgestaan. Dit moet ook genoem word dat die hof gestel het dat, indien die kind positief toets, 'n bevel rakende behandeling gegee sal word. Die hof het nie genoem dat 'n bevel om borsvoeding te staak verleen sou word indien die kind MIV-negatief toets nie. Die hof was dus bereid om behandeling te beveel maar nie bereid om infeksie te voorkom nie.

In die Engelse saak van *R v Sheppard*³¹⁷ het die hof bevind dat 'n ouer wat bewus is van die feit dat 'n kind mediese behandeling benodig maar die kind nie neem vir die mediese behandeling nie, skuldig is aan verwaarlosing. *Re C (HIV Test)* is ooreenstemmend in die sin dat die ouers bewus was van die gevare van die virus en die konvensionele behandeling wat beskikbaar was. Die ouers het egter geweier om die kind vir 'n MIV-toets te neem of voorkomend borsvoeding te staak. Daar word aangevoer dat die hof ten minste in gevalle waar die dood van die kind 'n gegewe is moet notisie neem van vorige kriminele sake.³¹⁸

In sake waar die hof genader word om besluite rakende die mediese sorg van jong kinders te neem, moet die beste belang van die kind eerstens gedien word. Die regte en sieninge van die ouers behoort as bysaak gesien te word. In *Re T (Wardship: Medical Treatment)*³¹⁹ en *Re C (HIV Test)*³²⁰ blyk dit dat die hof eerder die billikheid van die ouers se besluite ten opsigte van mediese behandeling oorweeg het as die beste belang van die kind.

³¹⁷ [1981] AC 394.

³¹⁸ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 601.

³¹⁹ [1997] 1 FLR 502.

³²⁰ [1999] 2 FLR 1004.

Fox en McHale³²¹ verdeel gevalle van ouerlike weiering tot mediese behandeling in drie kategorieë:

- (1) Waar behandeling slegs die lewensduur van die kind sal verleng en geen ander doel dien nie (byvoorbeeld *Re C (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*³²² en *Re C (Medical Treatment)*³²³).
- (2) Waar behandeling die lewensduur van die kind sal verleng maar die kind daardeur pyn en lyding sal ervaar.
- (3) Waar behandeling genesing bied (byvoorbeeld *Re T (Wardship: Medical Treatment)*³²⁴).

Die hoewe se ontvanklikheid vir ander faktore as die geloofsoortuiging of etiese siening van die ouers by sake waar die besluite van die ouers geëvalueer moet word, word om die volgende redes bevraagteken.³²⁵

- (1) Die feite van *Re T (Wardship: Medical Treatment)*³²⁶ is soortgelyk aan *Re B (A Minor)(Wardship: Medical Treatment)*³²⁷ waar die hof ingegryp het ten spyte van die wense van die ouers. Die hof het die sake van mekaar onderskei deur aan te voer dat 'n leweroorplanting jare se post-operatiewe en spesiale sorg van die ouers vereis. Die prosedure in *Re B (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*³²⁸ sou net soveel, indien nie meer nie, intensiewe versorging van die kind tot gevolg hê.
- (2) In *Re T (Wardship: Medical Treatment)*³²⁹ het die hof spesifieke kennis van die ouers se status as gesondheidsorgwerkers geneem. Daar word aangevoer dat die hof hierdie feit nie as belangrik moes ag nie aangesien gesondheidsorgwerkers ontmoedig word om hul

³²¹ Fox & McHale 1997 *MLR* 702 aangehaal deur Nicholson & Politis 2001 *DJ* 602.

³²² [1989] 2 All ER 782.

³²³ [1998] 1 FLR 384.

³²⁴ [1997] 1 FLR 502.

³²⁵ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 602.

³²⁶ [1997] 1 FLR 502.

³²⁷ [1982] FLR 117.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ [1997] 1 FLR 502.

die gesinslede te behandel op grond van 'n onvermoë om in hierdie gevalle objektief te wees.³³⁰

- (3) Die hof het in *Re T (Wardship: Medical Treatment)*³³¹ ag geslaan op 'n dokument van die "Children's Liver Disease Foundation" eerder as op mediese getuienis. Die fokus is dus geplaas op die implikasies vir die versorger van die kind en nie op 'n leweroorplanting as die beste moontlike behandeling vir die kind nie.
- (4) Jong kinders is afhanklik van hul ouers en belange mag moontlik bots. Dit is dus belangrik dat 'n meer gesofistikeerde metode van oorweging van hierdie tipe sake gevind word.

Mediese dokters het in die bogenoemde sake 'n plig om die ouers se siening, geloofsoortuigings en kultuur te respekteer. Terselfdertyd moet die beste belang van die pasiënt gedien word. 'n Balans moet gevind word tussen die reg op gelykheid³³² en die regte van kinders³³³ soos verskans in die Grondwet. Die hof moet slegs inmeng waar daar 'n redelike kans bestaan dat die kind ly of dat die kind moontlike nadeel kan ly as gevolg van die ouer se weiering van mediese behandeling.³³⁴

4.12 Toestemming tot mediese sorg vir 'n kind wat nie 'n ouer of voog het nie

Artikel 39(1) en (2) van die Wet op Kindersorg handel oor gevalle waar daar nie ouers of voogde van 'n kind, om watter rede ook al, teenwoordig is om toestemming tot mediese behandeling of chirurgiese prosedures te verleen nie. Indien die ouer of voog van 'n kind nie opgespoor kan word nie, of indien die kind nie 'n ouer of voog het nie, en indien die kind nie ingevolge artikel 39(4) self toestemming ten opsigte van mediese behandeling of 'n operasie kan verleen nie, moet die betrokke mediese praktisyn die Minister van Maatskaplike Ontwikkeling nader vir die nodige toestemming. Indien die mediese behandeling dringend uitgevoer moet word, kan die superintendent of die mediese praktisyn wat namens hom of haar

³³⁰ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 602.

³³¹ *Ibid.*

³³² A 9(3).

³³³ A 28.

³³⁴ Nicholson & Politis 2001 *DJ* 603.

optree toestemming verleen tot die behandeling.³³⁵ Mediese praktisyns hiermee gemoed ervaar die volgende probleme:³³⁶

- (1) Die prosedure in artikel 39(1), waar die mediese praktisyn die minister moet nader, soos hierbo uiteengesit, is onprakties en word wyd geminag.
- (2) Die begrip “toestemming” word nie in die wet gedefinieer nie.
- (3) Ten spyte van die bepalings, vind daar steeds ongemagtigde MIV-toetsing plaas, veral in geval van verlate babas.
- (4) Die onderskeid tussen mediese behandeling en operasie word nie duidelik gedefinieer nie.
- (5) Mediese praktisyns rapporteer probleme met toestemming vir nie-ernstige mediese behandeling en operasies deur ouers wat ver van die hospitaal af woon.

Ingevolge artikel 129(6) van die Kinderwet kan die superintendent of die persoon in beheer van ’n hospitaal in die afwesigheid van die superintendent toestem tot mediese behandeling of ’n chirurgiese operasie op ’n kind indien die behandeling of operasie lewensnoodsaaklik is, of om die kind teen ernstige of blywende fisieke skade te beskerm en indien die behandeling of operasie so dringend is dat daar nie tyd is om die nodige toestemming te verkry nie. Dit blyk dat die minister se toestemming steeds ingevolge artikel 129(7) benodig word in gevalle waar die ouers of voogde van die kind nie opgespoor kan word nie maar daar tyd is om sodanige toestemming te verkry. Artikel 129(9) bevestig dat die hoë hof steeds as oppervoog oor alle minderjariges genader kan word vir toestemming.³³⁷

In Florida, Amerika, word daar ’n uitsondering gemaak op die gewone bepalings met betrekking tot toestemming tot mediese behandeling van kinders onder ’n sekere ouderdom. ’n Mediese praktisyn word toegelaat om ’n minderjarige vir seksueel oordraagbare siektes te behandel sonder die gepaste persone se toestemming. Verder mag so ’n dokter nie die ouer of voog in kennis stel van besonderhede rondom die behandeling nie.³³⁸ In Kalifornië bevat die *Family Code* ’n algemene bepaling dat ’n ouer of voog toestemming tot mediese behandeling

³³⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 467 (hfst 11).

³³⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 468 (hfst 11).

³³⁷ A 129 het nog nie in werking getree tydens skryf van hierdie proefskrif nie.

³³⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* 471 (hfst 11).

van minderjarige kinders moet verleen.³³⁹ Daar bestaan egter uitsonderings op hierdie algemene reël. So kan 'n versorger, wat nie 'n ouer of voog is nie, in sekere gevalle toestemming verleen. 'n Ouer, voog of versorger wat ook 'n familielid is, kan sy of haar toestemmingsbevoegdhede skriftelik oordra aan 'n ander persoon wat die kind versorg. Verder kan 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar onder sekere omstandighede self toestem tot behandeling vir geestesgesondheid of seksueel oordraagbare siektes. In die laaste plek kan 'n minderjarige self toestemming verleen vir mediese behandeling ter voorkoming van swangerskap.³⁴⁰

4.13 'n MIV-positiewe moeder wat weier om haar ongebore of reeds-gebore kind teen MIV te beskerm

Hierdie onderwerp val eintlik gedeeltelik onder die strafreg. Dit is egter vir doeleindes van hierdie proefskrif noodsaaklik om kennis te neem van die tersaaklike strydvrage en kwessies aangesien dit moontlik die ouer-kind-verhouding in sy diepste wese kan raak.

Ongeveer 90% tot 95% van MIV-positiewe pasgeborenes word deur hul moeders geïnfekteer. Die res doen MIV op as gevolg van onveilige prosedures, byvoorbeeld die gebruik van besmette naalde, mediese toerusting, bloed en bloedprodukte. 'n Onbepaalbare, baie klein persentasie van pasgebore babas kan moontlik MIV opdoen as gevolg van praktyke wat die vel laat skeur of blootstelling aan seksuele mishandeling. Moeder-tot-kind-oordrag van MIV vind gedurende swangerskap, tydens die geboorteproses en by wyse van borsvoeding plaas.³⁴¹ Die virustelling van die moeder, die metode van geboorte en borsvoeding bepaal die waarskynlikheid van opdoening van die virus deur die baba.

³³⁹ Afdeling II, Deel 4, hfst 1-3.

³⁴⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act 471* (hfst 11).

³⁴¹ Coovadia "Mother-to-child transmission (MTCT) of HIV-1" in Karim & Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* 184.

Meer as 60% van gevalle van moeder-tot-kind-oordrag vind tydens die geboorteproses plaas en ongeveer 30% tydens borsvoeding (dit wil sê 30% van babas wat die virus opdoen word MIV-negatief gebore maar doen die virus by wyse van borsvoeding op).³⁴²

Hierdie is 'n potensieel netelige kwessie aangesien die moeder se regte en die ongebore of reeds-gebore kind se regte teen mekaar opgeweeg moet word. Verder geld die *nasciturus*-fiksie moontlik in die geval van die ongebore kind. Die moeder het ingevolge die Grondwet die reg op vryheid en sekerheid van die persoon waarby inbegrepe die reg op liggaamlike en psigiese integriteit.³⁴³ Hierby is weer inbegrepe die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam. Die kind, daarteenoor, het weer die reg op lewe³⁴⁴ en die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste.³⁴⁵ Die reg op lewe is onaantasbaar en nie onderworpe aan beperking nie.

'n Mens is egter eers 'n regsobjek van geboorte af. Die fetus beskik dus nie oor regsobjektiwiteit nie en kan dus nie as die draer van regte, verpligtinge en bevoegdhede beskou word nie. Reeds in die gemenerereg is daar egter aanvaar dat die fetus met die verloop van tyd en onder normale omstandighede regsobjektiwiteit by geboorte gaan verkry. Die reg kan dus in sommige gevalle die potensiele regte van die *nasciturus* beskerm asof hy of sy reeds by konsepsie gebore is.³⁴⁶ Indien dit dus blyk dat die ongebore kind oor sekere regte sou beskik indien hy of sy reeds gebore was, word die regsposisie oopgelaat tot tyd en wyl die fetus regsobjektiwiteit bereik of die fetus doodgebore word.³⁴⁷ Die *nasciturus*-fiksie is in die gemenerereg hoofsaaklik toegepas in erfregtelike en by statusaangeleenthede. Die toepassing

³⁴² Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 29. Sien verder hfst 2, par 3 hierbo vir 'n meer volledige bespreking van moeder-tot-kind-oordrag.

³⁴³ A 12.

³⁴⁴ A 11.

³⁴⁵ A 27(1) en a 28(1)(c).

³⁴⁶ Cronjé & Heaton *Personereg* 12. Sien hierdie bron sowel as Kruger & Robinson "The legal status of children and young persons" in Robinson (red) *The law of children and young persons* 3 in die algemeen vir 'n meer volledige bespreking van die *nasciturus*-fiksie.

³⁴⁷ Kruger & Robinson in Robinson (red) *The law of children and young persons* 4.

daarvan is egter in die Suid-Afrikaanse reg uitgebrei om die fetus se persoonlikheidsregte in sekere gevalle te beskerm.³⁴⁸

In *Pinchin v Santam Insurance Co Ltd*³⁴⁹ het die hof bevind dat 'n kind wel 'n skadevergoedingseis het vir beserings wat voor geboorte opgedoen word as gevolg van die nalatigheid van 'n ander persoon.³⁵⁰

In *Road Accident Fund v Mtati*³⁵¹ het die Appèlhof die vroeëre beslissing in *Pinchin v Santam Insurance Co Ltd*³⁵² omvergewerp deur te bevind dat die ongebore kind se eis vir beserings wat voor die geboorte opgedoen is, gebaseer is op die gewone beginsels van die deliktereg en nie op die *nasciturus*-fiksie nie.³⁵³ In hierdie saak is die aksie egter van die hand gewys aangesien die eiser nie kon bewys dat die breinskade van die kind 'n gevolg van die ongeluk was nie.³⁵⁴ Wat betref 'n eis teen die moeder van die kind het die hof soos volg bevind:

As far as a possible claim against a child's mother for prenatal injuries is concerned, such a claim will only lie if and to the extent that an enforceable legal duty on the part of the mother towards her child is recognised, a matter on which no opinion need be expressed at this stage.³⁵⁵

Daar moet aan drie vereistes voldoen word alvorens die *nasciturus*-fiksie van toepassing is. In die eerste plek moes konsepsie reeds plaasgevind het wanneer die fetus se regte beskerming nodig en in die tweede plek moet die fetus ten einde laaste lewendig gebore word.³⁵⁶ In die derde plek moet die toepassing van die *nasciturus*-fiksie tot die voordeel van die ongebore kind

³⁴⁸ Cronjé & Heaton *Personereg* 13 & 17.

³⁴⁹ 1963 (2) SA 254 (W).

³⁵⁰ Die hof het in *Road Accident Fund v Mtati* 2005 (6) SA 215 (HHA) die feit dat 'n kind 'n eis het vir beserings wat voor die geboorte opgedoen is, bevestig. Die hof het egter die *nasciturus*-fiksie as grond vir die eis verwerp.

³⁵¹ 2005(6) SA 215 (HHA).

³⁵² 1963 (2) SA 254 (W).

³⁵³ Die redes hiervoor word in par [27]-[33] van die beslissing uiteengesit.

³⁵⁴ Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse personereg* 6. Sien ook hierdie bron vir 'n bespreking van die geldigheid van die toepassing van die *nasciturus*-fiksie in hierdie aangeleentheid.

³⁵⁵ Par [40].

³⁵⁶ Schäfer "Young Persons" in Clark (red) *Family law service* E6.

strek. Dit vind nie toepassing indien dit slegs tot die voordeel van 'n derde persoon strek nie.³⁵⁷ Alhoewel die howe nog nie pertinent daaroor besluit het nie, behoort 'n moeder klaarblyklik aanspreeklik gehou te kan word indien sy ingelig weier om alles binne haar vermoë te doen ten einde te voorkom dat die fetus MIV opdoen. Myns insiens sou die morele oortuigings van die gemeenskap so 'n eis toelaat.

Indien die moeder nalaat om alles binne haar vermoë en volgens haar kennis en wete te doen om te verhoed dat die pasgebore baba, wat MIV-negatief gebore is, MIV opdoen kan sy moontlik volgens die bepalings van artikel 50(1)(a) van die Wet op Kindersorg aangekla en vervolgd word. Ingevolge hierdie artikel is 'n ouer of voog van 'n kind of 'n persoon in wie se bewaring die kind is aan 'n misdryf skuldig indien so 'n persoon die kind mishandel of toelaat dat die kind mishandel word. Mishandeling sluit in sleg behandel en liggaamlik of geestelik kwaad aandoen.³⁵⁸ Hierdie misdryf oorvleuel ook met die gemeenregtelike misdade aanranding, moord en strafbare manslag.³⁵⁹ Verder is iemand wat *ex lege* verantwoordelik is om 'n kind te onderhou ingevolge artikel 50(2) aan 'n misdryf skuldig indien hy of sy versuim om, onder andere, die kind van mediese behandeling te voorsien indien dit binne sy of haar vermoëns is om dit wel te doen. Daar moet verder kennis geneem word van die bepalings van artikel 42, ook van die Wet op Kindersorg, wat bepaal dat mediese versorgers enige mishandeling van 'n kind moet rapporteer.

'n Kind wat in 'n toestand van fisiese verwaarlosing is word ingevolge artikel 14(4)(aB)(v) van die Wet op Kindersorg sowel as artikel 150(1)(h) van die Kinderwet, welke artikel nog nie op datum van skryf van hierdie proefskrif in werking getree het nie, as 'n sorgbehoewende kind beskou.³⁶⁰

³⁵⁷ Kruger & Robinson in Robinson (red) *The law of children and young persons* 4.

³⁵⁸ Kruger & Robinson in Robinson (red) *The law of children and young persons* 138.

³⁵⁹ Kruger & Robinson in Robinson (red) *The law of children and young persons* 140.

³⁶⁰ Sien hfst 3, in die algemeen, hieronder vir 'n bespreking van sorgbehoewende kinders en kinders wat verwaarloos word.

4.14 Toegang tot voorbehoedmiddels

Daar bestaan omstredenheid rondom die vraag of minderjarige kinders toegang moet hê tot voorbehoedmiddels en gesinsbeplanningsdienste al dan nie. Die ouderdom van die kind sowel as die ouers se betrokkenheid by besluitneming is netelig. Daar bestaan verskeie redes waarom kinders toegang hiertoe behoort te hê. Sodanige dienste kan 'n kind moontlik bystaan in ingeligte besluitneming aangaande die ouderdom waarop hy of sy seksueel aktief raak, beskerming teen ongewenste swangerskap en beskerming teen seksueel oordraagbare siektes. Tot op hede het die Suid-Afrikaanse Departement van Gesondheid voorbehoedmiddels aan kinders bo die ouderdom van 14 jaar sonder die toestemming van die ouers voorsien op grond van die bepalings van artikel 39 van die Wet op Kindersorg. In geval van kinders onder die ouderdom van 14 jaar is elke geval na gelang van die omstandighede beoordeel. In die lig van die feit dat menige kind onder die ouderdom van 14 jaar seksueel aktief is, het besluitneming op grond van die diskresie van die gesondheidsorgwerker die dienste ontoeganklik vir kinders onder die ouderdom van 14 jaar gemaak.³⁶¹

Die SA Regskommissie het voorgestel dat kinders van alle ouderdomme vertroulike toegang tot voorbehoeding behoort te hê. Die wetgewer het egter nie aan hierdie voorstel gehoor gegee nie. Ingevolge artikel 134 van die Kinderwet, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het, mag geen persoon weier om kondome te verskaf aan 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar nie. Ander voorbehoedmiddels mag op versoek van 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar sonder die toestemming van die ouers of voog aan so 'n kind verskaf word. So 'n kind moet behoorlik ingelig word en daar moet 'n mediese ondersoek uitgevoer word ten einde vas te stel of daar enige redes bestaan waarom so 'n kind nie voorbehoedmiddels mag neem nie. Ten spyte daarvan dat die SA Regskommissie voorgestel het dat kinders van alle ouderdomme toegang tot vertroulike voorbehoeding behoort te hê, maak hierdie wet geen melding van kinders onder die ouderdom van 12 jaar nie.

Ghana se *Reproductive Health Services Policy* stel dat dienste gelewer moet word aan alle adolessente en dat dit alle pare wat seksueel aktief is insluit, ongeag hulle ouderdom. In Tanzanië is alle persone wat voortplantingsouderdom bereik het geregtig op inligting met

³⁶¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 488-489 (hfst 11).

betrekking tot gesinsbeplanning, opvoeding en dienste sowel as berading, insluitend berading met betrekking tot gesinsbeplanning. In Kalifornië, Amerika, het alle kinders van enige ouderdom toegang tot voorbehoedmiddels.³⁶²

In die bovermelde Engelse saak van *Gillick*³⁶³ moes die hof die vraag beantwoord of mediese praktisyns voorbehoedmiddels of advies oor die gebruik daarvan aan die applikant se drie minderjarige dogters (almal onder die ouderdom van 16) kan verskaf. Die Engelse Departement van Gesondheid en Welsyn het 'n beleidsdirektief versprei waarvolgens 'n mediese praktisyn sonder die toestemming van die ouer in sekere gevalle 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar medies kan behandel. Die applikant het betoog dat dit, en meer spesifiek die verskaffing van voorbehoedmiddels, inbreuk maak op haar ouerlike verantwoordelikhede en regte. Die aansoek om verklaring dat die bovermelde beleidsdirektief onregmatig is, is in die hof van eerste instansie van die hand gewys maar die applikant se appèl is gehandhaaf. Die Engelse *House of Lords* het egter weer die Departement van Gesondheid en Welsyn se appèl gehandhaaf.³⁶⁴ Die hof het die volgende vyf vereistes gestel alvorens 'n dokter kan voortgaan om voorbehoedmiddels aan 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar te verskaf. Die dokter moet kennis neem van die volgende:³⁶⁵

- (1) Die kind moet die advies verstaan.
- (2) Die dokter kan nie die kind probeer oorreed om haar ouers in kennis te stel of om toe te stem dat die dokter dit doen nie.
- (3) Die kind gaan waarskynlik, met of sonder voorbehoeding, seksueel aktief raak of seksuele aktiwiteite voortsit.
- (4) Indien die kind nie mediese advies en behandeling ontvang nie kan sy of haar fisieke sowel as psigiese gesondheid moontlik skade ly.
- (5) Dit is in die beste belang van die kind indien die dokter sonder die toestemming van die ouer optree.

³⁶² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 488-489 (hfst 11).

³⁶³ [1986] 1 AC 112.

³⁶⁴ Human 2000 *Stell LR* 72-74. Sien ook par 4.7 hierbo vir bespreking van ander aspekte van hierdie beslissing.

³⁶⁵ Human 2000 *Stell LR* 74

Dit blyk duidelik uit die bovermelde dat die kind oor die verstandelike vermoëns moet beskik om die behandeling met voorbehoeding te verstaan. Verder is die beste belang van die kind die primêre oorweging.

4.15 Gevolgtrekking

Daar bestaan geen bevredigende antwoorde in die gemene reg, die Grondwet of die Wet op Kindersorg aangaande die kind se vermoë om self toe te stem tot mediese behandeling nie. Die Romeins-Hollandse reg steun op die outonomie en regte van die ouers terwyl die Grondwet die regte van kinders beklemtoon. Artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg plaas egter sekere beperkings op hierdie regte van kinders. In die Wet op Keuse word die minderjarige se outonomie ten opsigte van keuses met betrekking tot die beëindiging van swangerskap sonder die toestemming van haar ouers erken. Dit is 'n teken dat die wetgewer wegbeweeg van die ouderdomsbeperkings soos vasgestel in die Wet op Kindersorg. Volgens Van der Westhuizen³⁶⁶ moet Suid-Afrika 'n heel nuwe benadering volg by oorweging van die kind se reg op mediese versorging en sy of haar vermoë om toestemming te verleen tot sodanige mediese versorging. In die eerste plek moet Suid-Afrika die uitsprake rakende ouerlike verantwoordelikhede en regte en kinderlike vermoëns in die *Gillick*-beslissing³⁶⁷ in ag neem. Dit is egter nie prakties moontlik om in Suid-Afrika elke geval op eie meriete te beoordeel nie as gevolg van 'n tekort aan mediese versorgers. Die regering moet dus deur kennisname van die *Gillick*-uitspraak, die beste belang van die kind-maatstaf en die konsep van ouderdomsbeperking 'n universele ouderdom vasstel wat meer bestaanbaar is met die vermoëns van kinders as die huidige ouderdomsbeperking in die Wet op Kindersorg.³⁶⁸

Die Kinderwet het, soos hierbo aangetoon,³⁶⁹ die ouderdom vir toestemming tot mediese behandeling of operasie verlaag na 12 jaar. Hierdie wet bepaal verder dat 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar slegs sodanige toestemming mag verleen indien hy of sy in so 'n mate

³⁶⁶ 1999 *Responsa Meridiana* 75-76.

³⁶⁷ [1986] AC 112.

³⁶⁸ Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* 75-76.

³⁶⁹ Sien par 4.5.

oor die geestesvermoëns beskik om die voordele, risiko's en sosiale of ander implikasies van die prosedure of behandeling te begryp.

Waar moet die balans lê tussen kinders se reg om besluite te neem ten opsigte van mediese sorg en ouers se reg op ouerlike verantwoordelikhede en regte? Hierdie vraag kan nie altyd duidelik beantwoord word nie. Wat wel duidelik is, is die feit dat nóg die ouer, nóg die minderjarige ten volle outonoom in hierdie verband behoort te wees. Wettig uitgevoerde ouerlike verantwoordelikhede en regte, so uitgeoefen dat dit die beste belang van die kind op die hart dra, moet plek maak vir die kind se groei na wasdom. Kinders moet egter nie te veel gesag verkry nie aangesien nie alle kinders oor die vermoë en volwassenheid beskik om selfbeskikkend op te tree nie.³⁷⁰

Die SA Regskommissie het die volgende voorstelle gemaak:³⁷¹

- (1) Die ouderdom waarop kinders tot mediese behandeling kan toestem moet verlaag word na 12 jaar, maar die ouderdom vir 'n operasie moet op 18 jaar gehou word.³⁷²
- (2) Die Kaliforniese benadering moet ten opsigte van voorbehoeding en behandeling vir seksueel oordraagbare siektes gevolg word. Ingevolge hierdie benadering is 'n kind van enige ouderdom geregtig op verkryging van voorbehoeding en behandeling vir seksueel oordraagbare siektes.³⁷³
- (3) 'n Versorger van 'n kind wat nie 'n ouer of voog van so 'n kind is nie moet toestemming kan verleen tot mediese behandeling van of uitvoering van 'n operasie op 'n kind indien 'n kind verlate is of sy of haar ouers oorlede is.³⁷⁴

³⁷⁰ Ngwena in Keightley (red) *Children's rights* 147.

³⁷¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 474 (hfst 11).

³⁷² Sien a 129 van die Kinderwet, welke artikel nog nie in werking getree het nie. Ingevolge hierdie artikel kan 'n kind reeds op die ouderdom van 12 toestem tot 'n operasie op hom- of haarself.

³⁷³ A 134 van die Kinderwet maak slegs voorsiening van toegang tot voorbehoedmiddels vir kinders van 12 jaar en ouer. Hierdie artikel het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree.

³⁷⁴ A 32 van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

- (4) 'n Ouer of voog van 'n kind moet skriftelike toestemming aan die versorger van 'n kind kan verleen ten einde so 'n versorger in staat te stel om toestemming tot mediese behandeling of die uitvoer van 'n operasie te verleen.³⁷⁵
- (5) Die Nasionale Wetsontwerp op Gesondheid moet voorsiening maak daarvoor dat kinders bo die ouderdom van 12 geken word in besluite aangaande hul mediese versorging en kinders onder die ouderdom van 12 moet geken word sover hul vermoëns dit toelaat.³⁷⁶
- (6) Artikel 39(1) van die Wet op Kindersorg moet só gewysig word dat die kinderhof in plaas van die minister genader kan word in die gevalle uiteengesit in hierdie artikel.³⁷⁷ Dit wil sê die Zimbabwiese benadering moet gevolg word.³⁷⁸
- (7) Die nuwe Kinderwet moet dit eksplisiet stel dat geen kind onderwerp mag word aan enige mediese behandeling of operasie sonder die nodige ingeligte toestemming van die kind of sy of haar ouer of voog nie.³⁷⁹
- (8) Mediese behandeling of chirurgiese prosedures moet nie onnodig vertraag word in gevalle waar toestemming ingevolge artikel 39(1) benodig word nie.³⁸⁰
- (9) Die terme “mediese behandeling”, “operasie” en “ingeligte toestemming” moet gedefinieer word ten einde verwarring te voorkom.³⁸¹

Myns insiens behoort die bepalings met betrekking tot mediese behandeling van en die uitvoering van operasies op kinders op die volgende wyses aangepas te word:³⁸²

- (1) In die eerste plek moet die ouderdom waarop kinders besluite kan neem ten opsigte van chirurgiese prosedures verlaag word na 'n jonger ouderdom aangesien die Kinderwet

³⁷⁵ A 32 van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

³⁷⁶ Die *National Health Act* 61 van 2003, welke wet reeds in werking getree het, maak steeds nie hiervoor voorsiening nie.

³⁷⁷ Sien par 4.5 hierbo vir 'n uiteensetting van hierdie gevalle.

³⁷⁸ A 129(8) van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

³⁷⁹ A 129(1) van die Kinderwet, welke artikel nog nie in werking getree het nie.

³⁸⁰ Die Wet op Kindersorg bevat nie 'n spesifieke bepaling in hierdie verband nie.

³⁸¹ Die Kinderwet bevat nie 'n spesifieke bepaling in hierdie verband nie.

³⁸² Soos reeds hierbo genoem, is artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg steeds in werking tot tyd en wyl artikel 129 van die Kinderwet in werking tree.

sowel as die Grondwet voorsiening maak vir meerderjarigwording op 18. Die Kinderwet sal, by inwerkingtreding, bepaal dat hierdie ouderdom 12 jaar sal wees. Hierdie ouderdom is egter, myns insiens, nou weer te laag.

- (2) Tweedens moet kinders nie algehele besluitnemingsbevoegdhede verkry nie aangesien, soos hierbo aangedui, nie alle kinders op dieselfde ouderdom oor die vermoë tot selfbeskikking beskik nie. Die bepalings van die wet behoort slegs as riglyn te dien. Die wet behoort die ouer van die kind tussen die voorgeskrewe ouderdomme die opsie te gee om hom of haar tot die hof te wend indien dit in die beste belang van die kind is. Verder behoort 'n kind onder die voorgeskrewe ouderdom met betrekking tot mediese behandeling en chirurgiese prosedures hom of haar ook tot die hof te kan wend indien so 'n kind van mening is dat 'n ouer nie in sy of haar beste belang optree nie.
- (3) Kinders moet op alle ouderdomme toegang tot voorbehoeding hê. Hierdie toegang moet egter met behoorlike voorligting gepaardgaan. Die Kinderwet moet ook kinders onder die ouderdom van 12 jaar en toegang tot voorbehoeding dek.
- (4) Gevalle waar 'n ouer weier om die kind te laat behandel, is netelig. In hierdie opsig is artikel 129(1) van die Kinderwet,³⁸³ welke artikel nog nie in werking getree het nie, te verwelkom. Ingevolge artikel 129(7)(a) kan die Minister toestemming verleen tot 'n operasie indien die ouers van die kind op 'n onbillike wyse weier om toestemming te verleen of om die kind by te staan. Myns insiens is hierdie bepalings voldoende aangesien die kwessie rondom ingryping van die staat in die private ouer-kind-verhouding ook in gedagte gehou moet word by debatte hierrondom.³⁸⁴
- (5) Ek stem saam met die voorstelle van die SA Regskommissie in verband met kinders wat mediese sorg weier. Ingevolge hierdie voorstel behoort kinders onder die ouderdom van 18 jaar en sonder die bystand van die ouer of voog, nie toegelaat te word om mediese behandeling te weier indien sodanige weiering nadelig vir hom of haar blyk te wees nie.³⁸⁵ Verder moet die kinderhof genader kan word in gevalle waar 'n kind bo die ouderdom van 12 jaar nie met sy of haar ouers saamstem dat mediese behandeling geweier of gestop moet word nie, of in gevalle waar 'n mediese praktisyn van mening is dat sodanige

³⁸³ Sien par 4.9 hierbo vir 'n verwysing na hierdie artikel.

³⁸⁴ Sien par 5 hieronder in verband met inmenging deur die staat in hierdie verhouding.

³⁸⁵ Sien par 4.10 hierbo vir 'n meer volledige verwysing na hierdie kwessie.

behandeling noodsaaklik is. Die voordele wat artikel 129(10) van die Kinderwet inhou, is ook hier van toepassing.³⁸⁶

5 INMENGING DEUR DIE STAAT IN DIE PRIVATE OUER-KIND-VERHOUDING

'n Belangrike vraag wat gevra moet word is of die staat toegelaat moet word om in te meng in die "privaatheid" van die gesin en ouerskap. Volgens die feministiese leer dui nie-inmenging van die staat op beskerming van die bestaande onderdrukkende magsverhoudings, byvoorbeeld die oorheersing van mans oor vroue en van volwassenes oor kinders. Die feministe voer verder aan dat die grense tussen die staat en die gemeenskap sosiaal en histories gevorm is en nie deur die natuur vasgestel is nie. Die publieke/private debat wat oor die familiereg heers het 'n definitiewe invloed op die persepsie van die rol van die ouer in familiereg. As die versorging van kinders 'n private aangeleentheid is, moet die staat net inmeng indien 'n ernstige oortreding van die gemeenskapsnorme plaasgevind het, byvoorbeeld by kindermishandeling en ernstige verwaarlosing. Aan die ander kant, indien die maatstawwe vir kinderversorging gemeenskapsgebaseer is, tree ouers slegs op as afgevaardigde van die gemeenskap met die spesifieke taak om openbare beleid te implementeer. Met ander woorde, die beste belang van die kind-maatstaf sal verskillend geïnterpreteer word afhangende van die interpreteerder se *a priori* aannames rakende die aard van die ouerlike rol in spesifieke omstandighede.³⁸⁷

Volgens die tradisionele posisie verteenwoordig die gesin 'n onbetwiste sfeer van privaathed vergelykbaar met die individu se onafhanklike persoonlikheidsreg, welke reg as deel van die konsep van *dignitas* beskou word. Volgens hierdie posisie funksioneer die gesin geheel en al onafhanklik van die reg en die staat. Houlgate³⁸⁸ verduidelik die ingryping van die staat in gesinsangeleenthede soos volg:

³⁸⁶ Sien par 4.9 hierbo vir 'n verwysing na hierdie artikel.

³⁸⁷ Boshoff 1999 *TSAR* 276-278.

³⁸⁸ Houlgate "What is legal intervention in the family? Family law and family privacy" 1998 *Law and Philosophy* 141 soos aangehaal deur Boshoff 1999 *TSAR* 278.

The laws do not create the obligation: the obligation exists prior to the enactment of state law and the function of the law is to back up the moral obligation by threatening to punish those parents (and/or remove from parental control the children of those parents) who might not otherwise perform their moral duty.

Bogenoemde siening van die aard van die gesin en gesinsverpligtinge stem in sekere opsigte ooreen met die rol van die familiereg en staatsinmenging in die moderne samelewing. Die reg verbied (byvoorbeeld gesinsgeweld) en gebied (byvoorbeeld ouers se onderhoudspelig ten opsigte van kinders) sekere optredes tussen gesinslede. Indien daar nie aan hierdie verbiedende of gebiedende bepalings gehoor gegee word nie, meng die staat in. Die logika verbonde aan hierdie stelling val egter plat indien daar na die regsbeskrywing van sekere gesinsverhoudinge gekyk word. So byvoorbeeld bepaal die reg wie regtens met mekaar mag trou. Persone wat nie regtens getroud is nie word nie regtens beskerm nie. Verder word daar geen erkenning verleen aan die uitgebreide gesin nie.³⁸⁹ Die reg bepaal die kategorieë van verhoudings tussen ouers en kinders en skryf die omvang van ouerlike verantwoordelikhede en regte voor.³⁹⁰

Daar kan nie op 'n eenvoudige wyse met die skeiding tussen die publieke en private sfeer en die meegaande debat oor privaatheid en staatsinmenging omgegaan word nie. Hierdie aangeleentheid beslaan te veel onuitgesproke en onopgeloste ideologiese en politiese punte. Indien die vinnig veranderende en emosioneel gelaaide feite in ag geneem word, is die chaos wat normaalweg in die familiereg heers, nie verrassend nie. Daar moet 'n weloorwoë, beredeneerde teorie gevind word wat algemeen genoeg is om 'n sekere vlak van teenstelling te hanteer en presies genoeg is om verbruikers te lei.³⁹¹

Die versoening van die Suid-Afrikaanse gemenereg met die verskillende kulturele gebruike sowel as die eise van die nuwe Grondwet bied verskeie uitdagings.³⁹²

³⁸⁹ Sien par 2.4 hierbo vir 'n verwysing na die bepalings in die Kinderwet in terme waarvan erkenning verleen word aan die uitgebreide gesin.

³⁹⁰ Boshoff 1999 *TSAR* 279.

³⁹¹ Boshoff 1999 *TSAR* 280.

³⁹² *Ibid.*

Die staat meng nie sommer in ouerlike verantwoordelikhede en regte in waar die gesin “normaal” funksioneer nie. Die reg respekteer en erken ouerlike outonomie en die reg op gesinsprivaatheid. Die staat meng slegs in ten einde die beste belang van die kind te beskerm indien nodig.³⁹³ Die hof meng ook slegs in by aansoek deur ’n belanghebbende party. In hierdie opsig het die hof ’n breë uitkyk op *locus standi*.³⁹⁴ Alvorens die hof inmeng in die ouerlike verantwoordelikhede en regte van ’n spesifieke persoon wat oor sodanige verantwoordelikhede en regte beskik, word ’n diepte-ondersoek na die beste belang van die kind gedoen. In *Bethell v Bland*³⁹⁵ het die hof te kenne gegee dat daar nie in ’n ouer se reg op bewaring ingemeng sal word nie tensy daar rede bestaan om in te meng.³⁹⁶

Die konsep van ouerlike regte neig nou wel om te verander na ouerlike verantwoordelikhede, maar skrywers voer aan dat die privatisering van familiereg en die beskerming van die outonomie van die gesin daartoe lei dat ouerlike mag oor ’n kind al sterker raak.³⁹⁷

Die hoë hof, as gemeenregtelike oppervoog van alle minderjarige kinders, beskik oor die bevoegdheid om na die belange van alle minderjarige kinders om te sien en om volledig of gedeeltelik in ouerlike verantwoordelikhede en regte in te meng. Die hof kan een of albei ouers heeltemal of gedeeltelik van ouerlike verantwoordelikhede en regte ontnem, die kind uit die bewaring van die ouers neem en in pleegsorg plaas of ’n derde saam met die ouer of ouers as voog aanstel. Die hof moet in alle gevalle die beste belang van die kind dien.³⁹⁸

Die hof beskik ook oor statutêre bevoegdhede in hierdie verband en kan ingevolge die volgende wetgewing in die ouerlike verantwoordelikhede en regte inmeng:

³⁹³ Human 2000 *THRHR* 214. Sien verder in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 222.

³⁹⁴ Bosman & Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons* 56.

³⁹⁵ 1996 (2) SA 194 (W).

³⁹⁶ Bosman en Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa* 56-57.

³⁹⁷ Norrie “The Children Act in Scotland, England and Australia: lessons for South Africa in rhetoric and reality” 2002 *SALJ* 635.

³⁹⁸ Cronjé & Heaton *Familiereg* 222-223.

- (1) Kragtens artikel 5(1) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 kan die hof op aansoek van een of albei ouers van 'n minderjarige wie se ouers geskei is of apart woon, enige bevel verleen wat die hof goeddink ten opsigte van die voogdy oor of bewaring van die kind. Die hof word spesifiek statutêr gemagtig om die uitsluitlike voogdy oor die kind of die uitsluitlike bewaring van die kind aan enige van die ouers toe te ken.³⁹⁹ Verder kan die hof gelas dat, by die vooroorlye van die ouer aan wie die uitsluitlike voogdy toegeken is, 'n ander persoon as die langsliewende ouer, hetsy gesamentlik met of met uitsluiting van die langsliewende ouer, die voog oor die minderjarige sal wees.⁴⁰⁰
- (2) Artikel 6 en 8 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 (hierna "die Egskeidingswet") verleen ook spesifieke bevoegdhede aan die hof.⁴⁰¹
- (3) Ingevolge artikel 25(4) van die Huwelikswet 25 van 1961 kan die hof toestem tot die huwelik van 'n minderjarige indien die ouer, voog of Kommissaris van Kindersorg weier om sodanige toestemming te verleen.⁴⁰²
- (4) Ingevolge die Wet op Kindersorg en die Kinderwet beskik die hof oor bevoegdhede met betrekking tot sorgbehoewende kinders.⁴⁰³

Die hoë hof beskik oor die volgende gemeenregtelike bevoegdhede om in te meng in die ouer-kind-verhouding:

- (1) Die hof kan die natuurlike voog van 'n kind van sy of haar voogdy ontnem en 'n ander voog aanstel. Die hof kan verder 'n voog aanstel oor 'n kind wat nie 'n voog het nie.⁴⁰⁴

³⁹⁹ A 5.

⁴⁰⁰ Cronjé & Heaton *Familiereg* 223-226.

⁴⁰¹ *Ibid.* Hierdie bevoegdhede word in hfst 5 hieronder bespreek.

⁴⁰² Cronjé & Heaton *Familiereg* 223-226.

⁴⁰³ Hierdie bevoegdhede word nie hier volledig bespreek nie. Sien egter, afgesien van die tersaaklike bepalinge in die twee wette Zaal & Matthias "The child in need of alternative care" in Davel (red) *et al Introduction to Child Law in South Africa* vir 'n algemene verwysing hierna.

⁴⁰⁴ Cronjé & Heaton *Familiereg* 222; Kruger "Enkele opmerkings oor die bevoegdhede van die Hooggeregshof as oppervoog van minderjariges om in te meng met ouerlike gesag" 1994 *THRHR* 306-307.

- (2) Die hof kan ook die kind uit die bewaring van een of albei ouers neem en in 'n ander se bewaring plaas.⁴⁰⁵
- (3) Die hof kan 'n verklarende bevel uitreik dat 'n aannemingsbevel op grond van 'n gebrek nietig is.⁴⁰⁶
- (4) Die hof mag inmeng in die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte en besluite van die ouer op aansoek ter syde stel en/of wysig.⁴⁰⁷

Die verhouding tussen die Engelse staat en die ouer ingevolge die *Children Act, 1989* moet as 'n vrywillige vennootskap gesien word. Die staat poog deurentyd om die verhouding tussen ouers en hul kinders te beskerm en erken die ouers as die primêre opvoeders van hul kinders.⁴⁰⁸ Hierdie wet sit die spesifieke verpligtinge van plaaslike owerhede teenoor kinders uiteen. Die plaaslike owerhede moet, onder andere, redelike stappe neem om die mate waarin kinders in hul gebiede sorgbehoewend is, te bepaal. Verder is hulle verplig om te verhoed dat kinders in hulle regsgebiede mishandel of verwaarloos word.⁴⁰⁹ Die beskerming en welsyn van kinders is die enigste rede vir ingryping deur die staat in die ouer-kind-verhouding.

Daar heers ingevolge die Engelse *Children Act, 1989* 'n beginsel van nie-inmenging in die ouer-kind-verhouding. Ingevolge artikel 1(5) sal die hof nie 'n bevel ten opsigte van 'n kind verleen nie tensy hy van mening is dat verlening van 'n bevel beter vir die kind sal wees as geen bevel hoegenaamd nie. Hierdie bepaling raak die werksaamhede van regspraktisyne en maatskaplike werkers aangesien die hof oortuig moet word dat dit in die beste belang van die kind is indien daar wel 'n bevel verleen word.⁴¹⁰ Dieselfde geld in Skotland.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Cronjé & Heaton *Familiereg* 222; Kruger 1994 *THRHR* 307.

⁴⁰⁶ A 21 van die Wet op Kindersorg. Sien verder in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 209-210 sowel as Kruger 1994 *THRHR* 307.

⁴⁰⁷ Kruger 1994 *THRHR* 308.

⁴⁰⁸ Robinson "Staatlike betrokkenheid by die ouer-kind-verhouding in die Engelse reg na aanleiding van die *Children Act, 1989*" 1993 *Obiter* 68.

⁴⁰⁹ Deel 1 van skedule 2. Sien verder, in die algemeen, Robinson 1993 *Obiter* 70.

⁴¹⁰ Robinson 1993 *TRW* 49-50.

⁴¹¹ Norrie 2002 *SALJ* 626.

6 DIE BEËINDIGING VAN OUERLIKE VERANTWOORDELIKHEDE EN REGTE

Ouerlike verantwoordelikhede en regte word beëindig deur die dood van die kind, die dood van die ouer, die mondigwording van die kind, die opheffing van 'n aannemingsbevel of 'n hofbevel.⁴¹²

Ingevolge die Wet op Kindersorg en die Wet op Huweliksaangeleenthede kan een of albei biologiese ouers van 'n kind ontnem word van ouerlike verantwoordelikhede en regte en die kind in pleegsorg geplaas word of aangeneem word.⁴¹³ Sien die bespreking hieronder met betrekking tot die beëindiging van ouerlike verantwoordelikhede en regte ingevolge die Egskeidingswet.⁴¹⁴

Kragtens die gemenerereg kan die hoë hof 'n ouer se voogdy opskort indien die voorsittende beampte van mening is dat dit in die beste belang van die kind is. Die hof behoort hierdie bevoegdheid slegs in uitsonderlike gevalle uit te oefen.⁴¹⁵

Vir doeleindes van hierdie proefskrif is dit belangrik om kortliks na vermoede van dood te verwys. Na gelang die MIV/vigs-pandemie versprei en op groot skaal sterftes tot gevolg het, raak dit al moeiliker, veral in die afgeleë landelike gebiede, om te bepaal of 'n ouer, of kind nog lewe of reeds gesterf het. Ander faktore, byvoorbeeld migrasie en die groot afstande wat sommige MIV-positiewe persone moet reis om behandeling te ontvang, speel ook 'n rol in hierdie probleem. In die privaatreg is die bewys van dood hoofsaaklik om twee redes van belang. In die eerste plek kan 'n oorledene se boedel slegs beredder word indien die eksekuteur oor 'n doodsertifikaat beskik. In die tweede plek kan 'n gade slegs hertrou indien daar bewys van dood bestaan. Indien daar nie sodanige bewys bestaan nie, moet die hof genader word ten einde die persoon dood te verklaar. Die hof staan nie so 'n aansoek geredelik toe nie en die applikant moet op oorwig van waarskynlikhede bewys dat die persoon

⁴¹² Cronjé & Heaton *Familiereg* 221-222. Sien in die algemeen Schäfer in Clark (red) *Family Law Service* E28 met betrekking tot die beëindiging van ouerlike verantwoordelikhede en regte ingevolge die Wet op Huweliksaangeleenthede.

⁴¹³ Pieterse 2000 *Stell LR* 325.

⁴¹⁴ Hfst 5, par 4.13.

⁴¹⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 325 (hfst 8).

wel dood is. Uit die aard van die saak is dit moeilik vir enige weeskind, ook dié wat as gevolg van MIV/vigs weesgelaat is, om hierdie prosedure te volg. Die SA Regskommissie het hierdie kwessie oopgelaat vir kommentaar en voorstelle.⁴¹⁶

Ingevolge die Australiese *Family Law Act 1975*, soos gewysig, duur ouerlike verantwoordelikhede voort tensy een van die volgende opskortende gebeurtenisse plaasvind: Die dood van die ouer, die verlening van 'n bevel ten opsigte van ouerskap, die registrasie van 'n ouerskapsplan, die aanneming van die kind, huweliksluiting van 'n kind onder die ouderdom van 18 jaar of mondigwording (18 jaar). Hierdie wet stel dit eksplisiet dat 'n spesifieke ouer se ouerlike verantwoordelikhede en regte voortduur nieteenstaande die verandering in die aard van die verhouding van die ouers.⁴¹⁷

Die SA Regskommissie het voorgestel dat alle voortydige (dit wil sê in gevalle waar beëindiging nie outomaties geskied nie) opskorting van ouerlike verantwoordelikhede en regte deur 'n hofbevel bewerkstellig moet word. Die Kommissie het verder bevind dat ouerlike verantwoordelikhede alleen opgeskort behoort te kan word indien dit in die beste belang van die kind is.⁴¹⁸

7 HET DIE OUER 'N VERANTWOORDELIKHEID OM TE LEWE?

'n Belangrike vraag wat gevra moet word is of 'n MIV-positiewe ouer, wat weier om teen-
retrovirale middels te gebruik, deur 'n hof verplig kan word om behandeling te ontvang. Ek
gaan nie poog om hierdie vraag te beantwoord nie. Die aspekte en oorwegings met betrekking
daartoe is wyd en gewichtig genoeg om 'n aparte proefskrif spesifiek daarvoor te regverdig.
Verwysing na hierdie onderwerp het slegs ten doel om die leser bewus te maak van die
moontlikheid van vrae en debatte hierrondom. Ek verwys voorts slegs na die bepalings van die

⁴¹⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 325 (hfst 8).

⁴¹⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 327 (hfst 8).

⁴¹⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 335-336 (hfst 8). A 28 van die Kinderwet, welke artikel nog nie in werking getree het nie, maak voorsiening vir die "[t]ermination, extension, suspension or restriction of parental responsibilities and rights" by wyse van verkryging van 'n hofbevel. Ingevolge a 28(4) moet die hof die beste belang van die kind, onder andere, in ag neem.

Grondwet en sekere ander wetgewing en verwys na die kind sowel as die ouer se regte in hierdie verband.

Ingevolge die Kinderwet het die ouer 'n verantwoordelikheid van versorging ten opsigte van 'n kind. Verder word "gesinsgeweld" ingevolge die Wet op Gesinsgeweld, onder andere, gedefinieer as "enige ander oorheersende of mishandelende gedrag teenoor 'n klaer, waar sodanige optrede die veiligheid, gesondheid of welstand van die klaer skaad, of dreigende leed ten opsigte van die veiligheid, gesondheid of welstand van die klaer kan meebring".

Ingevolge artikel 28(1)(b) van die Grondwet het elke kind die reg "op gesinsorg of ouerlike sorg, of op gepaste alternatiewe sorg wanneer die kind uit die gesinsomgewing weggeneem word". Verder stel artikel 28(1)(d) dat 'n kind 'n onaantasbare reg het "om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word".

Artikel 14(4)(aB)(iv) van die Wet op Kindersorg bepaal dat 'n kind sorgbehoewend is indien die kind "woon in of blootgestel word aan omstandighede wat die fisieke, geestelike of maatskaplike welsyn van die kind ernstig kan skaad".

Die volgende bepalings van die 1989-Konvensie het betrekking op hierdie aangeleentheid:

- (1) Klousule 7 bepaal dat elke kind die reg het om versorg te word deur sy of haar ouers.
- (2) Klousule 18 bepaal dat elke ouer gelyke verantwoordelikhede ten opsigte van die opvoeding en ontwikkeling van 'n kind het. Die beste belang van die kind is die belangrikste oorweging by die opvoeding en ontwikkeling van 'n kind. Verder het die staat 'n verantwoordelikheid om ouers by te staan in die opvoeding van 'n kind.
- (3) Ingevolge klousule 19 moet 'n deelnemende staat alles moontlik doen om te verseker dat 'n kind nie aan enige vorm van, onder andere, verwaarlosing of verwaarlosende behandeling deur, onder andere, die ouers blootgestel word nie. Verder moet die staat ingryp indien hierdie verwaarlosing plaasvind.

Die *African Charter* ken sekere verantwoordelikhede aan ouers toe ten opsigte van kinders. Ouers is primêr verantwoordelik vir die opvoeding en ontwikkeling van hul kinders. Die beste belang van die kind moet in hierdie proses die basiese oorweging wees. Ouers moet

lewensomstandighede daarstel wat die kind se ontwikkeling moontlik maak. Hierdie verantwoordelikheid word beperk deur die ouer se finansiële omstandighede en vermoëns.⁴¹⁹

Dit blyk duidelik uit die bovermelde dat 'n ouer in die eerste plek 'n verantwoordelikheid het om sy of haar minderjarige kind te versorg, op te voed en by te staan in die kind se ontwikkeling tot wasdom. Verder word gedrag wat moontlik die welstand van die kind kan skaad of wat dreig om die welstand van die kind te skaad, as gesinsgeweld geklassifiseer. 'n Kind wat onder omstandighede lewe wat moontlik die maatskaplike welstand van die kind kan skaad word as 'n sorgbehoewende kind geklassifiseer. Die kind het ook die reg om teen verwaarlosing beskerm te word. Die Kinderwet definieer verwaarlosing as "...a failure in the exercise of parental responsibilities to provide for the child's basic physical, intellectual, emotional or social needs". Die beste belang van die kind is in alle aangeleenthede wat die kind raak van deurslaggewende belang.

Alvorens 'n gevolgtrekking gemaak kan word, moet die regte van die ouers ook oorweeg word. Ingevolge artikel 12(2)(b) van die Grondwet het elkeen die "reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam". Verder ken artikel 15(1) aan elkeen die reg toe op "vryheid van gewete, godsdien, denke, oortuiging en mening". Artikel 27 verleen aan elkeen die reg op toegang tot gesondheidsorgdienste. Die omgekeerde van hierdie reg kan dan ook seker as 'n reg beskou word, naamlik die reg om gesondheidsorg te weier.

'n Belangrike vraag wat gevra moet word is of 'n MIV-positiewe ouer, wat weier om teen-retrovirale middels te gebruik, deur 'n hof verplig kan word om behandeling te ontvang.

Indien die vraag of 'n MIV-positiewe ouer, wat weier om teen-retrovirale middels te gebruik, verplig kan word om behandeling te ontvang ooit deur die hof beantwoord moet word, sal die antwoord, in welke rigting dit ook al beweeg, interessante debatte tot gevolg hê.

⁴¹⁹ A 20. Sien in die algemeen Viljoen "The African Charter on the Rights and Welfare of the Child" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 222-223.

8 GEVOLGTREKING

Uit die bovermelde inhoud kan die volgende gevolgtrekkings gemaak word:

- (1) Internasionaal, selfs sover as state in midde-Afrika, vind daar 'n algaande klemverskuiwing plaas vanaf ouerlike gesag in die tradisionele vorm, na die regte van die kind en die regte en verantwoordelikhede van die ouer. Hierdie proses vind plaas as gevolg van die wye erkenning van kinderregte en as gevolg van die besef dat kinders as die swakste en mees kwesbare lede van die samelewing spesiaal beskerm moet word. Kinders moet soms selfs teen hul ouers en teen hulself beskerm word. Die staat, as oppervoog, is hiervoor verantwoordelik.
- (2) Hierdie bovermelde klemverskuiwing het 'n behoefte aan veranderings in die definisies van verskeie terme teweeggebring, byvoorbeeld "ouerlike gesag",⁴²⁰ "gesin", "ouer", "versorging", "versorger" en "persoon met ouerlike verantwoordelikhede en regte". Hierdie "nuwe" definisies is reeds in die Kinderwet vervat in artikel 1, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het.
- (3) Daar het tot onlangs 'n behoefte vir 'n verandering in meerderjarigheidsouderdom bestaan. Hierdie ouderdom is reeds in artikel 17 van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het, verlaag na 18 jaar.
- (4) Ten spyte van die feit dat ek nie noodwendig daarmee saamstem dat 'n 12-jarige kind oor die verstandelike vermoëns beskik om 'n ingeligte besluit rondom sy of haar mediese versorging te neem nie, vergemaklik die bepaling van artikel 129 die behandeling van kinders in die huidige sosiale klimaat. Een van die redes hiervoor is die feit dat kinders met onder andere MIV/vigs, wie se ouers ver van die kliniek of hospitaal woon, nou self kan toestem tot behandeling. 'n Weeskind van hierdie ouderdom oor wie daar nog nie 'n wettige voog aangestel is nie, kan ook toestem. Alhoewel dit die situasie vergemaklik, is daar tog vrae wat beantwoord en riglyne wat vasgestel sal moet word ten opsigte van die bepaling van die vermoëns van 'n spesifieke kind om self oor sy of haar lot te beskik.
- (5) Die beste belang van die kind bly van deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak. Elke persoon of instansie wat besluite ten opsigte van 'n kind neem moet hierdie maatstaf onverpoos toepas. Dit blyk dat die hof selfs 'n besluit wat 'n kind

⁴²⁰ Hierdie term is, soos hierbo in par 2 aangetoon, in die Kinderwet vervang met die term "ouerlike verantwoordelikhede en regte".

ten opsigte van homself of haarself geneem het kan veto indien die voorsittende beamptes van mening is dat dit nie in die beste belang van die kind is nie.

- (6) Daar het 'n behoefte bestaan dat 'n versorger van 'n kind anders as die persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik, ook sekere statutêre verantwoordelikhede ten opsigte van die kind kry. Die Kinderwet bepaal nou dat so 'n persoon, byvoorbeeld 'n dagmoeder of familielid wat na 'n kind omsien, ook sekere verantwoordelikhede ten opsigte van 'n kind het. Hierdie bepaling is te verwelkom. Verder verkry die uitgebreide gesin, wat in Afrika 'n groot rol in die lewe van kinders speel, sekere regte met betrekking tot besluitneming ten opsigte van die kind. Dit verminder in 'n sekere mate die las op die skouers van die ouers en dien die beste belang van die kind.⁴²¹
- (7) Verder bestaan daar lank reeds 'n behoefte om aan 'n ouer die reg te gee om 'n ooreenkoms met 'n ander persoon te kan sluit ten einde ouerlike verantwoordelikhede en regte oor te dra sonder dat die ouer ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind verloor. 'n Ouer met 'n terminale siekte wil dalk in haar of sy laaste dae seker wees dat die kind goed versorg word al is hy of sy bedlêend. 'n Persoon met ouerlike verantwoordelikhede en regte kan nou, ingevolge die Kinderwet, 'n "parental responsibilities and rights agreement" met enige ander persoon sluit. Hierdie ooreenkoms moet aan sekere vereistes voldoen en moet geregistreer word ten einde afdwingbaar te wees.⁴²²
- (8) Die uiteensetting en definisie van die aard en inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en regte in die Kinderwet is welkom.⁴²³
- (9) Die idee dat kinders as die draers van menseregte beskou word is omstrede en blyk lynreg te staan met die Romeinsregtelike siening dat kinders oor bykans geen regte beskik nie en as die eiendom van hul ouers beskou word. Met die ontstaan en ontwikkeling van die beste belang van die kind-maatstaf het hierdie rigiede gemeenregtelike siening plek gemaak vir 'n meer buigsame teorie in terme waarvan die regte van die kinders en dié van die ouers gebalanseer moet word ten einde die beste

⁴²¹ A 32 van die Kinderwet, welke artikel nog nie in werking getree het nie, maak voorsiening vir die versorging van 'n kind deur 'n persoon wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van so 'n kind beskik nie.

⁴²² A 22 van die Kinderwet, welke artikel nog nie in werking getree het nie, maak voorsiening vir "parental responsibilities and rights agreements".

⁴²³ Sien par 2.3 hierbo vir 'n bespreking hiervan.

belang van die kind te dien. Daar bestaan verskeie teorieë hieroor en gesonde debat hieroor. Dit is slegs met gesprekvoering en debat dat hierdie konsep tot sy volle reg sal kom.

- (10) Een van die gebiede waar die gemelde klemverskuiwing duidelik voelbaar is, is dié van minderjariges, persone met ouerlike verantwoordelikhede en regte en besluitneming ten opsigte van mediese versorging. Hierbo is kinders en hul vermoë om besluite ten opsigte van hul eie lewe te neem, kortliks bespreek.⁴²⁴ Uit hierdie bespreking blyk dit dat die “*Gillick competency test*” die bevredigendste metode is om vas te stel of ’n spesifieke kind selfbeskikkend kan optree.⁴²⁵ Die probleme rondom artikel 129 van die Kinderwet is ook bespreek. Die wetgewer en die howe sal met verloop van tyd hierdie probleme by wyse van regspraak en wysigings aan die nuwe Kinderwet moet aanpak.
- (11) Dit is noodsaaklik om na vergelykende regstelsels te kyk in hierdie verband. Veral die Engelse reg het met die verloop van tyd ’n groot rol gespeel in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot ouerlike verantwoordelikhede en regte en die besluitnemingsvermoëns van minderjariges op sekere ouderdomme. Die *Gillick*-saak⁴²⁶ word as die belangrikste saak tot op datum in hierdie verband beskou. Die Suid-Afrikaanse beslissing in *Soller*⁴²⁷ is ’n stap in die regte rigting ten opsigte van minderjariges se vermoëns om in sekere gevalle self te beskik oor die loop wat hul lewe moet neem. Die vermoëns van elke kind moet egter individueel en op die meriete van sy of haar saak beoordeel word. In hierdie verband moet die “*Gillick competency test*” toegepas word.
- (12) Die bepalings in die Kinderwet met betrekking tot MIV-toetsing van kinders, is te verwelkom.⁴²⁸ Hierdie bepaling handel oor toestemming tot ’n toets, toetsing in geval van aanneming en pleegsorg, berading voor en na die toets en vertroulikheid met betrekking tot die uitslae van die toets. Verder is die bepalings met betrekking tot kinders se toegang tot voorbehoedmiddels ook welkom. Die wetgewer en die howe sal egter ook in die

⁴²⁴ Par 4.6 hierbo.

⁴²⁵ Par 4.6 hierbo.

⁴²⁶ [1985] 3 All ER 402.

⁴²⁷ 2003 (5) SA 430 (W).

⁴²⁸ A 130, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het.

toekoms aan hierdie bepalings moet skaaf ten einde die bogenoemde vrae⁴²⁹ in hierdie verband te beantwoord.

- (13) Tot dusver was die kwessie oor godsdienstige en kulturele invloede by besluitneming ten opsigte van mediese behandeling kontroversieel. Die Kinderwet gaan egter hierdie situasie verlig aangesien artikel 129(9) bepaal dat “No parent, guardian or care-giver may refuse to assist a child ... by reason only of religious or other beliefs,...”. Hierdie bepaling is definitief ’n stap in die regte rigting.
- (14) Die staat respekteer in ’n groot mate die outonomie of privaatheid van die ouer-kind-verhouding. Die staat erken dat die ouer in die normale loop van omstandighede die grootste rol speel in die grootmaak en opvoeding van ’n kind. ’n Ouer is ook verantwoordelik vir dag-tot-dag besluitneming sowel as belangrike besluitneming ten opsigte van die kind. Indien die regte van die ouers te veel geïnhibeer word, kan die ouers nie hierdie taak uitvoer nie. Ouers word dus in ’n groot mate deur die staat vertrou en ondersteun. Daar word slegs ingegryp indien dit blyk dat die ouer nie in die beste belang van die kind optree nie of indien die ouers se regte so misbruik word dat dit nie in die beste belang van die kind uitgeoefen word nie. Die hoë hof, as arm van die staat, bly steeds die oppervoog van alle minderjariges in Suid-Afrika.

⁴²⁹ Sien par 4.8 hierbo.

Hoofstuk 5

Kinders, egskeiding en MIV/vigs

1 INLEIDING: DIE IMPAK VAN EGSKEIDING OP KINDERS

Ten spyte van die feit dat egskeiding in die moderne tyd 'n algemene verskynsel is, het dit steeds 'n ernstige en blywende negatiewe impak op die lewe van die meeste kinders daarby betrokke. Hierdie feit word vandag, anders as in die verlede, wyd erken en daar bestaan 'n groeiende bewustheid daarrondom onder regsliu, gedragswetenskaplikes¹ en beraders. Almal betrokke by die egskeidingsproses behoort begrip te toon vir die impak daarvan op die lewe van kinders.² 'n Onrusbarende hoeveelheid egskeidingsbevele word jaarliks in Suid-Afrika toegestaan. In 2003 alleen is ongeveer 28 500 egskeidings afgehandel. 30 311 kinders is deur hierdie egskeidings geraak. Egskeidings kom die meeste in die ouderdomsgroep 25 tot 54 jaar, en onder die wit bevolking, voor. Gauteng is die provinsie met die hoogste egskeidingsyfer.³ Daar word aangevoer dat volwassenes uit gebroke gesinne 'n geneigdheid toon om self te skei. Dit is dus 'n bouse kringloop van trou en skei. Ten einde hierdie kringloop te verbreek moet die impak van egskeiding op kinders dringend en daadwerklik aandag kry.⁴

In die sewentigs het professionele persone gemoed met geestesgesondheid wyd aanvaar dat dit vir 'n kind voordeliger is om in 'n geskeide gesin groot te word as om in 'n gesin op te groei waar een of albei ouers ongelukkig getroud is. Daar is aanvaar dat, alhoewel egskeiding 'n pynlike ervaring vir gesinslede is, dit op die lang termyn geen negatiewe emosionele impak op

¹ Daar bestaan twee skole. Sommige gedragswetenskaplikes beweer dat die impak van egskeiding op kinders oorbeklemtoon word terwyl ander weer beweer dat egskeiding altyd 'n negatiewe impak op die lewens van kinders het. Sien in die algemeen Van Zyl "Family mediation" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 88.

² Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 88.

³ StatsOnline "This week's key findings from selected publications – Marriages and divorces 2003" *StatsOnline Weekly Newsletter*: 22 September 2005 (Issue no. 39/2005) www.statssa.gov.za (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

⁴ Glasser "Custody on divorce: Assessing the role of the family advocate" in Burman (red) *The fate of the child* 108.

kinders toon nie. Tot en met die sewentigs het daar geweldige sosiale vooroordeel aan egskeiding gekleef maar sedertdien is dit meer aanvaarbaar in Suid-Afrikaanse gemeenskappe.⁵

'n Studie,⁶ gedoen in 1989, het bogenoemde siening van professionele persone bevraagteken deur aan te toon dat 161 kinders, tien jaar na 60 egskeidings, geweldige probleme op skool en in sosiale sowel as persoonlike verhoudings ervaar. Daar was onder hierdie kinders 'n verhoging in dwelm- en alkoholmisbruik sowel as misdadigheid. Verder het hierdie kinders simptome van depressie, aggressie en sosiale onttrekking getoon. Hierdie studie het ook die opvatting dat kinders oor die lang termyn deur terapeutiese uitdrukking van emosies by egskeiding gehelp word, bevraagteken. 'n Aantal van hierdie kinders het ook as volwassenes probleme in verhoudings ervaar. Dit blyk dat terapie en berading korttermynhulp bied tydens die egskeiding, maar op die lang duur geen voorkomende effek toon nie. Hierdie bevindinge is in 1998 bevestig.⁷

Wat word verstaan onder negatiewe impak? Lamb, Sternberg en Thompson het in 1997 aangetoon dat die meeste kinders uit gebroke gesinne op die volgende gebiede geraak word:⁸

- (1) 'n Dramatiese verswakking van ekonomiese omstandighede.
- (2) Versaking deur een of albei ouers of vrees vir versaking.
- (3) Ouers is in hulle eie sielkundige, sosiale en ekonomiese probleme vasgevang. Sulke ouers toon afnemende kapasiteit om op 'n betekenisvolle wyse in hul kinders se behoeftes te voorsien.
- (4) Afnemende kontak met bekende of potensiële bronne van psigososiale ondersteuning.
- (5) Verwydering uit bekende lewensomstandighede.

⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 645 (hfst 14).

⁶ Wallerstein & Blakeslee *Second chances: Men, women and children a decade after divorce* soos aangehaal in SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 646 (hfst 14).

⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 646 (hfst 14).

⁸ Soos aangehaal in SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 646 (hfst 14).

As gevolg van die bogenoemde is egskeiding vir die meeste kinders 'n psigososiale stressor wat 'n beduidende verandering in hul lewe teweegbring en langtermynterugslae tot gevolg kan hê. Sommige kinders toon na egskeiding gedragsprobleme, depressie, swak skoolprestasies, swak selfbeeld en probleme met intieme heteroseksuele verhoudings.⁹

'n 1991-studie het die bogenoemde bevestig deur aan te toon dat egskeiding beduidende problematiese nagevolge vir volwassenes sowel as kinders inhou. Die outeurs het tot die gevolgtrekking gekom dat alle partye betrokke by egskeiding se lewenskwaliteit deur een of meer van die volgende simptome benadeel word: depressie, swak lewensatisfaksie, swak huwelikskwaliteit, lae opvoedingsvlakke, lae inkomste, lae beroepsukses en swak gesondheid.¹⁰ Verder word selfs kinders van 'n betreklik jong ouderdom (0-48 maande) negatief deur egskeiding beïnvloed deurdat hulle van sekuriteit ontnem word.¹¹

Soos hierbo aangetoon, vind daar gewoonlik agteruitgang in die gesin se lewenstandaard plaas. As gevolg hiervan onderpresteer kinders van geskeide ouers soms. Daar is meer konflik tussen ouer en kind in 'n enkelouer-gesin. Verder bestaan daar bewyse dat 'n kind moeiliker aanpas in 'n enkelouer-gesin indien die ouer van die teenoorgestelde geslag as die kind is. Die hertroue van 'n ouer mag dalk in sommige gevalle voordelig wees vir 'n kind maar in ander gevalle word 'n kind weer nadelig daardeur beïnvloed.¹²

Navorsers en beraders op hierdie gebied moet vasstel of 'n sekere probleem 'n direkte gevolg van die egskeiding is en of ander faktore betrokke is. Hierdie faktore kan moontlik die volgende insluit: persoonlikheidsprobleme, probleme wat 'n kind voor die egskeiding reeds gehad het, ouerlike konflik voor die egskeiding en verhuising uit die gesinswoning wat 'n verlies aan die bekende woonbuurt, skool en vriende tot gevolg het (waar die bewarende ouer en kinders genoodsaak word om die gesinswoning te verlaat).¹³

⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 646 (hfst 14).

¹⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 647 (hfst 14).

¹¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 648 (hfst 14).

¹² Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 88.

¹³ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 88-89.

Navorsing het getoon dat volgehoue kontak (wat nie met konflik tussen die ouers gepaardgaan nie) met albei ouers na egskeiding voordelig vir die kind is. Navorsing het verder getoon dat egskeiding hewige emosies van hartseer en woede by kinders ontketen. Jong kinders vrees dikwels dat hulle die nie-bewarende ouer nooit weer gaan sien nie en blameer hulself vir die egskeiding terwyl ouer kinders vrees dat hul eie huwelike gaan misluk. Talle kinders ontwikkel gedragsprobleme en toon agteruitgang in gedrag. Hulle kan moontlik klou aan die ouer, hulself terugtrek, aggressie toon of hulle tot jeugmisdaad wend. Verder kan die kind skielike leerprobleme ontwikkel en begin stokkiesdraai.¹⁴

Die kort- en langtermynimpak van egskeiding op kinders verskil aansienlik. Die ouderdom en geslag van die kind speel 'n beduidende rol. Navorsing het getoon dat die eerste jaar 'n dramatiese effek op die ouers sowel as die kinders het. Ouers is dikwels so vasgewikkel in hul eie probleme dat hulle nie op die kinders se probleme fokus nie. Hierdie probleem verdwyn gewoonlik na die eerste jaar. Sommige kinders is geneig om 'n te groot verantwoordelikheid ten opsigte van veral die welstand van die bewarende ouer op hulself te neem.¹⁵

Sommige skrywers beweer dat die impak van egskeiding versag, omgekeer of selfs verhoed kan word indien die ouers op 'n vreedsame wyse onderling werkbare reëlins ten opsigte van die kinders tref.¹⁶ Dit is van groot belang dat die ouers hierdie reëlins sowel as die egskeidingsproses, aan die kinders verduidelik. Dit is in die beste belang van die kinders indien daar so min as moontlik konflik tussen die ouers voor en na die egskeiding plaasvind en indien die bewarende ouer goed aanpas na die egskeiding.¹⁷ Ek het uit praktiese ondervinding opgemerk dat daar tydens en na die egskeiding drastiese besluite ten opsigte van bewaring en moontlik voogdy oor, toegang tot en betaling van onderhoud vir die kinders gebore uit die huwelik geneem word. Die kinders is betrokke by hierdie besluitneming en indien dit nie op 'n vreedsame wyse tussen die ouers geskied nie, kan hierdie konflik, soos ook hierbo aangetoon, 'n blywende negatiewe impak (wat voorkom kan word) op die kinders toon. Egskeidingsbemiddeling is myns insiens in die meeste gevalle die beste manier om met so min

¹⁴ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 89.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sien par 8 hieronder vir 'n bespreking van ouerskapsplanne.

¹⁷ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 89-90.

as moontlik konflik besluite rakende die kinders te neem. Die vrywillige en vriendskaplike gesamentlike opstel van ouerskapsplanne word al meer gesien.

Dit is nie net kinders wat probleme ondervind by egskeiding nie. Ouers kan moontlik die volgende probleme na 'n egskeiding ondervind:

- (1) Geslagsvooroordeel. Pa's voel dat daar geslagsongelykheid bestaan deur toepassing van die "maternal preference"-reël. Verder glo vroue dat hulle finansiëel moet opdok ten einde bewaring oor kinders te verkry terwyl mans finansiëel bevoordeel word indien die kinders by die moeder aanbly na egskeiding.¹⁸
- (2) 'n Tekort aan regstand. Getroude persone word in ons reg anders behandel as ongetroude persone.¹⁹
- (3) Onetiese optrede deur regslui en gapings in die regsisteem. Ouers wat kinders as 'n wapen in egskeidingsaangeleenthede misbruik is nie 'n ongewone verskynsel nie.
- (4) Sommige prokureurs kan moontlik hierdie optrede aanmoedig of goedkeur en selfs valse verklarings in pleitstukke invoeg.²⁰

Hierdie hoofstuk handel met kinders wat spesiale beskerming benodig aangesien hulle deur egskeiding én MIV/vigs geraak word. Die hoë egskeidingsyfer het tot gevolg dat al meer en jonger kinders veranderende omstandighede in huishoudings ervaar. Verder het geweldige hoë MIV-syfers tot gevolg dat al meer kinders deur egskeiding en MIV/vigs gelyk geraak word. Hertroue van 'n ouer of die aanknoop van ander verhoudings na egskeiding maak so 'n kind se lewe net nog meer kompleks. Sulke kinders moet nuwe verhoudings met stiefouers, -broers en -susters aanknoop.²¹

Daar kan dus tot die gevolgtrekking gekom word dat die impak wat egskeiding op kinders het, beduidend en potensieel negatief is. Voeg nou die geweldige impak wat MIV-infeksie van een

¹⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 649-651 (hfst 14).

¹⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 652 (hfst 14).

²⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 653 (hfst 14).

²¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 642 (hfst 14).

of albei die ouers op die kind het by die geweldig negatiewe impak van egskeiding,²² en daar moet met 'n dubbele negatiewe impak op een kind gehandel word. Indien 'n gewone egskeiding so 'n intense, verreikende impak op die lewens van kinders toon, hoeveel te meer sal 'n egskeiding waar die een ouer MIV-positief is die lewe van 'n kind beïnvloed? Daar bestaan geweldige publieke vooroordeel en diskriminasie ten opsigte van MIV-positiewe persone en wydverspreide wanopvattinge rondom MIV/vigs. As gevolg hiervan moet die hof 'n daadwerklike poging aanwend om te verseker dat die beste belang van die kind in alle aangeleenthede wat die kind raak van deurslaggewende belang is en nie die MIV-infeksie van die ouer nie. 'n *Per se*-reël dat 'n ouer as gevolg van MIV-infeksie 'n onbekwame ouer is, is 'n ongegronde, oorvereenvoudigde en ondoeltreffende beginsel wat die beste belang van die kind ondermyn. Al die komplekse mediese, psigologiese en regs kwessies wat voortspruit uit aangeleenthede waar die ouer se MIV-status ter sprake kom, moet deeglik oorweeg word en die hof moet in ag neem dat elke geval op eie meriete beoordeel moet word.²³

Hoe kan die negatiewe gevolge wat egskeiding vir kinders inhou verminder word? Deur ag te slaan op die stem van die kind, deur konflik te verminder, deur 'n poging aan te wend om gesamentlike bewaring uit te oefen en deur opvoeding, inligting en berading van albei ouers.²⁴ Hieronder volg 'n bespreking van wyses om deur behoorlike gebruik en toepassing van die regsisteem die impak van egskeiding op kinders te minimaliseer.

2 DIE HUIDIGE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA

Die regte van kinders by egskeiding word tans deur die Wet op Egskeiding 70 van 1979 (hierna "die Egskeidingswet"), die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 (hierna "die Wet op Bemiddeling") en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 beskerm. Verder beskerm die nuwe Suid-Afrikaanse Kinderwet 38 van 2005 die regte van kinders in die algemeen. Sommige van die artikels van die laasgenoemde wet het op 1 Julie 2007 in werking getree.

²² Sien hfst 2 hierbo vir die impak van MIV/vigs op die alledaagse lewens van kinders.

²³ Mahon "Public hysteria, private conflict: Child custody and visitation disputes involving an HIV infected parent" 1988 *New York University Law Review* 1141.

²⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 192 ev (hfst 13).

Voor die uitreiking van 'n egskeidingsbevel *kan* die hof ingevolge die Egskeidingswet enige bevel wat die hof goeddink ten opsigte van die betaling van onderhoud vir, bewaring van, voogdy oor of toegang tot die minderjarige kinders gebore uit die huwelik, gee.²⁵ Hierdie wet stel twee voorwaardes alvorens die hof so 'n bevel ten opsigte van die kinders uitreik.²⁶

- (1) Die hof moet daarvan oortuig wees dat die voorsiening wat vir die minderjarige kinders gemaak of beoog word bevredigend is of die beste is wat in die omstandighede bewerkstellig kan word.
- (2) Indien 'n ondersoek deur die gesinsadvokaat ingevolge die Wet op Bemiddeling gedoen word, moet die hof eers die aanbevelings van die gesinsadvokaat oorweeg alvorens 'n bevel uitgereik word.

Verder mag die hof ingevolge die Egskeidingswet uit eie beweging ondersoek instel en enige getuies roep ten einde vas te stel of die beste moontlike reëlings ten opsigte van die kinders getref is.²⁷

Die hof oefen oor die algemeen die bogenoemde wye diskresie verleen in artikel 6(3) uit. In *Kastan v Kastan*²⁸ en *Venton v Venton*²⁹ het albei hofe bevind dat artikel 6(3) 'n wye diskresie verleen. Tot dusver het geen hof in enige gerapporteerde saak geweier om die diskresie in artikel 6(3) verleen uit te oefen deur die artikel anders as wat die gewoonte is, te interpreteer nie.³⁰

²⁵ A 6(3). Die SA Regskommissie het in *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) voorgestel dat die terme "bewaring" en "toegang" in die nuwe kinderwet verander word na onderskeidelik "care" en "contact". Soos hieronder in par 4.1 en 5.1 aangedui, het hierdie terme inderdaad in die Kinderwet verander. Sien die bogenoemde verslag, 226 (hfst 8) en 659 (hfst 14), vir 'n volledige bespreking hiervan sowel as die Regskommissie se redes vir die voorstel.

²⁶ A 6(1).

²⁷ A 6(2).

²⁸ 1985 (3) SA 235 (K).

²⁹ 1993 (1) SA 763 (D).

³⁰ Robinson "Die beste belang van die kind by egskeiding – enkele gedagtes na aanleiding van *McCall v McCall* 1994 (3) SA 201 (K)" 1995 *THRHR* 473.

Hieronder word die regsposisie met betrekking tot die bewaring van, toegang tot, voogdy oor en betaling van onderhoud vir die minderjarige kinders by egskeiding afsonderlik bespreek. Die beste belang van die kind-maatstaf geniet in alle opsigte aandag aangesien dit die spil is waarom elke besluit rakende kinders móét draai.

3 DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND-MAATSTAF: ALGEMEEN

3.1 Die beste belang van die kind as fundamentele reg

...s 28(2) of the Constitution underlines the paramountcy of the best interest of the child, which has always been a golden thread which runs throughout the whole fabric of our law relating to children.³¹

Volgens die gemenerereg moet alle besluite rakende die bewaring van, voogdy oor en toegang tot 'n kind aan die beste belang van die kind-maatstaf gemeet word.³² Die hof het so vroeg as 1948 reeds hierdie maatstaf in *Fletcher v Fletcher*³³ toegepas deur te bevestig dat die beste belang van die kind die deurslaggewende oorweging moet wees in alle aangeleenthede wat die kind raak. Die toets word verder in artikel 28(2) van die Grondwet bevestig en word daardeur verhef tot 'n grondwetlike kinderreg. Artikel 28(2) bepaal dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in *alle* aangeleenthede wat die kind raak.³⁴ In *Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick*³⁵ het die hof die volgende beslis:

Section 28(1) is not exhaustive of children's rights. Section 28(2) requires that a child's best interests have paramount importance in every matter concerning the child. The plain meaning of the words clearly indicates that the reach of section 28(2) can not be limited to the rights enumerated in section 28(1) and section 28(2) must be interpreted to extend beyond those provisions. It creates a right that is independent of those specified in section 28(1).

Dit blyk dus duidelik uit die bovermelde aanhaling dat die Konstitusionele Hof artikel 28(2) as 'n afsonderlike grondwetlike reg beskou.

³¹ *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town Maintenance Court* 2004 (2) SA 56 (K) 65 par [20].

³² Die beste belang van die kind in bewaringsaangeleenthede word in par 4.2 bespreek en word in hierdie par slegs aangeraak vir sover dit kinders en egskeiding in die algemeen raak.

³³ 1948 (1) SA 130 (A).

³⁴ Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg* 319-320.

³⁵ 2000 (3) SA 422 (KH) 428 par [17].

Die hof het in *Heystek v Heystek*,³⁶ 'n saak waarin die onderhoudsplig *pendente lite* die egskeidingsbevel in die stiefouer gevestig is, as volg bevind:

There is also the constitutional imperative encapsulated in s 28(2) that the child's best interests are of paramount importance. It assumes a vital role in all matters where there is a child. Thus, parental care is not confined to natural parents...but extends to stepparents, adoptive parents and foster parents.³⁷

The constitutional notion of parental care and the paramountcy of the best interests of the child require an attitudinal shift from an antiquated Germanic parent and child relationship, which formed the substratum of the common law, to the rights of the child, which includes parental care and family care. Common law needs to be aligned to serve the constitutional imperatives of the child in a heterogeneous democratic society. In the final analysis,..., the Court as the upper guardian of every child in this country must be mindful of the child's rights since the shift is from the tradition of parental authority and duty of support to parental and family care.³⁸

Dit blyk, myns insiens, dat die hof bereid is om hierdie grondwetlike artikels met betrekking tot kinderregte so wyd uit te lê as wat nodig is om die beste belang van die kind in alle aangeleenthede wat die kind raak, te dien.

3.2 Kritiek op die maatstaf

Daar bestaan verskeie probleme en kritiek rondom die toepassing van die beste belang van die kind-maatstaf. Die vroeë kritici het 'n belangrike bydrae gelewer in die blootlegging van die gevare verbonde aan arbitrêre, waardebelaaide en onbepaalbare uitsprake.³⁹ Hieronder word agt punte van kritiek kortliks bespreek.

Die beste belang van die kind-maatstaf is in die eerste plek problematies aangesien die wyse waarop dit bepaal moet word onder andere onbepaald en moontlik onbepaalbaar is as gevolg van die feit dat elke kind se omstandighede verskil. Ten einde te bepaal wat in die beste belang van 'n spesifieke kind is, moet die volgende inligting beskikbaar wees:⁴⁰

³⁶ 2002 (2) SA 754 (T). Sien ook hfst 4, par 4.3 hierbo vir verdere regspraak oor die beste belang-maatstaf.

³⁷ 757.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Woodhouse "Child custody in the age of children's rights: The search for a just and workable standard" 1999 *Family Law Quarterly* 831.

⁴⁰ Heaton "Some general remarks on the concept 'best interest of the child'" 1990 *THRHR* 95.

- (1) Alle opsies moet bekend wees.
- (2) Elke moontlike resultaat van alle opsies moet bekend wees.
- (3) Die waarskynlikheid dat enige van die resultate kan voorkom, moet bekend wees.
- (4) Die waarde aan elke resultaat moet bepaal wees.

Selfs indien al die opsies in (1) genoem beskikbaar is (dit is egter onwaarskynlik), is dit onwaarskynlik dat die inligting in (2) genoem beskikbaar sal wees. Dit is tog onmoontlik om die resultate van elke opsie vooruit te bepaal. Selfs indien die onmoontlike gebeur en die resultate van al die opsies bekend is, is dit steeds onmoontlik om die waarskynlikheid dat enige van die resultate kan voorkom, sowel as hul waardes te bepaal.⁴¹ Die vraag moet dus gevra word of die beste belang van die kind wel akkuraat bepaal kan word.⁴²

Die feministiese beweging het ook, in die tweede plek, verdere kritiek op die beste belang van die kind-maatstaf gelewer. Hierdie maatstaf het, volgens feministe, 'n klimaat geskep ingevolge waarvan ideologiese veranderinge gebaseer op foutiewe sosiale wetenskap en 'n mite van geslagsgelykheid die vrou se vermoë om bewaring by egskeiding te verkry kniehalter deur haar bydraes te devalueer.⁴³

Die feit dat daar soveel mag en diskresie met betrekking tot bepaling van die beste belang van die kind in voorsittende beamptes in egskeidingsaangeleenthede gesetel is, is in die derde plek problematies. Voorsittende beamptes is individue, nes ander mense, met spesifieke persoonlike waardes en moontlike vooroordele. Hierdie feit word in die Amerikaanse saak *Ireland v Smith*⁴⁴ geïllustreer. Hier het die hof van eerste instansie 'n bewarende moeder se bewaring opgeskort op grond van die feit dat sy die kind in 'n dagsorgsentrum geplaas het terwyl sy haar tersiëre studies voltooi. Die voorsittende beampte het die bewaring aan die vader toegeken as gevolg van die feit dat die vader se moeder na die kind sou omsien indien die kind by die vader woon. Die hof was van mening dat dit in die beste belang van die kind is. Ten spyte van die feit dat hierdie bevel op appèl tersyde gestel is, illustreer dit die voortgehoue mag van voorsittende beamptes om hul eie persoonlike waardes en menings op ander af te

⁴¹ Heaton 1990 *THRHR* 95-96.

⁴² Sien verder in die algemeen Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 820.

⁴³ Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 821.

⁴⁴ 542 N.W.2d 344 (Mich. Ct. App. 1995), iaff'd 547 N.W.2d 344 (Mich. 1996).

dwing.⁴⁵ Die Suid-Afrikaanse beslissing in *Van Rooyen v Van Rooyen*,⁴⁶ in terme waarvan die seksuele oriëntasie van 'n lesbiese moeder wyd deur die hof veroordeel is, is ook 'n voorbeeld van die vooroordeel van 'n voorsittende beampte.⁴⁷

In die vierde plek bevraagteken geleerdes die feit dat bewaringsreg die belange van die kind verhef bo die belange van ander lede van die gesin. Dit kan potensieel tot nadeel van die belange van die gesinseenheid strek.⁴⁸

In die vyfde plek het die verskillende professionele persone wat met kinders werk verskillende opinies en perspektiewe rondom die uitleg van die konsep van die beste belang van die kind.⁴⁹

Sedens word die wyse waarop die maatstaf in verskillende lande (en dan weer in die verskillende streke en howe) geïnterpreteer word, beïnvloed deur die historiese agtergrond en die kulturele, sosiale, politieke en ekonomiese toestande in daardie spesifieke land.⁵⁰

Die mate waarin die ouer die hof se beslissing aanvaar moet in die sewende plek ook as problematies gesien word.⁵¹ 'n Agtste en sekerlik mees omstrede probleem is die vraag na die faktore wat in ag geneem moet word by die bepaling van die beste belang van die kind.⁵² Slegs riglyne, en geen vaste beginsels nie, ten einde die beste belang te bepaal word in verskeie

⁴⁵ Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 821.

⁴⁶ 1994 (2) SA 325 (W).

⁴⁷ Sien par 4.10 hieronder vir 'n bespreking van hierdie saak.

⁴⁸ Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 821.

⁴⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 78-79 (hfst 5).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Heaton 1990 *THRHR* 95.

bronne gevind, byvoorbeeld in die uitspraak van *McCall v McCall*,⁵³ die Kinderwet⁵⁴ en die Engelse *Children Act, 1989*.⁵⁵

3.3 Riglyne en faktore by bepaling van die beste belang van die kind

Die hof het in *McCall*⁵⁶ die belangrikste faktore uiteengesit wat in ag geneem moet word by die bepaling van die beste belang van die kind *by bewaringsaangeleenthede*. Volgens die beslissing lê die beste belang van die kind by die ouer wat die beste daartoe in staat is om te verseker dat die fisieke, morele, emosionele en geestelike welsyn van die kind bevorder word. Die hof het verder bevind dat die kind se voorkeure oorweging moet geniet indien die kind oor die intellektuele en emosionele volwassenheid beskik om 'n ingeligte voorkeur uit te spreek. Die faktore sluit die volgende in:

- (1) Die liefde, toegeneentheid en ander emosionele bande wat tussen 'n ouer en 'n kind bestaan en die ouer se verenigbaarheid met die spesifieke kind.
- (2) Die vermoëns, karakter en temperament van die ouer en die impak daarvan op die kind se behoeftes en begeertes.
- (3) Die vermoë van die ouer om met die kind te kommunikeer en die ouer se insig in, begrip van en sensitiwiteit vir die kind se gevoelens.
- (4) Die vermoë en geneentheid van die ouer om die kind die leiding te gee wat die kind behoef.
- (5) Die vermoë van die ouer om in die basiese fisieke behoeftes van die kind te voorsien, byvoorbeeld voedsel, kleding, behuising en ander materiële behoeftes – algemeen gesproke die ekonomiese behoeftes van die kind.
- (6) Die vermoë van die ouer om in die kind se sekulêre en godsdienstige opvoeding en opleiding te voorsien.
- (7) Die vermoë van die ouer om in die kind se emosionele, psigologiese, kulturele en omgewingsontwikkeling te voorsien.
- (8) Die psigiese en fisieke gesondheid sowel as die morele geskiktheid van die ouer.

⁵³ 1994 (3) SA 201 (K).

⁵⁴ A 7, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het.

⁵⁵ A 1(3).

⁵⁶ *Ibid.* Sien verder in die algemeen Robinson 1995 *THRHR* 472.

- (9) Die stabiliteit al dan nie van die kind se huidige omgewing met inagneming van die wenslikheid om die *status quo* te handhaaf.
- (10) Die wenslikheid al dan nie om broers en susters bymekaar te hou.
- (11) Die kind se voorkeur, indien die hof van mening is dat die kind se voorkeur in ag geneem moet word.
- (12) Die wenslikheid al dan nie om die leer van “same-sex matching” toe te pas.
- (13) Enige ander faktor relevant tot die aangeleentheid voor die hof.

Die beste belang van die kind-maatstaf is deur die Engelse reg ontwikkel. Die Suid-Afrikaanse reg het hierdie maatstaf aangeneem en pas die beginsels van die Engelse reg toe by aanwending daarvan.⁵⁷ Daar moet dus na die Engelse *Children Act, 1989* verwys word in hierdie verband. Artikel 1(3) van hierdie wet bevat ’n statutêre kontrolelyst ten einde die hof by te staan by die bepaling van die beste belang van die kind. Alhoewel kontrolelyste nie die probleem van bepaling van die beste belang van die kind oplos nie, gee dit tog riglyne. Kontrolelyste verseker kontinuïteit. In die tweede plek moet dit gesien word as ’n praktiese handleiding vir iemand wat ’n besluit moet neem maar onervare is op die gebied. In die derde plek verleen dit aan ouers sowel as kinders begrip en insig in die besluitnemingsproses. Kontrolelyste is ook in sekere opsigte problematies. Dit kan die hof moontlik in onbestrede aksies opsaal met ’n ekstra las ten spyte van die feit dat die ouers reeds ’n besluit geneem het. ’n Kontrolelyst mag nooit as ’n *numerus clausus* weergegee word nie aangesien elke geval op individuele meriete beoordeel moet word. Kontrolelyste is verder slegs effektief indien dit beperk is tot die primêre oorwegings.⁵⁸

Die Suid-Afrikaanse Kinderwet sit die twaalf faktore uiteen wat oorweeg móét word in gevalle waar toepassing van die wet vereis dat die beste belang van die kind-maatstaf toegepas word.⁵⁹ Artikel 9 van hierdie wet bevestig verder dat die kind se beste belang van deurslaggewende belang is “...in all matters concerning the care, protection and well-being of a child...”. Hierdie lys van faktore by die bepaling van die beste belang van die kind is dus ook op

⁵⁷ De Soysa “Resolving custody disputes between married parents in Roman-Dutch jurisdictions: Will English Law continue to be relevant?” 1993 *CILSA* 367.

⁵⁸ De Soysa 1993 *CILSA* 368-369.

⁵⁹ A 7, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het. Heelwat van hierdie faktore stem ooreen met die faktore uiteengesit in a 68F van die Australiese *Family Law Act, 1975* (sien hieronder).

egskeidingsaangeleenthede van toepassing. Die volgende faktore moet ingevolge artikel 7 in aanmerking geneem word:

- (a) Die aard van die persoonlike verhouding tussen –
 - (i) die kind en die ouers, of enige spesifieke een van die ouers; en
 - (ii) die kind en enige ander versorger of relevante persoon in daardie omstandighede;
- (b) Die houding van die ouers, of enige een van die ouers, teenoor –
 - (i) die kind; en
 - (ii) die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind;
- (c) Die vermoë van die ouers, of enige een van die ouers, of enige ander versorger of persoon om in die behoeftes van die kind te voorsien, ingesluit emosionele en intellektuele behoeftes;
- (d) Die moontlike effek op die kind van enige verandering in die kind se omstandighede, ingesluit die moontlike effek op die kind van enige skeiding van –
 - (i) albei of van enige een van die ouers; of
 - (ii) enige broer of suster of ander kind, of enige versorger of persoon saam met wie die kind gewoon het;
- (e) Die praktiese probleme en uitgawes verbonde aan 'n kind se kontak met die ouers, of enige een van die ouers, en of hierdie probleme of uitgawes 'n noembare effek op die kind se reg sal hê om op 'n gereelde basis 'n persoonlike verhouding met albei ouers, of met een spesifieke ouer, te handhaaf;
- (f) Die behoefte van die kind –
 - (i) om in die versorging van sy of haar ouer, gesin of uitgebreide gesin te bly;
 - (ii) om in kontak te bly met sy of haar gesin, uitgebreide gesin, stam, kultuur of tradisies;

- (g) Die kind se –
- (i) ouderdom, volwassenheid, en vlak van ontwikkeling;
 - (ii) geslag;
 - (iii) agtergrond; en
 - (iv) enige ander relevante karaktertrekke van die kind;
- (h) Die kind se fisieke en emosionele sekuriteit en sy of haar intellektuele, emosionele, sosiale en kulturele ontwikkeling;
- (i) Enige gebrek wat die kind moontlik kan hê;
 - (j) Enige chroniese siekte waaraan die kind moontlik kan ly;
- (k) Die behoefte van die kind om op te groei binne 'n stabiele gesinsomgewing en, waar dit nie moontlik is nie, in 'n omgewing wat so na as moontlik aan 'n versorgende gesinsomgewing is;
- (l) Die noodsaaklikheid om die kind te beskerm teen enige fisieke of psigiese nadeel wat moontlik veroorsaak kan word deur –
- (i) onderwerping van die kind aan mishandeling, misbruik, verwaarlosing, uitbuiting of vernedering, of blootstelling van die kind aan geweld, uitbuiting of ander nadelige gedrag; of
 - (ii) blootstelling van die kind aan mishandeling, misbruik, vernedering, geweld of skadelike behandeling ten opsigte van 'n ander persoon;
- (m) Enige gesinsgeweld ten opsigte van die kind of 'n gesinslid van die kind;
- (n) Welke aksie of besluit verdere regs- of administratiewe verrigtinge met betrekking tot die kind sal verhoed of minimaliseer.

Die bogenoemde riglyne verskil van die voorstel van die SA Regskommissie.⁶⁰ Die SA Regskommissie spesifiseer dat die riglyne vir die bepaling van die beste belang van die kind deur publieke en private welsynsorganisasies, die howe, administratiewe owerhede en wetgewende liggame toegepas moet word. Die wet maak nie so 'n spesifikasie nie. Verder stel die verslag

⁶⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 86 (hfst 5).

van die SA Regskommissie voor dat 'n kind beskerm word teen fisieke of psigiese nadeel veroorsaak deur ongepaste of skadelike verhoudings. Die wet maak ook nie hiervoor voorsiening nie. Die SA Regskommissie stel ook voor dat enige ander relevante feite of omstandighede in ag geneem moet word. Die SA Regskommissie se lys is dus nie 'n *numerus clausus* nie en laat ruimte om elke geval op meriete te beoordeel.⁶¹ Myns insiens behoort hierdie artikel dus ook voorsiening te maak vir faktore wat nie spesifiek in die wet genoem word nie ten einde kinders in alle moontlike omstandighede te akkommodeer. Hierdie nalating skep die indruk dat die lys gekwalifiseer is. Aangesien elke kind se omstandighede verskil behoort hierdie lys nie 'n lys wat 'n *numerus clausa* uitmaak te wees nie.

Die Engelse *Children Act, 1989* stel die volgende riglyne:⁶²

- (1) Die vasstelbare wense en gevoelens van die kind (met inagneming van sy of haar ouderdom en begrip).
- (2) Die kind se fisieke, emosionele en opvoedkundige behoeftes.
- (3) Die moontlike effek van 'n verandering in omstandighede op die kind.
- (4) Die kind se ouderdom, geslag, agtergrond en enige karaktertrekke van die kind wat die hof relevant ag.
- (5) Enige nadeel wat die kind oorgekom het of wat die kind moontlik kan oorkom.
- (6) Die vermoë van die ouer, of enige ander persoon wat die hof relevant mag ag, om in die behoeftes van die kind te voorsien.
- (7) Die statutêre bevoegdheid van die hof ten opsigte van die spesifieke verrigtinge.

Die Australiese *Family Law Act 53 of 1975*⁶³ is een van die wette wat poog om riglyne te stel ten einde die hof te lei in die bepaling van die beste belang van die kind.⁶⁴ Artikel 68F van hierdie wet bepaal soos volg:⁶⁵

⁶¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 86-88 (hfst 5).

⁶² A 1(3). Sien in die algemeen Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* (1997) 9-10. Sien ook Robinson 1989" 1993 *TRW* 41 vir 'n kort bespreking van elkeen van hierdie riglyne.

⁶³ (*Commonwealth*), soos gewysig deur die *Family Law Reform Act* 1995.

⁶⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 83 (hfst 5).

⁶⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 10-11.

- (1) Enige wense van die kind en enige faktore, byvoorbeeld die ouderdom en begrip van die kind, wat die hof relevant mag ag in die bepaling van die gewig wat die kind se wense moet dra.
- (2) Die aard van die kind se verhouding met elkeen van sy of haar ouers en met ander persone.
- (3) Die moontlike effek van enige verandering in omstandighede, ingesluit die moontlike effek van skeiding van enige van die ouers of ander kind of persoon saam met wie die kind gewoon het op die kind.
- (4) Die praktiese probleme en uitgawes verbonde aan 'n kind se kontak met enige een van die ouers, en of hierdie probleme of uitgawes 'n noembare effek op die kind se reg sal hê om 'n persoonlike verhouding en gereelde kontak met albei ouers te hê.
- (5) Die vermoë van elke ouer, of enige ander persoon, om in die behoeftes van die kind te voorsien, ingesluit emosionele en intellektuele behoeftes.
- (6) Die kind se volwassenheid, geslag en agtergrond, ingesluit enige behoefte om in kontak te bly met die lewenstyl, kultuur en gebruike van die inboorlingstamme, en enige ander karaktertrekke van die kind wat die hof relevant mag ag.
- (7) Die noodsaaklikheid om die kind te beskerm teen enige fisieke of psigiese nadeel wat moontlik veroorsaak kan word deur –
 - (i) onderwerping van die kind aan mishandeling, geweld of ander nadelige gedrag; of
 - (ii) direkte of indirekte blootstelling van die kind aan mishandeling van, geweld ten opsigte van of skadelike behandeling van 'n ander persoon;
- (8) Die houding van die ouers teenoor die kind en die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede ten opsigte van die kind.
- (9) Enige gesinsgeweld teen die kind of 'n gesinslid van die kind gepleeg.
- (10) Enige gesinsgeweld-bevel met betrekking tot die kind of 'n gesinslid van die kind.
- (11) Welke aksie of besluit verdere regs- of administratiewe verrigtinge met betrekking tot die kind sal verhoed of minimaliseer.
- (12) Enige ander feite of omstandighede wat die hof relevant mag ag.

Die Australiese lys van riglyne is baie vollediger as die Engelse lys. Die Australiese model gee byvoorbeeld ook oorweging aan die belang om kinders teen gesinsgeweld en nadeel te

beskerm. Beskerming teen gesinsgeweld sluit in gesinsgeweld teen die ma gerig (en nie net teen die kind self nie) aangesien dit ook blywende sielkundige skade aan die kind kan aanrig. Hierdie riglyn is tot dusver grootliks in ons regstelsel oorgesien.⁶⁶

Die vraag moet gevra word of die beste belang van die kind-maatstaf in elke saak afsonderlik deur die hof bepaal moet word en of die wetgewer moet intree ten einde spesifieke riglyne vir bepaling daarvan vas te stel. Die *Canadian Special Joint Committee* het in die verslag *For the Sake of the Children* (Desember 1998) voorgestel dat die volgende kriteria oorweeg word deur die howe, ouers en ander besluitnemers by bepaling van die beste belang van die kind:⁶⁷

- (1) Die relatiewe sterkte, aard en stabiliteit van die verhouding tussen die kind en elkeen van die persone wat 'n ouerlike aanspraak op die kind het.
- (2) Die relatiewe sterkte, aard en stabiliteit van die verhouding tussen die kind en elkeen van die ander gesinslede wat 'n huishouding met die kind deel sowel as persone wat 'n rol speel in die opvoeding van die kind.
- (3) Die siening van die kind in gevalle waar so 'n siening akkuraat vasgestel kan word.
- (4) Die vermoëns en gewilligheid van elke applikant om die kind van leiding en opvoeding, lewensnoodsaaklikhede en enige ander spesiale behoeftes te voorsien.
- (5) Die kind se natuurlike bande en godsdienstige oriëntasie.
- (6) Die belang en voordele wat die betrokkenheid van albei ouers vir die kind inhou na egskeiding.
- (7) Die belang van verhoudings met broers en susters, grootouers en ander lede van die kind se uitgebreide gesin.
- (8) Die ouerskapsplan deur die ouers voorgelê.⁶⁸
- (9) Die vermoë van die kind om by die ouerskapsplan aan te pas.
- (10) Die vermoë en bereidwilligheid van al die partye om toe te sien dat die kind na egskeiding 'n gesonde verhouding met albei ouers voortsit.

⁶⁶ Bekink & Bekink "Defining the standard of the best interest of the child: Modern South African perspectives" 2004 *De Jure* 28-29.

⁶⁷ Soos aangehaal in SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 82-83 (hfst 5).

⁶⁸ Sien par 8 hieronder vir 'n bespreking van die reg rondom ouerskapsplanne.

- (11) Enige bewese geskiedenis van gesinsgeweld aan die kant van die ouer wat om bewaring aansoek doen.
- (12) Daar mag nie teen 'n ouer gediskrimineer word op grond van geslag nie.
- (13) Tensy daar 'n noodgeval bestaan, is wegneming van die kind uit die gesinswoning sonder reëlings vir kontak met die ander ouer teen die beste belang van die kind.
- (14) Enige ander faktore wat die hof relevant tot 'n spesifieke geval mag vind.

Die beste belang van die kind-maatstaf moet buigsaam bly ten einde vir spesifieke kinders in spesifieke gevalle aangewend en aangepas te word.⁶⁹

Die meerderheid van Amerikaanse state het die federale *Uniform Marriage and Divorce Act* aangeneem in terme waarvan 'n hof die beste belang van die kind moet bepaal. Bewaring sowel as toegang na egskeiding moet dan ingevolge hierdie bepaling aan 'n spesifieke ouer toegeken word. Ten einde die beste belang van die kind te bepaal moet die hof verskeie faktore in ag neem, byvoorbeeld die wense van albei die ouers en die kinders, interaksie en verhoudinge met derdes wat moontlik die kind se beste belang kan raak, die kind se aanpassing in die huis, skool en samelewing en die fisieke en psigiese gesondheid van al die betrokke partye. Hierdie lys is egter nie gekwalifiseer nie en die hof beskik in 'n groot mate oor diskresie. Elke geval moet op meriete beoordeel word en geen *per se*-reëls bestaan nie. Ingevolge hierdie wet het die oorspronklike egskeidingshof jurisdiksie in geval van 'n aansoek om wysiging van 'n bewaringsbevel. In geval van so 'n aansoek moet die applikant bewys dat die omstandighede weselik verander het. Die beste belang van die kind is egter ook in 'n aansoek om wysiging van deurslaggewende belang en nie noodwendig die veranderde omstandighede nie.⁷⁰

Ingevolge die Grondwet moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem en kan die buitelandse reg in ag geneem word by uitleg van die Handves van Regte.⁷¹ 'n Vergelyking van die Suid-Afrikaanse posisie met betrekking tot die beste belang van die kind met ander soortgelyke internasionale beginsels toon dat ons in pas is met moderne verwickelinge op

⁶⁹ Bekink & Brand "Constitutional protection of children" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 194.

⁷⁰ Stevens "The hysteria continues: When a non-parent's HIV infection threatens parental rights" 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 162-164.

⁷¹ A 39(1)(b) & (c).

hierdie gebied.⁷² Hieronder volg nou 'n uiteensetting van enkele klousules uit internasionale dokumente wat betref beskerming van die beste belang van die kind.

3.4 Verwysing na die beste belang van die kind in internasionale dokumente

Verskeie internasionale dokumente verwys na die beste belang van die kind as deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak. Die beste belang van die kind-maatstaf vorm een van die hoekstene van die bepalinge van die 1989-Konvensie.⁷³ Verder word daar in klousule 4 van die *African Charter* sowel as in klousule 16(1)(d) en (f) van die *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* na die beste belang van die kind verwys.

Klousule 3(1) van die 1989-Konvensie lees soos volg:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

Die bepalinge van die 1989-Konvensie in hierdie verband is 'n treffende bewys van die revolusie in die huidige aard en siening van die kinderreg.⁷⁴ Hierdie klousule word egter, ten spyte van die voordele verbonde aan die invoeging daarvan in die Konvensie, om verskeie redes wyd veroordeel. Die feit dat die beste belang van die kind “n” (en nie “die”) primêre oorweging moet wees, verswak die krag van die stelling. Dit gee aan staatsorgane die mag om die beste belang van die kind op te weeg teen ander primêre oorwegings, byvoorbeeld godsdienstige en kulturele oorwegings.⁷⁵ Die kind verkry ingevolge artikel 12 van die 1989-Konvensie 'n groter sê in die bepaling van sy of haar beste belang. Dit is in teenstelling met

⁷² Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 25.

⁷³ Sien kl 3 van hierdie dokument. Die 1989-Konvensie is op 16 Junie 1995 deur die Suid-Afrikaanse regering geratifiseer.

⁷⁴ Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 815.

⁷⁵ Volgens Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 26 bevat die Afrika Handves, wat op 7 Januarie 2000 deur Suid-Afrika geratifiseer is, 'n meer bevredigende bepaling wat die beste belang van die kind as deurslaggewende oorweging stel.

tradisionele sieninge.⁷⁶ Verder bevat die 1989-Konvensie geen lys van faktore wat in aanmerking geneem moet word by bepaling van die beste belang van die kind nie. So 'n lys is van belang aangesien dit dien as 'n beginpunt en as riglyn om die beste belang van 'n spesifieke kind te probeer bepaal. Dit moet gesien word as 'n baie belangrike hulpmiddel in bepaling van die beste belang van elke individuele kind.⁷⁷

Die aanhef tot die Haagse Konvensie oor die Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering⁷⁸ (hierna “die Haagse Konvensie”) lees soos volg:

Die State wat die onderhawige Konvensie onderteken het [is] –
 Vas oortuig dat die belange van kinders van die allergrootste belang is in aangeleenthede wat met hul toesig en beheer verband hou.
 Begerig om kinders internasionaal te beskerm teen die nadelige gevolge van hul onregmatige verwydering of aanhouding en om prosedures daar te stel om hul spoedige terugbesorging na die Staat waar hulle gewoonlik woonagtig is, te verseker, asook om beskerming van regte tot toegang te waarborg.

Die Konstitusionele Hof het in *LS v AT*⁷⁹ beslis dat die bepalings van die Haagse Konvensie bestaanbaar is met artikel 28(2) van die Grondwet. Daar word dus nie van ons howe verwag om te handel op 'n wyse wat nie die beste belang van die kind as deurslaggewende belang erken nie.⁸⁰

3.5 Die huidige Suid-Afrikaanse posisie en die instelling van gesinshowe

Nou moet die vraag gevra word of die huidige Suid-Afrikaanse egskeidings- en kinderregstelsel die beste belang van die kind dien. Verder moet gevra word of die

⁷⁶ Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 27. Sien ook, in die algemeen, Sloth-Nielsen “Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Some implications for South African law” 1995 *SAJHR* 408-409.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Hierdie Konvensie is deur die Wet op die Haagse Konvensie oor die Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering 72 van 1996 by wyse van statutêre bepalings deel van die Suid-Afrikaanse reg gemaak. Hierdie Wet is egter in die geheel herroep deur a 313 van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

⁷⁹ 2001 (2) BCLR 152 (KH).

⁸⁰ Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 30.

akkusatoriese sisteem⁸¹ doelmatig is. In *Van Vuuren v Van Vuuren*⁸² is die tendens van partye om kinders as pionne te misbruik ten einde oorwinning oor die ander party te behaal, geïllustreer. Die akkusatoriese sisteem het tot gevolg dat twee partye as opponente teenoor mekaar staan en dat een as oorwinnaar uit die stryd tree. Kinders word in hierdie proses as deel van die pakket van oorwinning gesien en loop die gevaar om aan pakketooreenkomste blootgestel te word.⁸³

Die beoogde gesinshowe kan van groot hulp wees ten einde die bogenoemde probleme uit die weg te ruim. Die Hoexter Kommissie het in die *Final Report of the Hoexter Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts in South Africa, 1983* voorgestel dat 'n gesinshof tot stand gebring word welke hof egskeidings, onderhoudsaangeleenthede, jeugmisdadigheid en kinderhof-aangeleenthede sal aanhoor. Hierdie voorstel is in 1985 deur die destydse regering aanvaar maar nooit geïmplementeer nie. Die bovermelde voorstelle het wel die instelling van die gesinsadvokaat ingevolge die Wet op Bemiddeling tot gevolg gehad.⁸⁴ Die Wysigingswet op Landdroshowe 120 van 1993 maak voorsiening vir gesinshowe. Hierdie wet is gepubliseer maar het steeds nie in werking getree nie. Ingevolge hierdie wet kan die Minister van Justisie gesinsafdelings van die landdroshof stig en 'n gesinshof binne enige van die gesinsafdelings stig.⁸⁵ Daar bestaan egter gesinshof-proefprojekte. Volgens die Nasionale Vervolgingsgesag van Suid-Afrika is ontwikkeling van die gespesialiseerde gesinshofstelsel en die uitbreiding van die funksies van die gesinsadvokaat 'n prioriteit vir die departement van justisie. Die "Family Court Task Team" het in 2002 die "Family Court Blueprint" ontwikkel ten einde die bestaande gesinshof-proefprojekte te ondersteun in 'n poging om funksionele

⁸¹ Kleyn & Viljoen *Beginnersgids vir regstudente* 130 beskryf die akkusatoriese sisteem. Die partye besluit welke dokumente en getuies aan die hof voorgelê moet word. Die regter tree letterlik as skeidsregter op en hou toesig oor die verloop van die proses en kyk dat die reëls van die prosesreg nagekom word. Dit is in teenstelling met die inkwisitoriese proses waar die regter aktief deelneem aan die proses en byvoorbeeld self vrae vra ten einde 'n beslissing te bereik. Suid-Afrikaanse siviele- sowel as strafhove volg 'n akkusatoriese proses.

⁸² 1993 (1) SA 163 (T).

⁸³ Robinson "The family court as a means to realise the best interests of children" 2000 *Obiter* 129-130.

⁸⁴ Robinson 2000 *Obiter* 130-131. Die bepalings mbt die gesinsadvokaat het op 1 Oktober 1990 in werking getree alhoewel die wet reeds in 1987 aangeneem is.

⁸⁵ Bosman & Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa* 66.

gesinshowe te ontwikkel en om dan in ander dele van die land nog sodanige howe te vestig.⁸⁶ Die ontwikkeling en totstandkoming van gesinshowe in Suid-Afrika is gemotiveer deur drie doelwitte.⁸⁷

- (1) Om wye en gespesialiseerde beskerming en hulp aan gesinne as die basis van die samelewing te bied.
- (2) Om aan al die partye in gesinsdispute toegang tot die reg te verleen.
- (3) Om die kwaliteit en die effektiwiteit van dienslewering aan partye betrokke in gesinsdispute te verbeter.

Ingevolge die bovermelde wysigingswet sal die gesinshowe, ten spyte van die aanbevelings van die Hoexter Kommissie waarna hierbo verwys is, slegs voorsiening maak vir egskeidingsaangeleenthede.⁸⁸ “Egskeidingsaangeleentheid” word in hierdie wet dieselfde gedefinieer as in die Egskeidingswet.⁸⁹ Hierdie beperkte jurisdiksie van die gesinshowe behoort in die toekoms uitgebrei te word ten einde die hele spektrum van familieregtelike hofprosedures te dek.⁹⁰

Die algemene beginsels waarvolgens so 'n gesinshof gelei sal word is die beginsel van die beste belang van die kind, en geslagsgelykheid. Verder word aan die hand gedoen dat 'n meer

⁸⁶ Sien verder, in die algemeen, Goldberg “Family courts in South Africa and the implication for divorce mediation” 1995 *THRHR* 276.

⁸⁷ South African Government Information “National Protection Authority of South Africa: Family court pilot projects” *South African Government Information* 15 Oktober 2004 www.info.gov.za (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁸⁸ A 21(b)(4). A 29(4) is in die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 deur a 21(b) van die Wysigingswet op Landdroshowe ingevoeg. Hierdie bepaling sal by proklamasie in werking gestel word. A 29(4) bepaal as volg: “Benewens enige ander jurisdiksie wat by hierdie Wet of enige ander wetsbepaling aan 'n gesinshof verleen word, het 'n gesinshof jurisdiksie ten aansien van 'n egskeidingsgeding soos omskryf in artikel 1 van die Wet op Egskeiding, 1979 (Wet 70 van 1979).” 'n Egskeidingsgeding word in die Egskeidingswet omskryf as “...’n geding waarby 'n egskeidingsbevel of ander regshulp wat daarmee in verband staan aangevra word, en ook – (a) 'n aansoek *pendente lite* om 'n interdik of om tussentydse bewaring van of toegang tot 'n minderjarige kind uit die betrokke huwelik of om die betaling van onderhoud; of (b) 'n aansoek om 'n bydrae tot die koste van so 'n geding of om so 'n geding of so 'n aansoek *in forma pauperis* in te stel of te doen of om die plaasvervangende betekening van prosesstukke, of die ediktale sitasie van 'n party, in so 'n geding of aansoek.”

⁸⁹ A 1.

⁹⁰ Bosman & Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa* 67-68.

inkwisoriese proses in gesinshowe gevolg moet word. Dit gebeur dikwels dat een van die partye in 'n egskeidingsaksie nie behoorlike regshulp kan bekostig nie en dan gemanipuleer word om 'n minder voordelige (vir die party sowel as die kinders) skikking te aanvaar. Die beste belang van die kinders word definitief nie hierdeur bevorder nie.⁹¹

Ten einde 'n suksesvolle gesinshof in werking te stel, moet daar 'n vergelykende regstudie gedoen word van verskeie Westerse regstelsels sowel as regstelsels van Afrika- en ander regskulture. Robinson⁹² maak die volgende voorstelle ten opsigte van die stigting en bedryf van suksesvolle gesinshowe:

In die eerste plek moet Suid-Afrika dit om verskeie redes oorweeg om die Nieu-Seelandse konsep van “family group conference” aan te neem.⁹³ Hierdie twee lande toon ooreenkomste wat aanbetref kulturele diversiteit en sosio-ekonomiese omstandighede. Die Nieu-Seelandse “family group conference” stel families en gesinne van verskillende kulture in staat om probleme op te los sonder om die hof as primêre beslegter van geskille te betrek. Groter klem word op die belange en gesag van gesinne geplaas. Die mag van die staat en professionele persone om te besluit wat in die belang van 'n spesifieke kind en sy of haar gesin is, word beperk. Die beste belang van die kind is die bepalende faktor indien besluit word of die hof betrek moet word. Ten einde te verhoed dat kinders benadeel word, word gesinne bygestaan deur professionele persone van dieselfde etnisiteit en kulturele agtergrond as die kind. Daar is vier beginsels in die wet uiteengesit om 'n persoon, wat ingevolge die wet optree, by te staan. In die eerste plek moet die kind, sy of haar gesin en sy of haar uitgebreide gesin geraadpleeg word by besluitneming ten opsigte van die kind. Die “family group conference” skep die ideale geleentheid hiervoor. In die tweede plek moet die band tussen 'n kind en sy of haar familiegroep onderhou en versterk word. Dit word bereik deur die kind binne die gesin te hou of gereelde toegang te verseker. Derdens moet die impak van 'n spesifieke besluit op die kind se welsyn en die stabiliteit van die gesin of uitgebreide gesin altyd oorweeg word. In die laaste plek moet die kind se wense oorweeg word indien dit redelikerwys vasgestel kan word. Die konsep van “family group conference” is die eerste stap van beskerming en vooruitgang van

⁹¹ Robinson 2000 *Obiter* 131-134.

⁹² Robinson 2000 *Obiter* 131-132.

⁹³ Ingestel ingevolge die *New Zealand Children, Young Persons and their Families Act 24 of 1989*.

die regte van kinders as gesinslede. Dit kan beskou word as die *sine qua non* vir die behoorlike funksionering van 'n gesinshof.⁹⁴ Die Suid-Afrikaanse Kinderwet maak ook voorsiening vir die prosedure van “family group conferences”, maar slegs by kinderhofsangeleenthede.⁹⁵ Hierdie artikel bepaal as volg:⁹⁶

- (1) The children's court may cause a family group conference to be set up with the parties involved in a matter brought to or referred to a children's court, including any other family members of the child, in order to find solutions for any problem involving the child.
- (2) The children's court must:
 - (a) appoint a suitably qualified person or organisation to facilitate at the family group conference;
 - (b) prescribe the manner in which a record is kept of any agreement or settlement reached between the parties and any fact emerging from such conference which ought to be brought to the notice of the court; and
 - (c) consider the report on the conference when the matter is heard.

In die tweede plek moet daar 'n ongekwalifiseerde lys van riglyne saamgestel word ten einde te verseker dat die beste belang van die kind te alle tye gehandhaaf word. Dit moet nie 'n lys wat 'n *numerus clausa* uitmaak wees nie en moet slegs dien as riglyn en om konsekwentheid van hof tot hof te verseker.⁹⁷ Sien die bespreking hierbo vir 'n uiteensetting van enkele bestaande lyste.

Derdens moet die beginsel dat die hof slegs inmeng indien dit nie in die beste belang van die kind is om geen bevel te gee nie, streng toegepas word. Hierdie beginsel vorm deel van die Engelse *Children Act, 1989* sowel as die Duitse reg sedert 1998. Daar bestaan geen rede vir die hof om in te meng in 'n kind se verhouding met sy of haar ouers indien daar 'n goeie verhouding bestaan nie. Die hof moet slegs inmeng indien dit in die beste belang van die kind is. Hierdie beginsel voorkom dat kinders as pionne in egskeidingsaangeleenthede misbruik word.⁹⁸ Artikel 1(5) van die Engelse *Children Act, 1989* bepaal as volg:⁹⁹

⁹⁴ Robinson 2000 *Obiter* 131-132.

⁹⁵ A 70. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

⁹⁶ Sien a 45 van die Kinderwet in verband met aangeleenthede wat deur die kinderhof aangehoor mag word. Dit sluit enige aangeleentheid met betrekking tot “...(a) the protection and well-being of a child; (b) the care of, or contact with, a child;...(d) support of a child...” in.

⁹⁷ Robinson 2000 *Obiter* 132-133.

⁹⁸ Robinson 2000 *Obiter* 133.

⁹⁹ Sien Robinson 1993 *TRW* 49-51. Sien ook verder, ter aanvulling, Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 15-18 in verband met hierdie artikel en inmenging deur die staat.

Where the court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all

In die laaste plek moet die beginsel van geslagsgelykheid¹⁰⁰ en die beste belang van die kind-maatstaf konsekwent toegepas word by besluitneming rakende kinders.¹⁰¹

3.6 Gevolgtrekking

Met die koms van die Grondwet het die kind se posisie by gesinsaangeleenthede 'n nuwe dimensie verkry. Hopelik sal die gesinshof binnekort 'n positiewe verskil in die lewens van alle gesinslede teweegbring. By die instelling van die gesinshofsisteem sal die wetgewer gedurigdeur onder konstitusionele druk verkeer om optrede in die beste belang van die kind by wyse van wetgewing te verseker. Die sukses van die gesinshowe sal van die doeltreffende opleiding van amptenare afhang. Slegs indien 'n konstitusioneel aanvaarbare wyse gevind word om die beste belang van kinders binne die hofprosedure te verseker kan gesinshowe as suksesvol bestempel word.¹⁰²

Afrika, en meer spesifiek Suid-Afrika, staan aan die begin van 'n nuwe tydperk wat betref die ontwikkeling en implementering van kinderregte en -belange. Daar bestaan dikwels konflik tussen die belange en regte van ouers (en selfs publieke of private instansies) aan die een kant en dié van kinders aan die ander kant. Die oplossing van hierdie konflikte word bemoeilik deur faktore wat van saak tot saak verskil. Die feit dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak, staan egter konstitusioneel vas.¹⁰³ Ten einde die beste belang van elke individuele kind te laat seëvier is dit noodsaaklik dat howe sekere faktore konsekwent sal oorweeg en toepas. Soos hierbo aangedui, is dit onprakties om 'n geslote lys van faktore te skep aangesien elke unieke saak van die vorige verskil. Elke aangeleentheid moet volgens meriete besleg word. Daar kan dus tot die gevolgtrekking gekom word dat die statutêre lys van oorwegings by bepaling van die

¹⁰⁰ Sien par 4.11 aangaande "maternal preference".

¹⁰¹ Robinson 2000 *Obiter* 133-134.

¹⁰² Robinson 2000 *Obiter* 134.

¹⁰³ A 28(2) van die Grondwet.

beste belang van die kind in die Kinderwet ingevoeg, welkom is. Dit is egter ongewens dat so 'n lys as 'n *numerus clausus* beskou word. So 'n lys sal tot gevolg hê dat elke kind se beste belang volgens dieselfde faktore bepaal word en sal dien as hulpmiddel vir die howe, professionele persone wat met kinders werk en selfs vir ouers.¹⁰⁴

In die toekoms moet die uitbreiding en die verbetering van die toepassing van die beginsel van die beste belang van die kind myns insiens onverbete aandag geniet. Dit is die verantwoordelikheid van die huidige leiers, akademici en regsprekers om te poog om die maatstaf te detailleer en te vervolmaak ten einde werklik die beste belang van *elke* kind te dien.

4 BEWARING

4.1 Inleiding

Wat behels bewaring oor kinders? Bewarende ouers is gemoeid met die dag-tot-dag versorging van kinders sowel as met die beskerming van die langtermynbelange van kinders. Die hof het in *Manning v Manning*¹⁰⁵ bevind dat die bewarende ouer nie net vir die fisieke versorging van die kind verantwoordelik is nie, maar ook vir die morele, kulturele en godsdienstige¹⁰⁶ ontwikkeling. Die bewarende ouer beheer en dissiplineer die kinders, neem besluite aangaande gesondheidsorg en besluit met wie die kinders assosieer. Verder neem hy of sy besluite rakende godsdienstige opvoeding en skoling. Dit sluit al die besluite ten opsigte van die kinders in wat albei ouers gedurende die duur van die huwelik gesamentlik geneem het.¹⁰⁷ Die SA Regskommissie het voorgestel dat die Kinderwet die volgende bepaling met betrekking tot die “care” van 'n kind bevat:¹⁰⁸

¹⁰⁴ Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 39-40.

¹⁰⁵ 1975 (4) SA 659 (T) 661.

¹⁰⁶ Sien 'n bespreking van *Allsop v McCann* 2001 (2) SA 707 (C) in Bonthuys “Law of persons and family law: Children” 2000 *Annual Survey of South African Law* 143 ivm godsdiensoonderrig van kinders deur die bewarende ouer.

¹⁰⁷ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 63.

¹⁰⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 228 (hfst 8). Sien verder a 1 van die Kinderwet in terme waarvan die begrip “bewing” vervang is met “care”. Hierdie artikel definieer die term “care” en het reeds in werking getree.

'Care' includes the right and responsibility of a parent to [sic] –

- (a) to create, within his or her capabilities and means, a suitable **residence** for the child and living conditions that promote the child's health, welfare and development;
- (b) to safeguard and promote the **well-being** of the child;
- (c) to **protect** the child from ill-treatment, abuse, neglect, exposure, discrimination, exploitation and from any other physical and moral hazards;
- (d) to **safeguard** the child's human rights and fundamental freedoms;
- (e) to guide and **direct** the child's scholastic, religious, cultural, and other education and upbringing in a manner appropriate to the stage of development of the child;
- (f) to guide, **advise** and assist the child in all matters that require decision-making by the child, due regard being had to the child's age and maturity;
- (g) to **guide** (discipline) the child's behaviour in a humane manner; and
- (h) generally to ensure that the **best interest** of the child is the paramount concern in all matters affecting the child.

Hierdie blyk 'n goed-saamgestelde uiteensetting van die verantwoordelikhede van die bewarende ouer te wees.¹⁰⁹

"Care" is in artikel 1 soos volg gedefinieer:

'care', in relation to a child, includes, where appropriate –

- (a) within available means, providing the child with –
 - (i) a suitable place to live;
 - (ii) living conditions that are conducive to the child's health, well-being and development; and
 - (iii) the necessary financial support;
- (b) safeguarding and promoting the well-being of the child;
- (c) protecting the child from maltreatment, abuse, neglect, degradation, discrimination, exploitation and any other physical, emotional or moral harm or hazards;
- (d) respecting, protecting, promoting and securing the fulfilment of, and guarding against any infringement of, the child's rights set out in the Bill of Rights and the principles set out in Chapter 2 of this Act;
- (e) guiding, directing and securing the child's education and upbringing, including religious and cultural education and upbringing, in a manner appropriate to the child's age, maturity and stage of development;
- (f) guiding, advising and assisting the child in decisions to be taken by the child in a manner appropriate to the child's age, maturity and stage of development;
- (g) guiding the behaviour of the child in a humane manner;
- (h) maintaining a sound relationship with the child;
- (i) accommodating any special needs that the child may have; and
- (j) generally, ensuring that the best interests of the child is the paramount concern in all matters affecting the child.

In gesinne waar die ouers steeds getroud is word hierdie regte en verpligtinge deur albei ouers gedeel. By egskeiding en meer spesifiek in gevalle waar die ouers nie kan ooreenkom oor die uitoefening van bewaring nie, word besluite daaromtrent aan die howe oorgelaat. Die mag van

¹⁰⁹ Sien verder in die algemeen Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 816 vir 'n definisie van bewaring.

'n bewaringsbevel is verreikend.¹¹⁰ In “onvriendelike” egskeidings word kinders as die belangrikste bate beskou. Hulle word dikwels “aangewend” in die geveg om onderhoud en die verdeling van bates en word selfs deur een ouer van 'n ander ouer “gesteel”.¹¹¹ As gevolg hiervan rus daar 'n las op kundiges om 'n samehangende, werkbare stelsel te ontwikkel en te implementeer in terme waarvan verantwoordelikhede ten opsigte van kinders by egskeiding toegeken word op só 'n wyse dat dit die ouers bemagtig sonder om die kinders as besittings te behandel.¹¹²

Indien die ouers gesamentlike voogdy oor die kinders verkry by egskeiding, kan die bewarende ouer nie alleen besluite neem waar die ander ouer se toestemming ook, ingevolge sy of haar voogdy oor die kind, verlang word nie.¹¹³

Dispuutbeslegting by bewaringsaangeleenthede is 'n netelige kwessie. In die Romeins-Hollandse reg het die onskuldige party by die egskeiding outomaties bewaring oor die kinders verkry. Dit is egter in die moderne tyd nie meer so eenvoudig nie. Die Suid-Afrikaanse reg het die beste belang van die kind-maatstaf by die Engelse reg oorgeneem. In die proses is en word daar steeds swaar op die Engelse reg gesteun om die beginsel te ontwikkel.¹¹⁴

Bewaring van die kinders is een van die belangrikste punte by skikkingsamesprekings en is indirek verbind tot al die ander punte. Tans word skikking met betrekking tot bewaring in die meeste gevalle ingesluit by die allesomvattende skikking. 'n Nuwe neiging begin egter posvat, naamlik om samesprekings met betrekking tot bewaring van die res van die skikkingsamesprekings te skei. Die partye word dan na 'n maatskaplike werker of ander professionele persoon verwys wat spesialiseer in huweliksaangeleenthede. So 'n professionele persoon staan dan die ouers by in skikking van die bewaringsaangeleentheid. Hierdie benadering kan aan die een kant die vooroordeel teenoor vaders hokslaan, maar aan die

¹¹⁰ Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 816.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Sien par 6 sowel as hfst 6 hieronder vir 'n bespreking van voogdy.

¹¹⁴ De Soysa 1993 *CILSA* 364-367. Sien verder par 3 hierbo.

ander kant word die onderhandelingsposisie van die moeder in sekere gevalle benadeel deurdat haar hoofmiddel van bedinging wegval.¹¹⁵

4.2 Die beste belang van die kind by bewaringsaangeleenthede¹¹⁶

Die beste belang van die kind is van deurslaggewende belang in bewaringsaangeleenthede. Eerstens moet die spesifieke behoeftes van die kind vasgestel word. Daarna bepaal die hof watter ouer die beste in hierdie behoeftes kan voorsien.¹¹⁷ Die beste belang van die kind hang van die feite van elke geval af en moet *ad hoc* bepaal word in elke individuele aangeleentheid.¹¹⁸ Die hof egter in 'n aantal sake spesifiek verwys na die bepaling van die beste belang in bewaringsaangeleenthede. Die "belange" van die kind dui op die welstand van die kind. In *Deijl v Deijl*¹¹⁹ het die hof bevind dat die term "welsyn" wyd uitgelê moet word ten einde ekonomiese, sosiale, morele en godsdienstige welsyn in te sluit. Verder het die hof bepaal dat die kind se emosionele behoeftes sowel as die bande tussen die kind en die ouer en, in die geval van ouer kinders, die wense van die kind in ag geneem moet word. In *French v French*¹²⁰ het die hof vier kategorieë van oorwegings, in volgorde van belang, uiteengesit ten einde die beste belang van die kind te bepaal:

- (1) Die behoud van die kind se sin vir sekuriteit.¹²¹
- (2) Die bewarende ouer se vermoë om na die kind om te sien moet bepaal word deur die karakter van die ouer sowel as die godsdienst en die taal waarin die kind grootgemaak

¹¹⁵ Burman & Rudolph "Repression by mediation: Mediation and divorce in South Africa" 1990 *SALJ* 264-265. Die probleme en gevare by skeiding van bewaring van die res van die skikkingsamesprekings kan deur die probleem van behuising illustreer word. Sien in die algemeen Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 266-268 in hierdie verband.

¹¹⁶ Sien par 3 hierbo vir 'n meer omvattende bespreking van bepaling van die beste belang van die kind in die algemeen.

¹¹⁷ Robinson "Children and divorce" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 72.

¹¹⁸ Hierbo, in par 3, is 'n uiteensetting van die bepaling van die beste belang van die kind in die algemeen.

¹¹⁹ 1966 (4) SA 260 (R).

¹²⁰ 1971 (4) SA 298 (W).

¹²¹ *French v French* 1971 (4) SA 298 (W) 298H.

gaan word te oorweeg. Verder moet die ouer se vermoë om leiding te verskaf in die morele, kulturele en godsdienstige ontwikkeling van die kind ook getoets word.¹²²

- (3) Materiële oorwegings ten aansien van die kind.¹²³
- (4) Die wense van die kind.¹²⁴

Ten einde die beste belang van die kind in 'n egskeidingsaksie te bepaal moet die hof vasstel watter een van die ouers die beste toegerus is om in die behoeftes van die kind te voorsien. Die konsep "beste belang van die kind" is egter vaag en dit is onmoontlik om 'n gekwalifiseerde lys van faktore wat in ag geneem moet word te verskaf. Verder moet elke geval volgens eie omstandighede oorweeg word.¹²⁵ Die hof het in die aangeleentheid van *Märtens v Märtens*¹²⁶ die volgende riglyne uiteengesit:

- (1) Die kinders se sin vir sekuriteit, met inagneming van die mate waarin 'n ouer die kind geliefd laat voel;
- (2) 'n Ondersoek na die geskiktheid van die bewarende ouer om die kind moreel, kultureel en godsdienstig te lei;
- (3) Materiële oorwegings met betrekking tot die welsyn van die kinders; en
- (4) Die wense van die kinders.

Die hof het in die meer onlangse saak van *McCall v McCall*¹²⁷ die belangrikste faktore uiteengesit wat in ag geneem moet word by die bepaling van die beste belang van die kind *by bewaringsaangeleenthede*.¹²⁸ Volgens die beslissing lê die beste belang van die kind by die ouer wat die beste daartoe in staat is om te verseker dat die fisieke, morele, emosionele en geestelike welsyn van die kind bevorder word. Die hof het verder bevind dat die kind se

¹²² *French v French* 1971 (4) SA 298 (W) 299C.

¹²³ *French v French* 1971 (4) SA 298 (W) 299F.

¹²⁴ *French v French* 1971 (4) SA 298 (W) 299G.

¹²⁵ Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg* 319-320.

¹²⁶ 1991 (4) SA 287 (T).

¹²⁷ 1994 (3) SA 201 (K). Sien verder in die algemeen Robinson 1995 *THRHR* 472 vir 'n vollediger bespreking van hierdie saak.

¹²⁸ Sien par 3 hierbo vir 'n lys van hierdie faktore.

voorkeure oorweging moet geniet indien die kind oor die intellektuele en emosionele volwassenheid beskik om 'n ingeligte voorkeur uit te spreek.

Die mate van staatsinmenging by bewaringsaangeleenthede is 'n netelige kwessie. Te veel inmenging kan gesien word as inperking van individuele en gesinsoutonomie terwyl te min inmenging gesien word as 'n nalate om die swakker lede van 'n gesin of samelewing te beskerm. Internasionaal word daar twee breë kategorieë van staatsinmenging in bewaringsaangeleenthede aangetref. In die eerste plek belê sommige jurisdiksies in prosedures om toesighouding oor bewaringsbeslissings te bevorder. In ander gevalle word die ouers self aangemoedig en bygestaan om besluite in die beste belang van die kinders te neem. Suid-Afrika toon elemente van albei hierdie kategorieë.¹²⁹

Daar word wyd aangevoer dat ouers onder normale omstandighede in die beste posisie is om te bepaal wat die beste belang van hul eie kinders is. Die staat behoort slegs onder abnormale omstandighede in te meng.¹³⁰

In die Engelse reg (ingevolge die bepalings van die Engelse *Children Act, 1989*) bly die ouer-kind-verhouding na egskeiding dieselfde as voor egskeiding. Die hof meng slegs in indien die ouers nie saamstem nie of indien omstandighede dit andersins vereis. Die Australiese *Family Law Act, 1975* bevat soortgelyke bepalings. In hierdie stelsels is dit van die uiterste belang dat die ouers bereid moet wees om hul volle samewerking te verleen.¹³¹

Daar word aangevoer dat ouers om die volgende redes nie in 'n posisie is om finale besluite rakende die bewaring by egskeiding te neem nie:

- (1) Ouers is nie daartoe in staat om kinders se belange voorop te stel nie. Selfs al het die meeste ouers die beste voornemens in hierdie verband, is die emosionele tol wat die egskeiding van elke individu eis, net te enorm. Verder kan bitterheid 'n spesifieke ouer

¹²⁹ Barrat & Burman "Deciding the best interests of the child: An international perspective on custody decision making" 2001 *SALJ* 559-560.

¹³⁰ Barrat & Burman 2001 *SALJ* 564.

¹³¹ Barrat & Burman 2001 *SALJ* 564-565. Sien verder De Soysa 1993 *CILSA* 369-371.

daartoe dryf om perspektief te verloor. Kinders word ook in sommige gevalle as deel van die onderhandelings gebruik.¹³²

- (2) Ouers verstaan nie die beste belang van die kind-beginsel nie. In Australië word daar 'n poging aangewend om ouers te leer en te onderrig in die beste belang van kinders deur verpligte onderrig-sessies waarin onder andere die opstel van ouerskapsplanne bespreek word.¹³³
- (3) Ouers is dikwels in 'n ongelyke onderhandelingsposisie. Een van die partye, gewoonlik die vrou, kan moontlik in 'n swakker posisie as die ander party verkeer.¹³⁴
- (4) Kinders kan moontlik die formele beskerming van die reg verloor. In die afgelope jare het die regsisteem verander om die swakker lede van die gesin, byvoorbeeld die vroue en kinders, te beskerm. Indien skikkingsamesprekings "geprivatiseer" word, kan hierdie beskerming moontlik in 'n mate verlore gaan.¹³⁵

Die bogenoemde probleme kan moontlik op die volgende wyses oorkom word:

- (1) Bemiddeling. In sommige lande, byvoorbeeld Australië en sommige dele van die VSA, is egskeidingsbemiddeling verpligtend vir persone met minderjarige kinders. Bemiddeling wat goed gereguleer word kan 'n werkende oplossing bied.¹³⁶
- (2) Gesinne kan moontlik bygestaan word deur die uitgebreide gesin¹³⁷ in die bepaling van die beste belang van die kind. So byvoorbeeld maak die *Angolan Family Code, 1988* voorsiening vir familievergaderings waar twee lede van elke party se families die partye bystaan in die bepaling van die beste belang van die kind. Verskeie gevallestudies in Afrika het egter aangetoon dat hierdie werkswyse moontlik nadelig vir die beste belang van die kind kan wees aangesien die inheemse reg nie die beste belang van die kind voor die belang van die res van die gemeenskap stel nie.¹³⁸

¹³² Barrat & Burman 2001 SALJ 566.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Barrat & Burman 2001 SALJ 566-567.

¹³⁵ Barrat & Burman 2001 SALJ 567.

¹³⁶ Barrat & Burman 2001 SALJ 657-568. Sien verder par 9 hieronder mbt bemiddeling.

¹³⁷ Sien hfst 6 vir 'n bespreking van die invloed van die uitgebreide gesin op die lewens van kinders.

¹³⁸ Barrat & Burman 2001 SALJ 569-571.

- (3) Ingevolge die Kinderwet moet enige persoon wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik nie, maar wat tydelik, onbepaald of gedeeltelik na die kind omsien, die kind se gesondheid, welstand en ontwikkeling beskerm en die kind verder teen mishandeling, misbruik, verwaarlosing, vernedering, diskriminasie, uitbuiting en enige ander fisieke, emosionele of psigiese leed beskerm.¹³⁹ Die wet bepaal verder dat die beste belang van die kind van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak.¹⁴⁰ Die kind se familie kan ingevolge die wet hul opinie lug in alle aangeleenthede wat die kind raak indien dit in die beste belang van die kind is.¹⁴¹ Gesinne kan dus by inwerkingtreding van hierdie wet statutêr bygestaan word deur die uitgebreide gesin deurdat die bovermelde versorgers statutêr verplig sal wees om die beste belang van die kind na te streef in versorging van die kind.
- (4) In aanvulling tot (2) moet daar ook kennis geneem word van “lay-forum hearings” ingevolge artikel 49¹⁴² van die Kinderwet. ’n Kinderhof mag, alvorens ’n bevel verleen word, so ’n verhoor gelas welke verhoor bemiddeling deur ’n gesinsadvokaat, maatskaplike werker, “social service professional”¹⁴³ of ander relevante persoon, ’n “family group conference”¹⁴⁴ of bemiddeling ingevolge artikel 71 kan insluit.
- (5) Daar vind ’n terugkeer na die hof plaas om besluite aangaande die beste belang van die kinders te neem. Dit het in Engeland (die *Family Law Act, 1996*) sowel as België gebeur. Die howe se toenemende betrokkenheid by besluitneming dui daarop dat verskeie state kinderregte ernstig opneem na ratifikasie van die 1989-Konvensie.¹⁴⁵
- (6) ’n Vennootskap tussen die howe en gemeenskapstrukture. Nie-regeringsorganisasies is van groot hulp in gesinsaangeleenthede aangesien dit die reg meer toeganklik maak vir persone wat nie so geredelik toegang tot die regstelsel het nie, byvoorbeeld vroue wat uit

¹³⁹ A 32(1). Hierdie artikel het by die skryf van hierdie proefskrif nog nie in werking getree nie

¹⁴⁰ A 9, welke artikel reeds in werking getree het.

¹⁴¹ A 6(3).

¹⁴² Hierdie artikel het by die skryf van hierdie proefskrif nog nie in werking getree nie.

¹⁴³ Volgens a 1 van die Kinderwet word “...a probation officer, development worker, child and youth care worker, youth worker, social auxiliary worker and social security worker who are registered as such in terms of the Social Service Professions Act, 1978 (Act 110 of 1978),” ingesluit by die begrip “social service professional”.

¹⁴⁴ Sien a 69-71 in verband met “family group conferences”.

¹⁴⁵ Barrat & Burman 2001 *SALJ* 571.

manlik-gedomineerde verhoudings kom. In die staat New York in die VSA los bemiddelingsentrums jaarliks duisende dispute in gesinsaangeleenthede op. Dit word onder die wakende oog van die gesinshowe gedoen.¹⁴⁶

'n Studie van internasionale metodes om besluite ten opsigte van bewaring by egskeiding te neem bevestig die feit dat dit geen maklike taak is nie. Implementering van nuwe modelle om ou probleme op te los bring weer nuwe probleme mee. Vele van hierdie modelle is in elk geval buitensporig duur en kan nie in ontwikkelende lande, soos Suid-Afrika, geïmplementeer word nie. Selfs in ontwikkelde lande, byvoorbeeld die VSA, Kanada, Australië en Engeland, moet die koste deurentyd gesny word. In Suid-Afrika, soos in die meeste ander lande, word besluite aangaande bewaring in die praktyk in die hande van die ouers gelaat. Daar is nie genoeg tyd of geld om hierdie besluite te monitor nie. In verskeie state (byvoorbeeld in Tanzanië en ook in sommige gevalle in Suid-Afrika) het ouers nie 'n keuse wat betref besluite ten opsigte van die kinders nie. In sekere Afrika-state staan vroue, byvoorbeeld, hul kinders af aangesien hulle doodeenvoudig nie oor die nodige finansiële hulpbronne beskik om na hul kinders om te sien nie. Menige land beskik nie oor die nodige finansiële bronne om behoorlike maatskaplike sekerheid aan burgers te verseker nie. So word bewaringsreëlings deur die finansiële posisie van die partye voorgeskryf. Die staat het egter sekere verpligtinge teenoor kinders. Hierdie verpligtinge is in die Grondwet tot konstitusionele, fundamentele menseregte verhef en ook in die 1989-Konvensie uiteengesit. Tans is hierdie verpligtinge meer 'n strewe as 'n realistiese beskerming van die beste belange van kinders. Aanspraak op die outonomie van gesinne en ouers, die gesin se reg op privaatheid en die groot aantal egskeidingsbevele wat jaarliks in Suid-Afrika uitgereik word verhoed ook dat die belange van die kind onoorwonne seëvier. Die modelle wat tans gebruik word om besluite ten opsigte van die bewaring van kinders te neem, moet krities heroorweeg word. 'n Werkbare wyse moet in ons land met sy beperkte bronne gevind word.¹⁴⁷

Die bepaling van die beste belang van die kind in gevalle waar die inheemse reg toepassing vind, is problematies aangesien die tradisionele Afrika-waardes en die moderne konstitusionele samelewing versoen moet word. Ingevolge oorspronklike inheemsregtelike reëls het kinders

¹⁴⁶ Barrat & Burman 2001 SALJ 571-572. Sien par 3 hierbo vir 'n kort bespreking van die ontwikkeling van gesinshowe in Suid-Afrika.

¹⁴⁷ Barrat & Burman 2001 SALJ 572-573.

oor die algemeen geen afdwingbare regte teenoor hul families nie. Beskerming van hul beste belang lê in die feit dat elke individu se regte beskerm word deur die beskerming van die behoud van die samelewing.¹⁴⁸ Die kind se kulturele agtergrond moet 'n belangrike faktor wees ten einde die beste belang van die kind te bepaal.¹⁴⁹ Die Suid-Afrikaanse Kinderwet, die 1989-Konvensie¹⁵⁰ en die Afrika Handves¹⁵¹ maak voorsiening vir die oorweging en behoud van kulturele waardes en agtergrond.

Volgens 'n verslag deur die SA Regskommissie in 1997 gepubliseer, getiteld *The harmonisation of the common law and the indigenous law: Customary marriages* kan die kulturele oriëntering van die kind in ag geneem word by die bepaling van die beste belang van die kind aangesien die riglyne nie 'n *numerus clausus* is nie.¹⁵² Verder verleen artikel 31(1) van die Grondwet aan elkeen die reg op kultuur.¹⁵³

4.3. Die kind se voorkeur en wense

Die algemene reg van kinders om gehoor te word en hul menings of voorkeure aan die hof bekend te maak word nie nou hier volledig bespreek nie. Vir doeleindes van hierdie hoofstuk volg hier egter 'n kort bespreking van die reg van kinders betrokke by 'n egskeiding in hierdie verband.

Een van of albei die ouers neem die besluit om vir egskeiding te dagvaar. Die ouers neem gewoonlik 'n ruk voordat die besluit bekend gemaak word ten einde aan te pas by die gedagte

¹⁴⁸ Bekker & Van Zyl "Custody of black children on divorce" 2002 *Obiter* 116-117.

¹⁴⁹ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 117.

¹⁵⁰ In die aanhef van die Konvensie word "...the importance of traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the child,..." in ag geneem. Verder is kl 4 'n voorbeeld van 'n bepaling in terme waarvan deelnemende state sosiale en kulturele regte in ag sal neem by die uitvoering van die bepalings van die Konvensie. Die beste belang van die kind is ook ingevolge kl 3 van deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak.

¹⁵¹ Ingevolge die aanhef van hierdie handves word die kulturele en historiese diversiteit van die inwoners van Afrika erken. Verder moet tradisie en kultuur, ingevolge kl 11, deur die opvoeding en onderrig van die kind bevorder word.

¹⁵² Par 7.5.8. Sien ook a 7(1)(g)(iii) van die Kinderwet welke artikel bepaal dat die agtergrond van die kind in ag geneem moet word by bepaling van die beste belang van die spesifieke kind.

¹⁵³ Sien Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 119 vir 'n opsomming van Suid-Afrikaanse regspraak waar erkenning aan kulturele oriëntering gegee is.

dat die omstandighede gaan verander. Vir kinders is die ouers se besluit om te skei gewoonlik 'n groot skok. Ondersteuningsnetwerke is 'n skrale troos indien hul primêre ondersteuningsnetwerk, die gesin, uitmekaar val. Kinders voel dat hulle geen sê het in besluitneming oor hul eie lot by egskeiding nie.¹⁵⁴ Die besluit oor waar 'n kind na egskeiding gaan woon het 'n enorme impak op so 'n kind. Dit raak sy of haar verhouding met die ander ouer, broers en susters en familielede. Verder kan dit moontlik verandering ten opsigte van die skool wat hy of sy bywoon, lewenstandaard en 'n menigte ander aspekte tot gevolg hê.¹⁵⁵

Die Egskeidingswet bepaal nie dat 'n kind aangehoor moet word in egskeidingsaangeleenthede nie. Tussen 1971 en 1994 het die hof net somtyds lippediens aan die wense van die kind bewys. Daar is in verskeie sake en wel om verskeie redes nie aan die wense of voorkeure van die kind gehoor gegee nie. Hierdie tendens om nie na die kind se mening te luister nie neem verskeie manifestasies aan. In die eerste plek word daar in sommige gevalle glad nie na die kind se wense in die uitspraak verwys nie.¹⁵⁶ In ander gevalle weer word die kinders se wense en voorkeure geïgnoreer omrede die getuienis rondom hul wense en voorkeure teenstellend of onvoldoende is.¹⁵⁷ Verder kan die hof moontlik van mening wees dat die kind nie volwasse genoeg is nie of dat die uitgesproke voorkeur onwys blyk te wees.¹⁵⁸ Die hof het verder in verskeie sake nie die voorkeur of wense van die kind oorweeg nie op grond van die teenwoordigheid van onbehoorlike ouerlike invloed.¹⁵⁹

¹⁵⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 654 (hfst 14).

¹⁵⁵ Barrat " 'The best interest of the child' – Where is the child's voice?" in Burman (red) *The fate of the child* 145.

¹⁵⁶ Sien in die algemeen *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 (2) SA 325 (W) en *Godbeer v Godbeer* 2000 (3) SA 976 (W).

¹⁵⁷ *Stock v Stock* 1981 (3) SA 1280 (A).

¹⁵⁸ Sien in die algemeen *Matthews v Matthews* 1973 (4) SA 136 (SE); *Germani v Herf* 1975 (4) SA 887 (A); *Greenshields v Wyllie* 1989 (4) SA 898 (W).

¹⁵⁹ Sien in die algemeen *Märtens v Märtens* 1991(4) SA 287 (T); *Van Rooyen v Van Rooyen* 2001(2) All SA 37 (T).

In 1994 het daar 'n ommekeer in die bogenoemde sienswyse van die howe plaasgevind na aanleiding van die uitspraak in die *McCall*-saak.¹⁶⁰ Die kind se voorkeur moet, volgens die uitspraak in hierdie saak, deur die hof in ag geneem word by die bepaling van die beste belang van die kind mits die hof van mening is dat die kind se opinie van toepassing is. Die hof het aangevoer dat :

...with reference to the child's preference...if the Court is satisfied that the child has the necessary intellectual and emotional maturity to give in his or her expression of a preference a genuine and accurate reflection of his feeling towards and relationship with each of his parents, in other words, to make an informed and intelligent judgement, weight should be given to his or her expressed preference.¹⁶¹

Hierdie siening strook met klousule 12(1) van die 1989-Konvensie.¹⁶² Hierdie artikel bepaal dat die staat moet verseker dat 'n kind wat daartoe in staat is om sy of haar eie standpunt in te neem, geleentheid gebied word om sy of haar standpunt vrylik te stel in alle aangeleenthede wat hom of haar raak. 'n Kind se ouderdom en volwassenheid moet in ag geneem word. Artikel 12 moet gesien word as die kind se reg om deel te neem aan die prosedure eerder as die reg dat sy of haar wense sal seëvier.¹⁶³

Indien die hof van mening is dat 'n kind oor die vereiste intellektuele en emosionele volwassenheid beskik ten einde 'n ingeligte opinie uit te spreek aangaande sy of haar verhouding met en gevoelens teenoor albei ouers, behoort sodanige opinie oorweeg te word. In *Oppel v Oppel*¹⁶⁴ en *Matthews v Matthews*¹⁶⁵ het die howe bevind dat die ouderdom van die kind, en nie die volwassenheid nie, dien as faktor by die bepaling van die vermoë om 'n eie

¹⁶⁰ 1994 (3) SA 201 (K). Sien in die algemeen Robinson 1995 *THRHR* 476 vir 'n bespreking van die uitgesproke wense en voorkeure van die kind as faktor by die bepaling van die beste belang van die kind by egskeiding. Sien ook, in die algemeen, hierdie bron sowel as Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 81 vir verwysings na *Greenshields v Wyllie* 1989 (4) SA 989 (W) waar die hof onoortuigend bevind het dat twee kinders van onderskeidelik 12 en 14 jaar nie 'n standpunt rondom hul voorkeure kan vorm nie. Sien verder *French v French* 1971 (4) SA 298 (W).

¹⁶¹ *McCall v McCall* 1994 (3) SA 201 (K) 207H-I.

¹⁶² Sien ook a 10 van die Kinderwet. Hierdie artikel het op 1 Julie 2007 in werking getree.

¹⁶³ Barrat in Burman (red) *The fate of the child* 152.

¹⁶⁴ 1973 (3) SA 675 (T).

¹⁶⁵ 1983 (4) SA 136 (SOK).

opinie te vorm. In *Märtens v Märtens*,¹⁶⁶ die *McCall*-saak¹⁶⁷ en *Meyer v Gerber*¹⁶⁸ het die hofe aanvaar dat die volwassenheid van die kind, en nie noodwendig die ouderdom nie, in ag geneem moet word by die bepaling van die vermoë van die kind om 'n opinie te vorm. In *Family Advocate v B*¹⁶⁹ het die hof selfs gehoor gegee aan die wense van 'n sewejarige kind deur te bevind dat: “[a]lthough the child is only seven years old it is quite apparent that he is sufficiently mature to make an informed decision.”¹⁷⁰

Die Wet op Bemiddeling en die regulasies in terme daarvan uitgevaardig¹⁷¹ stel reeds die gesinsadvokaat en die gesins-raadgewers in staat om die beste belang van die kind te bepaal en te beskerm. Die gesinsadvokaat speel dus 'n groot rol in die vasstelling en verwoording van die kind se opinies en voorkeure. Hierdie rol van die gesinsadvokaat moet egter nie verwar word met die rol van die regsverteenvoerder aangestel ingevolge die Grondwet¹⁷² nie.

Die hof het die belang van hierdie verskil duidelik gemaak in *Soller v G*.¹⁷³ Die hof het bepaal dat “[the] Family Advocate is not appointed the representative of any party to a dispute – neither the mother, father or any child. In a sense the Family Advocate is required to be neutral in approach in order that the wishes and desires of disputing parties can be more closely examined and the true facts and circumstances ascertained.”¹⁷⁴ Die hof het dit duidelik gestel dat die gesinsadvokaat as 'n professionele en neutrale kommunikasiekanaal tussen die strydende ouers, moontlik die kind en die voorsittende beampte, moet optree.

¹⁶⁶ 1991 (4) SA 287 (T).

¹⁶⁷ 1994 3 SA 201 (K).

¹⁶⁸ 1999 (3) SA 550 (O).

¹⁶⁹ [2007] 1 All SA 602 (SOK).

¹⁷⁰ 609D.

¹⁷¹ GK R2385 SK 12781 van 3/10/1990.

¹⁷² A 28(1)(h).

¹⁷³ 2003 (5) SA 430 (W).

¹⁷⁴ 2003 (5) SA 430 (W) par [23].

Die prosedure wat gevolg moet word en die wyse waarop die kind se voorkeure aan die hof bekend gemaak word is om verskeie redes van belang. 'n Kind wat daartoe in staat is om 'n opinie te lug het 'n reg om sodanige opinie te lug. Hierdie reg is egter slegs betekenisvol indien die geskikte prosedure om sy of haar wense bekend te maak tot sy of haar beskikking is. Selfs al seëvier die kind se wense nie, sal die feit dat sy of haar wense in aanmerking geneem is by besluitneming 'n groot impak op sy of haar gevoelens van erkenning hê.¹⁷⁵ Die kind se voorkeur kan tans op die volgende wyses aan die hof bekend gemaak word:

- (1) Die kind kan voor die regter in die ope hof of in kamers verskyn.¹⁷⁶
- (2) 'n Regsvertegenwoordiger kan aangestel word om namens die kind op te tree.¹⁷⁷
- (3) Die kind kan deur private sielkundiges of ander deskundiges ondervra word ten einde vas te stel wat sy of haar voorkeur en wense is. Dit kan dan by die deskundige se verslag aan die hof ingesluit word.¹⁷⁸
- (4) Die gesinsadvokaat kan, na 'n onderhoud met die kind, die kind se voorkeure en wense in sy of haar verslag insluit.¹⁷⁹

Bogenoemde prosedures is om verskeie redes problematies. Kinders mag moontlik geïntimideer voel en voorsittende beamptes sowel as regsvertegenwoordigers beskik nie altyd oor die opleiding om die kind se sienings te identifiseer of te interpreteer nie. Verder word 'n groot aantal sake buite die hof geskik en op 'n onbestrede wyse afgehandel. In hierdie gevalle is daar geen waarborg dat die kind se stem gehoor word nie. In die derde plek is verslae en ondersoeke deur private praktisyns geweldig duur en nie toeganklik vir die meerderheid Suid-Afrikaners nie. Die Kantoor van die Gesinsadvokaat kan, om die redes hieronder uiteengesit,¹⁸⁰ ook nie in alle gevalle die wense van die kind behoorlik bepaal en laat geld nie. Studies het

¹⁷⁵ Barrat in Burman (red) *The fate of the child* 152-153. Sien ook hierdie bron vir 'n meer omvattende uiteensetting van redes waarom dit belangrik is dat die kind se wense gehoor moet word.

¹⁷⁶ Barrat "The child's right to be heard in custody and access determinations" 2002 *TSAR* 569.

¹⁷⁷ Barrat 2002 *TSAR* 569-570. Sien ook a 28(1)(h) van die Grondwet met betrekking tot die grondwetlike reg van die kind op regsvertegenwoordiging.

¹⁷⁸ Barrat 2002 *TSAR* 570. Sien par 4.4 hieronder vir 'n bespreking hiervan.

¹⁷⁹ Barrat 2002 *TSAR* 571. Sien par 11 hieronder vir 'n bespreking van die rol van die gesinsadvokaat by egskeiding.

¹⁸⁰ Par 11.

getoon dat die Kantoor van die Gesinsadvokaat ook nie genoegsame klem op die wense van die kind plaas nie. 'n Studie in Kaapstad het getoon dat die voorkeure van die kind die kriterium is wat die minste aandag geniet.¹⁸¹

Die Egskeidingswet bepaal dat die hof 'n regsverteenvoerder vir 'n kind in 'n egskeidingsgeding kan aanstel ten einde die belange van die kind te bevorder.¹⁸² Die hof kan in hierdie geval enige van die ouers gelas om die regsverteenvoerder se rekening te vereffen. Indien die hof van mening is dat die kind ernstig benadeel kan word sonder regsverteenvoeding en nie een van die ouers regsverteenvoeding vir die kind kan bekostig nie, moet die hof hom beroep op artikel 28(1)(h) van die Grondwet. Hierdie artikel bepaal dat elke kind die reg het om in siviele verrigtinge deur die staat op staatskoste van 'n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei.¹⁸³

Die SA Regskommissie het voorgestel dat die hof in baie meer gevalle gebruik maak van die diskresie om 'n regsverteenvoerder vir die kinders aan te stel ingevolge artikel 6(4) van die Egskeidingswet. Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat die artikel gewysig word ten einde die hof in staat te stel om 'n belanghebbende derde party aan te stel om na die belange van die kind om te sien en die kind te ondersteun. Dit sal byvoorbeeld 'n familielid of 'n lid van die uitgebreide gesin wees. Die hof moet 'n diskresie hê om selfs tydelike ouerlike regte en verantwoordelikhede aan so 'n persoon toe te ken.¹⁸⁴ Ingevolge die Kinderwet kan die kinderhof 'n kind na die Regshulpraad verwys vir die aanstel van regsverteenvoeding vir die kind.¹⁸⁵ Hierdie wet verwys egter slegs na aangeleenthede wat voor die kinderhof dien. Die Egskeidingswet sal in hierdie opsig gewysig moet word ten einde voorsiening te maak vir die regsverteenvoeding van kinders by egskeidings.

Tot onlangs toe is die kind nie beskou as 'n party by bewarings- en toegangsdispute in egskeidingsgedinge nie. Die huidige klem op die beste belang van die kind en die invoeging

¹⁸¹ Barrat in Burman (red) *The fate of the child* 155-156. Sien verder par 11 hieronder vir 'n bespreking van die rol van die gesinsadvokaat by egskeiding.

¹⁸² A 6(4).

¹⁸³ Sien in die algemeen Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 81-83.

¹⁸⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 654 (hfst 14).

¹⁸⁵ A 55, welke artikel nog nie in werking getree het nie.

van artikel 28 in die Grondwet het egter hierdie posisie verander. Myns insiens is die aanstelling van 'n regsverteenwoordiger vir elke kind in elke egskeidingsaangeleentheid die beste wyse om te verseker dat elke kind gehoor word en dat daar in die beste belang van elke kind opgetree word. Dit is egter ongelukkig nie altyd finansiëel en prakties moontlik nie.

Die hoë hof kan in sekere omstandighede 'n *curator ad litem* aanwys om namens 'n kind in 'n geding op te tree. Een van die gevalle waar die hof so 'n *curator ad litem* kan aanstel is waar daar 'n botsing tussen die belange van die ouer en dié van die kind is, of indien daar 'n moontlikheid van so 'n botsing bestaan.¹⁸⁶ 'n Ouer kan moontlik in 'n egskeidingsaangeleentheid sy of haar eie belang najaag en die kinders as deel van die taktiek gebruik om die ander ouer te straf. In emosioneel-belaaide en bitsige egskeidings is bewaring oor die kinders dikwels die "prys" waarmee die een ouer wegstap. Dit is uiters belangrik dat iemand na die belange van die kind omsien.¹⁸⁷ Ten einde die beste belang van die kind te dien moet die opinie van die kind, myns insiens en indien moontlik, gerespekteer word.¹⁸⁸ Myns insiens behoort die wet sodoende gewysig te word ten einde die aanstelling van 'n *curator ad litem* in alle bewaringsdispute te verplig.

Nou kan daar redeneer word dat die gesinsadvokaat moet toesien dat daar in die beste belang van die kind opgetree word en die kind se belange moet beskerm.¹⁸⁹ Die gesinsadvokaat voer, in gevalle waar 'n ondersoek ingevolge die Wet op Bemiddeling gelas is, nie net 'n onderhoud met die ouers nie, maar ook met die minderjarige kinders betrokke by 'n egskeiding.¹⁹⁰ Op hierdie wyse word uiting gegee aan die wense van die kind in egskeidings-aangeleentheid. Die wense van kleiner kinders word vasgestel by wyse van onder andere speltherapie.¹⁹¹ Die

¹⁸⁶ Davel "The status of children in South African private law" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 29.

¹⁸⁷ "Children and the law: Symposium issue" 1995 *UMKC Law Review* 375.

¹⁸⁸ Sien die bogenoemde kort bespreking in dieselfde paragraaf in verband met die debatte en menings rondom die ouderdom of punt waarop 'n kind sy of haar opinie kan lig.

¹⁸⁹ A 4 van die Wet op Bemiddeling.

¹⁹⁰ Sien aanhaling uit *Soller* hierbo in par 4.3 met betrekking tot die funksie van die gesinsadvokaat by aangeleentheid wat die kind raak.

¹⁹¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 120.

rol van die gesinsadvokaat in egskeidings word hieronder volledig bespreek.¹⁹² Daar word ook verwys na die verskillende probleme wat die gesinsadvokaat in sy of haar taak kan laat struikel. Soos duidelik blyk uit die bespreking hieronder, slaag die gesinsadvokaat as gevolg van verskeie faktore nie altyd daarin om die beste belang van die kinders by bewaringsdispute te handhaaf nie. Die SA Regskommissie het aanbeveel dat die Wet op Bemiddeling gewysig moet word om daarvoor voorsiening te maak dat die kind se voorkeure en wense deur die gesinsadvokaat opgeneem en ondersoek word.¹⁹³

In die Amerikaanse saak van *C.J.(S.)R. v G.D.S.*¹⁹⁴ het die hof bevind dat "...it was an abuse of discretion not to appoint a guardian *ad litem*¹⁹⁵...where...custodian of minor children is at issue, and the court has knowledge, from the pleadings or any other source, that children have been, or are being, abused." Die hof het verder bevind dat dit 'n wetgewende fout is dat die aanstelling van 'n *curator ad litem* in die geval van mishandelde of verwaarloosde kinders slegs diskresionêr is en nie verpligtend nie. Die Amerikaanse wetgewing in hierdie verband het in 1988 verander ten einde diskresionêre aanstelling van 'n *curator ad litem* in alle aangeleenthede waar bewaring, toegang en onderhoud ter sprake is te magtig. Verder is die aanstelling van 'n *curator ad litem* in aangeleenthede waar die kinders mishandel of verwaarloos word, nou verpligtend.¹⁹⁶

Dit is belangrik dat 'n kind nooit gedwing word of voel hy of sy word gedwing om tussen die ouers te kies nie. Die meeste kinders wil by egskeiding lojaal bly aan albei ouers. Om een van die ouers te moet kies, veroorsaak geweldige innerlike konflik by 'n kind.¹⁹⁷

¹⁹² Par 11.

¹⁹³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 655-656 (hfst 14).

¹⁹⁴ 701 S.W.2d 165 (Mo. Ct. App. 1985).

¹⁹⁵ 'n "Guardian *ad litem*" is in die Amerikaanse reg min of meer dieselfde as 'n *curator ad litem* in die Suid-Afrikaanse reg. Dit is 'n toegelate prokureur wat toegelaat word om namens die kind op te tree in aangeleenthede wat die kind raak. "Children and the law: symposium issue" 1995 *UMKC Law Review* 371.

¹⁹⁶ "Children and the law: Symposium issue" 1995 *UMKC Law Review* 371.

¹⁹⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 656 (hfst 14).

Daar moet egter in gedagte gehou word dat die hof steeds 'n diskresie het in die bepaling van die kind se beste belang. Die mening en voorkeur van die kind is slegs een van die faktore wat oorweeg moet word by die bepaling van die beste belang van die kind. Die hof moet in ag neem dat die kind se perspektief moontlik met die tyd sal verander en moet, indien nodig, die kind se opinie of voorkeure met omsigtigheid benader.¹⁹⁸ 'n Kind kan maklik om die verkeerde redes 'n voorkeur ten opsigte van 'n spesifieke ouer uitspreek. 'n Kind kan maklik as gevolg van, byvoorbeeld, skuldgevoelens of verkeerde en skadelike oorwegings kies om by 'n spesifieke ouer te woon. Die huishouding van 'n ouer wat min of geen dissipline toepas kan byvoorbeeld meer aanloklik vir 'n tiener van vyftien of sestien jaar wees. Indien reg benader, kan 'n kind se voorkeur die hof se taak om die beste belang van so 'n kind te bepaal vergemaklik.¹⁹⁹

In *Soller*²⁰⁰ het die hof aan die wense van 'n kind gehoor gegee deur bewaring (of eerder verblyf) van 'n vyftienjarige seun aan 'n vader toe te ken ten spyte van die feit dat die hof hom nie as die mees bevoegde ouer van die twee beskou nie. Die spesifieke kind het by verskeie geleenthede en op allerlei wyses sy bykans obsessiewe behoefte uitgespreek om by die vader te woon. Die hof het dus aan die wense van die kind gehoor gegee en om verskeie redes daaraan gevolg gegee.²⁰¹ Die hof het soos volg bevind met betrekking tot die bevoegdheid van die vader:

I have my doubts whether Mr G's character and temperament are such that he can give K the guidance required and whether he is really capable of insight into the emotional and psychological needs of his son. However, Mr G does not beat or abuse K, he provides him with food and shelter, he ensures that he maintains contact with the G (paternal) side of the family, encourages religious observance and participation in Jewish cultural activities. K attends school and has done well while living with Mr G.²⁰²

Die rede wat die hof vir hierdie beslissing aangevoer het is die feit dat die kind, indien hy gedwing sou word om by die moeder te woon, moontlik tot vervelens toe sou voortgaan om die moeder se gesag te ondermyn en na sy vader weg te loop. Dit is definitief nie in die beste

¹⁹⁸ Clark 2000 *Stell LR* 18.

¹⁹⁹ Robinson 1995 *THRHR* 476-477.

²⁰⁰ 2003 (5) SA 430 (W).

²⁰¹ Sien, in die algemeen, Kruger 2005 *Codicillus* 7 vir 'n verdere bespreking van *Soller*.

²⁰² *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W) par [62].

belang van die kind of die res van die gesin nie. Dit sou ook die verhouding tussen K en sy moeder permanent skend.²⁰³ Die hof het dit verder duidelik gestel dat 'n bevel nie verleen moet word op grond van die feit dat die een ouer beloon moet word vir volwasse optrede terwyl die ander ouer gestraf moet word vir gemene en verfoeilike optrede nie. Die beste belang van die kind is die enigste fokus.²⁰⁴

Tot tyd en wyl behoorlik-werkende meganismes in plek geplaas is ten einde die voorkeure of wense van die kind met sekerheid vas te stel, is die belang wat aan hierdie faktor toegeskryf word 'n mite. Menige kind word uitgesluit uit die proses waarin die loop van hul hele toekoms bepaal word.

4.4 Die psigologiese behoeftes van die kind

Ten einde die beste belang van die kind te bepaal moet die hof nie net die fisieke behoeftes van die kind in ag neem nie, maar ook die psigologiese (sielkundige) behoeftes. Egskeiding tesame met die diagnose van 'n dodelike siekte van die een ouer is traumaties vir enige kind. Psigologiese studies het getoon dat volgehoue kontak met die siek of nie-bewarende ouer die kind se psigiese gesondheid bevorder. Die hof moet homself deeglik vergewis van die emosionele impak van die egskeiding en MIV-infeksie van die een ouer op die kind en vasstel welke reëling die las van die egskeiding en die siekte op die kind sal beperk. In die geval van egskeiding word 'n kind met twee probleme gekonfronteer, naamlik die keuse tussen twee ouers en ontwrigting van die verhouding met die nie-bewarende ouer. Die kind kan moontlik as gevolg hiervan aan depressie, woede, angs en onttrekking ly. Die hof moet in ag neem dat 'n ouer se bereidwilligheid om die las op die kind te beperk (deur byvoorbeeld nie die kind as 'n pion in die egskeiding te gebruik nie) dui op die ouer se vermoë om na die kind se behoeftes om te sien.²⁰⁵

²⁰³ *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W) par [69].

²⁰⁴ *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W) par [63] en [64].

²⁰⁵ Mahon 1998 *New York University Law Review* 1107. Sien verder, in die algemeen, Miller "Family law, divorce, and AIDS" in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 235.

Gesien in die lig van die bovermelde is dit dus van groot belang om vir doeleindes van hierdie studie na die kind se psigologiese behoeftes by die bepaling van die beste belang van die kind te verwys.²⁰⁶

MIV/vigs beïnvloed nie die kind se liefde vir 'n ouer nie. Kinders moet eerder aangemoedig word om kontak met 'n siek ouer te behou as om "beskerm" te word teen die siekte en die naderende dood van die ouer deur kontak te verbreek. Kinders is sensitief vir veranderings in 'n ouer se gesondheid en moet toegelaat word om die ouer by te staan in die swaar tye wat MIV/vigs meebring. Indien 'n kind van 'n ouer vervreem word kan die kind moontlik skuldgevoelens teenoor die siek ouer en woede teenoor die bewarende ouer ontwikkel. Verder moet die kind bygestaan word in die verwerking van die naderende dood en die latere afsterwe van die ouer. Die bewarende ouer en die hof speel 'n groot rol in die vorming en begrip van hierdie konsepte by 'n kind. MIV/vigs kompliseer egskeidings- en bewaringsgedinge. Hierdie komplekse situasie vra vir groter samewerking tussen die ouers ten einde die beste belang van die kind te dien.²⁰⁷

Ten spyte van die feit dat deskundige getuienis (dit sluit getuienis van, onder andere, sielkundiges, psigiaters en maatskaplike werkers in)²⁰⁸ ten opsigte van bewaring reeds 'n geruime tyd in die howe aangehoor word, het die aanhoor van sodanige getuienis eers in die afgelope aantal jare die norm begin raak in bestrede bewaringsaangeleenthede. Twee faktore speel 'n rol by hierdie neiging, naamlik die uitfasering van die "maternal preference"-reël en die instelling van die Kantoor van die Gesinsadvokaat. Die teenwoordigheid van geestesgesondheidswerkers in die personeel van die Kantoor van die Gesinsadvokaat en die gebruik van private sielkundiges, psigiaters en maatskaplike werkers beïnvloed die gewig wat deskundige getuienis in hierdie aangeleenthede dra. Die feit dat die gesinsadvokaat se

²⁰⁶ Sien in die algemeen *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W). In hierdie saak het die hof spesifiek kennis geneem van die psigologiese behoeftes van die kind by aansoek om wysiging van die bewaringsbevel (par [49] ev).

²⁰⁷ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1107-1108. Sien verder, in die algemeen, Achtenberg "Family Law, Divorce, and AIDS" in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the Courts* 239-240.

²⁰⁸ Sien in die algemeen Africa *et al* "Criteria used by family counsellors in child custody cases: a psychological viewpoint" in Burman (red) *The fate of the child* 122 vir 'n volledige bespreking van die kriteria wat geestesgesondheidswerkers in hul verslae gebruik sowel die verskillende tipes verslae, analise van bevindings, ensovoorts.

verslag²⁰⁹ betwisbaar van aard is veroorsaak dat 'n party wat nie met die verslag saamstem nie verdere private deskundige getuies aanstel om nog verslae voor te berei. Die Kantoor van die Gesinsadvokaat funksioneer dus as 'n terrein waar daar interaksie plaasvind tussen regs- en geesteswetenskaplike konsepte van wat in die beste belang van die kind is. Deskundige getuies ervaar sekere probleme op die gebied van bewaringsdispute. Verder bring hul getuienis sekere probleme mee. Daar gaan nou kortliks na hierdie probleme gekyk word.²¹⁰

Die volgende scenario kan geskets word ten einde sekere aspekte van die probleem te illustreer. X dagvaar Y, 'n lesbiese MIV-positiewe moeder, vir 'n egskeiding en doen onder andere aansoek om bewaring oor die vierjarige kind. Y teken verweer aan en doen ook aansoek om bewaring. X nader private sielkundige A om as deskundige getuie 'n verslag te skryf terwyl Y maatskaplike werker B en psigiater D nader. Na 'n onderhoud met al die partye voel A eties gebonde om aan te beveel dat bewaring aan Y toegeken word. X is glad nie hiermee tevrede nie, verwerp A se verslag en nader sielkundige C (wat voorheen as X se sielkundige opgetree het) om 'n verslag te skryf. C voel dat daar druk op haar geplaas word om 'n verslag ten gunste van X te skryf aangesien hy haar rekening vereffen. Sy skryf so 'n verslag. Maatskaplike werker B sowel as psigiater D skryf 'n verslag ten gunste van bewaring aan Y. In die verloop van die verhoor verander psigiater D, sonder veel oortuiging, sy getuienis en stem nou saam met sielkundige C dat dit nie vir die kinders goed is om 'n huishouding met 'n homoseksuele MIV-positiewe moeder te deel nie. Nie een van die deskundige getuies het spesiale opleiding in bewaringsaangeleenthede ontvang nie. Die hof lewer uitspraak maar verwys nie een maal na die deskundige getuienis nie. Uit die bovermelde kan die volgende probleme geïdentifiseer word:

- (1) Sielkundiges, psigiaters en maatskaplike werkers ontvang almal verskillende opleiding. Verder word die geestesgesondheidsberoep gediskrediteer deurdat verskillende deskundiges se verslae teen mekaar afgespeel word.²¹¹ Regsgeleerdes, insluitend

²⁰⁹ Sien in die algemeen Africa *et al* in Burman S (red) *The fate of the child* 126 ev vir 'n uiteensetting van die inhoud van die verslag en die prosedure waarvolgens 'n ondersoek in die Kantoor van die Gesinsadvokaat gelei word.

²¹⁰ Bonthuys "Epistemological envy: Legal and psychological discourses in child custody evaluations" 2001 *SALJ* 329-331.

²¹¹ Sien in die algemeen Africa *et al* in Burman (red) *The fate of the child* 138 vir 'n vergelyking tussen die verslae van gesinsraadgewers in die Kantoor van die Gesinsadvokaat en sielkundiges se verslae.

prokureurs en regters, se beperkte kennis van die geestesgesondheidsberoep se metodes en teorieë is ook problematies. So byvoorbeeld word psigologiese inligting op 'n ander wyse as regsinsligting ingewin.²¹² Verder blyk geestesgesondheidspraktisy en welsynswerkers meer sensitief te wees vir die feit dat dit in die beste belang van die kind is indien gewig aan sy of haar stem verleen word as regspraktisy. Daar is tot op datum nog nie in Suid-Afrika navorsing gedoen oor die werksmetodes van die verskillende geestesgesondheids-praktisy by bewaringsaangeleenthede nie.²¹³ Die feit dat die verskillende deskundiges se werksmetodes verskil is problematies. Die deskundige getuie se kwalifikasie sowel as spesialisgebied beïnvloed sy of haar vermoë om die hof van hulp te wees. Die hof moet dus die waarde wat die verskillende dissiplines en kwalifikasies tot 'n saak kan toevoeg oorweeg. So byvoorbeeld waarborg 'n opleiding in sielkunde nie noodwendig die vermoë om met kinders betrokke by bewaringsdispute te handel nie. Akademiese opleiding van deskundige getuies moet aangevul word met opleiding op die gebied van bewaringsaangeleenthede en kinderswelsyn.²¹⁴ Die feit dat deskundiges verskillende toetse en metodes aanwend om 'n saak te evalueer veroorsaak probleme indien die hof 'n keuse moet uitoefen tussen twee metodes of toetse aangesien regters en prokureurs nie sielkundig opgelei is nie.²¹⁵

- (2) Indien 'n sielkundige 'n ongunstige verslag skryf ten opsigte van die party wat hom of haar genader het, word daardie verslag bloot deur 'n gunstige verslag van 'n ander deskundige vervang.
- (3) Partye nader soms 'n sielkundige wat hulle reeds in die verlede behandel het om 'n verslag te skryf. Dit bring etiese probleme mee. Dit is om hierdie rede dat die Amerikaanse "Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings" van die "American Psychological Association" duidelik stel dat dit nie wenslik is dat sielkundiges 'n evaluasie as deskundige getuie doen in aangeleenthede waar hy of sy in die verlede as enige van die partye se berader opgetree het nie. In Suid-Afrika blyk deskundige getuies nie 'n probleem hiermee te hê nie. In *Ex parte Critchfield*,²¹⁶ byvoorbeeld, het die

²¹² Bonthuys 2001 SALJ 334-336.

²¹³ Africa *et al* in Burman (red) *The fate of the child* 123.

²¹⁴ Bonthuys 2001 SALJ 336.

²¹⁵ Bonthuys 2001 SALJ 337-339.

²¹⁶ 1999 (3) SA 132 (W).

sielkundige wat die moeder behandel het namens haar getuig. Howe moet in sulke gevalle bedag wees op moontlike vooroordeel en die etiese aspekte daaraan verbonde.²¹⁷

- (4) Geestesgesondheidswerkers ondervind dikwels probleme met regsverteenvoerders. Redes hiervoor sluit in die feit dat regsverteenvoerders deskundige getuies aanmoedig om aanbevelings te maak waarvoor hulle nie gekwalifiseer is nie. Verder poog die regsverteenvoerder nie altyd om die impak van egskeiding te beperk nie maar slegs om sy of haar kliënt se belange te bevorder. Hulle plaas dus druk op deskundige getuies om positiewe verslae ten gunste van hul kliënte te skryf. Die deskundige se objektiwiteit kan bevraagteken word indien hy of sy deur 'n spesifieke een van die partye genader is om 'n verslag te skryf.²¹⁸ Daar moet in gedagte gehou word dat daar van deskundige getuies, soos in *Potgieter v Potgieter*²¹⁹ bevestig, verwag word om die hof objektief by te staan. Die hof het as volg bevind: "...for an expert whose task was to assist the court in an objective manner."²²⁰
- (5) Sielkundiges in die VSA het aangetoon dat hul opleiding gebrekkig is in die sin dat dit nie gespesialiseerde onderrig in evaluasie in bewaringsaangeleenthede insluit nie. Hulle word dus nie onderrig in die regsaspekte van bewaringsdispute nie. Verder bestaan daar geen konsensus oor die metode en kriteria (insluitend riglyne om die beste belang van die kind te bepaal) om in sulke aangeleenthede te volg nie. Die "American Psychological Association" het eers in 1994 sodanige riglyne opgestel.²²¹ Suid-Afrikaanse deskundiges behoort dieselfde probleme te hê. Daar bestaan egter geen sodanige riglyne in Suid-Afrika nie. Geestesgesondheidswerkers fokus op behandeling terwyl die doel van evaluasie by bewaringsaangeleenthede die bepaling van die beste belang van die kind is. Evaluasie moet die hof bystaan in besluitneming.²²² In die Suid-Afrikaanse sake *Van der*

²¹⁷ Bonthuys 2001 SALJ 334.

²¹⁸ Bonthuys 2001 SALJ 339-341. Sien verder, in die algemeen, Meintjies-Van der Walt "Step-by-step: Guidelines for lawyers and expert witnesses" 2001 *De Rebus* 36 vir riglyne vir regsverteenvoerders en hul deskundige getuies.

²¹⁹ [2007] SCA 47 (RSA).

²²⁰ Par 11.

²²¹ Bonthuys 2001 SALJ 332.

²²² Bonthuys 2001 SALJ 333.

*Linde v Van der Linde*²²³ en *Bethell v Bland*,²²⁴ byvoorbeeld, het die sielkundige verslae voorgestel dat die bewaring na 'n ruk herevalueer moet word. Die howe is daarop ingestel om 'n aangeleentheid finaal en so spoedig moontlik af te handel. Verder is private sielkundige dienste geweldig duur.²²⁵

- (6) Gesondheidsorgwerkers wat as deskundiges in bewaringsaangeleenthede getuig kan slegs 'n mening vorm oor die psigologiese beste belang van die kind. Hulle kan nie ten opsigte van ander faktore wat nie op die psigologiese gesondheid van die kind betrekking het getuienis lewer nie. Stereotipering van die gesin bring ook probleme mee. So byvoorbeeld word menings op die Westerse kerngesin gebaseer. Daar bestaan dus geen spasie vir ander gesinsvorme of vir alternatiewe praktyke deur ouers beoefen nie (byvoorbeeld homoseksualiteit).²²⁶

Die Suid-Afrikaanse posisie kan moontlik verbeter word deur kennisname van die bestuur hiervan in Amerika. In Amerika stel die bovermelde "Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings" van die "American Psychological Association" onder andere die volgende riglyne by evaluering in egskeidings waar daar minderjarige kinders betrokke is:

- (1) Die hoofdoel van evaluering is bepaling van die beste psigologiese belang van die kind.²²⁷
- (2) Die beste belang van die kind sowel as die welstand van die kind is van deurslaggewende belang.²²⁸
- (3) Die sielkundige sal gespesialiseerde kennis bekom ten einde die situasie te kan evalueer.²²⁹

²²³ 1996 (3) SA 509 (O).

²²⁴ 1996 (2) SA 194 (W) 201-206.

²²⁵ Bonthuys 2001 SALJ 332-333.

²²⁶ Bonthuys 2001 SALJ 342-344.

²²⁷ The American Psychological Association *Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings* (hierna "American Guidelines") (1994) kl 1.

²²⁸ American Guidelines kl 2.

²²⁹ American Guidelines kl 5.

- (4) Die sielkundige is bewus van persoonlike en gemeenskapsvooroordeel en praktiseer nie-diskriminerend.²³⁰
- (5) Die sielkundige vermy veelvuldige verhoudings. So byvoorbeeld raak die sielkundige nie professioneel by die ouer sowel as die kind betrokke nie.²³¹
- (6) Aanbevelings word gebaseer op die beste belang van die kind.²³²

Die volgende aanhaling uit die hof van eerste instansie se uitspraak deur die Appèlhof in *Potgieter v Potgieter*²³³ moet te alle tye in gedagte gehou word:

It is clear ... that expert opinion is not the mere conjecture, surmise or speculation of the expert: it is judgment in a matter of fact. It is equally clear, that whilst in many cases a court needs and benefits from an expert's opinion, the expert witness should not usurp the function of the court.²³⁴

Daar word aan die hand gedoen dat regters getuienis deur geestesgesondheidswerkers noukeurig moet ondersoek en oorweeg. Daar moet spesifieke aandag gegee word aan kwalifikasies, aan die spesifieke deskundige se verhouding met die partye, metodes en redes vir bevindings. Tensy deskundige getuienis die hof daadwerklik kan bystaan in bepaling van die beste belang van die kind, moet sodanige getuienis uitgesluit word as irrelevant. Partye tot 'n egskeiding word te maklik deur deskundiges as psigologies onbevoeg verklaar om na 'n kind om te sien terwyl hulle in elk geval tydens die duur van die huwelik na die kind omgesien het. Dit is in niemand se belang indien wrewelrige partye 'n uitgerekte sielkundige oorlog teen mekaar voer nie. Dit is beslis nie in die kind se belang indien hy of sy oor en oor aan sielkundige evaluasie blootgestel word nie. Daar bestaan geen twyfel dat geestesgesondheidswerkers 'n geweldig positiewe rol in die lewens van die partye by egskeiding kan speel nie. Daar moet egter daarteen gewaak word dat aspekte van behandeling nie die regsaspekte beïnvloed nie. Die reg het nie behandeling voor oë nie, maar regverdige beslegting van geskille.²³⁵

²³⁰ American Guidelines kl 6.

²³¹ American Guidelines kl 7.

²³² American Guidelines kl 14.

²³³ [2007] SCA 47 (RSA).

²³⁴ Par 16.

²³⁵ Bonthuys 2001 SALJ 345-346.

4.5 Die fisieke gesondheid van die ouer

However limited his bodily strength may be, a handicapped parent is a whole person to the child who needs his affection, sympathy, and wisdom to deal with the problems of growing up. Indeed, in such matters his handicap may well be an asset: few can pass through the crucible of severe physical disability without learning enduring lessons in patience and tolerance.²³⁶

The better cases in law all suggest that judges must look at the actual facts of the case. You have to look at the impact on the child: you can't just say "AIDS!" and let that decide your case. You have to ask, "Is this person physically disabled?" if the answer is "Yes," you can plug that information into the existing jurisdictional body of the family and custody law.²³⁷

Myns insiens is die boonste aanhalings wyse woorde. Selfs indien die persoon as gevolg van MIV/vigs medies ongeskik of gestrem is, moet die howe van die standpunt uitgaan dat so 'n gestremdheid nie noodwendig die bevoegdheid van die ouer om na die kinders om te sien beïnvloed nie. Die howe moet die impak van die gestremdheid op die kinders oorweeg. Daar bestaan geen rede waarom 'n MIV-positiewe persoon nie, met hulp, na sy of haar kinders kan omsien nie.²³⁸

As gevolg van die onbestendigheid van die verskillende fases van MIV-infeksie en die verskeidenheid van simptome, is dit moeilik om akkurate inligting rakende 'n geïnfecteerde ouer se fisieke en psigiese gesondheid te bekom. Slegs 'n gekwalifiseerde mediese praktisyn kan 'n individu se huidige toestand evalueer en moontlike lewensverwagting skat. Die aard van die infeksie en vooroordeel ten opsigte van slagoffers dwing MIV-positiewe persone om soms in regsgedinge betrokke te raak ten einde hul eie regte sowel as die regte van gesinslede te beskerm.²³⁹

In normale bewaringsaangeleenthede oefen die howe enorme diskresie uit. Die uitslag van 'n regsgeeding hang af van die voorsittende beampte se waardeskatting van die gesin. By verlening van 'n bevel moet die hof 'n balans handhaaf tussen 'n bevel wat uiting gee aan die kind se beste belang, en die persoonlike vooroordele en vrese van die ouers. Die kans dat 'n

²³⁶ Aanhaling uit die Amerikaanse beslissing *In re Marriage of Carney* 24 Cal. 3d 725, 598 P.2d 36, 157 Cal. Rptr. 383 (1979) aangehaal in Mahon 1988 *New York University Law Review* 1125.

²³⁷ Glen "Family law, divorce, and AIDS" in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 227-228.

²³⁸ Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the Courts* 228.

²³⁹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1094. Sien verder, in die algemeen, Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 235.

hof by die bepaling van bewaring 'n bevel gegrond op vooroordeel sal verleen neem dramaties toe wanneer die vrees, onkunde en vooroordeel wat met MIV/vigs gepaard gaan by die emosionele spanning in 'n bewaringsgeding gevoeg word.

In die Amerikaanse saak *Stewart v Stewart*²⁴⁰ het die hof van appèl bevind dat MIV/vigs nie *per se* 'n rede is om die ouer van bewaring oor of toegang tot die kind te ontnem nie.²⁴¹ Mahon, 'n Amerikaanse skrywer, is van mening dat, vanweë die erns van MIV-infeksie, die gewig wat die ouer se MIV-infeksie as faktor in die bepaling van bewaring oor 'n kind dra, bepaal moet word. Alvorens die beste belang van 'n kind in 'n bewaringsaangeleentheid bepaal word moet die hof bepaal op watter wyse die infeksie van die ouer die welsyn van die kind beïnvloed. Die hof kan nie die MIV-infeksie van 'n ouer uit die kind se lewe "verwyder" nie. Die hof kan wel die kind se aanvaarding en begrip van die realiteit bevorder deur 'n medies goed-nagevorste en ingeligte besluit gebaseer op deskundige getuienis te neem aangaande die mediese toestand van die ouer en die impak daarvan op die beste belang van die kind.²⁴² Die moontlikheid dat die kind in die normale loop van omstandighede met die bloed van die MIV-positiewe ouer in aanraking kan kom en sodoende geïnfekteer kan raak is so onwaarskynlik dat dit bloot spekulatief is. Die hofbeslissing moet gegrond wees op verifieerbare, aanneemlike risiko's en nie op bespiegeling nie, byvoorbeeld die feit dat die ouer seksuele omgang met die kind het, of dwelms by wyse van spuitnaalde misbruik, of op 'n wyse optree wat nie in die beste belang van die kind is nie.²⁴³

Die hof behoort onder andere die volgende in gedagte te hou by die bepaling van die beste belang van die kind in gevalle waar die een ouer MIV-positief is:

- (1) Aangesien die hofbevel moontlik van die uitslag van 'n MIV-toets afhang moet die hof homself vergewis van die aard en proses van MIV-toetsing, die verskillende toetse beskikbaar, akkuraatheid van die toetse en die bestaan van 'n "vensterperiode" (indien 'n

²⁴⁰ No. S485-1128 (Sup.Ct. Marion City, Ind., Oct. 9, 1986) rev'd 521 N.E.2d 956 (Ind. Ct App. 1988). Sien in die algemeen Mahon 1988 *New York University Law Review* 1120.

²⁴¹ Sien verder, in die algemeen, Miller in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 231 vir 'n bespreking van hierdie saak.

²⁴² Mahon 1988 *New York University Law Review* 1097.

²⁴³ Rozovsky & Rozovsky *AIDS and Canadian law* 40-41.

persoon hoë-risiko seks beoefen moet die toets byvoorbeeld gereeld gedoen word ten einde te verhoed dat die persoon in die “vensterperiode” vals negatief toets).²⁴⁴

- (2) 'n Ouer kan nie in die normale loop van omstandighede MIV aan 'n kind oordra nie.²⁴⁵ Die normale loop van omstandighede sluit in druk, soen, deel van 'n kombuis en badkamer, ensovoorts.²⁴⁶
- (3) Nie alle MIV-positiewe persone toon dieselfde simptome nie. Verder bestaan die siekte uit verskillende fases.²⁴⁷ Slegs 'n gekwalifiseerde mediese praktisyn kan die werklike fisieke toestand en prognose van 'n siek ouer bepaal.²⁴⁸
- (4) Die diagnose van MIV is nie noodwendig 'n diagnose van vigs nie. Dit is moontlik dat 'n ouer ten tye van die hofgeding nie vigs onder lede het nie.²⁴⁹
- (5) Die hof moet homself deeglik vergewis van die emosionele impak van die egskeiding en die siekte van die een ouer op die kind.²⁵⁰ Die hof moet vasstel welke reëling die las van die egskeiding en die siekte op die kind beperk.²⁵¹

Alvorens die hof toelaat dat die ouer se fisieke gesondheid 'n rol speel in besluitneming moet die hof seker maak dat daar 'n *nexus* bestaan tussen die gesondheidstoestand van die ouer en die welstand van die kind. Enige omstandighede of gedrag van die MIV-positiewe ouer wat nie die welstand van die kind raak nie val buite die omvang van die hof se ondersoek.²⁵² In die

²⁴⁴ Met hoë-risiko seks word bedoel seks waar die partye daarby betrokke 'n groot gevaar loop om MIV op te doen as gevolg van beoefening van onveilige seksuele praktyke.

²⁴⁵ Sien in die algemeen Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 18 in verband met die wyses van oordrag van die virus.

²⁴⁶ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1101.

²⁴⁷ Sien, in die algemeen, Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* vir 'n bespreking van die fases en simptome van die siekte.

²⁴⁸ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1105.

²⁴⁹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1106. Sien verder, in die algemeen, Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* vir 'n bespreking van die verskil tussen MIV en vigs sowel as die verskillende stadia van die siekte.

²⁵⁰ Sien par 1 hierbo. Sien verder, in die algemeen, Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 239-240.

²⁵¹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1107.

²⁵² Mahon 1988 *New York University Law Review* 1124.

Amerikaanse saak *In re Marriage of Carney*²⁵³ het die hof riglyne neergelê ten einde vas te stel of daar 'n *nexus* tussen die ouer se mediese ongeskiktheid of gebrek en die kind se welsyn bestaan. In plaas daarvan om die ouer se mediese ongeskiktheid of gebrek as *prima facie* bewys van die ouer se onvermoë om na die kind om te sien te aanvaar, moet die hof ondersoek na die volgende instel:

- (1) Die ouer se feitelike en potensiële fisieke vermoëns.
- (2) In welke mate die ouer fisiek, emosioneel en finansiëel by die mediese ongeskiktheid of gebrek aangepas het. Die mate van vereiste aanpassing hang af van die fase van die infeksie en van die tipe regte wat die ouer verlang ten opsigte van die kind (toegangsregte verlang byvoorbeeld 'n mindere mate van aanpassing as bewaringsregte).²⁵⁴
- (3) In welke mate ander lede van die huishouding, en spesifiek die kind, by die ouer se mediese ongeskiktheid of gebrek aangepas het. Die hof moet fokus op die kind se reaksie op die ouer se siekte sowel as die psigologiese begrip van die kind ten opsigte van die siekte en die naderende dood van die ouer.²⁵⁵
- (4) Enige spesiale bydraes wat die ouer tot die gesin gemaak het ten spyte van, of as gevolg van, sy of haar mediese ongeskiktheid of gebrek.²⁵⁶

Na aanleiding van die *Carney*-beslissing het verskeie Amerikaanse howe reeds bevind dat verwydering van 'n kind uit 'n ouer se sorg bloot op grond van die feit dat die ouer medies ongeskik of gestrem is, nie noodwendig die beste belang van die kind dien nie. So 'n ouer en kind verdien 'n regverdigde hofondersoek na die omstandighede. Verder blyk dit duidelik uit onder andere *Perry v Perry*²⁵⁷ dat die Amerikaanse howe van mening is dat 'n wysiging van die bewaringsbevel nie die enigste oplossing is in gevalle waar 'n medies ongeskikte of gestremde bewarende ouer finansiëel swaarkry nie. Indien die medies ongeskikte of gestremde ouer die primêre versorger van die kind is, is 'n verhoging in die onderhoudsbedrag wat die ander ouer

²⁵³ 24 Cal. 3d 725, 598 P.2d 36, 157 Cal. Rptr. 383 (1979).

²⁵⁴ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1140.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1125.

²⁵⁷ 33 N.C. App.139, 234 S.E.2d 449, cert.denied, 292 N.C. 730, 235 S.E.2d 784 (1977).

betaal 'n beter oplossing tot die probleem as om die kinders uit die bewaring van die MIV-positiewe ouer te verwyder.²⁵⁸

Nou moet die vraag gevra word of die Amerikaanse howe MIV/vigs as 'n mediese ongeskiktheid of gebrek beskou. In *Doe v Doe*²⁵⁹ het die hof bevind dat MIV/vigs wel 'n mediese ongeskiktheid of gebrek is ingevolge die reg met betrekking tot bewaring van kinders. In hierdie aangeleentheid het die hof die riglyne wat in die *Carney*-beslissing uiteengesit is, toegepas ten einde vas te stel of die ouer se MIV/vigs relevant tot die bewaringsdispuut is. Die hof het verder deskundige getuies aangestel wat getuig het dat verwydering van die kinders uit die sorg van die langtermyn bewarende MIV-positiewe ouer slegs op grond van die feit dat die ouer se lewensverwagting drasties verkort het, nie in die beste belang van die kinders is nie.²⁶⁰

4.6 Behoud van die bestaande reëling

Wêreldwyd toon studies dat die *status quo* een van die dominante faktore is in die bepaling van bewaringsbevele. Die howe is nie geneë om kinders rond te beweeg nie aangesien stabiliteit en sekuriteit 'n belangrike rol in 'n kind se lewe speel.²⁶¹ Huidige bewaringsreëlings is egter nie altyd in die beste belang van die kind nie aangesien tydelike reëlings ten opsigte van bewaring dikwels getref is in 'n tyd van verwarring en ontsteltenis. Die kansse bestaan dat 'n ouer met tydelike bewaring moontlik die proses kan vertraag indien so 'n ouer besef dat die *status quo* sy of haar posisie verbeter om 'n permanente bevel te verkry.²⁶² In *French v French*²⁶³ het die hof die kind se behoefte aan stabiliteit, sekuriteit, bestendigheid en die wenslikheid daarvan om nie die bestaande omgewing te versteur nie beklemtoon. Dit lei daartoe dat bewaring nie sommer herstel word indien dit eers verloor is nie. Hierdie siening van die Suid-Afrikaanse howe strook met dié van ander Westerse howe. Die Engelse *Children Act, 1989* bepaal dat 'n hof, in gevalle waar aansoek om wysiging van 'n bestaande bevel

²⁵⁸ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1126-1127.

²⁵⁹ 526 N.Y.S.2d 718 (Sup. Ct. 1988).

²⁶⁰ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1128.

²⁶¹ Bosman-Swanepoel *et al Custody and visitation disputes: A practical guide* 59 ev.

²⁶² Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 67-68.

²⁶³ 1971 (4) SA 298 (W).

gedoen word, die impak van die verandering van omgewing op die kind moet oorweeg. Die statutêre benadering in die Engelse reg ondersteun die siening van die howe dat die “voortsetting van versorging” die belangrikste deel van ’n kind se gevoel van sekuriteit uitmaak en dat ontwrigting van gevestigde bande so ver as moontlik vermy moet word.²⁶⁴

4.7 Die invloed van “skuld”

Skuld was vir ’n geruime tyd lank die hoeksteen van alle egskeidingsaangeleenthede. Skuld het selfs die uitkoms in bewaringsaangeleenthede en onderhoud bepaal. Hierdie benadering het nou plek gemaak vir die beste belang van die kind-maatstaf.²⁶⁵

Die vraag moet gevra word of die ouer wat die grootste skuld aan die egskeiding het se kans om bewaring oor die kinders te verkry deur sy of haar skuld geraak word. Voor inwerkingtreding van die Egskeidingswet was die gronde vir egskeiding gebaseer op skuld. Inwerkingtreding van die wet het egter hierdie praktyk in ’n mate gestuit.²⁶⁶ Die Appèlhof (soos dit toe bekendgestaan het) het in *Fletcher v Fletcher*²⁶⁷ reeds bevind dat die toekenning van bewaring aan een ouer nie geskied ten einde die ander ouer te straf nie, maar dat ’n spesifieke bevel rakende bewaring gemaak word ten einde die beste belange van die kind te bevorder.²⁶⁸ Die poging om oor te skakel van “skuld”-egskeidings na “geen skuld”-egskeidings het egter agterweë gebly in die bepalinge van artikel 9 (verbeuring van vermoënsregtelike voordele) van die Egskeidingswet²⁶⁹ sowel as die toekenning van onderhoud.²⁷⁰ Hierdie aangeleenthede raak nie die belang van die kinders direk nie en word nie hier verder bespreek nie maar dien slegs as voorbeelde dat die beginsel van “geen skuld”-egskeiding nie ongekwalifiseerd in die Suid-Afrikaanse reg geld nie.

²⁶⁴ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 83.

²⁶⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 107.

²⁶⁶ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 75.

²⁶⁷ 1948 (1) SA 130 (A).

²⁶⁸ Cronjé & Heaton *Familiereg* 186.

²⁶⁹ *Wijker v Wijker* 1993 (4) SA 720 (A) 729J.

²⁷⁰ *Swart v Swart* 1980 (4) SA 364 (O).

Die hof het in die *McCall*-beslissing bevind dat die morele geskiktheid van die ouer in ag geneem moet word by die bepaling van die beste belang van die kind.²⁷¹ Hierdie faktor dui daarop dat die “skuld” van die een ouer tog die beste belang van die kind in bewaringsaangeleenthede kan raak. Van Heerden is van opinie dat hierdie faktore in ag geneem moet word slegs indien, en dan slegs in die mate waartoe, ’n ouer se seksuele oriëntasie, godsdienstige en kulturele gelowe en praktyke, persoonlikheids- en karaktertrekke, gedrag, ensovoorts ’n negatiewe impak op die geluk en die ontwikkeling van die kind het.²⁷² Spiro is van mening dat die “skuld” van een ouer of die “skuld” van albei ouers nie ligtelik moet bydra tot die besluit van die hof nie.²⁷³ Die hof behoort ongeneë te wees om toe te laat dat die regte van die ouer inmeng met die besluit, behoort nie die kinders sonder meer te skei nie en behoort nie die kinders sonder meer by derdes te plaas nie.²⁷⁴

In bewaringsaangeleenthede kan die hof maklik aanvaar dat die ouer se MIV-infeksie dui op “immorele of ongewenste” gedrag, byvoorbeeld seksuele promiskuiteit, homoseksualiteit of dwelmmisbruik, en dan bewaring *per se* as gevolg hiervan aan die ander ouer toeken. Die hof moet egter in gedagte hou dat daar, net soos by die mediese ongeskiktheid of gebrek van ’n ouer, ’n verband tussen die ongewenste gedrag van die ouer en die beste belang van die kind moet bestaan alvorens die hof die ouer van bewaring ontnem op grond van die ouer se gedrag. So ook behoort ongewenste gedrag van die verlede nie as *prima facie* getuienis van huidige ongewenste gedrag te dien nie. Die hof moet nie bewaringsbevele aanwend om die ouer vir ongewenste gedrag te straf nie. ’n Bewaringsbevel moet op die kind, en nie op die ouer nie, fokus. So kan ’n hof nie ’n MIV-positiewe ouer van bewaring ontnem bloot op grond van die feit dat die siekte dui op moontlike ongewenste gedrag nie.²⁷⁵

²⁷¹ Sien par 3 hierbo.

²⁷² Soos aangehaal in Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 75.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1133-1134.

4.8 Die invloed van vooroordeel van die gemeenskap

Die vrese en vooroordeel van die gemeenskap ten opsigte van MIV/vigs en MIV-positiewe persone kan maklik manifesteer in vermyding van die kind en sy of haar gesin.²⁷⁶

Artikel 9 van die Grondwet bepaal dat geen persoon of die staat regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) mag diskrimineer nie. Verder bepaal subartikel (4) dat nasionale wetgewing verorden moet word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet. Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000 (hierna “die Gelykheidswet”) het na aanleiding van artikel 9(4) van die Grondwet in werking getree. Artikel 9 en die Gelykheidswet word nie in hierdie proefskrif volledig bespreek nie. Dit is egter belangrik om vir doeleindes van bewaring kennis te neem van die bestaan en doelwitte van die genoemde artikel en wet.

Ingevolge die Gelykheidswet²⁷⁷ is een van die doelwitte van die wet om diskriminasie, haatspraak en teistering ten opsigte van gestremdheid te verbied. Artikel 9 van dieselfde wet stel dat diskriminasie insluit “...failing to eliminate obstacles that unfairly limit or restrict persons with disabilities from enjoying equal opportunities or failing to take steps to reasonably accommodate the needs of such persons.” Vir doeleindes van hierdie proefskrif, word MIV/vigs as ’n gestremdheid beskou indien die laaste fases van die siekte bereik word en die MIV-positiewe persoon nie meer ’n normale lewe kan lei nie.²⁷⁸ Artikel 11 verbied teistering spesifiek. Verder maak artikel 16 en verder voorsiening vir die instelling van gelykheidshowe ten einde gelykheid af te dwing. Artikel 28 bepaal dat, indien bewys word dat onbillike diskriminasie ten opsigte van gestremdheid ’n rol in enige misdad gespeel het, hierdie feit as strafverswarend beskou moet word. Dit blyk duidelik uit die Gelykheidswet dat onbillike diskriminasie ten opsigte van gestremdheid in ’n uiters ernstige lig beskou word.

²⁷⁶ Miller in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 235.

²⁷⁷ A 2.

²⁷⁸ Sien hfst 3, par 2.1 hierbo vir ’n bespreking van MIV/vigs as ’n gestremdheid.

Verskeie Amerikaanse howe het reeds bevind dat die gemeenskap se vooroordele ten opsigte van die ouer nie in die ondersoek tydens bewaringsaangeleenthede ingesluit moet word nie.²⁷⁹

Die Amerikaanse hof het in *Palmore v Sidoti*²⁸⁰ bevind dat "...the Constitution cannot control such prejudices but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law but the law cannot, directly or indirectly, give them effect." In hierdie beslissing het die hof geweier om die bewaringsbevel te wysig op grond van die feit dat 'n moeder saam met 'n anderskleurige persoon gewoon het. Dieselfde logika behoort in die geval van die gemeenskap se vooroordele met betrekking tot MIV-positiewe persone te geld.²⁸¹

In 'n verdere Amerikaanse beslissing, *Conkel v Conkel*,²⁸² het die hof bevind dat die beste belang van die kind nie gedien word indien die vooroordeel van die gemeenskap ten opsigte van 'n ouer, insluitend 'n MIV-positiewe ouer, as faktor dien in die bepaling van die beste belang van die kind nie. Die Amerikaanse hof het in *Commonwealth ex Re Lucas v Kreischer*²⁸³ bevind dat, indien 'n kind in 'n gelukkige omgewing grootword, so 'n kind vooroordeel of enige ander teenspoed later in sy of haar lewe kan oorkom. In *M.P. v S.P.*²⁸⁴ het die Amerikaanse hof bevind dat om die kind uit die bewaring van die ouer ten opsigte van wie die gemeenskap bevooroordeel is weg te neem, nie noodwendig die vooroordeel stuit nie. Die howe moet afstand doen van die idee dat hulle kinders teen vooroordeel kan beskerm. Eers dan kan die beste belang van die kind in bewaringsaangeleenthede seëvier. Vooroordeel ten opsigte van MIV-positiewe persone is op onkunde gebaseer en sodanige vooroordeel kan slegs met opvoeding en inligting uit die weg geruim word.²⁸⁵

²⁷⁹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1135.

²⁸⁰ 466 U.S. 429 (1984).

²⁸¹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1135.

²⁸² 31 Ohio App. 3d 169, 173, 509 N.E.2d 983, 987 (1987).

²⁸³ 450 Pa. 352, 356, 299 A.2d 243,246 (1973).

²⁸⁴ 169 N.J. Super. 425,427,404 A.2d 1256,1262 (App. Div. 1979).

²⁸⁵ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1135 ev.

4.9 Die invloed van 'n MIV-positiewe derde wat 'n woning met 'n kind deel

Kan die hof 'n bewaringsbevel wysig bloot op grond van die feit dat 'n derde in 'n huishouding, byvoorbeeld 'n stiefouer, MIV-positief is? 'n MIV-positiewe derde behoort oor dieselfde kam geskeer te word as 'n MIV-positiewe ouer in aangeleenthede wat die kind raak.²⁸⁶ Die Suid-Afrikaanse hof het tot op datum nog nie hieroor beslis nie. Daar word dus na Amerikaanse reg in hierdie verband verwys.

In die Amerikaanse beslissing van *Newton v Riley*²⁸⁷ het die hof bevind dat MIV/vigs alleen nie genoeg rede is om 'n bewaringsbevel te wysig nie. Tensy die kind seksueel misbruik word deur die MIV-positiewe persoon kan die virus nie oorgedra word bloot deur 'n huishouding met so 'n persoon te deel nie. Verder het die hof bevind dat die beste belang van die kind in hierdie gevalle ook van deurslaggewende belang is.²⁸⁸

Volgens die Amerikaanse skrywer Stevens²⁸⁹ moet die partye se fisieke sowel as psigiese gesondheid oorweeg word. Waar die bewarende ouer nie geïnfekteer is nie, behoort die infeksie van die derde nie die ouer se bewaringsbevoegheid te raak nie. In gevalle waar die infeksie van die derde slegs een van 'n aantal faktore is wat die ouer onbevoeg maak om bewaring uit te oefen, behoort die hof sy diskresie uit te oefen en 'n bevel te gee waar die beste belang van die kinders van deurslaggewende belang is.

Die enigste rede waarom 'n Suid-Afrikaanse hof moontlik in die toekoms bewaring aan die ander ouer sal toeken indien 'n persoon in die huishouding van 'n bewarende ouer MIV-positief is, sal wees in gevalle waar die applikant kan bewys dat die bewarende ouer, as gevolg van die versorging van die MIV-positiewe derde, nie behoorlik na die kind kan omsien nie.²⁹⁰

²⁸⁶ Stevens 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 168.

²⁸⁷ 899 S.W.2d 509 (Ky. Ct. App 1995) soos aangehaal uit Stevens 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 166.

²⁸⁸ "Family Law" *HIV insite* hivinsite.ucsf.edu (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

²⁸⁹ Stevens 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 179.

²⁹⁰ *Ibid.*

4.10 Homoseksuele ouerskap

Dit is noodsaaklik om kortliks na die huidige houding van die Suid-Afrikaanse howe teenoor 'n homoseksuele ouer te verwys. Die redes hiervoor is die feit dat die breë publiek sowel as die howe, in sommige gevalle waarna hieronder verwys sal word, homoseksualiteit afkeur. In die

tweede plek word homoseksualiteit deur sommige mense as sinoniem met MIV/vigs gesien. Daar bestaan egter geen gronde vir hierdie aannames nie.²⁹¹ Verder moet die Amerikaanse beslissing *Conkel v Conkel*²⁹² kortliks bespreek word ten einde aan te toon dat die seksuele voorkeure van die ouer nie die kind se kans om MIV/vigs op te doen vergroot nie.

In *Van Rooyen v Van Rooyen*²⁹³ het die hof bevind dat dit nie in die beste belang van die kinders is om aan 'n lesbiese moeder se lewenstyl blootgestel te word nie en is haar regte ten opsigte van die kinders op grond hiervan beperk. Die uitspraak is gekenmerk deur veroordelende opmerkings oor die abnormaliteit en onaanvaarbaarheid van homoseksualiteit. Hierdie uitspraak is gelewer voor die inwerkingtreding van die Interimgrondwet en sou, indien vandag gelewer, waarskynlik ongrondwetlik verklaar word aangesien dit neerkom op onbillike diskriminasie en die reg op vryheid van assosiasie skend. In *V v V*²⁹⁴ het die hof die uitspraak in *Van Rooyen* veroordeel en bevind dat dit teen die bepalings van die Grondwet is om homoseksuele oriëntasie as abnormaal te beskryf.²⁹⁵

In *Conkel*²⁹⁶ het die bewarende moeder van die kind die volgende redes aangevoer waarom die homoseksuele vader se toegangsregte tot die kinders beperk moet word: sy vrees dat die kinders homoseksuele neigings sal ontwikkel indien hulle te veel tyd saam met die vader

²⁹¹ Sien in die algemeen Whiteside & Sunter *AIDS: The challenge for South Africa* 37 waar daar aangetoon word dat homoseksuele dade geen groter risiko vir opdoening van MIV/vigs as enige ander seksuele aktiwiteite toon nie. Sien verder a 9 (die gelykheidsklousule) van die Grondwet en die Gelykheidswet met betrekking tot diskriminasie op grond van seksuele oriëntering.

²⁹² 509 N.E.2d 983 (Ohio Ct. App.1987).

²⁹³ 1994 (4) SA 325 (W).

²⁹⁴ 1998 (4) SA 169 (K).

²⁹⁵ Cronjé & Heaton *Familiereg* 174.

²⁹⁶ 509 N.E.2d 983 (Ohio Ct. App.1987).

deurbring, sy vrees dat die kinders MIV sal opdoen en sy vrees dat die kinders aan die gemeenskap se vooroordeel ten opsigte van die vader se leefstyl blootgestel sal word. Die hof van appèl het die moeder se aansoek van die hand gewys en wel om die volgende redes. Eerstens veroorsaak 'n ouer se seksuele voorkeur nie dieselfde seksuele voorkeur by kinders nie. Tweedens is die vader nie MIV-positief nie en kan 'n kind in elk geval nie in die normale loop van omstandighede MIV opdoen deur 'n huishouding met 'n MIV-positiewe ouer te deel nie. Derdens het die hof die uitspraak in *Palmore*²⁹⁷ gevolg wat betref sosiale stigma en vooroordeel. *Conkel* is 'n belangrike uitspraak vir homoseksuele ouers aangesien dit die publieke histerie rondom MIV/vigs en homoseksualiteit aanpak en besweer.²⁹⁸ Die hof van appèl het in *North v North*²⁹⁹ die uitspraak in *Conkel* gehandhaaf.

4.11 Die beginsels van “moederlike voorkeur” (“maternal preference”) en die “primêre versorger” (“primary caretaker”)

Volgens die beginsel van moederlike voorkeur word bewaring van baie jong kinders en dogters van alle ouderdomme gewoonlik aan die moeder toegeken tensy bewys word dat die moeder nie 'n gepaste ouer is nie of dat die vader se omstandighede van so 'n aard is dat hy beter in die behoeftes van die kinders kan voorsien.³⁰⁰ Hierdie beginsel gaan nie hier in detail bespreek word nie aangesien dit myns insiens geen direkte verband hou met die toekenning van bewaring aan 'n ouer met MIV/vigs nie.³⁰¹ Daar moet egter in gedagte gehou word dat die veronderstelling dat die moeder noodwendig in 'n beter posisie is om na jonger kinders om te sien besig is om uit te faseer en nie meer as 'n belangrike faktor in die toekenning van bewaring geld nie.³⁰² Dit mag moontlik in sekere gevalle meer wenslik wees dat jonger kinders

²⁹⁷ Sien par 4.8 hierbo.

²⁹⁸ Stevens 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 176.

²⁹⁹ 648 A.2d 1025 (Md.Ct. Spec. App. 1994).

³⁰⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 650 (hfst 14) sowel as bl 199 van die finale verslag van die Regshervormingskommissie.

³⁰¹ Sien in die algemeen Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 76.

³⁰² Clark 2000 *Stell LR* 8.

in die moeder se sorg gelaat word, maar elke geval moet afsonderlik en op meriete beoordeel word en geen algemene reël behoort in hierdie verband te bestaan nie.³⁰³

Daar word kortliks na die “primêre versorger”-beginsel verwys aangesien dit aangedui word as alternatief vir die beginsel van moederlike voorkeur en gesamentlike bewaring.

Regter Hattingh het in *Van der Linde v Van der Linde*³⁰⁴ die aanname verwerp dat moeders beter na kinders omsien as vaders.³⁰⁵ Hy het, in ooreenstemming met die geslagsgelykheidsbepalings van die Grondwet, die volgende bevind:

In die huidige tydsgewrig betwyfel ek of daardie aanname sonder meer as 'n 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. Dit behels die teergevoelige gehegtheid wat voortvloei uit die aandag wat van dag tot dag bestee word aan die kind se behoeftes aan liefde, fisieke versorging, voeding, vertroosting, gerustheid, geborgenheid, bemoediging en onderskraging. Alleenlik die ouer wat hierdie behoefte kan bevredig sal daarin slaag om 'n psigologiese band met die kind te smee in welke ouer se sorg die kind kan ervaar dat sy bestaan nog veelbeduidend is, en wat met toegeneentheid beskut en beskerm word. Bemoedering veronderstel om onvoorwaardelik liefde te kan betoon sonder om noodwendig 'n teenprestasie te verwag.³⁰⁶

Die hof het verder in *Madiehe (born Ratlhogo) v Madiehe*³⁰⁷ bevind dat “...the test... is simply the best interests of the child. It follows that if the father can provide what is in the best interests of the child, he is the proper person to be awarded custody of the child. Similarly if the mother is better equipped to provide what the child needs, then she has the better claim”.

Dit blyk dat daar een realistiese alternatief vir gesamentlike bewaring bestaan: 'n alternatief wat die ongelykhede tussen die geslagte die beste sal aanroer en die mees aanvaarbare bewaringsreël vir al die partye tot gevolg sal hê, naamlik die beginsel van die primêre

³⁰³ Sien in die algemeen Kaganas “Joint custody and equality in South Africa” 1994 *Acta Juridica* 178 ev vir 'n bespreking van “maternal preference” en die Grondwet.

³⁰⁴ 1996 (3) SA 509 (O).

³⁰⁵ Sien verder in die algemeen *Van Pletzen v Van Pletzen* 1998 (4) SA 95 (O) en *Madiehe (born Ratlhogo) v Madiehe* [1997] 2 All SA 153 (B) waar die beginsel van moederlike voorkeur ook verwerp is.

³⁰⁶ *Van der Linde v Van der Linde* 1996 (3) SA 509 (O) 515B-D.

³⁰⁷ [1997] 2 All SA 153 (B) 157F-G.

versorger. In verskeie Amerikaanse state, onder andere West Virginia, bestaan daar 'n vermoede ten gunste van die primêre versorger. 'n Verdere aantal state het hierdie beginsel ingesluit by verskeie ander faktore ten einde die beste belang van die kind te bepaal. Hierdie beginsel het tot gevolg dat bewaring aan die ouer wat tot op datum die dag-tot-dag versorging van die kinders behartig het, toegeken word. Die beginsel van "primêre versorger" beperk regterlike diskresie. Voorsittende beamptes is tot dusver gekritiseer vir bevordering van geslagstereotipering en onregverdigde bevoordeling van moeders.³⁰⁸ Hierdie beginsel verminder verder onsekerheid en skadelike en onnodige litigasie. Verder erken hierdie beginsel die probleme verbonde aan die bepaling van die beste belang van die kind en verskuif dit die fokus na oorweging van die *status quo ante*. Die primêre versorger se verbintenis en bevoegdheid om in die kinders se behoeftes te voorsien is makliker vasstelbaar en meer betroubaar as toekomstige voorspellings rakende die ander ouer se vermoëns om na die kinders om te sien. Ten spyte van die feit dat die "primêre versorger"-beginsel tans moeders bevoordeel, kan dit op 'n geslagsneutrale wyse funksioneer. Dit bevoordeel vaders wat tot op datum vir die helfte van die versorging van die kinders verantwoordelik was sowel as vaders wat die primêre versorgers is. Waar die ouers in gelyke dele vir versorging van die kinders verantwoordelik was kan 'n bevel vir gesamentlike bewaring gemaak word. In so 'n geval sal 'n bevel vir gesamentlike bewaring gepas wees. Die ouer wat nie die primêre versorger van die kinders is nie, om watter rede ook al (hy of sy is miskien die broodwinner), maar steeds 'n betrokke en toegewyde ouer is, kan dan behoorlike toegang tot die kinders verkry.³⁰⁹

Daar is geen maklike oplossings by die verbrokkeling van 'n gesin nie. Die beginsel van die primêre versorger blyk die mees realistiese en billike oplossing te wees by bewaringsaangeleenthede. Gesamentlike bewaring kan moontlik onpraktiese en onbillike resultate lewer. In teorie is albei ouers verantwoordelik vir die grootmaak en versorging van hul kinders. In praktyk blyk dit nie so maklik te wees nie. Gesamentlike bewaring is slegs werkbaar in gevalle waar die ouers werklik die versorging en opvoeding van die kinders deel.³¹⁰

³⁰⁸ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 183.

³⁰⁹ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 183-184.

³¹⁰ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 184. Sien verder in die algemeen Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 822 ev.

4.12 Gesamentlike bewaring

Gesamentlike bewaring word wêreldwyd toenemend beskou as 'n werkbare en meer voordelige alternatief vir uitsluitlike bewaring. Daar word aangevoer dat dit in sommige gevalle die beste wyse is om die nadelige en traumatiese impak van egskeiding op kinders te beperk.³¹¹ Gesamentlike bewaring word nie ingevolge die Egskeidingswet gereël of gedefinieer nie. Dit is egter gevestigde reg dat 'n hof so 'n bevel kan verleen indien dit in die beste belang van die kind blyk te wees. Gesamentlike bewaring kan verskeie vorms aanneem. Schäfer³¹² beskryf dit soos volg:

An order of joint custody has the effect of vesting control over the child's daily life and person in both parents and has the advantage of restraining either parent from assuming a dominant role in the child's upbringing.

Die hof het in *Krugel v Krugel*³¹³ redes aangevoer waarom gesamentlike bewaring moontlik in die beste belang van die kind kan wees:³¹⁴

- (1) Gesamentlike bewaring moet gesien word as potensieel bydraend tot die bevordering van kinderregte en geslagsgelykheid. Kinders het die reg om kontak met albei ouers te hê en deur albei ouers opgevoed en versorg te word.³¹⁵
- (2) Gesamentlike bewaring is nie gegrond op die "winner takes all"-beginsel nie. Probleme rondom betaling van onderhoud voortspruitend uit bitterheid aangaande die bewaringsbevel word sodoende gestuit.³¹⁶
- (3) Die verskeie argumente teen gesamentlike bewaring bevorder nie die beste belang van die kind nie.³¹⁷

³¹¹ Van Westing "Faktore vir die verlening van 'n bevel van gesamentlike toesig en beheer na 'n egskeiding" 1995 *TSAR* 606.

³¹² Schäfer in Clark (red) *Schäfer Family Law Service* (losblad) par E44.

³¹³ 2003 (6) SA 220 (T).

³¹⁴ Sien in die algemeen Schulze "Law reports: Husband and wife" 2004 *De Rebus* 42.

³¹⁵ *Krugel v Krugel* 2003 (6) SA 220 (T) par [19].

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Krugel v Krugel* 2003 (6) SA 220 (T) par [21].

- (4) Die veranderende rolle en verantwoordelikhede van ouers sowel as die nuwe konsep van kinderregte binne die gesinstruktuur, verg 'n meer liberale benadering tot bevele vir gesamentlike bewaring.³¹⁸
- (5) Dit blyk dat dit in die beste belang van die kind is om twee ouers se wisselvallighede te hanteer eerder as om die helfte van sy of haar ouerlike versorging en opvoeding te verloor.³¹⁹
- (6) Gesamentlike bewaring is nie net bevorderlik vir die beste belang van die kind by egskeiding nie, maar ook vir geslagsgelykheid.³²⁰

Gesamentlike bewaring kan ook om die volgende redes in die beste belang van die kind wees.³²¹

- (1) Uitsluitlike bewaring hou negatiewe gevolge vir die ouers in en het dus nadelige gevolge vir die beste belang van die kind.
- (2) Daar word aangevoer dat uitsluitlike bewaring kwade gevoelens en konflik vererger. Dit is nadelig vir die ouers sowel as die kinders.
- (3) Nie-bewarende ouers ag toegang as 'n tweede prys aangesien dit onnatuurlik is en 'n gebrek aan ouerlike verantwoordelikheid tot gevolg het.
- (4) Periodieke kontak kan moontlik traumaties wees en daartoe lei dat die nie-bewarende ouer hom- of haarself sielkundig onttrek van die kind.
- (5) Daar rus steeds 'n onderhoudspelig op die nie-bewarende ouer terwyl hy of sy geen verdere ouerlike verantwoordelikhede, regte en gesag ten opsigte van die kind verkry nie. Dit bring gevoelens van verlies en ontmoediging mee.

³¹⁸ *Krugel v Krugel* 2003 (6) SA 220 (T) par [21].

³¹⁹ *Krugel v Krugel* 2003 (6) SA 220 (T) par [22].

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 174.

- (6) Aangesien moeders in die meeste gevalle uitsluitlike bewaring oor die kinders verkry, bring dit geslagsongelykheid en stereotipering ten koste van die vrou mee. Daar bestaan ook 'n algemene wanopvatting dat mans nie behoorlik na hul kinders kan omsien nie. Sodoende word die las op moeders al swaarder. Hierdie opvatting lok ook kritiek uit.³²²

Dit blyk dat gesamentlike bewaring al die bogenoemde probleme uit die weg ruim deurdat die kinders kontak met albei ouers behou, deurdat die kind nie voel dat die nie-bewarende ouer hom of haar in die steek gelaat het nie en deurdat die *status quo* voor die egskeiding beter gehandhaaf word. Verder balanseer dit die druk van die grootmaak van die kinders tussen die twee ouers.³²³ Die siening dat dit in die beste belang van die kind is indien een ouer na egskeiding die laaste sê het in die kind se lewe en opvoeding en dat so 'n ouer nie ondermyn moet word deur die nie-bewarende ouer nie, skuif die grondwetlike rewolusie terug na die patriargale verlede van die Suid-Afrikaanse reg.³²⁴ Ten spyte van bogenoemde besware en die hof se vroeëre teësinnigheid om bevele vir gesamentlike bewaring te verleen, neem die gewildheid daarvan toe.

Die volgende faktore, saamgevat deur Van Westing uit die verskillende Suid-Afrikaanse uitsprake, kan deur die hof in ag geneem word by 'n besluit om 'n bevel vir gesamentlike bewaring te verleen:³²⁵

- (1) Die beste belang van die kind.
- (2) 'n Bereidwilligheid en vermoë van albei ouers om gesamentlike bewaring uit te oefen en te laat slaag.
- (3) 'n Geslaagde proeftydperk waartydens gesamentlike bewaring suksesvol uitgeoefen is.
- (4) 'n Onderlinge verstandhouding en samewerking tussen die ouers.
- (5) Die afwesigheid van spanning en konflik tussen die ouers.

³²² Sien Kaganas 1994 *Acta Juridica* 180-183 en Du Toit 2002 *TSAR* 46 vir 'n kritiese bespreking van geslagsgelykheid en gesamentlike bewaring. Hierdie skrywers voer aan dat die hof nie te geredelik gelykheid tussen die geslagte moet veronderstel nie. Alvorens ouers regverdig hanteer kan word moet die hof aanvaar dat daar verskille tussen moeders en vaders bestaan.

³²³ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 175.

³²⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 666 (hfst 14).

³²⁵ Van Westing 1995 *TSAR* 610-616.

- (6) Die praktiese werkbaarheid van gesamentlike bewaring.
- (7) Die wense van die kind.

Dit blyk duidelik uit die uitspraak in *Venton v Venton*³²⁶ dat die hof, ten spyte van die feit dat gesamentlike bewaring nie uitdruklik in artikel 6(3) van die Egskeidingswet genoem word nie, wel so 'n bevel kan verleen. Die howe het egter in *Schlebusch v Schlebusch*,³²⁷ *Heinemann v Heinemann*³²⁸ en *Edwards v Edwards*³²⁹ 'n ongeneentheid uitgespreek om gesamentlike bewaring aan twee ouers toe te ken. In *Pinion v Pinion*³³⁰ het die partye in 'n onbestrede egskeidingsgeding gevra dat die hof gesamentlike bewaring toeken. Die Gesinsadvokaat het ook so 'n aanbeveling gemaak. Die hof het egter nie so 'n bevel verleen nie aangesien hy van mening was dat die toekomstige gedrag van die ouers te onvoorspelbaar is en dat toekomstige optrede van die ouers moontlik tot nadeel van die kind kan strek. In die *Kastan*-saak³³¹ het die hof die algemene rede verskaf waarom daar 'n onwilligheid bestaan om sodanige bevel te verleen:

Orders for joint custody are rare. Such few examples as can be gleaned from the law reports would seem to point emphatically in a direction away from orders of this nature and the reason for this, I would think is clear. Custody of children involves day to day decisions and also decisions of longer and more permanent duration, involving their education, training, religious upbringing, freedom of association, and generally how best to ensure their good health, welfare and happiness. To leave decisions of this nature to the joint decision of parents who are no longer husband and wife could be courting disaster, particularly where the divorce has been preceded by acrimony and disharmony between the parents.

*Van der Linde v Van der Linde*³³² is die eerste gerapporteerde Suid-Afrikaanse uitspraak waarin gesamentlike bewaring toegeken is. Die hof het in *Venton* bevind dat die probleme geassosieer met gesamentlike bewaring nie onoorkombaar is nie en dat daar geen rede is waarom so 'n bevel nie uitvoerbaar is nie. Elke geval moet op eie meriete beoordeel word.

³²⁶ 1993 (1) SA 763 (D) 765B-D.

³²⁷ 1988 (4) SA 548 (D) 524F.

³²⁸ 1948 (4) SA 926 (W).

³²⁹ 1960 (2) SA 623 (D) 524F.

³³⁰ 1994 (2) SA 725 (D).

³³¹ 1985 (3) SA 253 (K) 236B.

³³² 1996 (3) SA 509 (O).

Verder bepaal klousule 7(1) van die 1989-Konvensie dat 'n kind die reg het om albei ouers te ken en deur albei ouers versorg te word. Klousule 18(1) van hierdie Konvensie bepaal verder dat die staat alles binne sy vermoë sal doen om te verseker dat die beginsel dat albei ouers verantwoordelik is vir die opvoeding van 'n kind respekteer word.³³³

In Amerika bestaan daar in verskeie state 'n weerlegbare vermoede dat gesamentlike bewaring in die beste belang van die kind is.³³⁴ Hierdie state beskou gesamentlike bewaring as 'n middel tot 'n doel. Die doel is bevordering van gesinseenheid. Bewys van 'n ouer se onvermoë om saam te werk in besluitneming en opvoeding van 'n kind dien as weerlegging van die vermoede.³³⁵ In Amerika word daar 'n onderskeid getref tussen “gesamentlike regsbeawaring” en “gesamentlike fisieke bewaring”.³³⁶ “Gesamentlike regsbeawaring” is soortgelyk aan gesamentlike bewaring in Suid-Afrika. Dit mag ook beteken dat die een ouer dag-tot-dag besluite namens die kinders neem en die kinders versorg terwyl die ander ouer meedoen in belangrike en langtermyn-besluite byvoorbeeld besluite rakende opvoeding, godsdiens en gesondheidsorg. Albei ouers dra dus by tot die opvoeding en versorging van die kinders.

In geval van “gesamentlike fisieke bewaring” bring albei ouers ewe veel tyd saam met die kinders deur en dra elke ouer tot min of meer die helfte van die kind se opvoeding en versorging by.³³⁷ “Gesamentlike fisieke bewaring” word in min sake toegestaan. Volgens die hof verskaf hierdie reëling nie genoeg stabiliteit en sekuriteit in 'n kind se lewe nie aangesien die kind rondbeweeg tussen twee huishoudings. Navorsing het egter getoon dat die voordele verbonde daaraan indien albei ouers intensief by die kind betrokke is, die nadele moontlik uitkanselleer. Daar bestaan egter skeptisisme rondom “gesamentlike regsbeawaring”. Die ouer wat nie fisieke bewaring oor die kinders het nie maar slegs 'n sê in besluitneming, kan moontlik

³³³ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 79-80.

³³⁴ Sien in die algemeen Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* 823 vir 'n verdere bespreking van gesamentlike bewaring in Amerika.

³³⁵ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1110-1111.

³³⁶ In *Krugel v Krugel* 2003(6) SA 220 (par [10]) het die regter ook na die onderskeid tussen gesamentlike fisies bewaring en gesamentlike regsbeawaring verwys.

³³⁷ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 73-74.

'n oorlas word deur te veel in te meng terwyl hy of sy nie in die verantwoordelikheid van opvoeding en versorging deel nie.³³⁸

Die Amerikaanse staat Washington, het in 1987 die *Parenting Act* aangeneem. Kragtens hierdie wet is die terme “custody” en “visitation” vervang met die konsep “residential placement”. Die bedoeling met die verandering van die terme is om die klem te verskuif van die konflik tussen die ouers na die beste belang van die kind. Alle ouers wat ten tyde van die egskeiding in Washington woon, moet omvangryke tydelike sowel as permanente ouerskapsplanne voorlê. Die wet maak verder voorsiening vir prosedures indien die ouers nie kan ooreenkom rakende 'n werkbare plan nie. Hierdie wet verwys glad nie na gesamentlike bewaring of na die wenslikheid daarvan nie. 'n Ouerskapsplan kan voorsiening maak vir gesamentlike bewaring of die hof kan dit gelas indien dit in die beste belang van die kind is. Die hof kan ingevolge die wet regsverteenvoordinging vir die kind aanstel ten einde sy of haar belange by die opstel van die ouerskapsplan te beskerm. Die SA Regskommissie het voorgestel dat Suid-Afrikaanse wetgewing ook gewysig moet word ten einde voorsiening te maak vir ouerskapsplanne.³³⁹

Ingevolge die Engelse *Children Act, 1989* berus ouerlike verantwoordelikheid by albei ouers na egskeiding. Die hof is slegs gemagtig om bevele rakende “residence” en “contact” te maak en om dispute te besleg.³⁴⁰

Indien ouers nie daartoe in staat is om 'n ouerskapsplan sonder uitermate onderlinge konflik op te stel nie, is dit moontlik in die beste belang van die kind dat een ouer bewaring oor die kind verkry aangesien die ouers dan ook nie by die uitoefening van gesamentlike bewaring sal kan

³³⁸ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 75-76. Sien verder in die algemeen Kaganas 1994 *Acta Juridica* 174 vir 'n bespreking van die verskillende vorms van gesamentlike bewaring.

³³⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 667-668 (hfst 14). Die Kinderwet maak in a 33-35 voorsiening vir die implementering van ouerskapsplanne. Slegs a 35 van hierdie 3 artikels het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree. Sien par 8 vir 'n bespreking van ouerskapsplanne.

³⁴⁰ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 177.

saamstem nie. In so 'n geval is dit in die beste belang van die kind om nie gedurigdeur aan die konflik tussen die ouers blootgestel te word nie.³⁴¹

Die Regskommissie het 'n aantal voorstelle rakende gesamentlike bewaring in hul verslag gemaak. Hulle tref ook onderskeid tussen “gesamentlike regsbewaring” en “gesamentlike fisieke bewaring”.³⁴² Schäfer is van mening dat hierdie onderskeid nie in Suid-Afrika prakties uitvoerbaar is nie.³⁴³ Indien die ouers voor die toestaan van die egskeidingsbevel die besonderhede van gesamentlike bewaring in 'n skikking uitgewerk het en reeds 'n tyd lank hierdie reëlings implementeer, blyk 'n hofbevel te dien effek die kind se behoefte aan kontinuïteit en stabiliteit te bevorder.³⁴⁴ Sekere belangegroepe het gevra dat die Regskommissie aanbeveel dat 'n weerlegbare vermoede dat gesamentlike bewaring in die beste belang van die kind is (net soos in die bovermelde Amerikaanse reg), in ons reg ingevoeg word. Hulle het geredeneer dat so 'n vermoede tot gevolg sal hê dat albei ouers te goeder trou aan onderhandelings of bemiddeling deelneem met die kinders se belange voor oë en dat die beste belang van die kind op hierdie wyse gedien sal word. Alhoewel die Regskommissie nie so 'n aanbeveling gemaak het nie, word die belang van gesamentlike bewaring in die verslag erken. Indien ouers oor die nodige finansiële en emosionele bronne beskik om 'n sukses van so 'n reëling te maak, kan dit die werklike betrokkenheid van albei ouers in die kinders se lewe tot gevolg hê. Dit is sonder twyfel in die beste belang van die kinders.³⁴⁵

Daar bestaan egter verskeie argumente teen gesamentlike bewaring. In die eerste plek kan 'n kind moontlik onstabiliteit ervaar deurdat hy of sy dikwels tussen huishoudings rondbeweeg. Verder bestaan daar 'n risiko dat die ouers na die egskeiding steeds nie behoorlik kan kommunikeer nie, en dat daar steeds onderlinge konflik en kwade gevoelens tussen die ouers heers.³⁴⁶ Gesamentlike bewaring kan verder moontlik tot gevolg hê dat die een ouer “power without responsibility” het terwyl die ander ouer “responsibility without power” verkry. Dit sal

³⁴¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 668 (hfst 14).

³⁴² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 664 (hfst 14).

³⁴³ Schäfer in Clark (red) *Family law service* (losblad) par E44.

³⁴⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 665 (hfst 14).

³⁴⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 666 (hfst 14).

³⁴⁶ *Ibid.*

gebeur in gevalle waar gedeelde ouerskap nie 'n realiteit is nie en waar daar 'n groter verantwoordelikheid op die een ouer geplaas word om die kinders op te voed en te versorg.³⁴⁷ Sommige skrywers stel voor dat die beginsel van die primêre versorger eerder aangewend moet word ten einde die bogenoemde probleme uit die weg te ruim.³⁴⁸

Indien die ouers of die hof besluit dat gesamentlike bewaring in die beste belang van die kinders is, is dit noodsaaklik dat die ouers, met die hulp van 'n professionele persoon, 'n gedetailleerde ouerskapsplan opstel. So 'n plan moet spesifiek bepaal wanneer die kind waar woon, hoe die besluitnemingsproses verloop en watter roete gevolg word in geval van dispute.³⁴⁹

Myns insiens is gesamentlike bewaring die ideale oplossing in gevalle waar een van die ouers MIV/vigs onder lede het mits albei ouers toestem tot die reëling en "...sensible, mature, responsible and temperamentally stable people..."³⁵⁰ is. Die ouer wat MIV-positief is kan moontlik met tye te siek wees om na die kinders om te sien. Dit is nie 'n rede om hierdie ouer heeltemal van bewaring te ontnem nie. Indien daar na die psigologiese,³⁵¹ emosionele en fisieke behoeftes van kinders gekyk word in gevalle waar een ouer aan 'n terminale siekte ly, is dit in die meeste gevalle in die beste belang van die kinders om volgehoue kontak met albei ouers te behou. Die beste belang van die kind moet hier ook van deurslaggewende belang wees alhoewel die verhouding tussen die ouers onderling ook 'n belangrike rol speel.

4.13 MIV/vigs en wysiging van die bestaande bewaringsbevel

'n Bevel waardeur bewaring aan een ouer toegeken word, mag enige tyd ingevolge artikel 8(1) van die Egskeidingswet ingetrek of gewysig word indien die hof bevind dat daar voldoende rede daarvoor bestaan. Die nie-bewarende ouer moet bewys dat die bewarende ouer nie die

³⁴⁷ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 182. Sien hierdie bron vir 'n volledige bespreking.

³⁴⁸ Kaganas 1994 *Acta Juridica* 183. Sien verder par 4.11 hierbo vir 'n bespreking van hierdie beginsel.

³⁴⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 667 (hfst 14). Sien, in die algemeen, par 8 hieronder ivm ouerskapsplanne.

³⁵⁰ *Venton v Venton* 1993 (1) SA 763 (D).

³⁵¹ Sien par 4.4 hierbo.

bewaring behoorlik uitoeven nie. In sodanige gevalle behoort die beste belang van die kind die uitsluitlike oorweging te wees.³⁵²

In *Bethal v Bland*³⁵³ het die hof bevind dat die applikant in 'n aansoek om wysiging van die bestaande bevel die hof op 'n oorwig van waarskynlikhede moet oortuig dat dit in die beste belang van die kind is om die bevel te wysig.³⁵⁴

In sommige Amerikaanse state rus daar 'n swaarder bewyslas op die ouer as die beste belang van die kind-maatstaf. Die ouer moet ook 'n wesenlike verandering in omstandighede bewys. Voorbeelde hiervan is gevalle waar die bewarende ouer in 'n saamblyverhouding betrokke is, indien die bewarende ouer met die nie-bewarende ouer se toegangsregte inmeng en indien die bewarende ouer dwelms of alkohol misbruik. Sommige state beskou sekere veranderde omstandighede as *per se*-rede om 'n bevel te wysig. Indien so 'n *per se*-rede aanwesig is, kan die ouer outomaties bewaring verloor. In ander gevalle berus die uitkoms van 'n aansoek om wysiging van 'n bevel op twee ander faktore, naamlik hoe wyd die hof die "verandering in omstandighede"-maatstaf interpreteer en die hof se persepsie van hoe die veranderde omstandighede die kind se welstand raak.³⁵⁵

'n Amerikaanse studie het getoon dat meer as die helfte van gesinne binne twee jaar na egskeiding een maal na die hof terugkeer vir wysiging van 'n bestaande bevel en een derde tussen twee en tien maal. Aangesien daar oor die algemeen vooroordeel en vrees ten opsigte van MIV/vigs bestaan, is die kans soveel groter dat gesinne waar een van die partye MIV opdoen, na die hof sal terugkeer met 'n aansoek om die bestaande bevel te wysig.³⁵⁶

'n MIV-positiewe ouer kan dus moontlik as applikant of respondent in 'n aansoek om wysiging van 'n bewaringsbevel verskyn. Indien die MIV-positiewe bewarende ouer as respondent

³⁵² Cronjé & Heaton *Familiereg* 185.

³⁵³ 1996 (2) SA 194 (W).

³⁵⁴ Bekink & Bekink 2004 *De Jure* 32.

³⁵⁵ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1116-1119.

³⁵⁶ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1115. Sien verder bl 1120 van hierdie bron vir 'n volledige bespreking van *Stewart v Stewart* 521 N.E.2d (Ind. Ct. App. 1988). Hierdie saak handel oor 'n aansoek deur 'n MIV-positiewe ouer vir wysiging van 'n bestaande bevel.

optree moet die ander ouer bewys dat daar 'n wesenlike verandering in omstandighede plaasgevind het en dat hierdie verandering negatief op die kind se welsyn inwerk. Indien die hof bevind dat die MIV-positiewe ouer in 'n kategorie val wat *per se* beskou word as rede vir 'n wysiging van die bestaande bevel, kan die hof die bevel wysig sonder om die ouer se gesondheid in ag te neem. Andersins moet die hof die MIV-positiewe ouer se gesondheid evalueer. Verder moet die hof vasstel of die ouer se MIV-status aan die hof wat die oorspronklike bevel verleen het bekend was. Indien die MIV-status bekend was kan die feit dat die ouer MIV-positief is alleen nie bewys dat daar 'n verandering in omstandighede plaasgevind het nie, aangesien die eerste hof reeds hierdie feit by die beslissing in ag geneem het. Indien hierdie feit nie aan die eerste hof bekend was nie, moet die hof bepaal of die ouer se MIV-status aanleiding daartoe gegee het dat die omstandighede van die kind wesenlik verander het en of hierdie verandering skadelik vir die kind se welsyn is. Die nie-bewarende ouer moet bewys dat die MIV-positiewe ouer nie daartoe in staat is om behoorlik na die kind om te sien nie. Indien die MIV-positiewe ouer as die applikant in die geding optree, rus dieselfde bewyslas op hom of haar. Hy of sy moet ook bewys dat die omstandighede verander het en dat hierdie verandering negatief vir die kind se welsyn is. In hierdie geval kan die respondent moontlik die bewarende ouer se MIV-status aanvoer as rede waarom die bestaande bevel gehandhaaf moet word. Weereens moet die hof die feit dat die ouer MIV-positief is slegs laat geld in die mate waarin dit skadelik vir die welstand van die kind is.³⁵⁷

Die Amerikaanse hof het in *Steven L v Dawn J*³⁵⁸ bevind dat die moeder se positiewe MIV-status nie genoeg rede is om te bevind dat die kind se omstandighede sodanig verander het dat 'n wysiging van 'n bewaringsbevel geregverdig is nie. Die hof het verder bevind dat die volgende, indien bewys, relevant tot die aangeleentheid sou gewees het: dat die ma se versorging van die kinders onvoldoende is, dat die ma nie in die kind se mediese behoeftes voorsien nie, dat die kind se omgewing ongelukkig en vuil is, dat die ma nie daartoe in staat is om vir die kind te sorg nie en dat die kind die gevaar loop om geïnfekteer te raak met MIV. Die hof sal nie 'n bewaringsbevel wysig tensy die kind se omstandighede wesenlik verander het nie. Die beste belang van die kind is hier ook van deurslaggewende belang. In die

³⁵⁷ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1116-1119.

³⁵⁸ 148 Misc.2d 779, 561 N.Y.S.2d 322 (Family Ct. Kings County 1990).

Amerikaanse saak *H.J.P v P.W.*³⁵⁹ het die hof weer bevind dat daar wel genoeg rede bestaan om die vader van bewaring te ontnem en dit aan die moeder toe te ken. Die feit dat die vader sy positiewe MIV-status verbloem het, en die feit dat hy nie meer deurentyd toesig oor die kind kon hou en 'n veilige omgewing verskaf nie, het aanleiding gegee tot die hof se beslissing. Die ontwrigting verbonde aan verandering het ligter geweeg as die voordele daarvan. Die vader se homoseksualiteit was nie 'n oorweging by verlening van die bevel nie.

In *In the Interest of J.L.O*³⁶⁰ het die hof wel 'n MIV-positiewe vader van bewaring ontnem, maar op grond van die feit dat die vader 'n geskiedenis van geestesongesteldheid getoon het, dwelms misbruik het, nie 'n vaste werk kon hou nie, 'n veroordeelde dief was, nie onderhoud betaal het nie en gedreig het om die kind te ontvoer en te beseer. Uit die bogenoemde drie Amerikaanse beslissings blyk dit dat die feit dat 'n ouer MIV-positief is nie *per se* 'n grond is vir die wysiging van 'n bestaande bewaringsbevel nie. Al die ander faktore moet ook in ag geneem word en die beste belang van die kind moet as die oorwegende faktor beskou word.

4.14 Gevalle waar die bewarende sowel as die nie-bewarende ouer MIV-positief is

Hierdie kwessie moet hier genoem word aangesien albei ouers van duisende Suid-Afrikaanse kinders MIV-positief is. Daar bestaan 'n baie groot moontlikheid dat die hoë hof in 'n stadium sal moet besluit oor die lot van so 'n kind by egskeiding. Daar is tot op datum geen gesag rondom bewaring in gevalle waar albei ouers MIV-positief is aangeteken nie. In so 'n geval behoort die basiese beginsels rondom die beste belang van die kind-maatstaf, net soos in alle ander aangeleenthede wat die kind raak, toegepas te word. Indien die egskeidingshof van mening is dat so 'n kind moontlik as 'n sorgbehoewende kind ingevolge die Wet op Kindersorg beskou kan word, moet die hof die kind na die kinderhof verwys. Die kinderhof sal dan ondersoek instel ingevolge artikel 14 van die wet en 'n bevel dienooreenkomstig verleen. In so 'n geval behoort die mening en verslag van die gesinsadvokaat ook 'n groot rol te speel.³⁶¹

³⁵⁹ 628 So.2d 753 (CT. Civ. App.Ala. 1993).

³⁶⁰ 197 Ga. App. 596, 398 S.E.2d 853 (1990).

³⁶¹ Sien par 11 hieronder vir 'n bespreking van die rol van die gesinsadvokaat in egskeidings-aangeleenthede. Sien verder hfst 3 hierbo vir 'n volledige bespreking van sorgbehoewende kinders.

4.15 Verwydering van 'n kind deur die staat uit die sorg van 'n MIV-positiewe bewarende ouer

Die posisie van sorgbehoewende kinders is reeds bespreek.³⁶² Vir doeleindes van hierdie afdeling, moet die vraag egter gevra word of die staat 'n kind wat in die bewaring van 'n MIV-positiewe ouer is, as 'n sorgbehoewende kind kan verklaar en uit die sorg van so 'n ouer verwyder sonder dat die gesonde en nie-bewarende ouer 'n aansoek om wysiging van die egskeidingsbevel by die hof ingedien het.

Afgesien van die voor die hand liggende redes vir hierdie vraag, kan hierdie kwessie ook moontlik ter sprake kom indien 'n MIV-positiewe moeder geboorte gee. Maatskaplike werkers kan moontlik kinderhofprosedure instel teen sulke moeders op grond van die feit dat hulle van mening is dat voortplanting, terwyl die moeder kennis dra van die feit dat sy MIV-positief is, op verwaarlosing neerkom.³⁶³ Alhoewel hierdie kwessie spesifiek nie nou hier in detail beantwoord word nie, moet daar tog kennis geneem word van die strekking van die probleme wat die MIV/vigs-pandemie moontlik kan meebring.

Die ouer het 'n gemeenregtelike reg op bewaring en versorging van sy of haar kinders. Indien die staat beweer dat 'n ouer nie na sy of haar kind kan omsien nie as gevolg van MIV/vigs, moet die staat dit bewys.³⁶⁴

Ingevolge die Kanadese *Child Welfare Act, 1972* is 'n sorgbehoewende kind ook 'n kind "who is living in circumstances that are unfit or improper for the child" en "a child in the care or custody of a person who is unfit, unable or unwilling to provide adequate care for the child".

'n Suid-Afrikaanse hof kan egter slegs om die redes uiteengesit in die Wet op Kindersorg 'n kind as 'n sorgbehoewende kind verklaar en so 'n kind uit die bewaring van die ouer verwyder. Die redes wat moontlik hier van toepassing kan wees is indien die kind "woon in of blootgestel word aan omstandighede wat die fisieke, geestelike of maatskaplike welsyn van die kind

³⁶² Hfst 3.

³⁶³ Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 228.

³⁶⁴ *Ibid.*

ernstig skaad³⁶⁵ of indien die kind as gevolg van die gesondheid van die ouer “in ’n toestand van fisieke of geestelike verwaarlosing is”.³⁶⁶ ’n Hof kan moontlik op hierdie gronde redeneer dat ’n kind wat deur ’n MIV-positiewe ouer versorg word ’n sorgbehoewende kind is indien die ouer nie daartoe in staat is om behoorlik na die kind om te sien nie. Elke saak moet egter op eie meriete beoordeel word.³⁶⁷

4.16 Bewaring en die inheemse reg

Die Suid-Afrikaanse reënboog van kulture word gekenmerk deur ’n magdom inheemse regsreëls wat van stam tot stam verskil. Sake word verder bemoeilik deur die toepassing van die siviele reg wat grootliks bestaan uit ’n mengsel van Romeins-Hollandse en Engelse reg. So, byvoorbeeld, fokus die Westerse reg op die regte van die individu terwyl die inheemse reg eerder op die regte van die gemeenskap fokus. Die toepassing van die inheemse reg by bewaring en die probleme wat daarmee gepaard gaan word vervolgens kortliks bespreek. Hierdie moet geensins gesien word as ’n volledige weergawe van die regsposisie in hierdie verband nie maar eerder as ’n bewusmaking van die probleem.

Familieregtelike gebruike van die verskillende Suid-Afrikaanse stamme is met verloop van ’n paar eeue tot regsreëls gereduseer, welke regsreëls ’n rigiede, verdraaide weergawe van die oorspronklike pre-Koloniale inheemse reëls is.³⁶⁸ Die inheemse reg word verder verdraai deur foutiewe toepassing in die howe. Inheemsregtelike dispuutbeslegting is met verloop van eeue ontwikkel om ’n magdom sosio-kulturele faktore in ag te neem. Dit is egter vervang deur ’n rigiede stel Westerse regsreëls. Dispuutbeslegting by bewaringsaangeleenthede kan as voorbeeld hiervan gebruik word.³⁶⁹ Die volgende probleme kan in bewaringsaangeleenthede waar die inheemse reg toepassing vind geïdentifiseer word:³⁷⁰

³⁶⁵ A 14(4)(aB)(iv).

³⁶⁶ A 14(4)(aB)(v).

³⁶⁷ Rozovsky & Rozovsky *AIDS and Canadian law* 42.

³⁶⁸ Sien in die algemeen Bonthuys & Erlank “The interaction between civil and customary family law rules: Implications for African women” 2004 *TSAR* 59 vir ’n historiese oorsig.

³⁶⁹ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 67-68.

³⁷⁰ Sien in die algemeen Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 59 vir ’n bespreking van die probleme. Slegs die probleme word hier genoem.

- (1) Die toepassing van siviele konsepte in inheemsregtelike sake is problematies.³⁷¹
- (2) Daar word inheemsregtelike inhoud aan siviele konsepte verleen. Dit gebeur wanneer siviele reg in inheemsregtelike kwessies toegepas word en in die proses verdraai word. So byvoorbeeld is die howe geneig om die beginsel van moederlike voorkeur toe te pas maar slegs totdat die kinders ouer is. Dan verkry die vader weer ingevolge die inheemse reg bewaring.³⁷²
- (3) Herdefiniëring van die terme “bewaring” en “voogdy”. Sodoende word die siviëlregtelike en inheemsregtelike betekenis albei verdraai. Afrikane, op wie die inheemse reg toepassing vind, verstaan nie die verskil tussen die terme “voogdy” en “bewaring” nie aangesien die vader tradisioneel oor bewaring en totale voogdy van die kinders beskik.³⁷³ Voorbeelde van probleme in hierdie verband sluit die volgende in:³⁷⁴
 - (a) Dit is gebruiklik dat die familie van die man wat *lobolo* betaal het regte en verpligtinge ten opsigte van die kinders verkry.
 - (b) Ingevolge die inheemse reg is die verpligting om ’n kind groot te maak en op te voed die verantwoordelikheid van die gemeenskap en nie ’n individuele verantwoordelikheid nie.
 - (c) Die idee dat ’n ouer se verantwoordelikheid by mondigwording beëindig word stem nie ooreen met die komplekse inheemsregtelike reëls wat hier geld nie.
 - (d) Die howe is geneig om die reg van die man se familie om *lobolo* terug te eis te verwar met die man se reg op voogdy.
- (4) Howe verkies om eerder die siviele reg toe te pas in gevalle waar die hofbeamptes oortuig is daarvan dat toepassing van die inheemse reg ’n ongewenste uitkoms sal hê.³⁷⁵

³⁷¹ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 68.

³⁷² Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 69.

³⁷³ Bekker en Van Zyl 2002 *Obiter* 128-129.

³⁷⁴ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 70.

³⁷⁵ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 71.

- (5) Daar bestaan verskeie klasse van kinders in die inheemse reg. Die kinders se posisies en omstandighede verskil van geval tot geval en alle kinders kan nie oor dieselfde kam geskeer word nie. Die reg moet kennis neem van hierdie feit.³⁷⁶
- (6) Die uitgebreide gesin word dikwels, soos hieronder bespreek, nie betrek by die beslissing ten opsigte van bewaring nie terwyl dit moontlik in die beste belang van die kind kan wees indien die uitgebreide gesin en ander bloedverwante betrek word.³⁷⁷ Die Kinderwet bepaal dat “[i]f it is in the best interest of the child, the child’s family must be given the opportunity to express their views in any matter concerning the child.”³⁷⁸ Verder kan die hof, alvorens ’n beslissing ten opsigte van ’n kind gemaak word, beveel dat ’n “lay forum hearing” gehou word.³⁷⁹ So ’n verhoor kan moontlik, onder andere, ’n “family group conference” insluit.³⁸⁰ Alvorens so ’n “lay forum hearing” beveel word, moet die hof die magsverhoudinge binne die familie oorweeg.³⁸¹ Die rol van die uitgebreide gesin word dus in die Kinderwet erken.
- (7) Die Westerse siviele reg misken die feit dat die meeste Afrika-families, al is dit net in teorie, die gebruik van ’n patrilineale gesinswoning aanhang. Die hof moet van hierdie feit kennis neem indien ’n beslissing oor die domisilie of die verhuising van die kinders geneem word.³⁸²
- (8) ’n Ouer kan in sekere gevalle bewaring geweier word omdat hy of sy, volgens die hof en deskundige getuies, in ’n “onaanvaarbare” (volgens Westerse standaard) huis woon, byvoorbeeld ’n plakkershut. Indien bewaring slegs om hierdie rede geweier word, word daardie ouer gestraf as gevolg van armoede.³⁸³

Dit blyk duidelik uit die bogenoemde dat dispuutbeslegting met betrekking tot bewaring in gevalle waar die inheemse reg toepassing vind, ’n komplekse interaksie tussen siviele en

³⁷⁶ Sien in die algemeen Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 121-122.

³⁷⁷ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 122-124.

³⁷⁸ A 6(3).

³⁷⁹ A 49(1).

³⁸⁰ A 49(1)(b).

³⁸¹ A 49(2)(c).

³⁸² Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 124-125.

³⁸³ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 125.

inheemse reg is. Siviëlregtelike standarde word geïnkorporeer in inheemsregtelike sake maar so uitgelê dat dit ooreenstem met die voorsittende beampte se siening van die onderliggende waardes van die inheemse samelewing. Die vader se regte ten opsigte van die kinders word hoofsaaklik gegrond op die feit dat hy *lobolo* vir die moeder betaal het. Verskille tussen die inheemse reg wat in die howe toegepas word en die oorspronklike, pre-koloniale inheemse gebruike, word gevind in die idee van individuele ouerregte en die idee dat 'n kind by egskeiding deur slegs een biologiese ouer grootgemaak moet word. Ingevolge die pre-koloniale inheemse gebruike sou 'n kind steeds genoegsaam versorg word deur sowel die ouers as die familie ten spyte van die feit dat die ouers se verhouding verbroekel het. In die moderne inheemse reg probeer die wetgewer om sekere inheemse gebruike te behou. Daar word egter te veel erkenning aan individuele regte gegee. As gevolg hiervan word bewaringsdispute deur individuele ouers aangevat terwyl die patriargale vooroordeel waardeur die inheemse reg gekenmerk word 'n sterker reg aan die vader van die kinders verleen.³⁸⁴

Menige kinders ten opsigte van wie die inheemse reg behoort te geld, woon nie by hul ouers nie, maar by grootouers, familieledes of ander lede van die gemeenskap. Indien ouers voltyds werk, maar nie dagsorg kan bekostig nie, bly hulle kinders ook dikwels in die dag by familieledes of selfs by ander kinders. Reëlins in verband met die daaglikse versorging (insluitend reëlins met betrekking tot woonplek) van kinders verskil van gesin tot gesin en van kind tot kind. Daar kan om verskeie redes alternatiewe reëlins met betrekking tot woonplek getref word: dit kan 'n ouer miskien van 'n finansiële las verlig, dit kan kinders van skolingsgeleenthede voorsien of 'n kind kan 'n siek familielid van hulp wees waar die kind met take in die huis help. Dit is in hierdie gemeenskappe nie vreemd om kinders van een huishouding na die volgende te verskuif vir finansiële of opleidingsdoeleindes nie. Daar word geglo dat dit in die kind se belang is om 'n hegte band met al die lede van die uitgebreide gesin³⁸⁵ te vorm.³⁸⁶ Gesamentlike bewaring kan moontlik 'n oplossing wees vir hierdie probleem.³⁸⁷

³⁸⁴ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 72.

³⁸⁵ Die tradisionele uitgebreide gesin is volgens Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 122 die man, sy vader en sy seuns se gesinne wat saamwoon. Dit moet onderskei word van die bloedverwant-stelsel ("kinship system") wat alle familieledes wat 'n nou band met mekaar het insluit. Die stelsel van bloedverwante is 'n meer algemene gesig as die tradisionele uitgebreide gesin.

³⁸⁶ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 123-124; Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 75.

³⁸⁷ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 123.

Siviele geskilbeslegting by inheemsregtelike bewaringsaangeleenthede erken nie die verhouding wat die kind met die uitgebreide gesin het nie. 'n Kind kan, byvoorbeeld, jare lank deur 'n ouma of tante van die pa versorg word, maar by egskeiding word bewaring aan die moeder, wat nog nooit na die kind omgesien het nie, toegeken. Dit is 'n uitgemaakte saak dat so 'n kind in die meeste gevalle onder hierdie omstandighede kontak met 'n groot gedeelte van sy of haar uitgebreide gesin sal verloor. Met die wegval van die uitgebreide gesin val die kind se ondersteuningsnetwerk ook weg. Toepassing van sekere regsreëls is doodeenvoudig onverenigbaar met die lewenswyse in sommige gemeenskappe.³⁸⁸

Die belange van die kind ten opsigte van wie die inheemse reg behoort te geld, is verbind met die belange van die gemeenskap want 'n kind word deur hierdie band beskerm. Die amptelike inheemse reg erken nie die behoefte van hierdie kinders om beskerming te geniet deur te “behoort” nie, nie net aan die ouers nie, maar ook aan die families van albei ouers. Deur hierdie kinders se behoefte aan sosiale en geestelike integrasie sowel as fisieke en ekonomiese versorging te ignoreer, word daar nie aan hul beste belange gehoor gegee nie.³⁸⁹

Die inheemsregtelike en sivilereg telike verkille tussen die begrippe “voogdy” en “bewaring” moet oorkom word. Bekker en Van Zyl stel voor dat daar verwys moet word na “verblyf” in plaas van “bewaring”. Afrikane behoort geen probleem te ondervind om te onderskei tussen die “matrilokale” en die “patrilokale” woning van die kinders nie. Dit is egter onaanvaarbaar om hierdie kinders van die patrilinie te skei deur bewaring aan die moeder alleen toe te ken. Soos hierbo aangetoon, is gesamentlike bewaring 'n moontlike oplossing.³⁹⁰

Dit is onmoontlik om met elke liewe aspek van al die verskillende vorms van die inheemse reg wat moontlik die beste belang van die kind by bewaring kan raak, te handel. Dit blyk egter duidelik dat persone ten opsigte van wie die inheemse reg geld, nie oor dieselfde kam as Westerlinge geskeer kan word nie.³⁹¹ Howe wat die inheemse reg toepas moet meer buigbaar en geslags sensitief wees in die interpretasie van die inheemse sowel as die siviele reg. Dit sal

³⁸⁸ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 75-76.

³⁸⁹ Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 76.

³⁹⁰ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 128-129. Sien par 4.12 hierbo vir 'n bespreking van gesamentlike bewaring.

³⁹¹ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 131.

die ontwikkeling van die inheemse reg in lyn plaas met die gees van geslagsgelykheid in die Grondwet sonder om af te sien van die onderliggende gebruike van die verskillende stamme en gemeenskappe.³⁹²

4.17 Riglyne vir die uitreik van bevele in bewaringsaangeleenthede waar die een ouer MIV-positief is

Bewaringsaangeleenthede word selde op bestrede wyse in 'n hof beslis. Die partye skik in die meeste gevalle buite die hof. Waar 'n regter van 'n skikkingsakte voorsien word is daar gewoonlik geen ander inligting wat hom of haar bystaan ten einde te besluit of die skikking in die beste belang van die kinders is nie. In bestrede aksies weer, waar daar deskundige getuienis gelei word, kan 'n deskundige maklik vooroordeel toon ten gunste van die party wat hom of haar aangestel het. In Australië, Nieu-Seeland en gedeeltes van Kanada en die VSA word onpartydige ondersoekdienste aangetref ten einde 'n objektiewe studie na die beste belang van die kind te doen. Die gesinsadvokaat vervul dieselfde funksie in Suid-Afrika.³⁹³ In die VSA word die aanstelling van 'n voog *ad litem* al meer gewild. So 'n voog *ad litem* word deur die hof aangestel en tree as verteenwoordiger van die kind op.³⁹⁴

Die howe moet die volgende in gedagte hou by die oorweging van MIV/vigs in bewaringsaangeleenthede:

- (1) Om MIV/vigs aan te voer as 'n *per se*-rede om 'n ouer van bewaring te ontnem, bedreig myns insiens, na aanleiding van die bespreking hierbo,³⁹⁵ die welsyn van die minderjarige kind. Dit ignoreer mediese kennis van die siekte, stel die kind se psigologiese ontwikkeling in gevaar, en misbruik regterlike diskresie deur op die ouer te fokus in plaas van op die *nexus* tussen die ouer se gesondheid en die beste belang van die kind.

³⁹² Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 77. Sien in die algemeen Bosman-Swanepoel *et al Custody and visitation disputes: A practical guide* 47 vir 'n verdere bespreking van die inheemse reg en egskeiding.

³⁹³ Sien par 11 vir 'n bespreking van die rol van die gesinsadvokaat by egskeidingsaangeleenthede.

³⁹⁴ Barrat & Burman 2001 *SALJ* 560-562.

³⁹⁵ Sien, oa, par 4.5, 4.13 en 4.15.

- (2) Die hof moet dus elke geval op eie meriete beoordeel en nie MIV/vigs *per se* as 'n rede om die ouer van bewaring te ontnem beskou nie.³⁹⁶ Hierdie benadering strook met die benadering wat in Suid-Afrika gevolg word.
- (3) 'n Hof behoort myns insiens en na aanleiding van die bespreking hierbo eerstens die beste belang van die kind te bepaal sonder om die ouer se MIV-infeksie in berekening te bring. Hierdeur word die belangriker faktore in ag geneem sonder dat die ouer se MIV-infeksie oorbeklemtoon word.
- (4) 'n Hof moet mediese inligting inwin aangaande die diagnose, oordraagbaarheid en simptome van die infeksie. Hierdie inligting is belangrik ten einde die impak van die ouer se siekte op die kind te bepaal. Van die belangrike feite wat die hof in ag moet neem is die volgende:³⁹⁷
 - (a) Die "ELISA" en die "Western Blot"-toetse bespeur MIV-teenliggame, nié die teenwoordigheid van MIV nie.³⁹⁸
 - (b) Menslike feilbaarheid en inherente beperkings van die toetse kan aanleiding gee tot vals positiewe of negatiewe resultate.
 - (c) Teenliggaamtoetse help in die diagnose van MIV-infeksie indien dit gebruik word tesame met 'n analise van die individu se simptome van die siekte.
 - (d) MIV word nie deur terloopse kontak in die normale loop van omstandighede, byvoorbeeld nie-seksuele kontak of kontak tussen gesinslede, oorgedra nie.
 - (e) MIV-infeksie word gekenmerk deur verskillende fases van simptome en intensiteit van die siekte.
- (5) 'n Hof moet myns insiens en na aanleiding van die bespreking hierbo³⁹⁹ mediese getuienis deur 'n gekwalifiseerde mediese praktisyn inwin rakende die MIV-positiewe ouer se huidige gesondheidstoestand en lewensverwagting gebaseer op die ouer se simptome. Hierdie getuienis moet met omsigtigheid oorweeg word.

³⁹⁶ Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 227.

³⁹⁷ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1138 ev. Sien verder, in die algemeen, Silverman "The application of medical facts to the courts" in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 27.

³⁹⁸ Sien, in die algemeen, Van Dyk *HIV/AIDS care and counselling* vir 'n bespreking van die aard van MIV-toetse.

³⁹⁹ Punt (4) en par 4.5.

- (6) 'n Hof moet myns insiens en na aanleiding van die bespreking hierbo⁴⁰⁰ spesifieke bevindinge maak oor presies hoe die ouer se MIV-infeksie die beste belang van die kind raak. Faktore wat onder andere hier in ag geneem moet word, word hierbo in die bespreking van die *Carney*-saak uiteengesit.⁴⁰¹ Die negatiewe sowel as die positiewe effek moet oorweeg word.
- (7) 'n Hof moet myns insiens en na aanleiding van die bespreking hierbo bepaal hoe die kind by die ouer se MIV-infeksie aangepas het. Faktore wat onder andere hier in ag geneem moet word, word ook hierbo in die bespreking van die *Carney*-saak uiteengesit.⁴⁰²

Indien die ouer se morele gedrag enigsins ter sprake kom, moet die hof bepaal of die ouer se huidige gedrag 'n negatiewe invloed op die kind het. Indien die ouer “ontoelaatbare” gedrag gestaak het, moet die hof aanneem dat hierdie eertydse “ontoelaatbare” gedrag tans geen negatiewe invloed op die kind het nie. Indien die ouer sy of haar gedrag voortsit moet die hof bepaal of dit enige negatiewe uitwerking op die beste belang van die kind het. Geen gedrag moet *per se* as rede dien om bewaring van 'n ouer weg te neem of bewaring aan 'n ander ouer toe te ken nie. Elke geval moet op meriete oorweeg word.

5 TOEGANG

5.1 Die huidige posisie

Die nie-bewarende ouer in 'n egskeidingsaangeleentheid het 'n reg op redelike toegang tot die minderjarige kinders gebore uit die huwelik. Selfs al word daar geen bevel ten opsigte van toegang ingevolge artikel 6(3) van die Egskeidingswet gemaak nie, het die ouer steeds 'n gemeenregtelike reg op redelike toegang. Die begrip “redelike” toegang moet nog gedefinieer word. Dit blyk dat hierdie term daarop gemik is om eerstens 'n verhouding tussen die nie-bewarende ouer en die kind aan te moedig en te handhaaf. Tweedens moet hierdie handhawing van die verhouding nie inmeng met die versorging, opvoeding en dissiplinerings

⁴⁰⁰ Par 4.5.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*

van die kind deur die bewarende ouer nie.⁴⁰³ Daar word drie tipes bewaring aangetref, naamlik “visiting access”,⁴⁰⁴ “staying access”⁴⁰⁵ en “deferred access”.⁴⁰⁶ Net soos in bewarings-aangeleenthede het die hof ’n wye diskresie by die toestaan van ’n bevel. Daar bestaan egter geen vasgestelde riglyne ten einde die hof by te staan nie. Die enigste riglyn is die feit dat die beste belang van die kind hier ook van deurslaggewende belang moet wees.⁴⁰⁷

Die Engelse Regskommissie het in 1986 bevind dat dit problematies is om riglyne op te stel ten einde die hof by te staan in die verlening van ’n toegangsbevel. Die Engelse *Children’s Act, 1989* verwys nie meer na “toegang” nie maar wel na “kontak”. ’n “Kontak”-bevel word gedefinieer as ’n bevel wat ’n bewarende ouer verplig om ’n kind toe te laat om die nie-bewarende ouer te besoek, by die nie-bewarende ouer te kuier of om op ander wyse kontak met so ’n ouer te behou. Amerikaanse skrywers het die volgende vier riglyne as belangrik geïdentifiseer.⁴⁰⁸

- (1) Die toegang moet voorspelbaar (met ander woorde as deel van ’n roetine) en gereeld uitgeoefen word.
- (2) ’n Voorskoolse kind het ’n meer stabiele omgewing as ’n skoolgaande kind nodig.
- (3) Ouer kinders behoort ’n groter sê in toegangsreëlings te hê.
- (4) Die ouers moet ooreenkom op metodes van versorging en dissipline.

Artikel 9(3) van die 1989-Konvensie bepaal in hierdie verband soos volg:

⁴⁰³ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 85.

⁴⁰⁴ Dit is waar die ouer slegs toegelaat word om die kind te besoek en nie toegelaat word om die kind te verwyder nie.

⁴⁰⁵ Dit is “billike toegang” in die gewone sin van die woord, waar die nie-bewarende ouer die kind vir naweke en skoolvakansies by hom of haar mag neem.

⁴⁰⁶ “Deferred access” dui op ’n tydelike weiering van toegang wat dan die weg ooplaat vir ’n latere aansoek om toegang deur die nie-bewarende ouer (*Pommerel v Pommerel*, ongerapporteerde saak 4042/1986 SOK). Sien Bosman & Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa* 63 vir ’n bespreking van hierdie drie vorme van toegang.

⁴⁰⁷ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 81. Die kwessie rondom die bepaling van die beste belang van die kind is reeds hierbo in par 3 en 4.2 bespreek en dieselfde geld by toegang as by bewaring.

⁴⁰⁸ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 81.

State Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interest.

Daar moet kennis geneem word van die feit dat die term "contact" (in plek van die oorspronklike term "access") nou in artikel 1 van die Kinderwet gedefinieer word. Hierdie artikel bepaal soos volg:

'contact', in relation to a child, means-

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

Daar bestaan 'n algemene reël dat dit in die beste belang van die kind is om volgehoue kontak met albei ouers na egskeiding te behou. Die uitsondering op hierdie reël is wanneer die nie-bewarende ouer gewelddadig teenoor die kind of die ander ouer optree.⁴⁰⁹ Die hof kan beveel dat die nie-bewarende ouer van toegangsregte ontnem word of dat die regte ingeperk word. Dit sal slegs gebeur indien dit in die beste belang van die kind is, byvoorbeeld indien die nie-bewarende ouer nie 'n geskikte persoon is nie of indien die hof daarvan oortuig is dat die ouer van plan is om die toegangsregte as middel tot 'n ongeskikte doel te gebruik. Die blote feit dat die kind nie die ouer wil sien nie is nie genoeg rede om die ouer van toegangsregte te ontnem nie.⁴¹⁰ *Van Rooyen v Van Rooyen*⁴¹¹ is 'n voorbeeld van 'n saak waar die hof die toegangsregte van 'n lesbiese moeder beperk het, maar om die verkeerde redes. Die hof het bevind dat dit nie in die beste belang van die kinders is om aan die moeder se lesbiese verhouding blootgestel te word nie en het om hierdie rede voorwaardes gestel vir uitoefening van die toegangsregte. In *V v V*⁴¹² het die hof die uitspraak in *Van Rooyen* veroordeel en

⁴⁰⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 648 (hfst 14).

⁴¹⁰ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 85.

⁴¹¹ 1994 (2) SA 325 (W). Hierdie saak word ook in par 4.10 hierbo bespreek.

⁴¹² 1998 4 SA 169 (K).

beklemtoon dat, alhoewel daar dikwels gepraat word van toegangsregte as die regte van die kind, dit ook as die ouer se reg gesien moet word:

[I]t is artificial to treat them as being exclusive of parent's rights... [T]he rights which a child has to have access to its parents is complemented by the right of the parents to have access to the child. It is essential that a proper two-way process occurs so that the child may fully benefit from its relationship with each parent in the future. Access is therefore not a unilateral exercise of a right by a child, but part of a continuing relationship between parent and child. The more extensive that relationship with both parents, the greater the benefit to children is likely to be.⁴¹³

Waar die hof nie 'n bevel aangaande die besonderhede van uitoefening van toegangsregte verleen het nie, mag die bewarende ouer hieroor besluit. Die bewarende ouer moet hierdie besluit op 'n redelike wyse neem en mag nie die toegangsregte van die ouer op 'n onbillike wyse inperk nie. Verder kan 'n hof die bewarende ouer beveel om die nie-bewarende ouer van verslae te voorsien aangaande die gesondheid en vordering van die kind. Albei ouers kan die hof nader vir wysiging van 'n bestaande bewaringsbevel. Die hof sal egter nie so 'n bevel ligtelik verleen nie.⁴¹⁴ Indien die bewarende ouer vra dat die ander ouer se toegangsregte ingeperk word, moet hy of sy grondige bewyse lewer dat volgehoue kontak met die nie-bewarende ouer nie in die beste belang van die kind is nie en dat die kind se fisieke, sielkundige, morele en/of emosionele welstand moontlik kan skade ly.

5.2 Die voordeel wat toegang vir die kind inhou

Daar word algemeen aanvaar dat die uitoefening van toegangsregte deur die nie-bewarende ouer in belang van die kind is. Die kind vind dit moeilik om 'n band met meer as een ouer te vorm indien die ouers nie positiewe kontak met mekaar behou nie. Volgens Van Zyl⁴¹⁵ het Goldstein, Freud en Solnit⁴¹⁶ in die verlede so ver gegaan as om voor te stel dat die

⁴¹³ 1998 4 SA 169 (K) 189C-E.

⁴¹⁴ Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law* 85-86.

⁴¹⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 81-82.

⁴¹⁶ Goldstein, Freud & Solnit *Beyond the best interests of the child*.

bewarende ouer, en nie die hof nie, oor die uitoefening van die nie-bewarende ouer se toegangsregte moet besluit.⁴¹⁷ As gevolg van die emosionele spanning tussen ouers, veral tydens die egskeiding en die eerste ruk na die toestaan van die egskeidingsbevel, kan besluitneming aangaande die uitoefening van toegangsregte egter nie in die hande van die bewarende ouer alleen gelaat word nie, en word hierdie standpunt wyd gekritiseer. Vandag word aanvaar dat die kind se band en kontak met albei ouers van deurslaggewende belang is. Eekelaar⁴¹⁸ is van mening dat, indien die reg op toegang die reg van die kind is, daar nie met hierdie reg ingemeng kan word deur die bewarende ouer toe te laat om uitsluitlik oor die uitoefening van die bewaring te besluit nie.⁴¹⁹

Ouers moet meer bewus gemaak word van die voordele wat volgehoue kontak met die nie-bewarende ouer vir die kind inhou. Die kind kan groot skade berokken word deur die bewarende ouer se pogings om die nie-bewarende ouer se toegangsregte te frustreer, of deur die nie-bewarende ouer se nalate om kontak vol te hou, of deur die spanning tussen die ouers. Die hof behoort egter nie toegang toe te staan indien daar 'n risiko van emosionele of fisieke benadeling vir die kind bestaan nie.⁴²⁰

In die Amerikaanse reg stel die howe nie sulke streng vereistes by die toestaan van 'n toegangsbevel as by 'n bewaringsbevel nie. Daar bestaan hoofsaaklik twee redes hiervoor. In die eerste plek erken die howe dat die behoud van die verhouding tussen die ouer en die kind in die beste belang van die kind is. In die tweede plek erken die howe die ouer se inherente reg om toegang tot sy of haar kinders te hê.⁴²¹

Die behoud van die verhouding tussen sibline (broers en susters) onderling gaan nie nou hier in diepte bespreek word nie. Daar moet egter vermeld word dat, alhoewel hierdie verhoudings

⁴¹⁷ Sien in die algemeen Singh "Kougianos v Kougianos on appeal" 1996 SALJ 701 vir 'n bespreking van die Kougianos-saak, ongerapporteerde saak 957/93 (23-06-1994)(D), waar die hof van eerste instansie die siening van Goldstein *et al*, soos hierbo na erwys, aangehang het. Die Hoogste Hof van Appèl het later hierdie beslissing omvergewerp.

⁴¹⁸ Soos aangehaal in Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 82.

⁴¹⁹ Eekelaar *Family law and social policy* 231.

⁴²⁰ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 82.

⁴²¹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1113.

van net soveel belang is as die verhouding tussen die ouers en hul kinders, hierdie aspek dikwels om verskeie redes tydens die egskeiding en daarna afgeskeep word. Siblings word, byvoorbeeld, soms geskei by egskeiding terwyl hulle aan mekaar waardevolle emosionele ondersteuning kan bied. Die beste belang van die kind moet ook hierin ondersoek, bepaal en gerespekteer word.⁴²²

Ek is van mening dat regsverteenwoordigers 'n beduidende rol kan speel in die behoud van die ouer-kind-verhouding. Bewarende ouers het hulp nodig ten einde in 'n tyd van krisis die belang van volgehoue kontak tussen die nie-bewarende ouer en die kinders te begryp. Die bewarende ouer se eerste reaksie kan moontlik wees om die ander ouer te "straf" deur toegang tot die kind te bemoeilik, te belemmer of te weier. Die hof het in *Soller*⁴²³ 'n regsverteenwoordiger vir die minderjarige aangewys en wel om die volgende rede:⁴²⁴

The G family has over the past 18 months been exposed to unceasing litigation with resulting ramifications in emotional distress, family animosity, input from psychologists, expenditure of scarce resources on legal practitioners and experts. I do not believe that it is possible for either of K's parents to claim to be able to represent his interests in these proceedings.

Ouers moet "herinner" word aan die feit dat, alhoewel die huwelik gesneuel het, die kinders en die nie-bewarende ouer nie skei nie en dat die verhouding tussen hulle ter wille van veral die kinders in stand gehou móét word. Dit is doodeenvoudig in die beste belang van die kinders en essensieel vir die behoud van kontak indien albei ouers betrokke is by alle aspekte van die kind se lewe. Dit is die plig van regsverteenwoordigers om hierdie begrip aan hul kliënte te verduidelik en hulle aan te moedig om vir professionele gesinsberading te gaan indien nodig.

⁴²² Sien in die algemeen Labuschagne & Van Der Linde "Omgangsreg (toegangsreg) van sibilinge onderling, verwyderde verwante en sosiale ouers met minderjarige kinders" 2003 *De Jure* 344 vir 'n volledige bespreking van hierdie aspek.

⁴²³ 2003 (5) SA 430 (W).

⁴²⁴ Par [11] en [12].

5.3 Die regte van die ouer en van die kind ten opsigte van toegang

Daar word wêreldwyd aanvaar dat toegang die reg van die kind is en nie soseer die reg van die ouer nie.⁴²⁵ Hierdie siening strook met die huidige neiging om meer klem op die ouer se verantwoordelikhede as op die ouer se regte ten opsigte van die kind te plaas. Die vraag moet egter gevra word hoe hierdie reg van die kind afgedwing kan word indien die ouer teësinnig is om toegang uit te oefen. Die hof het tot dusver nog nooit gepoog om 'n ouer te verplig om toegang uit te oefen nie.⁴²⁶ In *Jooste v Botha*⁴²⁷ het 'n buite-egtelike, minderjarige seun sy vader gedagvaar vir deliktuele aanspreeklikheid vir *iniuria*, emosionele wroeging en verlies aan lewensgenietinge, onder andere, op grond van die bepalinge in artikel 28(1)(b) van die Grondwet, welke artikel die reg van 'n kind op ouerlike en/of gesinsorg uiteensit. Hy het sy eis gegrond op die feit dat die vader hom nie as sy eie kind met liefde en sorg erken en behandel het nie. Die vader het gereeld onderhoud betaal. Die hof het bevind dat 'n ouer se morele verpligting om sy of haar kind lief te hê nie afdwingbaar is nie en die kind se eis van die hand gewys. Dit is verbasend dat die hof reeds in verskeie gevalle die vader van 'n buite-egtelike kind se toegangsreg tot die kind afgedwing het maar dat die kind se toegangsreg tot die vader nie afdwingbaar is nie.⁴²⁸

In *Germani v Herf*⁴²⁹ is bevind dat die bewarende ouer die reg het om 'n onwillige of weerbarstige kind op 'n redelike wyse te dwing om die nie-bewarende ouer toe te laat om sy of haar toegangsregte uit te oefen. Die bewarende ouer kan ook die nie-bewarende ouer versoek om redelike dwang te gebruik om die kind te dwing om hom of haar te onderwerp aan die nie-bewarende ouer se reg op toegang. Verder herleef die ouerlike verantwoordelikhede en regte van die nie-bewarende ouer vir die tyd waarin die kind onder sy of haar beheer is. Die nie-bewarende ouer kan dus die nodige dissipline toepas. Hierdie stelling kan moontlik verwarrend wees aangesien die nie-bewarende ouer na egskeiding outomaties daardie ouerlike regte behou wat nie onversoenbaar met bewaring is nie. Die nie-bewarende ouer sal uit die aard van

⁴²⁵ Hierdie siening in *B v S* 1995 (3) SA 571 (A) en *T v M* 1997 (1) SA 54 (A) bevestig.

⁴²⁶ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 82-83.

⁴²⁷ 2000 (2) SA 199 (T).

⁴²⁸ Bonthuys 2000 *Annual Survey of South African Law* 152.

⁴²⁹ 1975 (4) SA 887 (A). Sien ook *Du Preez v Conradie* 1990 (4) SA 46 (B).

die saak tydens die uitoefening van sy of haar toegangsregte dag-tot-dag besluite ten opsigte van die kind moet neem. Die hof het in *Myers v Levitan*⁴³⁰ duidelik gestel dat toegang nie 'n onderafdeling van bewaring is nie. Die Engelse Regskommissie het in 1986, in kontras met die siening van die Suid-Afrikaanse reg, voorgestel dat die nie-bewarende ouer ten tye van uitoefening van toegang dieselfde verantwoordelikheid moet hê as die bewarende ouer.⁴³¹

5.4 Probleme rondom toegang

Toegang lei tot talle probleme wat die reg nie kan oplos nie. Alhoewel bewaring aanleiding gee tot meer akademiese bespreking word dit algemeen aanvaar dat toegang aanleiding gee tot meer dispute en meer probleme veroorsaak. Die rede hiervoor is die feit dat die partye na die toestaan van 'n bewaringsbevel gewoonlik berus by die besluit van die hof. Elke besoek ter uitoefening van toegangsregte van 'n nie-bewarende ouer kan moontlik wrywing tussen óf die ouers óf die kind en 'n ouer veroorsaak. Hierdie besoeke is gewoonlik die enigste geleentede waar ouers na 'n egskeiding nog met mekaar kontak het. Hierdie ouers, wat dikwels nog wrokke koester, kan moontlik, in plaas daarvan om die beste belang van die kind te handhaaf, mekaar probeer “bykom” by uitoefening van toegang.⁴³²

Nog 'n probleem is die feit dat die bewarende ouer die uitoefening van die toegangsregte van die nie-bewarende ouer kan beheer en bepaal indien die hof nagelaat het om 'n spesifieke bevel in hierdie verband te verleen. Indien die ouers relatief goed oor die weg kom, verskaf hierdie aspek geen probleme nie. 'n Bewarende ouer met wrokke en onopgeloste emosies kan egter die lewe vir die nie-bewarende ouer ondraaglik maak. In hierdie opsig is 'n gestruktureerde bevel wenslik.⁴³³ In so 'n bevel sit die hof die reëlins ten opsigte van toegang spesifiek uiteen.⁴³⁴

⁴³⁰ 1949 (1) SA 203 (T).

⁴³¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 83.

⁴³² Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 83-84.

⁴³³ Sien verder par 8 in verband met ouerskapsplanne.

⁴³⁴ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 84.

In verskeie gevalle neem kontak tussen die nie-bewarende ouer en die kinders af en na 'n ruk hou dit heeltemal op. Sommige nie-bewarende ouers glo dat, indien hy of sy nie toegang uitoefen nie, die onderhoudspilig ook ophou om te bestaan.⁴³⁵ Verder word aangevoer dat sommige nie-bewarende ouers bloot belangstelling in hul kinders verloor. Hierdie sameloop van omstandighede kan moontlik voortspruit uit die totaliteit van probleme geassosieer met egskeiding. Die nie-bewarende ouer kan moontlik ook sukkel om aan te pas in die rol van die nie-bewarende ouer wat slegs af en toe as “gasheer” vir besoekende kinders of self as “gas” moet optree indien hy of sy die kinders besoek.⁴³⁶ Die bewarende ouer kan gekant wees teen die uitoefening van toegang van die nie-bewarende ouer en kan sodoende tussen die nie-bewarende ouer en die kinders te staan kom.⁴³⁷

'n Verdere probleem kan moontlik ontstaan indien die kind om watter rede ook al onwillig is om die nie-bewarende ouer te sien. In die Suid-Afrikaanse reg word die bewarende ouer toegelaat om gematigde dwang te gebruik om die kind te dwing om hom of haar aan die toegang te onderwerp.⁴³⁸ Die vraag moet egter gevra word of geweld in so 'n geval in die beste belang van die kind is.⁴³⁹ In *I v S*⁴⁴⁰ het die vader van buite-egtelike kinders ingevolge die Wet op Natuurlike Vaders aansoek gedoen om toegang tot die kinders gebore uit 'n Islamitiese huwelik. Die hof het bevind dat die kinders, ouderdomme 19, 16 en 13, volwasse genoeg is om self te besluit dat hulle geen toegang deur die vader verlang nie. Die hof het verder beslis dat dit nie in die beste belang van die kinders is om teen hul sin kontak met die vader te hê nie. Die hof het twee redes aangevoer vir die beslissing. In die eerste plek is toegang die reg van die kind en in die tweede plek moet die kind se opinie in ag geneem moet word ingevolge artikel 2(5)(d) van die bovermelde wet sowel as die gemenerereg. Hierdie beslissing strook met die uitspraak in *Meyer v Gerber*⁴⁴¹ en klousule 12 van die 1989-Konvensie.⁴⁴²

⁴³⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 86.

⁴³⁶ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 86-87.

⁴³⁷ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 87.

⁴³⁸ 'n Voorbeeld hiervan word in *Germani v Herf* 1975 (4) SA 887 (A) 887, 902 gevind.

⁴³⁹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 87-88.

⁴⁴⁰ 2000 (2) SA 993 (K).

⁴⁴¹ 1999 (3) SA 650 (O).

⁴⁴² Bonthuys 2000 *Annual Survey of South African Law* 145.

In die Amerikaanse saak *Smith v Smith*⁴⁴³ het die hof soos volg beslis:⁴⁴⁴

In the absence of proof showing that visitation with the defendant would cause physical or mental harm to the children or a showing of some justification for preventing visitation, the plaintiff must do more than merely encourage the minor children to visit the defendant. Until the children can affirmatively and independently decide not to have any visitation with the defendant, the plaintiff must follow the court order that she deliver the children to the defendant for the purposes of visitation.

Die hof van eerste instansie het die onwillige bewarende ouer tot vyf dae tronkstraf gevonniss waarteen sy geappelleer het. Die Amerikaanse Appèlhof het die vonnis gehandhaaf maar opgeskort. Die Appèlhof het die moeder (appellant) gewaarsku dat sy haarself aan 'n swaarder straf sal onderwerp indien sy die vader se toegangsregte verder inhibeer. Die hof het in die Suid-Afrikaanse beslissing van *Germani v Herf*⁴⁴⁵ die moeder beveel om haar volle samewerking te verleen in die uitoefening van die vader se toegangsregte. Dit beteken dat sy haar gesag as ouer en gepaste dissiplinêre tegnieke moet gebruik om die kinders te verplig om die vader te besoek. Die hof het verder bevind dat die kind se teësinigheid om die vader te besoek nie genoegsame rede is om die vader se toegangsregte op te skort nie.⁴⁴⁶

In 'n verdere Amerikaanse beslissing, *Egle v Egle*,⁴⁴⁷ het die hof die moeder se bewaring van die kinders opgeskort en aan die vader toegeken as gevolg van die moeder se deurlopende onwilligheid om gevolg te gee aan die toegangsbevel. In *Rosenberg v Rosenberg*⁴⁴⁸ het die hof die *Egle*-beslissing verwerp en gestel dat die bewarende ouer nie "gestraf" moet word deur bewaring aan die nie-bewarende ouer toe te ken nie, maar eerder met die strawwe opgelê vir minagting van 'n hofbevel. Sommige Amerikaanse en Kanadese howe het selfs sover gegaan as om onderhoudsbetalings deur die nie-bewarende ouer op te skort tot tyd en wyl die bewarende ouer gehoor gee aan die toegangsbevel. Die Suid-Afrikaanse hof het egter in *Segal*

⁴⁴³ 70 Ohio App 2d 87 (1980).

⁴⁴⁴ Soos aangehaal in Singh 1996 SALJ 704.

⁴⁴⁵ 1975 (4) SA 887 (A).

⁴⁴⁶ Singh 1996 SALJ 705.

⁴⁴⁷ 715 F 2d 999 (5th Circuit 1983).

⁴⁴⁸ 504 A 2d 350 (Superior Court of Pennsylvania 1986).

*v Segal*⁴⁴⁹ en *B v S*⁴⁵⁰ te kenne gegee dat hierdie benadering nie deur die Suid-Afrikaanse howe ondersteun word nie.⁴⁵¹

Die nie-bewarende ouer moet daarteen waak om nie die bewarende ouer, wat moontlik finansiëel in 'n swakker posisie is, se gesag te ondermyn deur die kinders onnodig te bederf nie.⁴⁵²

Afdwinging van toegangsbevele is problematies. Hoe dwing 'n hof 'n “steekse” bewarende ouer om die nie-bewarende ouer se regte te respekteer? Die Verdere Algemene Regswysigingswet 93 van 1962 is in die verlede daargestel om hierdie probleem te hanteer en op te los.⁴⁵³ Hierdie wet was egter relatief onbekend en is dus nooit tot die volle potensiaal gebruik nie. Hierdie wet word deur artikel 313, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het, en skedule 4 van die Kinderwet herroep. Artikel 35(1) van die Kinderwet, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het, maak nou sekere bepalinge in verband met “refusal of access or refusal to exercise parental responsibilities and rights”:

Any person having care or custody of a child who, contrary to an order of any court or to a parental responsibilities and rights agreement that has taken effect as contemplated in section 22(4), refuses another person who has access to that child or who holds parental responsibilities and rights in respect of that child in terms of that order or agreement to exercise such access or such responsibilities and rights or who prevents that person from exercising such access or such responsibilities and rights is guilty of an offence and liable on conviction to a fine or to imprisonment for a period not exceeding one year.

Die Suid-Afrikaanse hof het in *Oppel v Oppel*⁴⁵⁴ 'n opgeskorte vonnis van tronkstraf vir minagting van die toegangsbevel opgelê. In *Evans v Evans*⁴⁵⁵ sowel as die *Kougianos-saak*⁴⁵⁶

⁴⁴⁹ 1971 (4) SA 317 (K).

⁴⁵⁰ 1995 (3) SA 571 (A).

⁴⁵¹ Singh 1996 SALJ 705-707.

⁴⁵² Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 88.

⁴⁵³ Hierdie wet word deur a 313, welke artikel nog nie tydens skryf van hierdie proefskrif in werking getree het nie, en skedule 4 van die Kinderwet herroep.

⁴⁵⁴ 1973 (3) SA 675 (T).

⁴⁵⁵ 1982 (1) SA 370 (W).

⁴⁵⁶ Ongerapporteerde saak 957/93 (23-06-1994)(D).

het die hof ook 'n gewilligheid getoon om tronkstraf op te lê sou die bewarende ouer die ander ouer se toegangsregte verder frustreer.⁴⁵⁷ Hierdie wetgewing verwys egter na die ouer wat ingevolge 'n hofbevel bewaring oor 'n kind het. Die nie-bewarende ouer het dus geen remedie kragtens hierdie wet alvorens die egskeiding afgehandel is nie.⁴⁵⁸

In die Amerikaanse staat Michigan kan die “friend of the court”, 'n beampte van die hof wat aangestel is om toegang- en bewaringsdispute te beslis, addisionele besoektye aan die nie-bewarende ouer toeken ten einde te vergoed vir die tye wat so 'n ouer gemis het as gevolg van die bewarende ouer se dwarsboming van die toegangsreëlings. Die nie-bewarende ouer kan dan kies op watter tye hierdie addisionele besoektye geskied. Dit is 'n diens wat die hof aan die nie-bewarende ouer lewer.⁴⁵⁹

5.5 Wysiging van toegangsbevele

Net soos bewaringsbevele, kan toegangsbevele ingevolge artikel 8(1) van die Egskeidingswet te eniger tyd deur die hof ingetrek, gewysig of opgeskort word indien die hof bevind dat daar voldoende rede daarvoor bestaan. Van Zyl⁴⁶⁰ voer aan dat probleme rondom wysigings met behulp van bemiddeling en beraders suksesvol opgelos kan word en dat die ouer én die kind 'n aandeel moet hê in die wysiging van die toegangsreëlings.

Net soos by bewaring moet die applikant aantoon dat die wysiging in die beste belang van die kind is. Die howe is oor die algemeen nie geneë om die nie-bewarende ouer se toegangsregte in te perk nie, aangesien volgehoue kontak met albei ouers in die beste belang van die kind is. Die applikant moet verder aantoon dat die oorspronklike bevel met betrekking tot toegang die psigiese, fisieke, morele of emosionele gesondheid van die kind in gevaar stel. Volgehoue kontak met 'n MIV-positiewe ouer is net so belangrik vir 'n kind soos volgehoue kontak met 'n

⁴⁵⁷ Singh 1996 *SALJ* 703.

⁴⁵⁸ Nagle “Access of non-custodial parents” 2003 *De Rebus* 52.

⁴⁵⁹ Singh 1996 *SALJ* 707. Sien verder Singh 1996 *SALJ* 707-708 vir 'n kort bespreking van die moontlikheid van deliktuele aanspreeklikheid vir inhibering van toegangsregte en verhoogde onderhoud indien die nie-bewarende ouer nie sy of haar toegangsregte uitoefen nie.

⁴⁶⁰ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 89.

MIV-negatiewe ouer. Die MIV-status van die ouer moet slegs 'n rol speel in die wysiging van die bevel indien bewys word dat die infeksie 'n negatiewe impak op die kind het.⁴⁶¹

5.6 Die invloed van MIV/vigs op toegang

Indien na veral die Amerikaanse regspraak gekyk word, speel MIV/vigs 'n definitiewe rol in toegangsaangeleenthede. Die vraag wat egter gevra moet word, is hoe 'n belangrike rol die virus behoort te speel. Die MI-virus is 'n dodelike virus wat tans verskeie huishoudings infiltreer. Ten einde die beste belang van al die partye in 'n egskeidingsaangeleentheid te bevorder behoort die howe met groot oorleg, en nie halsoorkop nie, op te tree. Alhoewel die bewarende en die nie-bewarende ouer albei in 'n egskeidingsaangeleentheid oor sekere regte beskik, móét die beste belang van die kind van deurslaggewende belang wees in alle aangeleenthede wat die kind raak.⁴⁶²

Dit is belangrik om aandag te gee aan die regte van die MIV-positiewe, nie-bewarende ouer ten opsigte van die kinders na egskeiding, aangesien 'n al groterwordende aantal ouers moontlik MIV-positief kan wees. Die Suid-Afrikaanse howe het tot dusver nog geen uitsprake hieroor gelewer nie. Die Amerikaanse howe het egter reeds in verskeie sake hieroor beslis.

In *Jane W v John W*⁴⁶³ het die hof bevind dat 'n nie-bewarende, MIV-positiewe ouer nie van toegangsregte ontnem kan word bloot op grond van die feit dat hy of sy MIV-positief is nie. Die hof het deeglik kennis geneem van die beskikbare inligting rakende die virus, sowel as die wyses van oordrag. Aangesien die ouer 'n gesondheidswerker was en oor kennis van die voorsorgmaatreëls ten einde oordrag te voorkom beskik het, het die hof die ouer se normale toegangsregte herstel.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Mahon 1988 *New York University Law Review* 1119-1120. Sien ook Pearce "Visitation rights of an AIDS infected parent" 1988/1989 *Journal of Family Law* 728 ev.

⁴⁶² Pearce 1988/1989 *Journal of Family Law* 719.

⁴⁶³ No. 35767/86, slip op. (N.Y. Sup. Ct. Aug. 21, 1987).

⁴⁶⁴ Sien verder, in die algemeen, Miller in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 233.

Die meeste Amerikaanse howe volg die reël in *Stewart v Stewart*.⁴⁶⁵ Hierdie reël bepaal dat die toegangsregte van 'n nie-bewarende ouer nie op grond van MIV-infeksie ingeperk kan word nie. Die howe sal toegangsregte slegs opskort of inperk indien sodanige toegang moontlike nadeel vir die kind se fisieke en psigiese gesondheid inhou. Verder moet die party wat beweer dat daar 'n verband tussen die MIV-infeksie en opskorting of beperking van die toegangsregte bestaan, dit bewys. Die hof het bevind dat die virus nie deur gewone, alledaagse kontak en deur 'n huishouding met 'n positiewe persoon te deel oorgedra kan word nie. In *Sherman v Sherman*⁴⁶⁶ het die Appèlhof bevind dat die feit dat 'n nie-bewarende vader 'n woning met sy MIV-positiewe broer deel, nie gevaar vir die kinders inhou nie. Die hof het verder bevind dat die moeder se vrese dat die kinders moontlik met die MI-virus besmet kan word nie die inperking van toegang regverdig nie. Die Appèlhof het verder die hof van eerste instansie se bevel dat die vader vir periodieke MIV-toetse moet gaan ter syde gestel, aangesien daar geen bewyse bestaan dat sodanige toetse nodig is ten einde die kinders se gesondheid te beskerm nie.⁴⁶⁷

In *North v North*,⁴⁶⁸ ook 'n Amerikaanse beslissing, het die Appèlhof bevind dat die hof van eerste instansie sy diskresie misbruik het deur 'n homoseksuele, MIV-positiewe vader se toegangsregte in te kort. Alhoewel die hof van eerste instansie nie sy beslissing op die MIV-positiewe status van die vader gebaseer het nie, maar wel op sy "skadelike" homoseksuele lewenstyl, het die Appèlhof tog kommentaar hierop gelewer. Die Appèlhof het bevestig dat 'n ouer se toegang tot 'n kind nie op grond van MIV-status ingeperk kan word nie tensy bewys word dat die positiewe MIV-status van so 'n ouer 'n nadelige invloed op die kind se fisieke en psigiese gesondheid het.⁴⁶⁹

Die vraag na die beste belang van die kinders moet van deurslaggewende belang wees in die bepaling van toegangsregte waar die nie-bewarende ouer MIV-positief is. Net soos by

⁴⁶⁵ "Family Law and HIV/AIDS: an overview of issues, recent cases and applicable news" 1996 *Lambda Legal* www.lambdalegal.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008). 'n Volledige bespreking van hierdie saak word gevind in Mahon 1988 *New York University Law Review* 1120.

⁴⁶⁶ 1994 WL 649148 (November 18, 1994).

⁴⁶⁷ "Family Law and HIV/AIDS: an overview of issues, recent cases and applicable news" 1996 *Lambda Legal* www.lambdalegal.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁴⁶⁸ 102 Md.App. 1, 648 A.2d 1025 (Md. Ct. Spec. App. 1994).

⁴⁶⁹ "Family Law and HIV/AIDS: an overview of issues, recent cases and applicable news" 1996 *Lambda Legal* www.lambdalegal.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

bewaring, moet die howe poog om 'n bevel te verleen in terme waarvan die kinders 'n sinvolle verhouding met die nie-bewarende ouer voortsit. Indien die ouer MIV-positief is of reeds vigs onder lede het is hierdie voortgesette verhouding soveel belangriker ten einde die kinders by te staan in die verwerking van die moontlike naderende dood van die ouer. Die kinders moet ook leer om die ander probleme, byvoorbeeld vooroordeel deur die gemeenskap, rondom die MIV-infeksie te hanteer. Die hof moet in hierdie gevalle gewigtige besluite neem en die psigologiese trauma en onstabieliteit wat gepaardgaan met die naderende dood van 'n ouer in ag neem. Die bewarende ouer speel 'n groot rol in die behoud van 'n sinvolle verhouding tussen die kinders en die siek ouer.⁴⁷⁰

Net soos by bewaring moet die MIV-infeksie van die ouer nie 'n rol speel by die bepaling van toegangsregte nie, tensy daar 'n wesenlike gevaar bestaan dat die ouer 'n seksuele verhouding met die kind het, of dat die ouer dwelms misbruik, of dat die ouer handeling verrig wat nie in die beste belang van die kind is nie.⁴⁷¹ Howe moet daarteen waak om halsoorkop op te tree en oningeligte bevele te verleen. Die belang van die ouers sowel as die kinders moet so ver moontlik in ag geneem word by die toestaan van toegangsbevele.⁴⁷²

6 VOOGDY

In hierdie paragraaf word daar slegs na die huidige posisie met betrekking tot voogdy en egskeiding verwys.⁴⁷³

Alvorens voogdy en die impak van MIV/vigs op voogdy by egskeiding bespreek word,⁴⁷⁴ moet daar na die definisie van voogdy gekyk word. Ouerlike verantwoordelikhede en regte steun op twee aspekte, naamlik voogdy en bewaring.⁴⁷⁵ Daar moet pertinent tussen voogdy en bewaring

⁴⁷⁰ Schepard "AIDS and divorce" 1989 *Family Law Quarterly* 34-35.

⁴⁷¹ Rozovsky & Rozovsky *AIDS and Canadian law* 40-41.

⁴⁷² Pearce 1988/1989 *Journal of Family Law* 732.

⁴⁷³ Voogdy word in hfst 6 hieronder meer volledig bespreek.

⁴⁷⁴ 'n Volledige bespreking van die verpligtinge en regte van voogde, vereistes vir die aanstelling van 'n voog en voogdy waar die ouers steeds getroud is kan gevind word, in die algemeen, in Cronjé & Heaton *Familiereg* 311 ev.

⁴⁷⁵ Clark 2000 *Stell LR* 5.

onderskei word. Verskillende bronne definieer voogdy verskillend. Artikel 1(2) van die Wet op Voogdy, welke wet deur die Kinderwet vervang is, het bepaal dat, indien die vader en moeder gesamentlike voogdy oor 'n kind het, die ouers onafhanklik van mekaar voogdy mag uitoefen. Albei ouers se toestemming is egter benodig ten aansien van:

- (1) die aangaan van 'n huwelik deur die minderjarige kind;
- (2) die aanneming van 'n kind;
- (3) die verwydering van die kind uit die Republiek deur een van die ouers of deur iemand anders as een van die ouers;
- (4) die aansoek om 'n paspoort deur of ten behoeve van 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar; en
- (5) die vervreemding of beswaring van onroerende goed of 'n reg op onroerende goed wat aan die minderjarige kind behoort.

Die Kinderwet gee 'n meer omvattende definisie van voogdy. Ingevolge hierdie wet het elke ouer sekere ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van 'n minderjarige kind. Hierdie ouerlike verantwoordelikhede en regte sluit in om as voog van 'n kind op te tree. Voogdy word soos volg in artikel 18(3), welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het, gedefinieer:

Subject to subsections (4) and (5), a parent or other person who acts as guardian of a child must -

- (a) administer and safeguard the child's property and property interests;
- (b) assist or represent the child in administrative, contractual and other legal matters; or
- (c) give or refuse any consent required by law in respect of the child, including-
 - (i) consent to the child's marriage;
 - (ii) consent to the child's adoption;
 - (iii) consent to the child's departure or removal from the Republic;
 - (iv) consent to the child's application for a passport; and
 - (v) consent to the alienation or encumbrance of any immovable property of the child.

Hierdie wet bepaal ook wie voogdy oor 'n kind mag uitoefen. Subartikels 18(4) en (5) bepaal as volg:⁴⁷⁶

- (4) Whenever more than one person has guardianship of a child, each one of them is competent, subject to subsection (5), any other law or any order of a competent court to the contrary, to exercise independently and without the consent of the other any right or responsibility arising from such guardianship.

⁴⁷⁶ Hierdie artikels het ook op 1 Julie 2007 in werking getree.

- (5) Unless a competent court orders otherwise, the consent of all persons that have guardianship of a child is necessary in respect of matters as set out in subsection (3)(c).

Gedurende die bestaan van die huwelik het albei ouers voogdy oor die kinders uit die huwelik gebore.⁴⁷⁷ Die hoë hof is die oppervoog van alle minderjariges en het, net soos die Meester van die Hoë Hof, die bevoegdheid om 'n voog vir 'n minderjarige aan te stel.⁴⁷⁸ Artikel 6(3) van die Egskeidingswet bepaal dat die egskeidingshof enige bevel wat die hof goeddink kan verleen ten opsigte van voogdy oor die minderjarige kinders gebore uit die huwelik. Die hof kan ingevolge hierdie artikel die uitsluitlike voogdy⁴⁷⁹ oor die kinders aan een van die ouers toeken. Verder kan die hof, by afsterwe van die ouer aan wie die uitsluitlike voogdy toegeken is, die voogdy aan 'n ander persoon as die langsliewende ouer toeken. Artikel 8(1) van dieselfde wet bepaal dat 'n hof so 'n bevel mag intrek of wysig indien die hof dit goeddink.

MIV/vigs behoort nie die gesamentlike voogdy oor die kinders te raak terwyl albei ouers nog lewe nie. Die probleme begin indien die ouer met uitsluitlike voogdy en bewaring oor die kinders MIV-positief is en dood aan vigs in die gesig staar. So 'n ouer kan moontlik te siek raak om besluite namens die kinders te neem. In hierdie geval is toekomsbeplanning van deurslaggewende belang. Die Amerikaanse *Standby Guardianship Act* bied 'n oplossing vir hierdie dilemma. Hierdie wet word hieronder volledig bespreek.⁴⁸⁰

7 ONDERHOUD

7.1 Algemene bepalings

Slegs betaling van onderhoud by egskeiding ten opsigte van kinders gebore uit 'n verbroke huwelik gaan voorts kortliks bespreek word.⁴⁸¹ Daar sal kortliks na betaling van onderhoud

⁴⁷⁷ A 19, welke artikel verwys na die ouerlike verantwoordelikhede en regte van die moeder, en a 20, welke artikel verwys na die ouerlike regte en verantwoordelikhede van getroude vaders van die Kinderwet, welke artikels op 1 Julie 2007 in werking getree het.

⁴⁷⁸ Cronjé & Heaton *Familiereg* 312.

⁴⁷⁹ Sien ook a 5 van die Wet op Huweliksaangeleenthede met betrekking tot uitsluitlike voogdy.

⁴⁸⁰ Sien hfst 6, par 2.2 hieronder.

⁴⁸¹ 'n Meer volledige bespreking van onderhoud in die algemeen word gevind in Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* (2000). Sien ook Cronjé & Heaton *Familiereg* 303 ev en Van Schalkwyk "Maintenance for children" in Davel (red) *et al Introduction to child law* 41 ev.

deur een gade aan die ander gade en verdeling van bates verwys word aangesien dit moontlik die finansiële posisie van die kind ook kan raak.

Ingevolge die gemenerereg het albei ouers 'n verpligting om die kinders gebore uit hul huwelik te onderhou.⁴⁸² Hierdie reg word in artikel 15 van die Wet op Onderhoud 99 van 1998 (hierna “die Onderhoudswet”) bevestig. Ingevolge hierdie wet het 'n ouer 'n *ex lege*-verpligting om 'n kind te onderhou tot tyd en wyl die kind daartoe in staat is om homself of haarself te onderhou. Die vereistes vir die bestaan van hierdie onderhoudsplig is die volgende:⁴⁸³

- (1) Die ouer se vermoë om die onderhoud te kan betaal.
- (2) Die kind se onvermoë om hom- of haarself te onderhou.
- (3) Die bestaan van die een of ander verhouding tussen die onderhoudsgeregtigde en die onderhoudspligtige op grond waarvan daar 'n regsplig bestaan om onderhoud te betaal. Die kind moet dus die wettige kind van die betrokke ouer wees.

By egskeiding, net soos tydens die bestaan van die huwelik, rus daar 'n verpligting op 'n ouer om volgens sy of haar vermoëns *pro rata* tot die onderhoud van die kinders gebore uit die huwelik by te dra. Dit beteken dat die ouers hul geldelike verpligting ten opsigte van voorsiening in die kinders se lewensbehoefte moet nakom.⁴⁸⁴ Dit sluit in huisvesting, voedsel, kleding, skoling⁴⁸⁵ en mediese sorg.⁴⁸⁶ Ingevolge artikel 6(3) van die Egskeidingswet kan 'n hof wat 'n egskeidingsbevel verleen enige bevel wat so 'n hof goetvind ten opsigte van die onderhoud van 'n kind gebore uit die huwelik verleen. So 'n onderhoudsbevel kan ingevolge artikel 8(1) van dieselfde wet enige tyd na verlening gewysig word indien daar voldoende rede daarvoor bestaan. 'n Hof moet nie eers die vermoëns van die ouers bepaal nie, maar eers die behoeftes van die kinders en dan die bydrae van die ouer vasstel.⁴⁸⁷ Die ouers kan 'n skikking bereik ten opsigte van die betaling van onderhoud. Die hof is egter nie gebonde aan so 'n

⁴⁸² Cronjé & Heaton *Familiereg* 303.

⁴⁸³ Van Schalkwyk in Davel (red) *et al Introduction to child law* 50.

⁴⁸⁴ Visser & Potgieter *Familiereg* 153.

⁴⁸⁵ Sien in die algemeen *Mentz v Simpson* 1990 (4) SA 455 (A).

⁴⁸⁶ Visser & Potgieter *Familiereg* 188.

⁴⁸⁷ Cronjé & Heaton *Familiereg* 306-307.

skikking nie en kan steeds enige bevel uitreik wat hy goeuvind ten einde toe te sien dat die beste belang van die kinders geld. Die ouers kan egter nie ooreenkom dat een van hulle nie vir onderhoud aanspreeklik is nie.⁴⁸⁸ 'n Hof kan ook 'n ooreenkoms tussen die ouers wat *contra bonos mores* is ter syde stel.⁴⁸⁹ Die hof kan ag slaan op 'n verslag van die gesinsadvokaat soos ingestel ingevolge die Wet op Bemiddeling.⁴⁹⁰

Die onderhoudsverpligting of -bevel kom tot 'n einde indien die kind selfonderhoudend word, by die dood van die onderhoudspligtige, by wysiging van 'n onderhoudsbevel en by growwe ondankbaarheid van die kind.⁴⁹¹ Die onderhoudsplig duur voort tot die kind selfonderhoudend is en is nie noodwendig gekoppel aan mondigwording nie.⁴⁹²

Artikel 15 van die Onderhoudswet maak nie voorsiening vir die inheemsregtelike reëlings ten opsigte van die onderhoudsplig van ouers teenoor hul kinders nie. Die inheemsregtelike onderhoudsplig sal dus waarskynlik by wyse van sivilregtelike aksie afgedwing moet word. Die statutêre sowel as gemeenregtelike regsreëls met betrekking tot onderhoud is moeilik versoenbaar met die inheemsregtelike onderhoudsplig en bring probleme mee. Onderhoud is byvoorbeeld ingevolge die inheemse reg 'n groepsreg en -verpligting. Verder druis dit teen gemeenregtelike beginsels in vir 'n man om onderhoud te betaal vir 'n vrou wat uit 'n huwelik uitgestap het en nog boonop sy kinders saam met haar geneem het. Ingevolge artikel 8(4)(e) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 kan 'n hof by egskeiding enige reëling ingevolge die inheemse reg in ag neem by die toekenning van onderhoud. Die bedoeling van die wetgewer is egter onduidelik en oop vir bespreking.⁴⁹³

⁴⁸⁸ Visser & Potgieter *Familiereg* 153.

⁴⁸⁹ Cronjé & Heaton *Familiereg* 175. Sien in die algemeen *Baart v Malan* 1990 (2) SA 862 (OK).

⁴⁹⁰ Sien par 11 hierbo.

⁴⁹¹ Sien in die algemeen Van Schalkwyk in Davel (red) *et al Introduction to child law* 56-62 vir 'n volledige bespreking hiervan. Insolvensie van die ouer beëindig nie die onderhoudsplig nie. Dit blyk dat Voet se siening dat die onderhoudsplig tot 'n einde kom by growwe ondankbaarheid steeds nie in die Suid-Afrikaanse reg verander het nie. Sien ook in die algemeen Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* 10.

⁴⁹² Visser & Potgieter *Familiereg* 153.

⁴⁹³ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 126.

7.2 Wie se verpligting indien die ouer nie kan betaal nie?

Die bewarende ouer kan nie onderhoud van die ander ouer eis indien die ander ouer nie oor die vermoëns beskik om die onderhoudsbedrag te betaal nie. In *Zimelka v Zimelka*⁴⁹⁴ het die hof bevind dat die onderhoudsbevel ondergeskik is aan die onderhoudsplig. Die plig hang af van die vermoë van die ouer.

Die bewyslas rus op die onderhoudspligtige om te bewys dat hy of sy nie oor die finansiële vermoëns beskik om onderhoud te betaal nie. Verder is 'n ouer verplig om te poog om 'n beroep te beoefen dienooreenkomstig sy of haar vermoëns.⁴⁹⁵

Indien die ouers nie 'n kind kan onderhou nie, moet die staat sowel as grootouers, onder andere, instaan vir die versorging van so 'n kind.⁴⁹⁶ Die staat se grondwetlike verpligtinge ten opsigte van die onderhoud van kinders word hieronder volledig bespreek.⁴⁹⁷

7.3 Bepaling van onderhoud

Verskillende faktore speel 'n rol by die bepaling van die onderhoudsbedrag.⁴⁹⁸ Die Onderhoudswet bepaal dat "...die plig omvat die onderhoud wat 'n kind redelikerwys benodig vir sy of haar gepaste leefwyse en opvoeding, en sluit in die voorsiening van voedsel, klere, huisvesting, mediese versorging en onderwys."⁴⁹⁹ Hierdie behoeftes kan van tyd tot tyd verander.⁵⁰⁰ Die finansiële omstandighede en die sosiale status van die ouers speel ook 'n rol

⁴⁹⁴ 1990 (4) SA 303 (W).

⁴⁹⁵ Clark "Children's right to support - A public responsibility?" in Keighley (red) *Children's rights* 84.

⁴⁹⁶ Sien hfst 6 hieronder vir 'n meer volledige bespreking van die onderhoudsplig van derdes ten opsigte van kinders.

⁴⁹⁷ Hfst 6.

⁴⁹⁸ 'n Bespreking van die metodes van die vasstelling van die bedrag van onderhoud word gevind in Clark in Keighley (red) *Children's rights* 86.

⁴⁹⁹ A 15(2).

⁵⁰⁰ Cronjé & Heaton *Familiereg* 194.

by die bepaling van die onderhoudsbedrag.⁵⁰¹ Die feit dat die moeder reeds belas is met die bewaring van die kinders moet ook in aanmerking geneem word.⁵⁰² Verder bepaal artikel 15(3)(a) van dieselfde wet dat die volgende ook in ag geneem word:

- (1) Die plig om die kinders te onderhou is 'n verpligting wat die ouers gesamentlik opgehoop het.
- (2) Die ouers se onderskeie aandeel in sodanige verpligting word onder hulle verdeel ooreenkomstig hul onderskeie vermoëns.
- (3) Die plig bestaan ten opsigte van binne- sowel as buite-egtelike kinders en die plig bestaan ongeag of die kind gebore is uit 'n eerste of latere huwelik.

Ingevolge artikel 15(3)(b) is die bedrag wat aldus bepaal word die bedrag wat die onderhoudshof na oorweging van die omstandighede in 'n spesifieke geval billik ag.

Ten einde sy of haar onderhoudsblig na te kom, moet 'n onderhoudspligtige sy of haar inkomste aanwend. Indien die inkomste nie voldoende is nie, moet die onderhoudspligtige sy of haar kapitaal aanwend. 'n Ouer kan nie sy of haar plig versuim deur op te hou werk of byvoorbeeld self te begin studeer nie. Daar rus egter nie 'n onderhoudsblig op 'n ouer wat deur faktore buite sy of haar beheer verhoed word om die onderhoudsblig na te kom nie en byvoorbeeld siek is.⁵⁰³

Die kind se kapitaal kan slegs vir sy of haar onderhoud aangewend word indien toestemming van die hof verkry word en indien die onderhoudspligtiges nie daartoe in staat is om die kind te onderhou nie. Indien 'n kind 'n bevoorreelde in 'n bestorwe boedel van 'n onderhoudspligtige is, moet die kind se erfdeel in ag geneem word by bepaling van die onderhoudseis wat die kind teen die bestorwe boedel het.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Visser & Potgieter *Familiereg* 153. Volgens Clark in Keighley (red) *Children's rights* 84 neem die hof die sosiale en finansiële posisie van die ouers in ag, maar is die kind se behoeftes van deurslaggewende belang.

⁵⁰² Cronjé & Heaton *Familiereg* 194.

⁵⁰³ Clark "Duties of support of living persons" in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg's law of person's and the family* 245.

⁵⁰⁴ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 246.

Die behoeftes van stiefkinders word nie in ag geneem by die bepaling van 'n ouer se verpligting ten opsigte van sy eie kinders nie.⁵⁰⁵ Hertroue na egskeiding, hetsy binne of buite gemeenskap van goed, beïnvloed nie 'n ouer se onderhoudsverpligting ten opsigte van sy of haar kinders gebore uit 'n vorige huwelik nie. Die hof het in *Scott v Scott*⁵⁰⁶ bevind dat 'n ouer sy of haar lewenstandaard moet aanpas ten einde in sy of haar kind se behoeftes te voorsien. 'n Ouer kan dus nie 'n onvermoë om onderhoud te betaal pleit indien die ouer self se lewenstandaard van so 'n aard is dat dit inmeng met die onderhoudsplig nie.⁵⁰⁷

By 'n aansoek om vermindering van 'n bedrag ingevolge 'n onderhoudsbevel,⁵⁰⁸ moet bepaal word of die swakker finansiële status van die onderhoudspligtige te wyte is aan faktore buite sy of haar beheer. Indien nie, sal die hof minder simpatiek teenoor so 'n onderhoudspligtige optree. Indien die onderhoudspligtige se tweede huwelik binne gemeenskap van goed gesluit is, word die gemeenskaplike boedel in ag geneem by die bepaling van die onderhoudsbedrag ten opsigte van die kinders gebore uit 'n vorige huwelik.⁵⁰⁹

Die Onderhoudswet maak nie daarvoor voorsiening dat die onderhoudsbedrag jaarliks eskaleer ten einde by inflasie aan te pas nie. Indien die egskeidings- of onderhoudsbevel nie daarvoor voorsiening maak nie, moet die bewarende ouer die onderhoudshof elke jaar nader vir 'n verhoging van onderhoud.⁵¹⁰

7.4 Afdwinging van onderhoudsbevele

Ingevolge die Onderhoudswet is onderhoudsbevele afdwingbaar.⁵¹¹ Indien daar 'n onderhoudsbevel bestaan en die onderhoudspligtige versuim om sodanige onderhoud ingevolge die bevel

⁵⁰⁵ Cronjé & Heaton *Familiereg* 306.

⁵⁰⁶ 1946 WLD 399 403-404.

⁵⁰⁷ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 242.

⁵⁰⁸ Sien verder in die algemeen Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* 51 vir 'n bespreking van 'n aansoek om vermindering van onderhoud.

⁵⁰⁹ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 242.

⁵¹⁰ Sien in die algemeen Robinson "Gegronde redes by die wysiging van onderhoudsbevele: enkele gedagtes oor veranderde omstandighede en inflasie" 1996 *THRHR* 468 en Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* 52-53 vir 'n bespreking van veranderde omstandighede en inflasie.

⁵¹¹ A 26 saamgelees met reg 16 (GK R1361 *SK* 20627 van 15/11/1999).

te betaal kan die bevel by wyse van eksekusie teen goed,⁵¹² deur beslaglegging op besoldiging⁵¹³ of deur beslaglegging op enige skuld⁵¹⁴ afgedwing word.⁵¹⁵

Verder bepaal die Onderhoudswet dat dit 'n misdryf is om nie onderhoud te betaal nie.⁵¹⁶ Hierdie misdryf is strafbaar met tronkstraf en/of 'n boete. Die feit dat die beskuldigde nie die onderhoud kan bekostig nie is 'n verweer ingevolge artikel 31(2). Ten einde skuldig bevind te word aan 'n misdryf kragtens hierdie wet moet daar vier elemente teenwoordig wees. In *S v Magagula*⁵¹⁷ het die hof hierdie vier elemente, sowel as verskeie ander aspekte van die Onderhoudswet in diepte bespreek en uiteengesit. In die eerste plek moet daar 'n onderhoudsbevel teen die beskuldigde bestaan. In die tweede plek moes die beskuldigde versuim het om die onderhoud te betaal. In die derde plek moes hy of sy ten tye van die versuim om te betaal oor die vermoëns beskik het om wel te kan betaal en in die vierde plek moet daar *mens rea* teenwoordig wees. Die hof het ook verwys na die onderskeid tussen die prosedures ingevolge artikel 40 (die verhaal van agterstallige onderhoud) en artikel 41 (omskepping van strafregtelike verrigtinge in onderhoudsondersoeke). *S v Magagula*⁵¹⁸ is 'n baie belangrike beslissing oor die uitvoering en interpretasie van die Onderhoudswet, en stel belangrike riglyne daar.⁵¹⁹

In 'n egskeidingsaangeleentheid kan 'n *pendente lite*-bevel vir die betaling van tussentydse onderhoud toegestaan word.⁵²⁰

⁵¹² A 27.

⁵¹³ A 28. Sien in die algemeen *S v Raseemela* 2000 (2) SACR 98 (T) en *S v Nkgoele* 2000 (2) SACR 420 (T) ten aansien van bevels ingevolge a 28. 'n Bespreking hiervan kom voor, in die algemeen, in Bonthuys 2000 *Annual Survey of South African Law* 155.

⁵¹⁴ A 30.

⁵¹⁵ Sien die *Department of Justice Codified Instructions: Maintenance Orders: Departmental Procedures*. Hierdie dokument verskaf riglyne aan aanklaers, onderhoudsbeamptes en landdroste met betrekking tot die toepassing van die bepalings van die wet.

⁵¹⁶ A 31(1).

⁵¹⁷ 2001(2) SACR 123 (T).

⁵¹⁸ 2001(2) SACR 123 (T)..

⁵¹⁹ Louw "Specific crimes" 2001 SACJ 409-411.

⁵²⁰ R 43 van die Eenvormige Hofreëls.

Die proses waardeur die afdwinging van onderhoudsbevele aan die gang gesit word bring egter verskeie probleme vir die bewarende ouer mee. So 'n ouer moet, indien nodig, die proses aan die gang sit. Dit neem 'n geweldige hoeveelheid tyd in beslag en het 'n negatiewe impak op die huishouding – finansiëel en emosioneel. Daar rus ook 'n las op hierdie ouers om elke jaar, indien daar nie in die oorspronklike bevel daarvoor voorsiening gemaak is nie, die hof te nader vir 'n verhoging in onderhoud.⁵²¹ In *Lebeloane v Lebeloane*⁵²² het die applikant die hoë hof genader nadat die vader nie onderhoud ingevolge 'n egskeidingskikkingsakte betaal het nie. Die hoë hof het die probleme met die onderhoudstelsel ingevolge die Onderhoudswet erken en besluit om, ten spyte van die bepalinge van artikel 6 van die Onderhoudswet, wel die applikant aan te hoor. Die hof het die volgende rede hiervoor verstrekk:⁵²³

There is abundant evidence in other matters and from other sources that, despite the new legislation and announcements that the process is improved, a woman who has to have recourse to that court to enforce a maintenance order is faced with inordinate delays in having proceedings initiated and in having her day in court. There are other problems as well when the proceedings take place. Regrettably, this court is also not generally a suitable tribunal for these matters to be dealt with...

Dit is teen die wet⁵²⁴ om die nie-bewarende ouer van toegang te ontnem indien hy of sy agterstallig is met onderhoudsbetalings.⁵²⁵

7.5 Ekonomiese gevolge van MIV/vigs-versorging

MIV/vigs saai verwoesting in die lewens van gesinslede. Hierdie verwoesting is nie net emosioneel nie, maar ook finansiëel van aard. 'n Egskeiding daarmee saam het 'n nog groter finansiële impak op 'n gesin. Die ideaal is om 'n balans te skep tussen die gesin en die

⁵²¹ Bonthuys "Labours of love: Child custody and the division of matrimonial property at divorce" 2001 *THRHR* 207-208. Sien ook in die algemeen Kelly "Onderhoud: Eers weeskind, nou stiefkind" 2000 *Codicillus* 53 vir 'n bespreking van die probleme met die nuwe onderhoudswet.

⁵²² 2000 (4) All SA 525 (W).

⁵²³ Bonthuys *Annual Survey of South African Law* 155-156. Sien verder in die algemeen Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* 44 vir 'n bespreking van die aanhoor van onderhouds-aangeleenthede in die hoë hof.

⁵²⁴ Artikel 35(1) van die Kinderwet, welke artikel reeds op 1 Julie 2007 in werking getree het. Sien par 5.4 hierbo vir 'n bespreking van hierdie artikel.

⁵²⁵ Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 265-266.

samelewing se verantwoordelikhede ten opsigte van die versorging van 'n MIV-positiewe persoon en sy of haar gesin.⁵²⁶

Myns insiens is toekomsbeplanning in hierdie gevalle essensieel ten einde die beste belang van die minderjarige kinders te dien. Die egskeidingshof sowel as die regsverteenvoerders van die onderskeie partye en die gesinsadvokaat het 'n verpligting teenoor die partye en die kinders om die gesin by te staan in hierdie beplanning.⁵²⁷ Verder behoort daar riglyne vasgestel te word ten opsigte van onderhoudstoekennings in omstandighede waar die een egskeidingsparty chronies siek, of, vir doeleindes van hierdie proefskrif, MIV-positief is.

Wat aanbetref die huidige Suid-Afrikaanse posisie, moet daar vir doeleindes van hierdie proefskrif van die volgende belangrikste punte in verband met egskeiding en onderhoud kennis geneem word:⁵²⁸

- (1) Onder normale omstandighede hang die verdeling van bates by elke spesifieke egskeidingsgeval van die toepaslike huweliksgoederebedeling waarvolgens die partye getroud is af. Partye wat, byvoorbeeld, binne gemeenskap van goed getroud is, verdeel die bates op grond van die reëls van daardie huweliksgoederebedeling
- (2) Ingevolge artikel 7(1) van die Egskeidingswet kan die hof 'n skriftelike skikkingsooreenkoms tussen die partye met betrekking tot onderhoud of die verdeling van bates 'n bevel van die hof maak. Die partye kan dus afwyk van die reëls van die toepaslike huweliksgoederebedeling en enige ooreenkoms met betrekking tot die betaling van onderhoud of die verdeling van bates bereik en by die egskeidingsbevel laat inkorporeer.
- (3) Ingevolge artikel 7(2) van die Egskeidingswet kan die hof, "...met inagneming van die bestaande of verwagte vermoëns van elk van die partye, hulle onderskeie verdienvermoëns, finansiële behoeftes en verpligtinge, die ouderdom van elk van die partye, die duur van die huwelik, die lewenspeil van die partye voor die egskeiding, hulle gedrag vir sover dit op die verbrokkeling van die huwelik betrekking het, 'n bevel

⁵²⁶ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 6.

⁵²⁷ Hierdie verpligting van regsverteenvoerders word in par 12 bespreek.

⁵²⁸ Sien, in die algemeen, Cronjé & Heaton *Familiereg* 151-160 vir 'n meer volledige bespreking van onderhoud van een van die gades na egskeiding.

ingevolge subartikel (3) en enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word, 'n bevel gee wat die hof billik ag met betrekking tot die betaling van onderhoud deur die een party aan die ander vir enige tydperk tot die dood of hertroue van die party ten gunste van wie die bevel gegee is, na gelang die een of die ander eerste plaasvind.”

- (4) Artikels 7(3) tot en met artikel 7(9) verleen ook aan die egskeidingshof 'n diskresie om onder sekere omstandighede 'n bevel met betrekking tot die verdeling van bates te verleen wat afwyk van die normale gevolge van 'n spesifieke huweliksgoederebedeling sonder dat die partye op so 'n afwyking ooreengekom het.

Ek gaan hieronder na die Amerikaanse posisie verwys aangesien ek van mening is dat die Suid-Afrikaanse wetgewer en howe daarvan kennis behoort te neem in gevalle waar te doen gekry word met egskeiding, onderhoud en 'n MIV-positiewe egskeidingsparty.

7.5.1 Die Amerikaanse posisie

Die Amerikaanse staat New York se *Equitable Distribution Law*⁵²⁹ stel dat 'n hof 13 faktore moet oorweeg by die verdeling van eiendom by egskeiding. Hierdie faktore sluit die waarskynlike toekomstige finansiële omstandighede van albei partye, enige toekenning van onderhoud en die ouderdom en gesondheid van albei partye in. Hierdie wet vereis dat die hof by die toekenning van onderhoud soortgelyke faktore oorweeg. Hierdie faktore sluit spesifiek skuld uit. Die hof het 'n wye diskresie in die toekenning van onderhoud.⁵³⁰

'n Gesonde party kan moontlik 'n aksie om egskeiding instel bloot om ontslae te raak van die astronomiese koste verbonde aan versorging van 'n persoon wat 'n gevorderde stadium van vigs bereik het.⁵³¹

⁵²⁹ Hierdie is 'n wysiging van die *Domestic Relations Law* in terme waarvan klousule 236-B ingevoeg is. Hierdie klousule het op 9 Julie 1980 in werking getree.

⁵³⁰ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 30.

⁵³¹ Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 226.

In 'n geval waar een van die egskeidingspartye MIV-positief is, kan drie scenario's by toepassing van die Amerikaanse reg voorsien word:⁵³²

- (1) Die MIV-positiewe party kan verarm word. In so 'n geval sal die MIV-positiewe dan kwalifiseer vir maatskaplike sekerheid ("social security") en die verantwoordelikheid vir sy of haar gesondheidskoste na die staat verskuif. 'n Groter toedeling aan die ander party en die kinders kan gesien word as kompensasie vir die toekomstige verlies aan inkomste deur die siekte en die dood van die MIV-positiewe party.
- (2) 'n Groter toedeling kan aan die MIV-positiewe party toegeken word aangesien hy of sy al die moontlike bronne tot sy of haar beskikking gaan benodig ten einde die mediese uitgawes te dek.
- (3) 'n Hof kan 'n gelyke verdeling van die bates beveel sonder inagneming van die feit dat een van die partye MIV-positief is. In hierdie geval kan die MIV-positiewe se toekomstige gesondheidsbehoefes in ag geneem word by die toekenning van onderhoud aan so 'n persoon.

Volgens Schepard⁵³³ is nie een van die bogenoemde benaderings tot die probleem bevredigend nie. Die eerste geval is problematies aangesien die las van gesondheidsorg op die staat afgeskuif word. Verder word die MIV-positiewe persoon ontnem van bates en finansiële bronne wat hom of haar toekom. Dit ontnem die MIV-positiewe party van ekonomiese selfrespek terwyl so 'n persoon reeds deur die opdoen van 'n terminale siekte en die vooroordeel wat daarmee gepaard gaan van selfrespek ontnem is.

In die tweede geval kan die MIV-positiewe persoon reken op goeie versorging tot en met sy of haar dood. Die res van die gesin word egter benadeel deurdat 'n gelyke deel van die gesin se finansiële bronne aangewend word om 'n persoon wat terminaal siek is te versorg.⁵³⁴

Die derde geval blyk die mees bevredigende opsie te wees aangesien die MIV-positiewe persoon nie onregverdig verryk of benadeel word nie. Daar kan by wyse van 'n aansoek om

⁵³² Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 31.

⁵³³ 1989 *Family Law Quarterly* 32.

⁵³⁴ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 32.

die betaling van onderhoud deur die ander gesinslede in sy of haar spesiale behoeftes voorsien word. Hierdie benadering laat steeds die kinders en die ander party met minder finansiële bronne.⁵³⁵

Wat nou gemaak? Die hof moet elke geval op meriete beoordeel en enige van die drie benaderings of 'n kombinasie daarvan toepas ten einde die beste belang van die kinders, in die eerste plek, en in die tweede plek al die partye te dien. Indien die MIV-positiewe party 'n mediese fonds tot sy of haar beskikking het, maak dit hierdie besluit heelwat eenvoudiger (in Suid-Afrika beskik die oorgrote meerderheid van persone egter nie oor hierdie "luukse" nie). Hoe langer die MIV-positiewe persoon 'n beroep kan beoefen en 'n inkomste genereer, hoe langer kan die gesin staatmaak op 'n konstante inkomste. Dit is dus van die uiterste belang dat diskriminasie teen MIV-positiewe persone in die werkplek beveg word.⁵³⁶

7.6 Kinders en die betaling van onderhoud vir die bewarende ouer

Hierdie onderwerp word kortliks aangeraak as deel van hierdie bespreking aangesien die vraag of verdeling van bates as 'n bydrae tot die versorging van kinders beskou kan word, bespreek moet word. Myns insiens word 'n bewarende moeder se verdienvermoë in sekere omstandighede benadeel. Dit kan moontlik wees as gevolg van die feit dat sy alleen na die kinders se daaglikse versorging moet omsien. Ook die kinders se lewe word nadelig beïnvloed deurdat daar minder geld vir hul versorging beskikbaar is. Verder kan 'n ouer wat om toesig meeding se onderhandelingsvermoëns deur verskeie faktore benadeel word.

In hierdie stadium word bewaring oor die kinders by egskeiding meestal aan die vrou toegeken terwyl die man onderhoud aan die vrou sowel as die kinders moet betaal. So 'n vrou se na-egskeidingsomstandighede word meestal verkeerdlik beskou as finansiële gerieflik en sommiges kan moontlik dink dat sy vir die res van haar lewe in finansiële weelde gaan lewe terwyl die man homself afsloof. 'n Amerikaanse studie het egter 'n dramatiese afname in die lewenstandaard van vroue sowel as kinders na egskeiding getoon.⁵³⁷ *In die bespreking*

⁵³⁵ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 33.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ Bonthuys 2001 *THRHR* 192.

hieronder moet die pa wat bewaring oor die kinders verkry oor dieselfde kam geskeer word. Daar word gerieflikheidshalwe slegs na die ma verwys.

Wanneer 'n vrou as bewarende ouer aangewys word, neem haar verdienvermoë aansienlik af, aangesien sy haar werksomstandighede rondom die versorging van haar kinders moet aanpas. By die bepaling van onderhoud vir die vrou word hierdie afname in verdienvermoë nie in ag geneem nie. Die feit dat 'n vrou 'n moeder is lei dikwels tot diskriminasie in die werkplek deurdat sy nie dieselfde kanse op 'n bevordering of verhoging het as ander werknemers nie. Werkgewers is bewus van die feit dat moederskap dikwels werktyd in beslag neem en dink dus twee maal voordat hulle moeders in sleutelposisies aanstel.⁵³⁸

Verder toon howe 'n onwilligheid om 'n bevel vir nominale onderhoud aan 'n vrou toe te staan ten einde haar in staat te stel om later, indien sy nie meer kan werk nie omdat 'n siek kind dit byvoorbeeld vereis, vir 'n verhoging te vra. 'n Vrou in hierdie posisie het dus geen kans om verlies van inkomste van haar gewese man te verhaal in omstandighede waar die versorging van kinders haar verdienvermoë benadeel nie.⁵³⁹

Die Egskeidingswet bepaal dat die hof by toestaan van 'n bevel ten opsigte van betaling van onderhoud deur een party aan die ander party, onder andere, "...enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in aanmerking geneem behoort te word..." in ag moet neem. De Jong⁵⁴⁰ voer aan dat die hof ongelykheid tussen die ekonomiese posisies van die bewarende en die nie-bewarende ouer en die mate waarin die huwelik aanleiding gegee het tot hierdie ongelykheid, onder andere, onder "enige ander faktor" moet reken. Bonthuys⁵⁴¹ stel verder voor dat die bewarende ouer se "werk" om die kinders groot te maak en op te voed (dit sluit in die voorbereiding van kos, aankoop van klere en ander lewensnoodsaaklikhede, tuisteskepping en alle ander werk wat saamhang met die skoling en gesondheidsorg van kinders) in berekening gebring word by die bepaling van die bedrag onderhoud wat die nie-

⁵³⁸ Bonthuys 2001 *THRHR* 203. Sien verder, in die algemeen, De Jong "New trends regarding the maintenance of spouses upon divorce" 1999 *THRHR* 78-81.

⁵³⁹ Bonthuys 2001 *THRHR* 203.

⁵⁴⁰ 1999 *THRHR* 84.

⁵⁴¹ Bonthuys 2001 *THRHR* 203.

bewarende ouer moet betaal. Indien 'n derde persoon aangestel word om al die bogenoemde te doen sal dit die ouer 'n aansienlike maandelikse bedrag uit die sak jaag.

Verder maak howe slegs vir basiese noodsaaklike benodighede voorsiening by die bepaling van onderhoud. Alle "ekstras" wat die bewarende ouer vir die kinders aankoop en verskaf, byvoorbeeld sakgeld, ekstra toiletware en lekkergoed, word nie in ag geneem nie, aangesien dit volgens die howe nie noodsaaklik vir die grootmaak van 'n kind is nie.⁵⁴² Kinders wat hul skoolloopbane voltooi en begin werk raak gewoonlik nie onmiddellik onafhanklik nie en bewarende ouers gaan voort om vir hierdie kinders te voorsien ten spyte van die feit dat die onderhoudsbevel ten opsigte van die kind verval. Ouers kan nie hierdie bedrae van die nie-bewarende ouer terugeis nie aangesien dit nie deur die howe as noodsaaklik beskou word nie.⁵⁴³

'n Ouer (gewoonlik die moeder) wat voor die toestaan van 'n egskeidingsbevel om bewaring oor die kinders meeding, skik gewoonlik vir minder aangesien hy of sy op daardie oomblik desperaat is om bewaring te verkry. Daar word van so 'n ouer verwag om alle emosies opsy te sit en te onderhandel vir die beste toebedeling. Indien die hof na die tyd genader word vir 'n verhoging van onderhoud op grond van die feit dat so 'n ouer onder dwang of onbehoorlike beïnvloeding toegestem het tot 'n onregverdige skikking, kan geen simpatie verwag word nie. So word die faktore wat vroue se onderhandelingsvermoëns nadelig beïnvloed, soos byvoorbeeld 'n vrou se emosionele betrokkenheid by bewaring oor haar kinders, nie in ag geneem nie.⁵⁴⁴ Die idee dat egskeidings-onderhandelinge 'n rasonale transaksie tussen gelykes is, verberg die feit dat vroue op ekonomiese, opvoedkundige en sosiale vlak ondergeskik aan mans is. Hierdie ondergeskiktheid, in sosiale sowel as gesinsverband, benadeel vroue se onderhandelingsvermoëns.⁵⁴⁵

Daar moet kennis geneem word van die feit dat nie net die egskeidingspartye by die toestaan van 'n onderhoudsbevel ten gunste van die een party geraak word nie. Indien 'n ouer 'n

⁵⁴² Bonthuys 2001 *THRHR* 205.

⁵⁴³ Bonthuys 2001 *THRHR* 206.

⁵⁴⁴ Bonthuys 2001 *THRHR* 208-209.

⁵⁴⁵ Bonthuys 2001 *THRHR* 210. Sien verder in die algemeen Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 265-266.

gemeenskaplike woning met 'n kind deel, handhaaf hulle ook 'n gemeenskaplike lewenstandaard. Die armoede van die bewarende ouer is dus ook die armoede van die kind. Behalwe hierdie feit, ontvang kinders minder aandag van die nie-bewarende ouer na egskeiding aangesien hierdie ouer nie verantwoordelikhede ten opsigte van hulle versorging deel nie. Verder bring die bewarende ouer ook minder tyd saam met die kinders deur aangesien so 'n ouer gewoonlik finansiële sukkel om kop bo water te hou. Kinders kan moontlik bitter raak teenoor die nie-bewarende ouer.⁵⁴⁶

Bogenoemde probleem kan moontlik op die volgende wyse opgelos word:

- (1) Die dissonansie geskep deur 'n wanbalans tussen die verdeling van regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kinders en die verdeling van bates moet uit die weg geruim word. Regslui (van prokureurs tot regters, onderhoudsbeamptes, landdroste, ensovoorts) se regsdenke in hierdie verband moet verander word.⁵⁴⁷
- (2) Die beste belang van die kind moet ook by die toedeling van onderhoud en die verdeling van bates tussen die partye van deurslaggewende belang wees. 'n Hof sal soms bevind dat 'n gesinswoning verkoop word ten spyte van die feit dat die kinders daardeur ontwig sal word.⁵⁴⁸
- (3) Die bewarende ouer se onbetaalde "werk" om na die kinders om te sien voor en na die egskeiding moet in ag geneem word by die verdeling van die bates en die toekenning van onderhoud vir die bewarende ouer self. Die bewarende ouer moet vir verlies aan verdienvermoë vergoed word.⁵⁴⁹
- (4) Die behoeftes van kinders en die verantwoordelikheid van die gemeenskap om daarin te voorsien moet herenig word. Dit sluit die volgende in:
 - (a) 'n Verhoogde ondersteuning vir dagsorg, ouerlike verlof, opvoeding, voeding, mediese versorging en ander voordele wat ouers en hul kinders bevoordeel in die werkplek.

⁵⁴⁶ De Jong 1999 *THRHR* 80-81.

⁵⁴⁷ Bonthuys 2001 *THRHR* 213.

⁵⁴⁸ Bonthuys 2001 *THRHR* 214.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

- (b) Die toekenning van eiendom en onderhoud vir die bewarende ouer ten gunste van die kinders alvorens die behoeftes van albei ouers self in ag geneem word.
 - (c) Die erkenning van die ouer se volgehoue verantwoordelikheid vir sy of haar kinders en die voordeel daarvan om kinders as 'n primêre basis vir egskeidingskikkings te beskou.⁵⁵⁰
- (5) Daar moet riglyne vir die toekenning van onderhoud vir kinders gestel word ten einde van hulp te wees by die berekening van die onderhoudsbedrag. Waar ouers nie hierdie vasgestelde standaard kan handhaaf nie, moet die staat die res voorsien. Die staat kan byvoorbeeld onderhoudsbetalings voorskiet aan die bewarende ouer en dit dan weer in die vorm van belasting van die nie-bewarende ouer verhaal. Hierdie is egter in ons land nie 'n haalbare oplossing nie as gevolg van die geweldige armoede.⁵⁵¹
- (6) Daar moet 'n verskuiwing plaasvind vanaf "need-based" na "contribution-based" onderhoudstoekenings. Eiendomsverdeling moet gebaseer word op 'n verlengde model van vennootskap waar die inkomste steeds verdeel word na ontbinding van die huwelik.⁵⁵²

8 OUERSKAPSPLANNE

8.1 Inleiding

Ouers is oor die algemeen die beste persone om die beste belang van hul eie kinders te bepaal. Hulle ken hul kinders en is bewus van elkeen se individuele behoeftes. Die opstel van 'n ouerskapsplan deur albei ouers gesamentlik is die beste manier om hierdie eerstehandse kennis te verwoord. Verder bied 'n ouerskapsplan leiding in die toekomstige ouer-kind-verhouding. Navorsing het getoon dat indien ouers kan saamwerk om 'n ouerskapsplan op te stel, so 'n ouerskapsplan makliker geïmplementeer word en meer effektief werk. Dit is geweldig

⁵⁵⁰ Bonthuys 2001 *THRHR* 214.

⁵⁵¹ Bonthuys 2001 *THRHR* 214-215.

⁵⁵² Bonthuys 2001 *THRHR* 215-216.

positief indien die ouers mekaar ondersteun in ouerskap, verantwoordelikhede deel en gesamentlike besluite namens die kind neem.⁵⁵³

'n Ouerskapsplan behoort te handel met bewaring oor en toegang tot minderjarige kinders, dispuutbeslegting, ouerlike regte en verantwoordelikhede met betrekking tot besluitneming namens kinders, onderhoud en optrede in geval van verandering in omstandighede.⁵⁵⁴ Toegang van albei ouers tot die kinders se rekords sowel as reisreëlings indien die ouers ver van mekaar af woon, kan ook ingevoeg word in 'n ouerskapsplan.⁵⁵⁵

Die SA Regskommissie is nie 'n voorstander van gesamentlike bewaring nie. Die kommissie stel voor dat een ouer bewaring en besluitnemingsbevoegdheid oor die kinders verkry en dat die ander ouer redelike toegang verkry. Die kommissie stel verder voor dat hierdie reëlings rondom bewaring en toegang, onder andere, deur 'n ouerskapsplan gereël word.⁵⁵⁶

8.2 Die huidige Suid-Afrikaanse posisie

Ouerskapsplanne vorm nie tans deel van die Suid-Afrikaanse statutêre reg nie. Die Kinderwet maak wel voorsiening vir ouerskapsplanne. Die relevante bepalings het nog nie in werking getree nie. Dit moet duidelik gestel word dat ouerskapsplanne nie neerkom op delegasie van ouerlike regte en verpligtinge vanaf ouers na derde persone nie. Verder kan 'n ouer nie sy of haar verpligtinge ten opsigte van die kinders "afteken" aan die ander ouer ingevolge 'n ouerskapsplan nie. Twee wettige ouers stel 'n ouerskapsplan op ten einde die praktiese reëlings met betrekking tot die versorging van hul kinders uiteen te sit. So, byvoorbeeld, kan twee ouers wat skei 'n volledige ouerskapsplan opstel ten einde reëlings met betrekking tot, byvoorbeeld, bewaring, toegang, skoling, dissipline, godsdiens ensovoorts te tref. Dit is 'n manier om konflik te beperk.

⁵⁵³ Spencer "Developing a parenting plan: A guide for divorcing parents" 2005 *University of Missouri Extension* www.muextension.missouri.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁵⁵⁴ Spencer www.muextension.missouri.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁵⁵⁵ The Marks Law Firm "Creating co-parenting plans that work" www.themarkslawfirm.com (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁵⁵⁶ Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 130.

Daar moet verder deeglik kennis geneem word van die feit dat 'n ooreenkoms met betrekking tot bewaring en voogdy van die kinders by egskeiding slegs van krag word indien dit 'n bevel van die hof gemaak word. Die hof sal slegs so 'n bevel verleen indien dit in die beste belang van die kinders is.⁵⁵⁷

8.3 Die Suid-Afrikaanse Kinderwet 38 van 2005

Vir doeleindes van ouerskapsplanne by egskeiding is dit noodsaaklik om na artikel 33 tot 35 van die Kinderwet te verwys. Ingevolge artikel 33(1) kan persone wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte⁵⁵⁸ beskik 'n ouerskapsplan opstel ten einde reëlings rakende die uitoefening van ouerlike verantwoordelikhede en regte te tref. Artikel 33(2) bepaal soos volg:

If the co-holders of parental responsibilities and rights in respect of a child are experiencing difficulties in exercising their responsibilities and rights, those persons, before seeking the intervention of a court, must first seek to agree on a parenting plan determining the exercise of their respective responsibilities and rights in respect of the child.

Ingevolge artikel 33(3) kan die ouerskapsplan residensie ("where and with whom the child is to live"), onderhoud, kontak met die nie-bewarende ouer of enige ander persoon, skoling en godsdienstige opvoeding uiteensit. Artikel 33(4) bepaal dat die beste belang van die kind te alle tye gedien moet word. Artikel 34 handel met die formaliteite rakende die wettiging⁵⁵⁹ van die plan en formaat terwyl artikel 35 met wysiging en beëindiging van die ouerskapsplan handel.

8.4 Vergelykende perspektief

Die Australiese *Family Law Act, 1975* maak nou ook voorsiening vir ouerskapsplanne. Dit is daargestel om skikking eerder as litigasie aan te moedig. So 'n ouerskapsplan moet by die hof wat oor jurisdiksie beskik geregistreer word, en geld dan asof dit 'n bevel deur die hof gemaak is. Ouers kan dus ooreenkom oor enige aspekte wat die kind raak, byvoorbeeld bewaring,

⁵⁵⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 310 (hfst 8). Sien verder par 9.2 hieronder.

⁵⁵⁸ Sien hfst 4, par 2 vir 'n bespreking van die aard en inhoud van ouerlike verantwoordelikhede en regte.

⁵⁵⁹ Die ouerskapsplan kan by die gesinsadvokaat geregistreer word of 'n bevel van die hoë hof gemaak word.

toegang en onderhoud. Alvorens so 'n ouerskapsplan geregistreer word, moet dit aan die volgende voorwaardes voldoen: In die eerste plek moet albei partye eedsverklarings indien wat bevestig dat hulle elkeen onafhanklike regsadvies ingewin het, welke eedsverklaring deur die betrokke regsvertegenwoordiger onderteken moet wees. Alternatiewelik moet die gesinsberader wat die partye bygestaan het in die opstel van die ouerskapsplan, 'n verklaring indien. In die tweede plek moet die hof daarvan oortuig wees dat die beste belang van die kind deur die betrokke ouerskapsplan gedien word. Die hof dwing ook slegs 'n ouerskapsplan af indien dit in die beste belang van die kind is om dit te doen. Die effektiwiteit van hierdie bepalings met betrekking tot ouerskapsplanne moet nog getoets word.⁵⁶⁰

Die doel van die Australiese model is om ouers aan te moedig om eerder te skik as om te litigeer. Tydens die SA Regskommissie se ondersoek na die Kinderwet, en ná gesprekvoering met belangegroepes het dit geblyk dat die Australiese model nie veel aftrek kry nie. Die belangegroepes het egter met mekaar saamgestem dat ouerskapsplanne verkieslik deur die hof nagesien moet word.⁵⁶¹

Die Amerikaanse staat Washington se *Parenting Act, 1987* maak ook voorsiening vir ouerskapsplanne. Verskeie ander Amerikaanse state het sedertdien ook so 'n stelsel aangeneem. Alle ouers in Washington moet by skeiding (die wet verwys na "separation" en nie na "divorce" nie) gedetailleerde tydelike en permanente ouerskapsplanne opstel. Hierdie planne bestaan uit drie dele, naamlik verblyfreëlings, riglyne ten opsigte van besluitneming en dispuutbeslegting. Gesprek tussen die ouers by opstelling van die ouerskapsplan het ten doel om albei ouers bewus te maak van die kinders se komplekse behoeftes en die belang van onderlinge samewerking by besluitneming. Die lywige ouerskapsplan-vorms wat ingevul moet word, verseker dat ouers 'n uitgebreide lys van praktiese sake rondom die behoeftes van die kinders oorweeg. Indien die ouers nie kan ooreenkom oor die bepalings van die ouerskapsplan nie, verskaf die wet riglyne wat die hof moet volg. 'n Ouer se kontak met 'n kind word egter beperk indien so 'n ouer homself of haarself aan enige van die volgende gedrag skuldig gemaak het: opsetlike verlating, fisieke, seksuele of emosionele mishandeling, gesinsgeweld of

⁵⁶⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 310-314 (hfst 8).

⁵⁶¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 318 (hfst 8).

seksuele teistering van die kind, of indien die ouer aan enige ander gespesifiseerde seksuele misdade skuldig bevind is.

Die Washingtonse wet verwys nie spesifiek na gesamentlike bewaring nie maar dit is moontlik indien die ouers dit so verkies en indien dit in die beste belang van die kind is. Die wet maak verder voorsiening vir bemiddeling en vir regsverteenvoering vir die kind.

Die Amerikaanse state Montana, Missouri, Tennessee en Wisconsin, onder andere, maak ook voorsiening vir ouerskapsplanne. Verder maak Alaska ook voorsiening vir vrywillige registrasie van ouerskapsplanne.

8.5 Voorstelle

Die SA Regskommissie het in die ondersoek na die Kinderwet en na gesprekvoering met belangegroepes tot die volgende gevolgtrekkings rakende voorstelle met betrekking tot ouerskapsplanne gekom.⁵⁶²

- (1) Ouers en ander persone met ouerlike verantwoordelikhede moet oor kontraktuele outonomie beskik ten einde die wyse waarop hulle hul ouerlike verantwoordelikheid uitvoer te kan reguleer. Die Australiese model van ouerskapsplanne het nie veel ondersteuning geniet nie.⁵⁶³
- (2) Ouers moet aangemoedig word om eerder te skik as te litigeer met betrekking tot dispute wat die kinders raak. Gereguleerde ouerskapsplanne bied die ideale geleentheid hiervoor.⁵⁶⁴

⁵⁶² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8).

⁵⁶³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Sien verder a 33(1) van die Kinderwet, ingevolge waarvan uitvoering gegee is aan die voorstelle van die SA Regskommissie. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

⁵⁶⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Sien verder a 33(2) van die Kinderwet ingevolge waarvan uitvoering gegee is aan die voorstelle van die SA Regskommissie. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

- (3) Ouers moet vertrou word om in die beste belang van hul kinders op te tree.⁵⁶⁵
- (4) Aangesien daar in Suid-Afrika 'n diversiteit van gesinsvorme bestaan en as gevolg van 'n tekort aan befondsing en menslike hulpbronne (in die howe, in die departement van maatskaplike ontwikkeling en in die Kantoor van die Gesinsadvokaat), moet persone met ouerlike verantwoordelikhede en regte vertrou word om self ouerskapsplanne op te stel wat nie noodwendig deur die howe goedgekeur hoef te word nie.⁵⁶⁶
- (5) Ouers moet 'n opsie gegee word om ouerskapsplanne te laat registreer by die howe of by die gesinsadvokaat.⁵⁶⁷
- (6) Kinders moet deel vorm van die proses van opstel van 'n ouerskapsplan.⁵⁶⁸
- (7) Artikel 6 van die Egskeidingswet en artikel 5 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 moet gewysig word ten einde voorsiening daarvoor te maak dat ouers wat die hof nader vir bevele ten opsigte van ouerskap 'n ouerskapsplan moet indien.⁵⁶⁹
- (8) Die belang van kinders se verhoudings met grootouers, siblinge en ander lede van die uitgebreide gesin moet erken en respekteer word. Instandhouding van sodanige verhoudings moet, waar dit in die beste belang van kinders is, by die ouerskapsplan ingesluit word.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Sien verder a 33(4) van die Kinderwet ingevolge waarvan ouers verplig word om by die opstel van ouerskapsplanne aan die beste belang van die kind uitvoering te gee. Hierdie artikel het nog nie in werking getree nie.

⁵⁶⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Die ouers het nie hierdie keuse ingevolge die nuwe Kinderwet nie. Die ouerskapsplan moet ingevolge a 34(3)(b)(ii), welke artikel nog nie in werking getree het nie, vergesel wees van 'n verklaring van 'n gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige.

⁵⁶⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Sien verder a 33(3) van die Kinderwet ingevolge waarvan 'n ouerskapsplan by die gesinsadvokaat geregistreer kan word of 'n bevel van die hof gemaak kan word. Artikel 33(3) het nog nie in werking getree nie.

⁵⁶⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 314-320 (hfst 8). Ingevolge die bepalings van die Kinderwet het die kind geen spesifieke regte om gehoor te word in hierdie verband nie, maar slegs algemene regte ingevolge a 10 van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het.

⁵⁶⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 668-669 (hfst 14).

⁵⁷⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 669 (hfst 14).

Verder is die SA Regskommissie van mening dat, indien ouers nie oor 'n ouerskapsplan kan ooreenkom nie, een ouer bewaring oor die kind verkry en die ander ouer toegang. In geval van volgehoue konflik tussen die ouers sal bogenoemde reëling meer stabiliteit in die kind se lewe teweegbring.⁵⁷¹

8.6 Die belang van ouerskapsplanne indien een van die ouers MIV-positief is

Egskeiding bring geweldige veranderinge, fisiek sowel as psigies, in sowel die ouers as die kinders se lewe mee. Indien ouers skei en een van die ouers is boonop MIV-positief, kan dit katastrofiese nagevolge vir die kinders inhou. 'n Ouerskapsplan kan die impak van die egskeiding sowel as die gevolge van 'n terminale siekte op meer as een wyse aansienlik verlig. Indien die ouers op 'n vreedsame wyse reëlings ten opsigte van die kinders kan tref, behoort die impak van die egskeiding sowel as die siekte verlig te word. Die ouers kan moontlik ooreenkom op die wyse waarop die gevolge van die siekte, onder andere stigma, vooroordeel, simptome en die naderende dood, hanteer word. Verder kan sekere aspekte van die toegang van die nie-bewarende siek ouer tot die kinders, byvoorbeeld prosedure indien die ouer te siek is om na die kinders om te sien, gereël word. Ouers kan in hierdie geval ook moontlik reëlings tref aangaande die afsterwe van die siek ouer, byvoorbeeld toegang van die kinders tot die siek ouer se familie na die dood van so 'n ouer, voogdy, onderhoud en polisuitbetalings ten gunste van die kinders, ander testamentêre en erfregtelike reëlings, begrafnisreëlings, ensovoorts. Soos wat 'n ouer sieker raak kan die betaling van onderhoud moontlik geaffekteer word. Die ouerskapsplan kan ook hiervoor sowel as vir ander veranderinge in omstandighede voorsiening maak. Indien die gesonde ouer vrese het ten opsigte van aansteeking van die kinders, kan reëlings in hierdie opsig in die ouerskapsplan ingevoeg word ten einde so 'n ouer se vrese te besweer.

Indien die MIV-positiewe ouer bewaring oor die kinders verkry het, kan die ouerskapsplan 'n nog groter rol speel om reëlings te tref ten opsigte van die opvoeding en grootmaak van die kinders. Bewaring en voogdy van die kinders by afsterwe van so 'n ouer, die verhoging in onderhoud namate die siek ouer se mediese uitgawes styg, versorging van die kinders indien die ouer te siek raak om dit te behartig, ensovoorts kan gereël word in 'n ouerskapsplan.

⁵⁷¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 668 (hfst 14).

8.7 Kritiek

Ten spyte van die feit dat ouerskapsplanne in sekere gevalle werkbaar en prakties uitvoerbaar is, het ek bedenkinge oor die werkbaarheid in die algemeen daarvan. In die eerste plek is vertroue, redelikheid en buigzaamheid tussen die partye noodsaaklik. Selfs in 'n gesonde verhouding tussen die ouers is dit nie altyd moontlik nie. In 'n gesneuwelde verhouding is dit selfs nog moeiliker en soms heeltemal onmoontlik. Verder blyk dit dat die opstel van ouerskapsplanne 'n ingewikkelde en gesofistikeerde proses vereis wat buite bereik van ongeletterde en agtergeblewe lede van die gemeenskap is. Gewoonteregtelike huwelike moet ook by wyse van 'n hofbevel ontbind word. Dit impliseer bemiddeling deur die gesinsadvokaat en die toekenning van 'n bewaringsbevel. Die meeste persone betrokke by sodanige bemiddeling sal deur gesinsraadgewers of maatskaplike werkers bygestaan en gelei moet word in gesprekvoering rondom, en die opstel van ouerskapsplanne. Verder moet in gedagte gehou word dat verskeie Afrika-gesinne verdeel is en die gesinslede nie onder een dak woon nie.

9 EGSKEIDINGSBEMIDDELING

Die Hoexter Kommissie van Ondersoek⁵⁷² het voorgestel dat daar 'n kritiese herevaluering van die huidige regsproses, dit wil sê die akkusatoriese proses,⁵⁷³ wat in gesinsaangeleenthede gevolg word, gedoen word. Hierdie kommissie het bevind dat die akkusatoriese proses nie na die beste belang van die kind omsien nie, dat dit bydra tot aggressie tussen die egskeidingspartye en dat dit 'n duur en uitgerekte proses is.⁵⁷⁴ Die Wet op Bemiddeling het die Kantoor van die Gesinsadvokaat tot stand gebring. Hierdie kantoor is spesifiek daargestel om na die belange van die kinders in egskeidingsaangeleenthede om te sien. Verder het egskeidingsbemiddeling ook in Suid-Afrika begin aftrek kry. Egskeidingsbemiddeling word beskryf as "a co-operative process whereby the disputing parties attempt to reach a mutually acceptable agreement or settlement on specific issues, or, failing agreement or settlement, at

⁵⁷² *Final Report of the Hoexter Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts in South Africa, 1983*

⁵⁷³ Sien par 3.5 hierbo vir 'n verwysing na hierdie proses.

⁵⁷⁴ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 90.

least to reduce conflict". 'n Bemiddelaar lei die egskeidingspartye tot 'n gemeenskaplike skikking.⁵⁷⁵

Hierdie is nie 'n uitgebreide bespreking van egskeidingsbemiddeling nie en slegs voordele en nadele word hieronder kortliks genoem.⁵⁷⁶

Egskeidingsbemiddeling is om die volgende redes meer voordelig as die akkusatoriese proses.⁵⁷⁷

- (1) Bemiddeling is meer voordelig vir die kinders as litigasie.
- (2) Bemiddeling is spesifiek geskik vir gesinsdispute.
- (3) Die uitkoms is in die hande van die partye.
- (4) Die bemiddelaar is neutraal.
- (5) Bemiddeling het tot gevolg dat die partye leer om beter met mekaar te kommunikeer en dat konflik verminder word.
- (6) Bemiddeling lei gewoonlik tot 'n ooreenkoms tussen die partye. So 'n ooreenkoms hou gewoonlik langer as 'n skikkingsooreenkoms wat bereik is as deel van die akkusatoriese proses.
- (7) Die partye is gewoonlik meer tevrede met die uitkoms van bemiddeling as met die uitkoms van litigasie.
- (8) Bemiddeling is 'n regverdige proses met 'n regverdige uitkoms.
- (9) Bemiddeling bespaar tyd en geld.

Bemiddeling het ook nadele.⁵⁷⁸

- (1) Bemiddeling beklemtoon kinders se belange ten koste van vroue se belange.
- (2) Bemiddelaars is klaarblyklik ten gunste van gesamentlike bewaring.

⁵⁷⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 142.

⁵⁷⁶ Sien in die algemeen Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* en Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 251 vir 'n volledige bespreking van egskeidingsbemiddeling.

⁵⁷⁷ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 95.

⁵⁷⁸ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 97.

- (3) Bemiddeling is onvanpas in die volgende aangeleenthede:
- (a) Waar die partye ongelyke mag het.
 - (b) Waar daar 'n geskiedenis van gesinsgeweld bestaan.
 - (c) Waar een van die partye 'n psigopaat is.

Die akkusatoriese stelsel en egskeidingsbemiddeling behoort in kombinasie met mekaar gebruik te word.⁵⁷⁹

10 MIV-TOETSING VAN DIE OUER EN DIE BESTE BELANG VAN DIE KIND BY EGSKEIDING

Die vraag moet verder gevra word of die hof 'n "skuldige" ouer wat homself of haarself skuldig gemaak het aan immorele seksuele gedrag, kan verplig om vir 'n MIV-toets te gaan by die bepaling van die beste belang van die kinders tydens 'n bewaringsdispuut. Hierdie vraag is nog nie deur die Suid-Afrikaanse hove beantwoord nie. Indien die ouer se gesondheidstoestand nie op 'n spesifieke oomblik inmeng met sy of haar vermoë om na die kind om te sien nie, of indien die ouer nie aan hoë-risiko gedrag deelneem nie, behoort daar geen rede te bestaan vir die hof om so 'n ouer te dwing om vir 'n MIV-toets te gaan nie. Indien 'n ouer se gesondheid, om watter rede ookal, swak is, behoort dit myns insiens genoegsame rede te wees om so 'n ouer se bewaring van die kind te heroorweeg. Dit gaan oor die gesondheidstoestand van die ouer en nie oor die MIV-status van die ouer nie. Indien die ouer die kind seksueel misbruik, is dit uit die aard van die saak ook genoegsame rede om nie die bewaring van die kind aan die ouer toe te ken nie. Weereens is die MIV-status van die ouer sekondêr tot die primêre oorweging, dit is die ouer se seksuele misbruik van die kind.

Die vraagstuk rondom MIV-toetsing by egskeiding is in die Amerikaanse saak van *Anne D v Raymond D*⁵⁸⁰ aangepak. Hier het die moeder klaarblyklik buite-egtelike verhoudings tydens die duur van die huwelik aangeknoop. Die hof het bevind dat, ten spyte van die feit dat inligting rakende die MIV-status van die moeder moontlik relevant tot die aangeleentheid kan wees,

⁵⁷⁹ Sien Burman & Rudolph 1990 SALJ 251.

⁵⁸⁰ 139 Misc.2d 718, 528. N.Y.S 2d 775 (S.Nassau County 1988).

twee faktore oorweeg moet word. Die inligting moet wesenlik van aard wees of dit moet, in die geval van familieregtelike aangeleenthede, aan 'n ongespesifiseerde, meer buigbare standaard voldoen. Blote bespiegeling in verband met 'n persoon se MIV-status is onvoldoende om 'n persoon te verplig om vir 'n MIV-toets te gaan. Die hof vermeld verder dat die potensiaal vir die misbruik van inligting in die geval van MIV/vigs te hoog is. Verder is “skuld” slegs in sekere sake nog 'n oorweging. Die hof se hoofrede vir die weiering van die aansoek om die verweerder te verplig om 'n MIV-toets te ondergaan was egter die feit dat die verweerder nie binne 'n hoërisikogroep val nie.⁵⁸¹

Daar moet in gedagte gehou word dat gedwonge MIV-toetsing van 'n ouer verreikende gevolge kan hê. Die strekking en moontlike skade van die vooroordeel van die gemeenskap ten opsigte van MIV-positiewe persone en hul gesinne is reeds hierbo⁵⁸² bespreek. In *Doe v Doe*⁵⁸³ het die hof bevind dat gedwonge MIV-toetsing gelykgestel kan word aan 'n doodsvonnis aangesien openbaarmaking van MIV-status gepaardgaan met spanning, depressie en moontlike selfmoordneigings. Kennis van die ouer se MIV-status alleen stel nie inligting met betrekking tot sy of haar gesondheid tot die hof se beskikking nie. Verder beskerm kennis van die ouer se MIV-status geensins die beste belang van die kind nie aangesien die MIV-infeksie *per se* nie die beste belang van die kind in gevaar stel nie.⁵⁸⁴ Die hof behoort om die volgende redes nie sonder meer 'n MIV-toets te gelas nie:⁵⁸⁵

- (1) MIV-status beïnvloed nie sonder meer 'n persoon se vermoëns om na sy of haar kinders om te sien nie.
- (2) Die openbaarmaking van MIV-status hou beduidende skadelike emosionele en ekonomiese implikasies vir al die betrokke partye in.
- (3) Openbaarmaking het 'n beduidende impak op private en publieke beleidsbelange.

⁵⁸¹ “Family Law and HIV/AIDS: an overview of issues, recent cases and applicable news” 1996 *Lambda Legal* www.lambdalegal.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008). Met hoërisikogroep word bedoel 'n groep lede van 'n gemeenskap wat 'n groter gevaar as ander groepe loop om MIV op te doen.

⁵⁸² Par 4.8.

⁵⁸³ 139 Misc. 2nd 209, 546 N.Y.S. 2nd 718, 722 (supp. 1988).

⁵⁸⁴ Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 238.

⁵⁸⁵ Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 239.

Achtenberg⁵⁸⁶ is van mening dat 'n party in 'n egskeidingsgeding, al weet so 'n ouer dat hy of sy MIV-negatief is, nooit moet toegee aan die ander party se eise om sy of haar MIV-status bekend te maak of om vir 'n MIV-toets te gaan nie aangesien so 'n eis geen regverdige gronde het nie. Dit is ook nie in die beste belang van die kind nie. Hierdie posisie verander egter dramaties indien die MIV-positiewe persoon wel van sy of haar status bewus is. In so 'n geval is alle partye geregtig op kennisname van die MIV-status van so 'n persoon.

11 DIE ROL VAN DIE GESINSADVOKAAT BY EGSKEIDING

Gesinsadvokate is spesifiek daargestel om na die belange van kinders by egskeiding om te sien. Hulle speel dus eerder die rol van “kinderadvokate” en sien om na die kinders se behoeftes by egskeidings waar ouers en ander rolspelers, wat veronderstel is om na die beste belang van die kinders om te sien, nalaat om dit te doen.⁵⁸⁷ Die lang titel van die Wet op Bemiddeling bepaal dat die gesinsadvokaat die belange van kinders betrokke by egskeiding moet beskerm. Die gesinsadvokaat kan 'n geweldig positiewe rol speel in die lewens van sodanige kinders. Soos reeds verskeie male aangetoon, is die impak van egskeiding en MIV/vigs tegelyk geweldig. Myns insiens behoort die gesinsadvokaat 'n beduidende rol in die lewe van kinders (en gesinne) daardeur geraak, te speel. Hieronder volg 'n kort bespreking van die aard en rol van die gesinsadvokaat. Probleme en voorstelle vir verandering in die struktuur word ook kortliks bespreek.⁵⁸⁸

Voor 1990 was dit alleenlik die verpligting van die hoë hof, as oppervoog, om toe te sien dat die beste belang van kinders in egskeidingsaangeleenthede gedien word. In onbestrede aksies is dit 'n byna onbegonne taak aangesien elke aksie net sowat vyf minute voor die regter dien as gevolg van 'n oorvol hofrol. Regters het hoofsaaklik op regsverteenvoerders staatgemaak om toe te sien dat die beste belang van die kinders gedien word.⁵⁸⁹ Die Hoexter Kommissie

⁵⁸⁶ Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 239.

⁵⁸⁷ Van Zyl “A watching brief: Attorney’s cooperation is important in inquiries undertaken by the family advocate” 2000 *De Rebus* 27.

⁵⁸⁸ Sien in die algemeen Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 110 en Burman & McLennan “Providing for children? The Family Advocate and the legal profession” in Keightley (red) *Children’s rights* vir 'n volledige bespreking.

⁵⁸⁹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 108.

van Onderzoek⁵⁹⁰ het aanbeveel dat 'n "Children's Friend" aangestel word om die regte van kinders te beskerm. Hierdie kommissie het verder voorgestel dat gesinshowe tot stand gebring word.⁵⁹¹ Die Wet op Bemiddeling is oor die algemeen geïnspireer deur 'n wye misnoeë met die onbevredigende wyse waarop egskeidings, spesifiek onbestrede egskeidings, afgehandel word. Daar is gevrees dat die spoedige wyse waarop onbestrede egskeidings afgehandel word en die eensydige getuienis van die eiser nie die beste belang van die kind dien nie.⁵⁹²

Die finale struktuur van die Kantoor van die Gesinsadvokaat verskil op twee belangrike gebiede van die voorstelle van die Hoexter Kommissie. In die eerste plek het die kommissie voorgestel dat die gesinsadvokaat in alle gesinsaangeleenthede na die belange van die kinders moet omsien. Die huidige strekking van die gesinsadvokaat se jurisdiksie is veel nouer en behels slegs egskeidingsaangeleenthede en aangeleenthede ingevolge die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders.⁵⁹³ In die tweede plek val daar geen verpligting op die gesinsadvokaat om sy of haar verslag aan te vul met ander professionele persone se insette nie.⁵⁹⁴

Myns insiens behoort die gesinsadvokaat, om voor die hand liggende redes, 'n wesenlike rol te speel in 'n egskeiding waar MIV/vigs betrokke is. Kinders betrokke by sulke egskeidings is uiters kwesbaar. Verder bied die gesinsadvokaat 'n gratis ondersoek in gevalle waar ouers nie verslae van private praktisyns kan bekostig nie.

Die rol van die gesinsadvokaat moet onderskei word van die rol van die regsverteenvoorder aangestel ingevolge artikel 28(1)(h) van die Grondwet.⁵⁹⁵

⁵⁹⁰ *Final Report of the Hoexter Commission of Inquiry into the Structure and Functioning of the Courts in South Africa, 1983.*

⁵⁹¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 109.

⁵⁹² Glasser in Burman (red) *The fate of the child* 109.

⁵⁹³ Sien ook in die algemeen Glasser "Taking children's rights seriously" 2002 *De Jure* 230-232 vir 'n bespreking van hierdie probleem.

⁵⁹⁴ Glasser 2002 *De Jure* 225-226.

⁵⁹⁵ Sien par 4.3 hierbo vir 'n bespreking hiervan.

Die gesinsadvokaat kan ingevolge artikel 4(2) van die Wet op Bemiddeling, na instelling van 'n egskeidingsaksie of na die indiening van 'n aansoek om wysiging, intrekking of opskorting van 'n bevel ingevolge die Egskeidingswet ten opsigte van die kinders, by die hof aansoek doen om 'n bevel wat hom of haar magtig om 'n ondersoek in te stel indien hy of sy dit in die beste belang van die kinders ag.⁵⁹⁶ Die hof noem in *Van Vuuren v Van Vuuren*⁵⁹⁷ die gevalle waar die gesinsadvokaat die hof ingevolge artikel 4(2) mag nader vir 'n magtigende bevel om 'n ondersoek te loods:

- (1) Waar daar ernstige probleme met betrekking tot bewaring oor die kinders bestaan.
- (2) Waar dit blyk dat daar 'n voorneme is om jong kinders nie onder die bewaring van die moeder te plaas nie.
- (3) Waar daar 'n voorneme is om die kinders van mekaar te skei.
- (4) Waar daar 'n voorneme is om bewaring aan iemand anders as een van die ouers toe te ken.
- (5) Waar daar 'n voorneme is om 'n reëling ten opsigte van bewaring of toegang te tref wat *prima facie* nie in die beste belang van die kinders is nie.

Die gesinsadvokaat kan ook 'n ondersoek doen indien enige een van die partye in 'n egskeidingsgeding so 'n versoek rig. As oppervoog van alle minderjariges, kan die hoë hof die gesinsadvokaat (as *amicus curiae*) versoek om hom by te staan in enige aangeleentheid. Die hof gebruik selfs die gesinsadvokaat in aangeleenthede wat buite die strekking van die wet val. In *B v S*⁵⁹⁸ het die Appèlhof (soos dit toe bekendgestaan het) die gesinsadvokaat beveel om 'n ondersoek te doen in 'n aangeleentheid waar die vader van 'n buite-egtelike kind toegang tot die kind vra. Die gesinsadvokaat het nie jurisdiksie in aangeleenthede waar daar om wysiging van 'n bestaande bevel aansoek gedoen word indien die oorspronklike egskeidingsbevel voor die inwerkingtreding van die wet toegestaan is nie. Daar word ook nie melding gemaak in die wet van bevoegdhede by aansoeke ingevolge reël 43 van die Eenvormige Hofreëls nie.

⁵⁹⁶ Sien in die algemeen Africa *et al* in Burman (red) *The fate of the child* 125 ev.

⁵⁹⁷ 1993 (1) SA 163 (T).

⁵⁹⁸ 1995 (3) SA 571 (A).

Die hof het in *Dauids v Dauids*⁵⁹⁹ bevind dat dit nie die wetgewer se bedoeling was dat die gesinsadvokaat 'n ondersoek moet doen in reël 43-aangeleenthede nie. Die hof het egter in die *Terblanche v Terblanche*⁶⁰⁰ die uitspraak in *Dauids* omvergewerp deur te bevind dat die gesinsadvokaat wel 'n rol in reël 43-aansoeke speel.⁶⁰¹ Die lang titel van die Wet op Bemiddeling bepaal dat dit die oogmerk van die wet is om "...voorsiening te maak vir bemiddeling in sekere egskeidingsgedinge, en in sekere aansoeke wat uit sodanige gedinge voortspruit, waarby minderjarige of afhanklike kinders uit die huwelik betrokke is, ten einde die belange van sodanige kinders te beskerm...". Myns insiens blyk dit hieruit duidelik dat dit die bedoeling van die wetgewer was dat die gesinsadvokaat ook by reël 43-aansoeke (wat uit egskeidingsaksies voortspruit) 'n rol kan speel.

Ingevolge die *Van Vuuren*-beslissing is die hof nie gebonde aan die verslag van die gesinsadvokaat nie. Die verslag dien slegs as hulpmiddel ten einde die hof in staat te stel om 'n bevel wat in die beste belang van die kinders is, te verleen. Die hof behou steeds sy eie billike regterlike diskresie.⁶⁰² Die hof het in *Whitehead v Whitehead*⁶⁰³ beslis dat die gesinsadvokaat inligting voor die hof moet plaas en 'n aanbeveling vry van vooroordeel ten opsigte van een van die partye moet maak.⁶⁰⁴ Wat gemaak indien die gesinsadvokaat se verslag bevind dat bewaring aan 'n verweerder toegeken word in 'n onbestrede aksie waar die eiser vir bewaring vra? In *Denton v Denton*⁶⁰⁵ het die hof beveel dat bewaring aan die eiser toegeken word ten spyte van die feit dat die verslag van die gesinsadvokaat bepaal het dat bewaring eerder aan die verweerder toegeken moet word. Dit blyk dat die rede vir die beslissing was dat die verweerder nie verweer aangeteken en vir bewaring gevra het nie.

⁵⁹⁹ 1991 (4) SA 191 (W).

⁶⁰⁰ 1992 (1) SA 501 (W).

⁶⁰¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 112-114. Sien verder in die algemeen Robinson "Dauids v Dauids 1991 4 SA 191 (W): Die Gesinsadvokaat en reël 43- aansoeke" 1992 *De Jure* 482.

⁶⁰² Clark 2000 *Stell LR* 7-8.

⁶⁰³ 1993 (3) SA 72 (SOK) 75.

⁶⁰⁴ Cronjé & Heaton *Familiereg* 166. Sien verder Van Zyl "Whitehead v Whitehead: Fair comment on the Family Advocate?" 1994 *De Rebus* 469 vir kritiek van die beslissing. Sien ook die meer onlangse beslissing in *Soller v G* 2003 (5) SA 430 (W) 437 par [23] en [24].

⁶⁰⁵ Saaknommer 287/00 (OK).

Hierdie probleem kon moontlik opgelos word deur 'n bevel *nisi* te verleen of om die verweerder ingevolge artikel 6(2) van die Egskeidingswet voor die hof te roep.⁶⁰⁶

Ten einde die gesinsadvokaat in die ondersoek by te staan moet die eiser kragtens die regulasies uitgevaardig ingevolge die Wet op Bemiddeling⁶⁰⁷ 'n Aanhangsel A-vorm invul en die voltooide aanhangsel by die dagvaarding aanheg.⁶⁰⁸ Indien enige van die partye 'n ondersoek verlang moet daardie party 'n Aanhangsel B-vorm ingevolge dieselfde regulasies by die hof indien.⁶⁰⁹ Die kritiek teen hierdie stelsel is daarop gebaseer dat die gesinsadvokaat nie 'n ingeligte opinie kan vorm op grond van die inligting ingevolge die aanhangsels verleen nie. Verder word daar nie van die verweerder verwag om te repliseer op die verklaring van die eiser nie, en hoef hy of sy ook nie teenwoordig te wees in die hof ten einde moontlike vrae te beantwoord nie. Die eiser se stellings in die verklaring kan moontlik daarop gemik wees om die egskeiding so vinnig moontlik af te handel of om die verweerder in 'n swak lig te stel. Studies het getoon dat die rol van die gesinsadvokaat in aangeleenthede wat die kind raak teleurstellend in die praktyk is.⁶¹⁰

Die gesinsadvokaat steun swaar op die bystand van regsverteenwoordigers. Indien die gesinsadvokaat teenstrydighede in die besonderhede van vordering in 'n dagvaarding opmerk, word 'n versoek by wyse van 'n standaardbrief aan die prokureur gerig ten einde die teenstrydigheid reg te stel. Die hof het in *Van Vuuren v Van Vuuren*⁶¹¹ sy goedkeuring ten opsigte van hierdie praktyk uitgespreek.⁶¹² Die vraag moet gevra word wat presies die rol van

⁶⁰⁶ Van Schalkwyk "Aspekte van die funksie van die gesinsadvokaat in egskeidings-aangeleenthede" 2001 *De Jure* 205-209.

⁶⁰⁷ Reg 2.

⁶⁰⁸ Sien in die algemeen Mpushe "Divorce actions and application proceedings involving minor children" 2002 *De Rebus* 44.

⁶⁰⁹ Reg 3.

⁶¹⁰ Clark 2000 *Stell LR* 7-8. 'n Uitgebreide bespreking van die onderwerp kan in hierdie bron gevind word en word nie volledig hier bespreek nie. Sien verder hieronder die probleme wat die gesinsadvokaat tans ondervind. Die SA Regskommissie het in *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 655-656 (hfst 14) voorgestel dat die Aanhangsel A-vorm gewysig word ten einde voorsiening te maak vir die siening van die kind.

⁶¹¹ 1993 (1) SA 163 (T).

⁶¹² Sien ook in die algemeen Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 114.

regsverteenwoordigers in die ondersoek van die gesinsadvokaat is. In die eerste plek kan 'n regsverteenwoordiger moontlik tydens 'n konsultasie ingevolge regulasie 5(1) van die regulasies uitgevaardig ingevolge die Wet op Bemiddeling teenwoordig wees. Die teenwoordigheid is dikwels na aanleiding van 'n waakopdrag deur die kliënt. Die regsverteenwoordiger kan die kliënt van regsadvies voorsien maar tree nie namens die kliënt op nie. Gesinsadvokate ondervind dat die teenwoordigheid van regsverteenwoordigers 'n voordelige invloed op die konsultasies het aangesien kliënte 'n mate van sekuriteit ondervind. Regsverteenwoordigers is ongelukkig in 'n groot aantal van hierdie konsultasies nie teenwoordig nie. Verder bemoeilik sommige regsverteenwoordigers die prosedure deur die ondersoek te domineer, onredelike eise te stel en die gesinsadvokaat se professionele getuies te intimideer. So byvoorbeeld kan hulle onredelik weier om kinders vir konsultasie beskikbaar te stel.

Daar word voorgestel dat regsverteenwoordigers eerder pogings aanwend om 'n goeie verhouding met die Kantoor van die Gesinsadvokaat op te bou en sodoende bekend te raak met die proses en werkmetodes. Die gesinsadvokaat en die regsverteenwoordiger in 'n spesifieke saak dra tog albei die belange van die kinders betrokke by die egskeiding op die hart. Dit is ook in die beste belang van al die partye dat die gesinsadvokaat en die opponerende partye nie in konflik gewikkel raak nie. Die gesinsadvokaat het een doel voor oë en dit is om die beste belang van die kind te bepaal, nié om een of albei van die partye te na te kom nie. Die ondersoek van die gesinsadvokaat moet as 'n prosedure apart van die "primêre" egskeidingsaksie gesien word. Die regsverteenwoordigers kan 'n essensiële rol speel in hierdie ondersoek en sodoende die geweldige las op die skouers van die gesinsadvokate verlig.⁶¹³

Myns insiens kan die vraag gevra word of 'n ondersoek na die reëlings ten opsigte van die kinders in egskeidingsaangeleenthede nie op onbillike inmenging deur die staat in die private lewe van gesinne neerkom nie. Die staat het egter 'n grondwetlike verpligting teenoor kinders om seker te maak dat die beste belang van 'n kind van deurslaggewende belang is in alle aangeleenthede wat die kind raak.⁶¹⁴ Verder moet die partye tot 'n egskeiding bewus gemaak

⁶¹³ Van Zyl 2000 *De Rebus* 27.

⁶¹⁴ Grondwet a 28(2).

word van die feit dat die regsisteem groot waarde heg aan die welstand van die kinders by egskeiding.⁶¹⁵

Indien die gesinsadvokaat tydens die ondersoek ernstige probleme binne die gesin bespeur, byvoorbeeld gesinsgeweld of alkoholmisbruik, word die partye na 'n sielkundige of psigiater verwys.⁶¹⁶ Indien een van die egskeidingspartye MIV-positief is of reeds vigs opgedoen het, sal die gesinsadvokaat die gesin waarskynlik na 'n sielkundige berader stuur aangesien MIV/vigs verreikende gevolge vir al die gesinslede inhou.

Ten spyte van die feit dat die gesinsadvokaat aangestel is ingevolge die Wet op Bemiddeling, is dit om die volgende redes debatteerbaar of die gesinsadvokaat wel as bemiddelaar optree.⁶¹⁷

- (1) Bemiddeling is, uit sommige skrywers se oogpunt, vrywillig. Onderwerping aan 'n ondersoek deur die gesinsadvokaat is nie in Suid-Afrika vrywillig nie.
- (2) Die gesinsadvokaat beskerm die kind se belange en kan dus nie neutraal optree nie.
- (3) Die gesinsadvokaat gee regsadvies en, alhoewel 'n bemiddelaar regsadvies kan gee, is dit nie deel van sy of haar funksie nie.⁶¹⁸
- (4) Die gesinsadvokaat laat nie besluitneming aan die partye oor nie.
- (5) Die gesinsadvokaat bespreek nie die finansiële aspekte van die egskeiding nie terwyl 'n bemiddelaar dit wel doen.

Die Kantoor van die Gesinsadvokaat worstel met verskeie probleme waaronder 'n massale werklading, 'n tekort aan personeel en 'n tekort aan fondse. Verder is nuwe werknemers wat in die kantoor aangestel word dikwels onervare en moet hulle eers opgelei word. Die meer omvangryke en ingewikkelde sake moet dikwels in 'n baie kort tydperk ondersoek word. 'n

⁶¹⁵ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 119.

⁶¹⁶ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 120-121.

⁶¹⁷ Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* 94.

⁶¹⁸ Die gesinsadvokaat het dit egter in *Denton v Denton* [saaknommer 287/00 (OK)] duidelik gestel dat dit nie deel van die funksies van die gesinsadvokaat is om regsadvies uit te deel nie. Die funksies van die gesinsadvokaat is om binne die grense van die Wet op Bemiddeling sekere funksies te verrig. Sien in die algemeen Van Schalkwyk 2001 *De Jure* 205-209.

Ander probleem is die feit dat die Kantoor van die Gesinsadvokaat daaglik talle oproepe moet beantwoord van persone wat raad en bystand verlang in gesinsaangeleenthede. Aangesien daar geen opgeleide telefoniese raadgewers in diens is nie, moet dieselfde personeel wat die ondersoek deur die hof gelas hanteer, hierdie telefoniese navrae ook nog hanteer. As gevolg van al hierdie probleme is die gesinsadvokaat ontoereikend vir die groot gedeelte van die bevolking wat nie 'n "privaatondersoek" kan bekostig nie. Die gesinsadvokaat is dus noodgedwonge nie in alle gevalle in die posisie is om te verseker dat die beste belang van die kind gedien word nie.⁶¹⁹

Nog 'n probleem is die feit dat daar nie fondse beskikbaar is ten einde opgeleide, betaalde gesinsraadgewers ingevolge artikel 3 van die Wet op Bemiddeling aan te stel nie. Hierdie gesinsraadgewers is veronderstel om die gesinsadvokaat by te staan in 'n ondersoek.⁶²⁰ In hierdie stadium steun die gesinsadvokaat op vrywilligers in hierdie verband. Die gesinsadvokaat moes 'n aansienlike poging aanwend om 'n netwerk van vrywillige gesinsraadgewers te vestig, maar die sisteem is nou gevestig en werk goed. Daar bestaan 'n standaardvorm wat aan die gesinsraadgewers voorskryf presies watter inligting die gesinsadvokaat verlang.⁶²¹

Verdere probleme sluit die volgende in:⁶²²

- (1) Partye kom eers met die gesinsadvokaat in aanraking nadat die egskeidingsaksie ingestel is. Dit is jammer dat partye nie voor die tyd toegang tot die dienste van die gesinsadvokaat het nie.
- (2) Daar bestaan 'n behoefte aan regsadvies en berading reeds in die vroeë stadium van die egskeidingsproses.
- (3) Daar bestaan 'n behoefte aan opvolgdiens nadat 'n skikking bereik is of die egskeidingsbevel toegestaan is aangesien partye se omstandighede verander en die

⁶¹⁹ Whittle "Time to challenge the children's champion" 2001 *De Rebus* 22. Voorstelle vir moontlike oplossings van hierdie probleme kan ook in hierdie bron gevind word.

⁶²⁰ Sien in die algemeen Africa *et al* in Burman (red) *The fate of the child* 122.

⁶²¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 121-122.

⁶²² Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 126-127.

aanvanklike ooreenkoms moontlik nie meer relevant is nie. Hoë regskoste verhoed dikwels die partye om wysiging van bevele te vra.

- (4) Sowel ouers as kinders verlang inligting en berading rakende die egskeidingsproses. Die gesinsadvokaat is nie toegerus hiervoor nie.
- (5) Die verhouding van gesinsadvokate tot gesinsraadgewers is problematies (dit wissel tussen 2:5 en 2:4). Die feit dat die gesinsadvokate afhanklik is van gratis hulp van eksterne private professionele persone het tot gevolg dat geen druk vir spoedige verslae op sodanige professionele persone geplaas kan word nie. Verder kan 'n gesinsadvokaat moontlik nie bekend wees met die mate van kundigheid van 'n private professionele persoon nie.⁶²³
- (6) Daar bestaan geen voorskrifte ten opsigte van verpligte opleiding en kwalifikasies vir die gesinsadvokate en -raadgewers nie. So byvoorbeeld beskik al die gesinsadvokate oor regsopleiding maar nie oor opleiding in bemiddeling en berading nie.⁶²⁴
- (7) Die feit dat gesinsadvokate (aangestel deur die Departement van Justisie) en gesinsraadgewers (aangestel deur die verskillende provinsiale welsynsdepartemente en gesekondeer aan die Departement van Justisie) deur twee departemente onderskeidelik aangestel word, is problematies. Gesinsraadgewers is dus funksioneel verantwoordelik aan die Departement van Justisie en professioneel verantwoordelik aan die verskillende provinsiale welsynsdepartemente.⁶²⁵
- (8) Die jurisdiksie van gesinsadvokate is problematies aangesien dit so eng is.
- (9) Prokureurs (in die Kaapstad-omgewing) het in 'n opname die volgende klagtes rakende verslae deur die gesinsadvokaat geopper:⁶²⁶
 - (a) 'n Lang wagperiode vir voltooiing van die verslae, selfs indien 'n verslag na aanleiding van 'n dringende aansoek aangevra is.

⁶²³ Glasser 2002 *De Jure* 228.

⁶²⁴ Glasser 2002 *De Jure* 229.

⁶²⁵ Glasser 2002 *De Jure* 230. Sien hierdie bron vir 'n bespreking van hierdie probleem.

⁶²⁶ Burman & McLennan in Keightley (red) *Children's rights* 76-72. Die *Centre for Socio Legal Research* het tussen 1995 en 2000 'n studie onder die gesinsadvokate, gesinsraadgewers en verskeie regsverteenvoerders in die Wes- en Oos-Kaap gedoen. Sien in hierdie verband Glasser 2002 *De Jure* 223, Glasser "Can the Family Advocate adequately safeguard our children's best interests?" 2002 *THRHR* 74 en Glasser in Burman (red) *The fate of the child* vir 'n bespreking van die Gesinsadvokaat in die Wes- sowel as die Oos-kaap.

- (b) Maatskaplike werkers en sielkundiges se verslae word in sommige gevalle nie betyds voltooi nie. Dit vertraag ook die proses.
- (c) Daar is 'n verandering in kantooradministrasie nodig ten einde die proses meer effektief te maak en te versnel. Die advokaat verantwoordelik vir die bestuur van die spesifieke kantoor moet minder ondersoek hanteer ten einde hom of haar in staat te stel om meer aandag aan administrasie en toesighouding te gee.
- (d) Daar is te min advokate om die geweldige werklading te hanteer.
- (e) Die advokate moet meer gereeld opleiding ontvang. Dit verskaf 'n gulde geleentheid om problematiese sake met ander advokate te bespreek.
- (f) Daar is nie permanent 'n sielkundige werksaam in die Kantoor van die Gesinsadvokaat nie.
- (g) Die kwaliteit van ondersoek verskil van saak tot saak. Al die ondersoek word nie ewe deeglik gedoen nie.
- (h) Die gesinsadvokaat beskik nie oor die bevoegdheid om getuies te dagvaar nie. Indien 'n party dus weier om 'n afspraak vir 'n onderhoud na te kom kan die gesinsadvokaat hom of haar nie dwing om sodanige afspraak na te kom nie.
- (i) In gevalle waar die party dit kan bekostig word 'n onafhanklike verslag van 'n kundige, byvoorbeeld 'n sielkundige, aangevra. Dit is onaanvaarbaar dat dit nodig is dat 'n party so 'n uitgawe aangaan indien die gesinsadvokaat veronderstel is om 'n aanvaarbare diens te lewer.
- (j) Daar bestaan geen standaardprosedure ten einde 'n ondersoek te heropen indien die partye nie met die verslag van die gesinsadvokaat saamstem nie. Dit is in die meeste gevalle slegs moontlik indien die partye verdere verslae beskikbaar stel. Die groot meerderheid van persone beskik nie oor die finansiële vermoëns om 'n ondersoek te heropen nie en moet dus die uitkoms van die ondersoek aanvaar, of hulle daarmee saamstem of nie.
- (k) Daar bestaan, soos hierbo reeds genoem, geen opvolgdiens nie en die uitvoering van hofbevele word nie gemonitor nie.
- (l) Die gesinsadvokaat is grootliks ontoereikend vir die groot meerderheid van die armoedige bevolking in landelike gebiede en townships.
- (m) In gevalle waar nie een van die ouers geskikte ouers is nie, behoort die mees geskikte ouer bewaring te kry, of prosedure moet ingevolge die Wet op Kindersorg ingestel word.

Die bovermelde probleme kan met herstrukturering en wetswysigings reggestel word. Daar bestaan egter ander probleme wat met die groter sosiale konteks in Suid-Afrika verband hou. So, byvoorbeeld, bestaan daar 'n tekort aan 'n ondersteunende sosiale infrastruktuur. Dit beperk die opsies beskikbaar vir aanbevelings. Hierdie probleme gaan nie nou bespreek word nie. Dit is egter nodig om daarvan kennis te neem.⁶²⁷

Glasser maak die volgende voorstelle vir verandering:

- (1) Die gesinsadvokaat se funksie en/of jurisdiksie moet uitgebrei word na alle aangeleenthede waar die beste belang van die kind bepaal moet word.⁶²⁸
- (2) Die Kantoor van die Gesinsadvokaat moet bemaatig word deur die aanstelling van meer gesinsadvokate en -raadgewers, behoorlike opleiding van personeel en finansiële ondersteuning vanaf die regering. Verder moet al bogenoemde probleme uit die weg geruim word indien die regering ernstig is oor die behoorlike implementering van kinderregte.⁶²⁹
- (3) Gesinsadvokate sowel as gesinsraadgewers moet opleiding ontvang in die gepaste tegnieke van onderhoudvoering, veral in onderhoudvoering met kinders en weerlose persone. Weerlose persone sluit in mishandelde kinders en ouers, persone wat aan terminale siektes (byvoorbeeld MIV/vigs) ly en ouers waar daar 'n magswanbalans in die huwelik teenwoordig is. Hulle moet verder opgelei word in beradingstegnieke, die lees van sielkundige verslae, bemiddeling, ensovoorts.⁶³⁰

Bogenoemde voorstelle het groot finansiële implikasies vir die regering. Om die regte van kinders te verwaarloos het egter groter finansiële implikasies vir die duisende verwaarloosde kinders sowel as die regering.⁶³¹

⁶²⁷ Sien Glasser 2002 *De Jure* 232 vir 'n bespreking.

⁶²⁸ Glasser 2002 *De Jure* 234.

⁶²⁹ Glasser 2002 *De Jure* 234.

⁶³⁰ Glasser in Burman (red) *The fate of the child* 120.

⁶³¹ Glasser 2002 *De Jure* 235.

Die Kantoor van die Gesinsadvokaat staar groot uitdagings in die gesig. Indien die gesinshowe ingestel word sal die betrokke gesinsadvokate, gesinsraadgewers en vrywillige beraders met 'n veel groter werkklas belaaï word en sal die dienste uitgebrei moet word om gesinsprobleme van 'n ander aard ook aan te pak. Verder verhoog verskeie bepalings in die Kinderwet ook die werkklas op hierdie persone.⁶³² Hulle sal verskillende probleme in verskillende kulture moet hanteer. Die Kantoor van die Gesinsadvokaat is aanvanklik ingestel om slegs met egskeidingsaangeleenthede te werk. Hulle sal waarskynlik, indien die gesinshowe ingestel word, dieselfde doel dien as soortgelyke amptenare in die Australiese gesinshof welke hof handel met elke aspek van die huwelik en gesinslewe. Ten spyte van die feit dat daar hoop bestaan dat die sosiale en ekonomiese toestande in Suid-Afrika sal verbeter, is dit onwaarskynlik dat minder huwelike in die proses sal sneuvel. Dit is te laat om die effek wat apartheid by wyse van verstedeliking en migrasie op die gesin gehad het, om te keer. Dit sal inisiatief vereis om met die getalle en kompleksiteit van gesinsaangeleenthede te handel indien die gesinsadvokaat onderneem om sy volle potensiaal te bereik as effektiewe beskermers van kinders vasgevang in die probleme van 'n veranderende samelewing.⁶³³ MIV/vigs hou, soos in hierdie proefskrif aangedui word, geweldige sosiale en ekonomiese probleme vir gesinne in. Die gesinsadvokaat, gesinsraadgewers en beraders kan in die toekoms 'n beduidende rol in die lewens van gesinne (spesifiek kinders), deur MIV/vigs geraak, speel.

12 DIE ROL VAN DIE REGSVERTEENWOORDIGER IN EGSKEIDINGS WAAR EEN VAN DIE OUERS MIV-POSITIEF IS

Regsverteenvoordigers het 'n spesiale verantwoordelikheid om meer bewus te wees van hul professionele en menslike verpligtinge teenoor hul kliënte in gewone, en, vir doeleindes van hierdie proefskrif, meer spesifiek in MIV/vigs-verwante egskeidingsaangeleenthede. Wat is byvoorbeeld die etiese verantwoordelikheid van 'n regsverteenvoordiger indien die kliënt nalaat om sy of haar MIV-status aan die ander party en die hof bekend te maak?⁶³⁴ Die menslikheids- en publieke belang in 'n vigs-verwante egskeidingsaangeleentheid is van die uiterste belang en baie sensitief. Daarom het die regsverteenvoordigers in hierdie sake 'n spesiale verantwoordelikheid om bitterheid te verminder, om kommunikasie te fasiliteer, om die

⁶³² Sien, onder andere, a 21, 22, 23, welke artikels nog nie in werking getree het nie, ensovoorts.

⁶³³ Burman & McLennan in Keightley (red) *Children's rights* 80-81.

⁶³⁴ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 6-7.

partye by te staan om vir die toekoms te beplan en om die welstand van die kinders te beskerm.⁶³⁵

Regsverteenwoordigers wat betrokke is by MIV/vigs-verwante familielitasie, moet die volgende twee sake in gedagte hou. In die eerste plek is kennis van die verloop en aard van die siekte van die uiterste belang vir al die betrokke partye, insluitend die partye tot die egskeiding, die kinders, die regsverteenwoordigers, die voorsittende beampte, die maatskaplike werkers en die hofpersoneel. In die tweede plek is MIV/vigs 'n siekte ten opsigte waarvan daar ongelooflike vooroordeel teenoor die siek persoon bestaan. Homoseksuele mans, onder andere, loop veral deur onder die vooroordeel van die gemeenskap. 'n Gesonde ouer kan ook moontlik die MIV-status van die siek ouer gebruik om so 'n ouer in 'n swak lig voor die hof te stel. Die regsverteenwoordiger moet gereed wees hiervoor.⁶³⁶

Regsverteenwoordigers kan die volgende riglyne volg.⁶³⁷

- (1) Die regsverteenwoordiger het 'n verpligting om deur middel van effektiewe berading en morele oorrading die kliënt se meer ekstreme emosies en opdragte te temper. Histeriese partye dra nie daartoe by om die las vir die kinders ligter te maak nie.
- (2) Die regsverteenwoordiger moet wraaksug en histerie ontmoedig.
- (3) Die regsverteenwoordiger moet die vrese rondom MIV/vigs identifiseer en die kliënt bystaan om hierdie vrese in 'n realistiese konteks te plaas. So kan 'n regsverteenwoordiger moontlik 'n egskeiding verhoed waar die redes vir die skeiding bloot 'n vrees is dat die MI-virus in die normale loop van omstandighede aan die kinders oorgedra kan word.
- (4) Die regsverteenwoordiger moet die kliënt bystaan in toekomsbeplanning ten einde die gesin in staat te stel om die onvermydelike emosionele en ekonomiese probleme voortspruitend uit die egskeiding en die siekte te hanteer.⁶³⁸ Gesondheids- en mediese versekering en boedelbeplanning is belangrike elemente van toekomsbeplanning. Verder

⁶³⁵ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 35.

⁶³⁶ Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 236, 240. Sien verder, in die algemeen, Silverman in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* 27.

⁶³⁷ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 35-40.

⁶³⁸ Sien hfst 6 vir 'n bespreking van die wyses waarop die impak van MIV/vigs op die lewe van kinders beperk kan word.

is dit nodig om voorsiening te maak vir die kinders deur byvoorbeeld 'n testamentêre trust op te rig en voogde aan te stel.

- (5) Een van die belangrikste verpligtinge van regsverteenwoordigers is om die kommunikasiekanale tussen die partye oop te hou ten einde te verseker dat die beste belang van die kind te alle tye gedien word.
- (6) Indien 'n kliënt nalaat om sy of haar MIV-status aan die ander party bekend te maak, moet die regsverteenwoordiger die kliënt inlig omtrent die moontlikheid van siviele en strafregtelike aanspreeklikheid. Die regsverteenwoordiger se morele besluit om die inligting self bekend te maak gaan nie vir doeleindes van hierdie proefskrif bespreek word nie.
- (7) Die regsverteenwoordiger moet die kliënt bekendstel aan egskeidingsbemiddeling in 'n poging om die egskeiding met die minste moontlike emosionele en finansiële spanning vir sowel die kinders as die ouers af te handel.
- (8) Die gesinsadvokaat lewer nie in hierdie stadium 'n opvolgdiens ten einde te verseker dat hofbevele nagekom word nie. Die prokureur kan moontlik 'n reëling met die gesinsadvokaat tref ten einde toekomstige monitering van die omstandighede in die verslag voor te stel. Dan sal die partye byvoorbeeld elke drie maande met 'n paneel van die Kantoor van die Gesinsadvokaat ontmoet ten einde die omstandighede te monitor.
- (9) Die regsverteenwoordiger speel ook 'n belangrike rol in die ondersoek van die gesinsadvokaat.⁶³⁹
- (10) In sommige gevalle word daar 'n regsverteenwoordiger vir die kind aangestel ingevolge artikel 6(4) van die Egskeidingswet. Die regsverteenwoordiger se rol stop nie noodwendig by afhandeling van die egskeiding nie aangesien daar moontlik later 'n aansoek gebring kan word vir wysiging van die oorspronklike bevel ten opsigte van die kind. Die kind se regsverteenwoordiger tree as die kind se woordvoerder op.⁶⁴⁰
- (11) Die regsverteenwoordiger kan 'n beduidende rol speel by die opstel van 'n ouerskapsplan, veral om die siening en wense van die kind weer te gee.⁶⁴¹
- (12) Regsverteenwoordigers moet nie standaardklousules ten opsigte van kinders in skikkingsaktes invoeg en hul kliënte ontmoedig om af te wyk daarvan op grond van die

⁶³⁹ Sien par 11 hierbo vir 'n bespreking hiervan.

⁶⁴⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 654 (hfst 14).

⁶⁴¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 668 (hfst 14).

feit dat die howe, byvoorbeeld, nie geneë is om radikale afwyking van die norm te oorweeg nie. Hierdie praktyk is nie aanvaarbaar nie en dien nie die beste belang van die kind in alle gevalle nie.⁶⁴²

- (13) Soos reeds hierbo aangetoon,⁶⁴³ speel deskundige getuies 'n belangrike rol in egskeidingsaangeleenthede waar die een party MIV-positief is. Albei partye se regsverteenwoordigers en deskundige getuies werk nou saam ten einde die tersaaklike feite van 'n egskeidingsaangeleentheid voor die hof te plaas. Myns insiens behoort regsverteenwoordigers en deskundige getuies 'n vertrouensverhouding te ontwikkel in terme waarvan die deskundige getuie nie geboelie en geëntimideer voel nie, en die regsverteenwoordiger voel dat hy of sy die kundigheid en die inhoud van die verslag kan vertrou.⁶⁴⁴

13 GEVOLGTREKKING: VOORSTELLE VIR MOONTLIKE VERANDERINGE IN DIE EGSKEIDINGSTELSEL TEN EINDE GESINNE MET 'N MIV-POSITIEWE GESINSLID TE AKKOMMODEER

Howe wat MIV/vigs-verwante egskeidings hanteer het 'n spesiale verantwoordelikheid om kennis rondom die siekte te verwerf en bekend te raak met beskikbare gemeenskapsbronne. Verder benodig die hofsisteem 'n onbevooroordeelde en geredelik beskikbare bron van inligting en opvoeding rondom MIV/vigs. 'n Forum wat voorstelle in hierdie verband en moontlike wetlike en administratiewe veranderinge ondersoek kan van groot hulp wees.⁶⁴⁵

Vigs-verwante egskeidings plaas die dilemmas rondom skuld-egskeidings onder die vergrootglas. Die belangrike vraag is nie of 'n MIV-positiewe party owerspel gepleeg het nie. Dit is ook nie of sy of haar eggenoot hom of haar as gevolg van die siekte verlaat het nie. Die vraag moet eerder gevra word watter gedrag aanleiding gegee het tot opdoen van die siekte, of die party nadat hy of sy positief getoets het verantwoordelik teenoor die res van die gesin opgetree het en in watter mate die staat die gesin kan help om die trauma rondom die

⁶⁴² Barrat & Burman 2001 *SALJ* 558.

⁶⁴³ Par 4.4.

⁶⁴⁴ Sien in die algemeen Meintjies-Van der Walt 2001 *De Rebus* 36.

⁶⁴⁵ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 41.

egskeiding en die naderende dood van die MIV-positiewe ouer te hanteer. “Skuld” is ’n faktor wat, indien relevant, in ag geneem kan word, maar dit moet nie die hoofoorweging in die toestaan van hofbevele wees nie. Die volgende kan oorweeg word ten einde die egskeidingsreg vir die huidige probleme en behoeftes aan te pas:

- (1) Die eliminasië van tradisionele “skuld”-gronde.⁶⁴⁶ Suid-Afrika is, na die inwerkingtreding van die Egskeidingswet, goed op pad na geen-skuld egskeidings. “Skuld” word egter steeds deur artikel 9 van die Egskeidingswet “gestraf”. Geld, eiendom en vigs (as manifestasie van onbehoorlike gedrag) maak van ’n geval waar vigs as egskeidingsgrond aangevoer word, ’n geval van “skuld”-egskeiding waar die hof diskresie kan uitoefen. In terme van artikel 9 kan die hof verbeurdverklaring van die vermoënsregtelike voordele van die huwelik gelas. Waar ’n party nie die nodige voorsorgmaatreëls getref het om aansteeking van die ander party te voorkom nie, behoort skuld deur die straf- en die siviele reg “gestraf” te word en nie deur die egskeidingsreg nie.⁶⁴⁷
- (2) Die toepassing van onderhoudswetgewing en die interaksie daarvan met sosiale sekuriteit en private versekering moet herevalueer word. Dit sal verseker dat ’n toepaslike balans tussen die gesins- en staatsverantwoordelikheid ten opsigte van mediese uitgawes van gesinslede na egskeiding geskep word.⁶⁴⁸
- (3) Die partye tot ’n egskeiding moet deur middel van verbeterde afdwingende maatreëls gedwing word om hul onderhouds- en bewaringsverpligtinge ten opsigte van die ander party en die kinders ernstig op te neem.⁶⁴⁹
- (4) Egskeidingsbemiddeling moet aangemoedig word. Die staat moet die nodige meganismes in plek stel ten einde egskeidingsbemiddeling makliker, goedkoper en voordeliger vir die partye te maak.⁶⁵⁰
- (5) Wetgewing moet daargestel word ten einde toe te sien dat daar op geen manier tydens die egskeidingsproses onbillik teen MIV-positiewe persone gediskrimineer word bloot op grond van die feit dat hulle MIV-positief is nie. ’n MIV-positiewe party in ’n egskeiding

⁶⁴⁶ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 41.

⁶⁴⁷ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 45.

⁶⁴⁸ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 41.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Ibid.*

- moet gesien word as 'n persoon met 'n mediese kondisie en nie as 'n uitgeworpe vigs-lyer nie.⁶⁵¹ In hierdie verband kan Suid-Afrika heelwat by die Amerikaanse reg leer.⁶⁵²
- (6) Die proses wat die gesinsadvokaat in ondersoek volg moet statutêr voorgeskryf word. Dit is onmoontlik om 'n onspesifieke prosedure te beoordeel. Verder moet die wetgewer die rol van die gesinsadvokaat in egskeidingsbemiddeling spesifiseer. Dit is onmoontlik vir een party om te bevraagteken, regsadvies te verskaf, verslae te skryf, voorstelle te maak en in die hof vir kruisondervraging te verskyn.⁶⁵³
- (7) Daar moet, soos deur die Hoexter-kommissie voorgestel, 'n gesinshof tot stand gebring word. Die gesinsadvokaat kan nie die funksie van so 'n hof vervul nie. Die Wysigingswet op Landdroshowe maak voorsiening vir so 'n hof. Hierdie wet het egter nog nie in werking getree nie.⁶⁵⁴
- (8) Die SA Regskommissie het voorgestel dat artikel 6 van die Egskeidingswet gewysig word ten einde die hof in staat te stel om 'n belanghebbende derde party aan te stel om 'n kind te ondersteun tydens die egskeidingsproses. So 'n party (byvoorbeeld 'n lid van die kind se uitgebreide gesin) sal dan na die beste belang van die kind omsien en moontlik tydelike bewaring en ouerlike verantwoordelikheid ten opsigte van die kind verkry.⁶⁵⁵
- (9) Die SA Regskommissie het voorgestel dat die Aanhangel A-vorm gewysig word ten einde voorsiening te maak vir die siening van die kind.⁶⁵⁶
- (10) Tensy daar getuienis bestaan wat die teendeel bewys, moet die hof aanvaar dat dit in die beste belang van die kind is om volgehoue kontak met albei ouers te behou.⁶⁵⁷
- (11) Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat die begrippe “bewing” en “toegang” verander word na onderskeidelik “versorging” en “kontak”. Alle betrokke wetgewing moet dienooreenkomstig gewysig word. Verder moet die proses van ouerlike besluitneming voor egskeiding net so voortgesit word na egskeiding. Die rede hiervoor is 'n poging om

⁶⁵¹ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 42.

⁶⁵² Sien par 4.5 en 4.17 hierbo.

⁶⁵³ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 123-125.

⁶⁵⁴ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 127.

⁶⁵⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 654 (hfst 14).

⁶⁵⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 656 (hfst 14).

⁶⁵⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 657 (hfst 14).

konflik tot 'n uiterste minimum te beperk.⁶⁵⁸ Die nuwe Suid-Afrikaanse Kinderwet het hierdie begrippe (“care” in plaas van bewaring en “contact” in plaas van toegang) in artikel 1 gedefinieer.

- (12) Die egskeidingshof moet in staat gestel word om by enige aanduiding of beskuldiging van die teenwoordigheid van enige vorm van kindermishandeling die aangeleentheid na die kinderhof vir ondersoek te verwys. Dit sal die konflik in egskeidingsaangeleenthede beperk deurdat die rede om valse verklarings af te lê verwyder word. Verder bied dit die nodige beskerming aan kinders.⁶⁵⁹
- (13) Die “tender years doctrine” en beginsel van moederlike voorkeur moet geskrap word.⁶⁶⁰
- (14) Albei ouers moet inligting en rekords rakende die kind se ontwikkeling en sosiale aktiwiteite ontvang. Hierdie verantwoordelikheid moet by die bewarende ouer lê.⁶⁶¹
- (15) Dit is baie belangrik dat verpligte inligtings- en opleidingsprogramme vir ouers na egskeiding ingestel word. Hierdeur sal albei ouers ingelig en opgelei word in verband met die impak van egskeiding en voortgesette konflik op kinders en opgelei word in wyses om hierdie impak te verlig en te beperk.⁶⁶²
- (16) Die houe moet meer bereid wees om ingeligte bevele vir gesamentlike bewaring te verleen.⁶⁶³

Alle ouers wat om watter rede ook al aansoek doen dat die huidige reëling met betrekking tot kinders gewysig word, moet verplig word om 'n ouerskapsplan by die hof in te dien. Dit sal toepassing vind by, byvoorbeeld, egskeidingsbevele en aansoeke om wysiging van egskeidingsbevele. Ouerskapsplanne moet reëlins met betrekking tot elke ouer se verantwoordelikhede en regte, verblyf van die kinders, toegang tot die kinders, besluitneming ten opsigte van die kinders, onderhoud, dispuutbeslegting en verskaffing van inligting met betrekking tot die kinders insluit. Verder moet daar voorsiening gemaak word vir volgehoue

⁶⁵⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 659 (hfst 14). Sien Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 130 vir kritiek op hierdie begrippe.

⁶⁵⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 662 (hfst 14).

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 662C-664 (hfst 14).

⁶⁶³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 664-669 (hfst 14).

kontak met die kind se uitgebreide gesin indien dit in die beste belang van die kind is, byvoorbeeld grootouers, broers en susters en ander familielede.⁶⁶⁴

⁶⁶⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 668-669 (hfst 14).

Hoofstuk 6

Wyses om die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders te beperk

1 INLEIDING: DIE AARD EN OMVANG VAN DIE PROBLEEM EN BEHOEFTE IN VERBAND DAARMEE

1.1 Identifisering van die probleem en persone daardeur geraak

Die krisis met betrekking tot “weeskinders en kwesbare kinders” (hierna sorgbehoewende kinders)¹ wat deur die MIV/vigs-pandemie teweeggebring word, neem ongekende afmetings aan. Daar moet op gesins- en gemeenskapsvlak sowel as provinsiale, nasionale en internasionale vlak daadwerklik aksie geneem word ten einde die lot van hierdie kinders te verbeter. Nelson Mandela het die volgende in hierdie verband gesê:²

Of course, we need to do careful planning and deliberation about the actions we shall take, but any moment spent on deliberations that does not lead to decisive action, in support of orphans and other children made vulnerable by HIV/AIDS is a moment tragically wasted.

Die aard en omvang van die impak van MIV/vigs op die lewe van kinders is reeds hierbo bespreek.³ In hierdie hoofstuk gaan die aard en omvang van huidige sowel as moontlike toekomstige *ingrypings* bespreek word.

¹ Sien hfst 3 hierbo ivm die definisie van 'n “sorgbehoewende kind” en 'n verwysing na enkele omstandighede waarin so 'n kind moontlik as sorgbehoewend beskou kan word.

² Aangehaal uit Germann “Call to action: what do we do?” in Pharoah (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* 93.

³ Hfst 2.

Die *W K Kellogg Foundation*,⁴ 'n nie-regeringsorganisasie, het die volgende punte bespreek by 'n seminar. Hierdie punte is 'n goeie aanduiding van die gebiede waarop die belange van kinders aangepak moet word:

- (1) Die sielkundige behoeftes van kinders is belangrik en moet benewens hul materiële behoeftes aandag kry.
- (2) Die ondersteuning van weeskinders en kwesbare kinders sowel as ander kinders is van deurslaggewende belang.
- (3) Worstelende enkelouergesinne moet ingesluit word by ondersteuningsprogramme.
- (4) Die term “kwesbaar” (“vulnerable”) moet gedefinieer word ten einde te verseker dat geen kind onbewus uitgesluit word van ingrypings wat hom of haar kan bevoordeel nie.⁵
- (5) Swak bronne en onduidelike beleide en wetgewing wat die lot van sorgbehoewende kinders raak moet aangepak word deur implementering van ingrypingsprojekte.
- (6) Daar moet gefokus word op verlenging van ouers se lewens ten einde die getal weeskinders te beperk.
- (7) Daar moet beskermingsmeganismes in plek gestel word ten einde sorgbehoewende kinders te beskerm teen bloedskande en kindermishandeling deur hul versorgers en andere.
- (8) Sommige kinders is sorgbehoewend ten spyte van die feit dat hul ouers nog lewe. Daar is dus kursusse nodig om ouerskapvaardighede te verbeter.

Ingrypings met betrekking tot die vermindering van die kwesbaarheid van kinders om MIV op te doen, moet ondersteuning van huishoudings insluit. Die ondersteuning van huishoudings sluit, onder andere, die voorkoming van skoolverlating en die beskerming van veral dogters teen seksuele misbruik en kommersiële seks in. Voortydige aanvang van seksuele aktiwiteite, beoefening van kommersiële seks en seksuele uitbuiting van sorgbehoewende kinders moet dus verhoed word. Kinders moet, indien moontlik, binne die veilige hawe van die gesin beskerm word. Ander ingrypings sluit die ekonomiese ondersteuning van geaffekteerde

⁴ HSRC *Projects funded by the WK Kellogg Foundation on HIV/AIDS in Southern Africa: Report of the Colloquium 26 – 27 November 2003* 13.

⁵ Die Kinderwet definieer 'n “child in need of care and protection” in artikel 150(1). Myns insiens moet die begrip “kwesbare kinders” wyer geïnterpreteer word as die bostaande begrip ten einde kinders wat in 'n situasie is waar hulle moontlik “in need of care and protection” kan beland, in te sluit. Sien par 7.2 hieronder in verband met “voorkoming en vroeë ingryping”.

gesinne en die opleiding van ouers en versorgers van sorgbehoewende kinders in ten einde hulle in staat te stel om 'n ondersteunende, koesterende gesinsomgewing te bied, morele leiding te bied en die kind te beskerm teen die stigma van MIV/vigs.⁶

Die krisis rondom sorgbehoewende kinders is enorm, snelgroeiend en strek oor 'n lang termyn. Huidige ingrypings is nie voldoende nie en alhoewel gesinne en gemeenskappe tans nog grootliks daarin slaag om die impak te absorbeer, gaan dit nie meer vir veel langer die geval wees nie. Die mate van ontwikkeling wat in die afgelope aantal jare bereik is, sowel as die doelwitte met betrekking tot toekomstige ontwikkeling, sal definitief ondermyn word indien daar nie daadwerklik in die loop van die siekte ingegryp word nie.⁷ Hierdie krisis word vererger deur die toenemende afname van behoorlike dienslewering met betrekking tot gesondheid en onderwys. Dit word weer veroorsaak deur die afname in die aantal onderwysers en gesondheidsorgwerkers as gevolg van MIV-verwante siekte en dood. Verder neem die kwaliteit van dienslewering af as gevolg van die psigologiese spanning wat teweeggebring word deur die aanskouing van die verwoesting wat MIV/vigs binne die relevante professies en gemeenskappe saai.⁸

Die definisie van die term “sorgbehoewende kinders” is reeds hierbo bespreek.⁹ Sorgbehoewendheid of kwesbaarheid kan die volgende tot gevolg hê: onderprestasie, skoolverlating, betreding van die arbeidsmark op 'n te vroeë ouderdom, swak gesondheid en voeding, 'n verlies aan eiendomsreg en eiendom, 'n gevoel van isolasie en uitsluiting, ondervinding van stigma en diskriminasie, mishandeling en uitbuiting, besmetting met seksueel oordraagbare siektes, ingesluit MIV/vigs, ongewenste swangerskappe, langtermyn-emosionele probleme, dwelmmisbruik en betrokkenheid by misdaad.¹⁰

⁶ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 1-2.

⁷ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 94.

⁸ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 2.

⁹ Hfst 3.

¹⁰ UNICEF *A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children* 8.

Sorgbehoewende kinders sowel as hul versorgers blyk die volgende basiese behoeftes te hê:¹¹

- (1) Kos, klere, skulping en skoolopleiding (materiële behoeftes) is die dringendste. Menige versorger, anders as die ouers, kan nie in hierdie basiese behoeftes voorsien nie aangesien hulle self reeds kinders het om te versorg. Sommige sorgbehoewende kinders moet sonder die noodsaaklike versorging, behoorlike maaltye en skulping klaarkom. Hierdie kinders word gewoonlik straatkinders. Vir die sorgbehoewende kinders wat wel by versorgers geplaas word, bly die lewe in sommige gevalle 'n stryd aangesien sulke persone nie altyd oor die bronne beskik om behoorlik na hulle om te sien nie. Baie van hierdie mense kan nie eens die basiese skoolgeld bekostig nie.
- (2) Sielkundige en emosionele versorging. Daar moet binne betrokke gemeenskappe 'n kultuur van versorging geskep word. Die lede van die gemeenskappe moet gesensitiseer word ten einde almal aan te moedig om na sorgbehoewende kinders binne die gemeenskap te help omsien. Daar word in baie gevalle teen sorgbehoewende kinders gediskrimineer en hulle word gestigmatiseer as gevolg van MIV/vigs. Die trauma om 'n ouer te verloor word daardeur vererger. Sorgbehoewende kinders ontvang in die meeste gevalle nie berading nie en word sodoende nie van die nodige ondersteuning voorsien ten einde hulle in staat te stel om te kan voortgaan met hul lewe nie. Sulke kinders word nagelaat met diep sielkundige littekens.¹² Sommige gesinne ontvang nog hulp met betrekking tot die punte in (1) genoem, maar in die meeste gevalle ontbreek die hulp wat sulke gesinne benodig ten einde die sorgbehoewende kinders van sielkundige en emosionele ondersteuning te voorsien. Daar bestaan 'n behoefte dat voogde en ouers opgelei word met betrekking tot MIV/vigs, seksualiteit en verlies van 'n geliefde ten einde hulle in staat te stel om die kinders onder hul sorg by te staan. As gevolg hiervan moet opleiding en opvoeding in verband met MIV/vigs-voorligting, vrywillige berading en toetsing, teen-retrovirale terapie en voorkoming van moeder-tot-kind-oordrag deur gemeenskapsgebaseerde ingrypings ("community-based interventions") verskerp word.
- (3) Daar word in alle gemeenskappe probleme ondervind met betrekking tot die prosessering van aansoeke om sosiale sekerheid.

¹¹ HSRC *A situational analysis of orphans and vulnerable children in four districts of South Africa* 83-84.

¹² Sien in die algemeen Willis *The AIDS pandemic* 69 vir 'n kort opsomming van die nut van berading en ondersteuningsnetwerke.

- (4) Die sorgbehoewende kinders wat aan die studie deelgeneem het was nie bewus van beleide en wetgewing wat hul regte beskerm nie. Gemeenskappe moet dus ingelig word aangaande kinderregte en die belang van sulke regte.

Hierbo by (2) is daar verwys na sielkundige en emosionele versorging van kinders deur MIV/vigs geraak. 'n Tekort aan psigososiale ondersteuning kan moontlik lei tot die volgende sekondêre sosiale probleme: verminderde geletterdheid, hoë werkloosheidsyfers, afsondering, diskriminasie, stigmatisering, dwelmmisbruik, seksuele misbruik, tienerswangerskappe, kinderprostitusie,¹³ straatkinders, misdaad, geweld en MIV-infeksie.¹⁴

Hierdie bovermelde probleme sluit die ineenstorting van die gesinstruktuur, erosie van die uitgebreide gesin se veiligheidsnet, korrosie van kultuur, 'n tekort aan ouerskapsvaardighede en mentors en chronies-getraumatiseerde volwassenes in. Al die bogenoemde het op 'n wyer vlak die volgende tot gevolg: die afbreek van burgerlike gemeenskappe, disfunksionele gemeenskappe, ondermyning van jare van belegging in nasionale ontwikkeling en 'n verlies van sekuriteit en stabiliteit op nasionale vlak.¹⁵

1.2 Ingrypingstrategieë

Ouers word beskou as die natuurlike beskermers van kinders se belange. Indien die ouers nie daartoe in staat is om hierdie rol van beskermers te handhaaf nie, moet ander ingryp. 'n Kind wat, byvoorbeeld, MIV-positief gebore word uit 'n MIV-positiewe enkelmoeder het 'n skraal kans in die lewe. Om hierdie rede is dit, veral vir die staat, nodig om beleide te vorm aangaande die versorging en beskerming van kinders wat swaar getref word deur die impak van die MIV/vigs-pandemie. Die staat moet genoegsame fondse beskikbaar stel vir die behoorlike versorging van behoeftige kinders. Verder moet vooroordeel beperk word deur die

¹³ Sien in die algemeen hfst 3 en Labuschagne "Sekstoerisme, die kind se reg op waardigheid en vrye psigoseksuele ontplooiing en kulturele en ekonomiese magsmisbruik" 2000 *THRHR* 264 in verband met kinderprostitusie.

¹⁴ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 95. Sien verder in die algemeen HSRC *The development, implementation and evaluation of interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe: A literature review of evidence-based interventions for home-based child-centred development* 13 ev vir 'n voorbeeld van 'n navorsingsprojek waar die psigososiale behoeftes van kinders nagevors is.

¹⁵ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 95.

breë publiek in te lig en te onderrig.¹⁶ Nie net die staat moet beleid vorm nie. Gemeenskapsbeleid is net so belangrik. Dit sluit in beleidvorming in skole en dagsorgsentrusms vir jonger kinders en beleidvorming ten opsigte van vertroulikheid rondom MIV-status.¹⁷ Verder moet daar op professionele vlak ook beleidvorming plaasvind. Dit sluit die mediese- en die regsberoep in en behels opleiding en inligting oor die aard en opdoen van die siekte, die stappe wat geneem moet word indien 'n persoon aan besmette bloed blootgestel word, vertroulikheid, ensovoorts.¹⁸ Die impak van MIV-infeksie op die verskillende lede van die gesin is geweldig. Die gesin moet dus ook 'n "informele" beleid vorm oor hoe om die infeksie, verswakking en dood van die gesinslid sowel as vooroordeel uit ander oorde te hanteer.¹⁹

Ten spyte van die feit dat die toekoms maar taamlik donker daar uitsien, kan die negatiewe gevolge van die virus tog in 'n mate beperk word. Die impak van sommige ingrypings is swak terwyl andere weer sterk en innoverend is. Die mate waarin laasgenoemde ingrypings op provinsiale, nasionale en internasionale vlak in werking gestel word, sal bepaal in watter mate die impak van MIV/vigs oor die volgende vyftig jaar aan bande gelê kan word. Indien sterk mitigeringsstrategieë op alle vlakke in plek geplaas word, sal dit moontlik wees om die negatiewe impak van MIV/vigs op individuele kinders en die gemeenskap oor die algemeen te versag. Indien hierdie ingrypings nie geloods word nie, kan die implikasies van MIV/vigs onpeilbare afmetings aanneem.²⁰

Daar is tans ses tipiese modelle in gebruik om vir kinders wat deur MIV/vigs wees gelaat is, te sorg. Dit sluit die volgende in:²¹

- (1) Onafhanklike ouerlose huishoudings waarbinne kinders geen formele hulp ontvang nie.

¹⁶ Anderson "Implications for public policy: Towards a pro-family AIDS social policy" in Macklin (red) *AIDS and families* 213.

¹⁷ Anderson in Macklin (red) *AIDS and families* 213-215.

¹⁸ Anderson in Macklin (red) *AIDS and families* 215-216.

¹⁹ Anderson in Macklin (red) *AIDS and families* 216.

²⁰ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 96.

²¹ Sloth-Nielsen J "Too little, too late? Provisioning for child-headed households" (2002) *Socio-Economic Rights Newsletter*.

- (2) Ouerlose huishoudings waar kinders formele hulp vanaf gemeenskapslede ontvang ("indigenous care").
- (3) Programme wat deur die staat of nie-regeringsorganisasies bestuur word en die doel voor oë het om weeskinders te identifiseer en te ondersteun.
- (4) Tuisgebaseerde versorging van krities-siek volwassenes en hul afhanklikes.
- (5) Residensiële versorging wat nie statutêr gereël word nie. Hierdie projekte word bedryf vanuit private wonings sonder dat sodanige projekte geregistreer is as plekke van veiligheid of kinderhuise.
- (6) Erkende formele plasings van weeskinders by pleegsorggesinne.

Die basiese model vir geïntegreerde versorging en ondersteuning van sorgbehoewende kinders sien, volgens Loening-Vysey en Wilson,²² soos volg daaruit: In die eerste plek is gesinne vir die identifisering van sorgbehoewende kinders en hul dag-tot-dag versorging verantwoordelik. In die tweede plek moet die gemeenskap sulke kinders en hul versorgers ondersteun en kookus met die regering. Dertens is nie-regeringsorganisasies en kerke daarvoor verantwoordelik om gemeenskapsresponse te koördineer en materiële ondersteuning te verleen. Laastens is die regering verantwoordelik vir die ontwikkeling van infrastruktuur en die fasilitering van befonding.²³ Daar sal gepoog word om in hierdie hoofstuk uit te brei op hierdie basiese model vir versorging.

Hierbo is reeds aangetoon dat kinders sielkundig en emosioneel deur die impak van MIV/vigs afgetakel word. In die afgelope aantal jare het 'n magdom ingrypingsprojekte kop uitgesteek. Ongelukkig fokus die meeste van hierdie ingrypingsprojekte op die fisiese of materiële behoeftes van kinders en word hulle as hulpelose slagoffers beskou. Hierdie benadering is om twee redes problematies. In die eerste plek word kinders se eie oorlewingsvaardighede onderskat. Dit skep 'n kultuur waarbinne hierdie kinders se afhanklikheid van andere geskep

²² Aangehaal uit USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 125.

²³ Befonding van MIV/vigs-programme word nie vir doeleindes van hierdie proefskrif in detail bespreek nie. Die volgende bronne, onder andere en in die algemeen, kan hieromtrent geraadpleeg word: HSRC *Comparing analysis of the financing of HIV/AIDS programmes in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa and Zimbabwe*; Save the Children *Making HIV and AIDS financing work for children*; USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 45.

en versterk word. Hierdie kultuur hou verreikende gevolge vir die SADC-streek²⁴ in. In die tweede plek fokus hierdie benadering op die materiële en formele opvoedingsbehoefte van kinders terwyl die minder sigbare behoeftes, naamlik sosiale, geestelike en emosionele behoeftes, oorgesien word. Psigososiale ondersteuning is 'n deurlopende proses in terme waarvan daar na die kind se intra- en interpersoonlike behoeftes omgesien word. Dit neem fisiese, emosionele en geestelike dimensies aan. Aangesien MIV/vigs nie net fisiese armoede tot gevolg het nie, maar ook psigologiese en sosiale armoede, en aangesien sodanige armoede verreikende implikasies vir die persoon, gesin en gemeenskap inhou, is dit noodsaaklik dat psigososiale ondersteuning strategies geïntegreer word by programme vir kinders wat daardeur geraak word.

'n Aantal lae-koste, kultureelgepaste ingrypings blyk die oorlewingsvaardighede en lewenskrag van kinders deur MIV/vigs geraak, te versterk. Hierdie ingrypprojekte is op goeie praktyk gebaseer en konsentreer nie net op kinders deur MIV/vigs geraak nie maar op alle sorgbehoewende kinders.²⁵ As reaksie op die duisende kinders wat in verskillende gemeenskappe deur MIV/vigs geraak word, het verskeie van hierdie gemeenskappe gemeenskapsgebaseerde ingrypprojekte geloods ten einde die impak van die virus te verswak. Ten spyte van goeie pogings is die uitkomst egter beperk om verskeie redes, welke redes nie nou hier in detail bespreek word nie.²⁶

Die volgende vyf sleutelstrategieë is noodsaaklik ten einde sorgbehoewende kinders by te staan en te ondersteun. Hierdie strategieë is deur die *UNAIDS Committee of Co-sponsoring Organizations* in 2001 geëndosseer:²⁷

²⁴ Southern African Development Community.

²⁵ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 97.

²⁶ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 98. Sien ook hierdie dokument in die algemeen vir 'n voorbeeld van so 'n projek op gemeenskapsvlak.

²⁷ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 15. Sien ook in die algemeen UNICEF & UNAIDS *Framework for the protection, care and support of orphans and vulnerable children in a world with HIV and AIDS* (2004). Die riglyne in hierdie dokument, wat teen die einde van 2005 deur 30 organisasies onderteken is, stem min of meer ooreen met die bovermelde riglyne. Slegs die derde punt verskil. Ingevolge die 2004-dokument, moet die regering verseker dat sorgbehoewende kinders toegang het tot essensiële dienste, insluitend onderwys, gesondheidsorg, geboorteregistrasie en ander.

- (1) Die families en gesinne van sorgbehoewende kinders moet versterk en ondersteun word ten einde hulle in staat te stel om die kinders te beskerm en vir hulle te sorg.
- (2) Gemeenskapsgebaseerde ingrypingsprojekte moet gemobiliseer en bemagtig word.
- (3) Die vermoëns van kinders om in hul eie behoeftes te voorsien moet versterk word.
- (4) Daar moet verseker word dat regerings gepaste beleide ontwikkel, ingesluit programmatiese en regsraamwerke sowel as dienste vir die mees sorgbehoewende kinders.
- (5) Daar moet 'n bewustheid in gemeenskappe geskep word om 'n omgewing te skep waarbinne ondersteuning van sorgbehoewende kinders, geaffekteer deur MIV/vigs, moontlik gemaak word.

UNICEF,²⁸ UNAIDS²⁹ en USAID³⁰ het in die afgelope aantal jare die voortou geneem in die ontwikkeling van 'n stel riglyne en strategieë vir gebruik by die opstel van planne van ingryping in die lewe van sorgbehoewende kinders. Hierdie riglyne is gebaseer op menseregte en kinderregte soos uiteengesit in die 1989-Konvensie. Hierdie instansies stel voor dat organisasies wat onder sorgbehoewende kinders werk, die volgende doelwitte moet hê.³¹

- (1) Die versterking van beskerming en versorging van sorgbehoewende kinders binne uitgebreide gesinne en gemeenskappe.
- (2) Die versterking van gesinne en gemeenskappe se vermoëns om ekonomiese probleme te kan hanteer.
- (3) Die versterking van gesinne en gemeenskappe se kapasiteit om te reageer op die psigososiale behoeftes en regte van sorgbehoewende kinders en hul versorgers.
- (4) MIV/vigs-voorkomingsaktiwiteite, versorging en ondersteuning van persone wat met MIV/vigs saamleef moet gekoppel word aan pogings om weeskinders en sorgbehoewende kinders³² te ondersteun.

²⁸ United Nations Children's Fund.

²⁹ Joint United Nations Programme on HIV/AIDS.

³⁰ United States Agency for International Development.

³¹ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 104-105. Sien ook in die algemeen HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 15.

³² Sien hfst 3 hierbo ivm die definisie van 'n "sorgbehoewende kind" en 'n verwysing na enkele omstandighede waarin so 'n kind moontlik as sorgbehoewend beskou kan word. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word 'n weeskind ook as 'n sorgbehoewende kind beskou.

- (5) Daar moet gefokus word op alle sorgbehoewende kinders en nie net op kinders deur MIV/vigs geraak nie.
- (6) Daar moet spesifieke aandag verleen word aan geslagsrolle en diskriminasie op grond van geslag.
- (7) Die volle betrokkenheid van jongmense moet verseker word.
- (8) Skole moet bemagtig word en toegang tot onderrig moet verseker word.
- (9) Stigma en diskriminasie moet verminder word.
- (10) Onderrig en die uitruiling van inligting moet versnel word.
- (11) Vennote en vennootskappe moet op alle vlakke versterk word en daar moet koalisies gebou word tussen sleutel-aandeelhouers.
- (12) Daar moet verseker word dat eksterne ondersteuning versterk word en nie die gemeenskapsinisiatief en -motivering ondermyn nie.

Deur beklemtoning van 'n holistiese benadering tot die ondersteuning van kinders, verteenwoordig hierdie riglyne 'n wyer internasionale skuif vanaf 'n "needs-based model of support" na 'n "rights-based model of support". Hierdie laasgenoemde model fokus op die hele kind en bevorder effektiewe beskerming van al sy of haar regte.³³

Family Health International en ander betrokke organisasies het die volgende addisionele riglyne opgestel:³⁴

- (1) Daar moet onder kinders en adolessente gewerk word ten einde verdere MIV-infeksie te voorkom en onder volwassenes om verdere weeslating van kinders te voorkom.
- (2) Versorging en ondersteuning van sorgbehoewende kinders binne die konteks van gesinne en gemeenskappe moet bevorder word.
- (3) Daar moet bygedra word tot die ontwikkeling van, en op hoogte gebly word van huidige nasionale strategieë, en waar moontlik, moet innoverende aktiwiteite onderneem word ten einde die verdere ontwikkeling van die strategie te bevorder.

³³ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 105.

³⁴ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 15.

- (4) Versorgingsprogramme moet met ander MIV/vigs-programme skakel ten einde 'n holistiese en uitgebreide sisteem van ondersteuning vir gesinne en gemeenskappe daar te stel.
- (5) Daar moet met ander vennote geskakel word ten einde programopogings te koördineer en dienste te lewer.

Afrikaleiers, die Verenigde Nasies en burgerlike gemeenskappe stem saam dat, ten einde die sukses van inisiatiewe in Afrika te verseker, daar kennis geneem moet word van die volgende praktiese punte van aksie.³⁵

- (1) Die betrokkenheid van parlementêre en godsdienstige leiers moet verseker word. Daar bestaan 'n behoefte aan parlementêre debat oor die hantering van die krisis met betrekking tot sorgbehoewende kinders.
- (2) Elke land se vordering in hierdie verband moet gemonitor en gedokumenteer word en daar moet gereeld verslag gedoen word deur die spesifieke leiers.
- (3) Daar moet 'n universele toegang tot onderwys bestaan. Gratis laerskoolonderwys is dringend nodig. Onderwys is noodsaaklik ten einde die toekoms van sorgbehoewende kinders te verseker.
- (4) Kinders en jong kinders moet betrek word by die ingrypingsinisiatiewe. Soos hierbo aangetoon, moet kinders nie as hulpelose slagoffers beskou word nie. Jong kinders moet betrek word by beleidsvorming, programbeplanning en implementering op sowel nasionale as streeksvlak. Sodanige deelname van jong kinders moet gesien word as bemagtiging.³⁶
- (5) Bronne moet reg aangewend en versprei word.
- (6) Vennootskappe, koördinasie en samewerking moet versterk word. Die impak van MIV/vigs is so geweldig dat een enkele ingrypingsinisiatief nie genoegsaam is nie. Rolspelers op alle vlakke en in alle groepe moet saamwerk ten einde sinergie te bevorder. Die verskillende programme moet mekaar komplimenteer.
- (7) Kapasiteit moet op alle vlakke gebou word. So, byvoorbeeld, moet die volgende vraag op alle vlakke gevra word: Wat kan gedoen word om 'n spesifieke groepering, byvoorbeeld

³⁵ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 109-112.

³⁶ Sien ook in die algemeen HSRC *Young people in South Africa in 2005* 29.

onderwysers, te ondersteun en wat kan gedoen word om hul kapasiteit om na sorgbehoewende kinders om te sien, te vergroot?

Deelname van kinders in voorkomings- en ingrypingstrategieë is baie belangrik en wel om twee redes. In die eerste plek blyk dit dat kinders wat in hul jeug deelneem ook geneig is om in later jare deel te neem. In die tweede plek gaan gemeenskapsdeelname ook oor die opbouing van sosiale kapitaal en netwerke. Kinders wat lede is van die een of ander organisasie of jeugprogram is minder geneig om in hul omstandighede te verdwyn en hulself bloot te stel aan hoë-risiko en selfvernietigende gedrag.³⁷ Organisasoriese deelname verbeter ook vaardighede met betrekking tot netwerkvorming en toegang tot inligting, kommunikasie, selfrespek ensovoorts.³⁸

Volgens Richter *et al*³⁹ moet omvangryke versorgings- en ondersteuningsprogramme die volgende insluit:

- (1) Beleide en wette om te verseker dat sorgbehoewende kinders versorg en beskerm word.⁴⁰ Beleide moet die onvanpaste opneem van kinders in instansies verhoed en beter alternatiewe vorme van versorging verseker. Die aanwending en implementering van huidige wetgewing moet verseker word.
- (2) Mediese versorging, met insluiting van voorkomende en kliniese gesondheidsorgdienste, voedingsondersteuning, noodhulp en tuis-gebaseerde versorging.
- (3) Sosio-ekonomiese versorging.
- (4) Psigososiale versorging.
- (5) Die bevordering en instandhouding van onderwys vir sorgbehoewende kinders.
- (6) Menseregte-gebaseerde benaderings is essensieel vir programme wat sorgbehoewende kinders ondersteun.

³⁷ Met hoë-risiko gedrag word bedoel gedrag wat moontlik tot gevolg kan hê dat 'n persoon meer vatbaar is vir MIV-infeksie, byvoorbeeld onbeskermd seks en die gebruik van besmette spuitnaalde.

³⁸ HSRC *Young people in South Africa in 2005* 29.

³⁹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 17.

⁴⁰ Sien in die algemeen par 3.5 hieronder met betrekking tot die gebiede waarop wette en beleid verander behoort te word.

Die bespreking in hierdie hoofstuk sluit toekomsbeplanning deur die ouer, beleidsvorming deur die staat, erkenning van die “informele” rol van die uitgebreide gesin in die lewens van hierdie kinders, onderrig van en beleidvorming deur die gemeenskap, ’n ondersoek na onderhoudseise teen verskeie persone en instansies, ’n ondersoek na meerderjarigwording van ’n kind aan die hoof van ’n huishouding en MIV/vigs- en seksvoorligting aan al die lede van die gemeenskap in.

Alvorens hierdie bespreking volg, is dit nodig om ’n feitestel te skets ten einde die belang van hierdie bespreking te illustreer. Maria is ’n enkelouer wat alleen na haar twee kinders, ouderdomme 4 en 6, omsien. Sy woon op die platteland in ’n afgeleë gebied en dra nie veel kennis van die aard en omvang van MIV/vigs nie. Haar eggenoot is ’n jaar gelede aan MIV/vigs oorlede. Maria is ook MIV-positief en het so pas verneem dat sy nou vigs onder lede het. Die dokters het haar meegedeel dat sy hoogstens twee jaar oor het om te lewe en dat sy oor ’n aantal maande so sal verswak dat sy nie na haar kinders sal kan omsien nie. Sy tel nie onder die ongeveer 50 000 MIV-positiewe persone aan wie die staat jaarliks teen-retrovirale middels beskikbaar stel nie. Die gesondheidsorgwerkers by die plaaslike kliniek het aan haar gesê dat sy moontlik blind kan word en toring of longontsteking en neurologiese abnormaliteite, ensovoorts kan ontwikkel. Dit is bo en behalwe die ander opportunistiese infeksies, simptome en toestande waaraan ’n vigslyer ly. Sy gaan moontlik in ’n stadium permanent moeg en die meeste van die tyd bedlêend wees. Haar eggenoot het ’n lewenspolis uitgeneem, maar die versekeraar het geweier om die versekerde bedrag uit te betaal as gevolg van sy MIV-status by afsterwe. Maria kan ook nie nou meer ’n lewenspolis uitneem nie as gevolg van haar MIV-status en ’n gebrek aan inkomste. Maria se ouers is albei oorlede en sy het geen broers of susters nie. Sy het wel ’n aansienlike bedrag van haar ouers geërf waarvan sy en die kinders nou leef. Daar behoort ’n deel van hierdie bedrag oor te wees by haar afsterwe. Sy ervaar geweldige bekommernis en vrese ten opsigte van die welstand van haar kinders indien sy sou verswak of sterf, veral ten aansien van die jongste wat ook MIV-positief is. Wie gaan finansieel na haar kinders omsien? Wie gaan fisies na hulle omsien? Wie gaan besluite met betrekking tot mediese behandeling van veral die jongste neem? Wie gaan toesien dat hul erfporsie beskerm word? Wie gaan vir hulle liefde gee en verantwoordelik wees vir hul daaglikse versorging? Kan Maria op ’n ander wyse as die uitneem van ’n lewenspolis finansieel vir die kinders voorsiening maak? Maria het ’n goeie, jarelange vriendin wat lief is vir die kinders en bereid is om na hulle om te sien by haar verswakking en afsterwe. Kan hierdie vriendin nou

reeds, voor Maria se verswakking of afsterwe, as voog van die kinders aangestel word? Sal Maria dan steeds ouerlike regte en verantwoordelikhede ten opsigte van die kinders hê? Hierdie afdeling poog om Maria se vrae te beantwoord en haar bekommernisse en vrese te besweer.

2 TOEKOMSBEPLANNING

2.1 Inleiding

Besluite met betrekking tot 'n plan vir voorsiening vir die minderjarige kinders is van die moeilikste besluite wat 'n MIV-positiewe ouer ooit sal neem. Sodanige voorsiening is egter bemagtigend vir die ouer en uiters voordelig vir die kinders.

Alle kinders benodig stabiliteit en sekuriteit. As gevolg hiervan moet alle siek ouers aangemoedig word om voorsiening te maak vir hul kinders se toekoms. Die volgende sake moet oorweeg en bespreek word met betrekking tot die toekomsbeplanning van kinders en adolessente.⁴¹

- (1) Die bekendmaking van die MIV-status van die ouer aan die kinders. Openlikheid met betrekking tot die MIV-status van die ouer en die kind self kan kinders moontlik help om die situasie beter te hanteer. Daar word ook aangevoer dat kinders wat bewus is van hul ouers se MIV-status meer bereid is om met die huishouding te help.
- (2) Voorsiening vir alternatiewe versorging van die kinders indien die ouer te siek raak om hulle te versorg of indien die ouer sterf. Navorsing het getoon dat siblinge wat by mekaar bly na die afsterwe van die ouer beter aanpas as dié wat geskei word.
- (3) Die samestelling van foto-albums en aandenkings ten einde die kind in staat te stel om by afsterwe van die ouer die “goeie dae” te onthou. Dit stel kinders in staat om hul sin vir sekuriteit en “behoort aan” te handhaaf.
- (4) Die kinders se erfporsies en bates moet *ex lege* beskerm word.

⁴¹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 35.

2.2 Aanstelling van voogde

2.2.1 Die huidige Suid-Afrikaanse posisie

Ingevolge die huidige Suid-Afrikaanse reg kan 'n derde slegs by wyse van 'n hofbevel ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van kinders verkry.⁴²

Sommige persone beskik oor “private voogdy” ten opsigte van 'n kind. Private voogdy is voogdy waar die aanstelling van die voog nie deur die hof bekragtig is nie. Sulke voogde ervaar gewoonlik probleme. Hy of sy beskik oor geen ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind nie. Hy of sy kan nie besluite neem ten opsigte van die gesondheidsorg, opvoeding, huweliksbevestiging ensovoorts van die kind nie. Verder kwalifiseer so 'n voog nie vir enige staatstoelaes, onder andere pleegsorgtoelaes nie, en kan hy of sy ook nie namens die kind aansoek doen vir toelaes aan die kind verskuldig nie. So 'n voog kan nie die bates van die kind bestuur nie.⁴³ Myns insiens is private voogdy, ten spyte van die feit dat dit dikwels voorkom, dus nie die ideale opsie nie. Dit is meer voordelig vir die voog en die kinders indien die regte prosedure gevolg word ten einde die aanstelling van die voog deur die hof te laat bekragtig. Hieronder volg die verskillende opsies in hierdie verband.

In die huidige Suid-Afrikaanse reg bestaan daar groot probleme aangaande voogdy oor 'n kind indien die enigste persoon wat oor voogdy ten opsigte van die kind beskik, of albei die ouers gelyktydig te sterwe kom en daar nie voorsiening gemaak is vir 'n testamentêre voog nie. So 'n kind het dan geen natuurlike of *ex lege* voog om na hom of haar om te sien nie. Dus is daar niemand wat so 'n kind *ex lege* kan versorg of besluite aangaande die kind se dag-tot-dag versorging kan neem nie. Verder is daar niemand wat besluite aangaande die boedel van die kind kan neem en die kind kan bystaan in sake ten opsigte waarvan hy of sy slegs oor beperkte handelingsbevoegdheid beskik nie, byvoorbeeld in gevalle waar die kind in litigasie betrokke is.⁴⁴

⁴² Cronjé & Heaton *Familiereg* 222.

⁴³ Child Welfare League of America *HIV Permanency Planning Newsletter* (1998) www.cwla.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008) 1. Hierdie bron gee die Amerikaanse posisie weer. Myns insiens is dit ook die huidige Suid-Afrikaanse posisie.

⁴⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 278 (hfst 14).

'n Testament bevat dikwels 'n bepaling wat handel met die aanstelling van voogde en/of trustees om na die belange van die minderjarige kinders om te sien. Dit is dus van groot belang dat ouers of natuurlike voogde testamentêr voorsiening maak vir die aanstelling van 'n voog of voogde om na die minderjariges om te sien by afsterwe van die ouer, albei ouers gelyktydig of die natuurlike voog. Dit is wys om 'n testamentêre trust te skep ten einde te verseker dat daar na die minderjariges se finansiële belange omgesien word by afsterwe van een of albei ouers.⁴⁵

So 'n testamentêre voog mag egter, ingevolge artikel 71 van die Boedelwet, eers as die minderjarige se voog optree nadat die aanstelling deur die Meester van die Hoë Hof bekragtig is. Albei ouers van 'n minderjarige kind moet 'n testamentêre voog aanstel.⁴⁶ Een ouer kan 'n testamentêre voog aanwys slegs indien die ander ouer reeds oorlede is of indien die ander ouer nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik nie.⁴⁷ Indien die moeder sterf sonder om 'n testamentêre voog aan te wys, en die vader van die buite-egtelike kind ook nie ingevolge die Kinderwet⁴⁸ oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik nie, moet 'n persoon wat voogdy wil bekom, die hoë hof ingevolge artikel 24 van die Kinderwet nader. Ingevolge artikel 21 van die Kinderwet beskik die vader van 'n buite-egtelike kind, tesame met die moeder, ook oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van so 'n kind.⁴⁹ Dieselfde reël geld dus as by die aanwysing van 'n testamentêre voog by binne-egtelike kinders.

'n Testamentêre voog mag, indien die mag van assumpisie aan hom of haar toegeken is deur die testateur, 'n voog aanwys om hom of haar by te staan of te vervang in die uitvoer van sy of haar verpligtinge. So 'n voog staan bekend as 'n geassumeerde voog. Die aanstelling van die geassumeerde voog moet ook deur die Meester van die Hoë Hof bekragtig word.⁵⁰

⁴⁵ Abrie *et al* *Boedels - beplanning en bereddering* 72.

⁴⁶ aangesien beide ouers ingevolge a 19 en 20 van die Kinderwet oor voogdy van 'n binne-egtelike minderjarige beskik.

⁴⁷ A 27 van die Kinderwet.

⁴⁸ Sien a 21 ivm die regte en verantwoordelikhede van vaders van buite-egtelike kinders.

⁴⁹ Sien verder, in die algemeen, hfst 4, par 2.2 ivm die ouerlike verantwoordelikhede en regte van die vader van 'n buite-egtelike kind.

⁵⁰ Cronjé & Heaton *Familiereg* 311.

'n Persoon moet aan die volgende vereistes voldoen alvorens hy of sy as testamentêre voog van 'n minderjarige kind kan optree.⁵¹

- (1) Hy of sy moet ouer as 18 jaar wees.⁵²
- (2) Hy of sy mag nie onder kuratele staan nie.
- (3) 'n Testamentêre voog mag nie die testament as getuie onderteken het nie.
- (4) Hy of sy mag nie deur die hof as onbevoeg verklaar wees om as voog op te tree nie.
- (5) Hy of sy moet aan die Meester van die Hoë Hof sekuriteit verskaf vir bevredigende uitvoering van die verpligtinge wat hom of haar as voog opgelê is.

'n Voog se regte en verpligtinge sluit onder andere die volgende in.⁵³

- (1) 'n Voog moet te alle tye *bona fide* optree.
- (2) Hy of sy moet aan die Meester van die Hoë Hof sekuriteit verskaf vir die bevredigende uitoefening van die verpligtinge wat hom of haar as voog opgelê is.
- (3) Hy of sy moet binne dertig dae na aanstelling 'n inventaris van al die minderjarige se bates wat onder sy of haar beheer val aan die Meester van die Hoë Hof verskaf.
- (4) Hy of sy moet botsing tussen sy of haar eie belange en die belange van die minderjarige vermy.
- (5) Hy of sy moet die minderjarige bystaan en/of verteenwoordig in die uitvoer van regshandelinge en litigasie.
- (6) Hy of sy moet sorg dat die minderjarige uit die boedel onderhou en opgevoed word. Indien die boedel te klein is moet die voog onderhoud van die aanspreeklike persone eis.
- (7) Hy of sy moet jaarliks 'n administrasieverslag aan die Meester van die Hoë Hof voorlê.
- (8) Hy of sy moet rekenskap van die voogdy gee by beëindiging van die voogdy.
- (9) Die voog is geregtig op voorgeskrewe vergoeding vir sy of haar dienste.

Voogdy kom tot 'n einde by afsterwe van die minderjarige of die voog, indien die minderjarige meerderjarigheid bereik, indien die tydperk waarvoor die voog aangestel is verstryk, indien die

⁵¹ Cronjé & Heaton *Familiereg* 312.

⁵² Tot en met inwerkingtreding van a 17 van die Kinderwet op 1 Julie 2007 was hierdie ouderdom 21 jaar.

⁵³ Cronjé & Heaton *Familiereg* 312-313.

voog al sy of haar take as voog afgehandel het en ontslaan word, indien die voog bedank of as onbevoeg verklaar word en indien die Meester of die Hoë Hof die voog uit sy of haar amp onthef.⁵⁴

Daar moet altyd in gedagte gehou word dat die hoë hof as oppervoog van alle minderjariges optree. 'n Ouer kan 'n testamentêre voog aanwys maar die hoë hof kan hierdie besluit veto en iemand anders aanstel. Die beste belang van die kind is in alle aangeleenthede waaroor die hoë hof moet besluit van deurslaggewende belang.⁵⁵

Die Suid-Afrikaanse reg maak voorsiening vir die aanstelling van 'n voog datief en 'n kurator datief deur die Meester van die Hoë Hof. Ingevolge artikel 73 van die Boedelwet kan die hoë hof sowel as die Meester van die Hoë Hof 'n voog vir 'n minderjarige aanstel indien die belange van die kind dit vereis. So 'n voog word 'n voog datief genoem.⁵⁶ Die hof kan ook 'n kurator datief oor die kind aanstel. 'n Kurator word aangestel om 'n persoon en die persoon se boedel of net die persoon se boedel te versorg indien die persoon om die een of ander rede onbevoeg is om na sy of haar eie sake om te sien.⁵⁷

2.2.2 Die Amerikaanse posisie

'n MIV-positiewe enkelouer (dit is 'n ouer wie se eggenoot oorlede is of 'n ouer wat ingevolge 'n hofbevel of as gevolg van die feit dat 'n kind buite-egtelik gebore is alleenvoogdy oor die kind het) kan moontlik bekommerd wees dat hy of sy, nadat vigs gediagnoseer is, in 'n stadium nie meer na die minderjarige kinders se welstand en belange kan omsien nie. Wat hierdie aangeleentheid aanbetref is dit noodsaaklik om na die Amerikaanse reg te verwys aangesien die Suid-Afrikaanse reg nog nie gewysig is ten einde voorsiening te maak vir 'n "standby guardian" nie.

Vir menige MIV-positiewe enkelouer bestaan daar geen bevredigende wyse om regtens voorsiening te maak vir hul kinders se toekoms nie. By testamente, bewaringsaangeleenthede

⁵⁴ Cronjé & Heaton *Familiereg* 313.

⁵⁵ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 390.

⁵⁶ Cronjé & Heaton *Familiereg* 312.

⁵⁷ Cronjé & Heaton *Familiereg* 314.

en die aanstelling van voogde bestaan daar altyd die kans dat die hof die ouer se wense kan veto of dat die ouer ouerlike verantwoordelikhede en regte oor die kinders verloor voor afsterwe of voordat die ouer onbevoeg raak. So byvoorbeeld kan die bewarende ouer nie by wyse van testament die ander ouer, indien so 'n ouer met ouerlike verantwoordelikhede en regte vir jare lank totaal afwesig was in die lewe van die kinders, se voogdy opskort indien dit nie by wyse van 'n hofbevel gedoen word nie.⁵⁸

'n Ouer kan voor afsterwe, terwyl hy of sy nog relatief gesond is, aansoek doen dat 'n derde persoon voogdy oor die minderjarige kinders verkry. In so 'n geval kan die ouer voortgaan om vir sy of haar kinders te sorg en bewaring uit te oefen by wyse van 'n informele ooreenkoms met die *ex lege* voog. By aanstelling van 'n voog moet die ouer in teorie ouerlike verantwoordelikhede en regte oorgee aan die voog. Dit kan uiters pynlik wees aangesien die ouer steeds bevoeg is om vir die kinders te sorg. Hierdie wyse van beskikking oor die toekoms van kinders van terminaal-siek ouers hou sekere voordele in, in die sin dat die ouer sekerheid het oor die kind se toekomstige versorging by sy of haar afsterwe. Dit is egter nie heeltemal bevredigend nie aangesien so 'n ouer geleenthede verloor om belangrike besluite namens die kinders te neem solank as wat hy of sy nog kans sien daarvoor.⁵⁹

Pleegsorg bied nie 'n langtermyn-, stabiele oplossing vir toekomstige versorging en bewaring van 'n kind nie. Die staatswelsynorganisasie kan moontlik 'n ondersoek gelas na versorging van kinders deur 'n MIV-positiewe persoon aangesien hulle van mening is dat die kinders nie goed versorg word nie as gevolg van die gesondheidstoestand van die ouer. 'n Ouer kan in so 'n geval wel nog daartoe in staat wees om geheel of ten minste gedeeltelik vir die kinders te sorg. Aan die ander kant kan die pleegsorgsisteem voordelig wees as gevolg van die toekenning van finansiële toelaes aan pleegsorgouers wat aan die natuurlike ouer verwant is. Hierdie voordele is egter slegs tydelik van aard.⁶⁰

⁵⁸ Rozmus "Representing families affected by HIV/aids: how the Proposed Federal Standby Guardianship Act facilitates future planning in the best interest of the child and family" 1998 *Journal of Gender and the Law* 302-303.

⁵⁹ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 304-306

⁶⁰ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 306-308.

Soos hierbo aangetoon,⁶¹ bring informele reëlins ten opsigte van voogdy oor minderjarige kinders verskeie probleme mee. Die uitspraak in *In re Estates of Herrod*⁶² benadruk die belang daarvan om die korrekte regsweë te volg. In hierdie saak het 'n moeder, met vigs gediagnoseer, die hof versoek om haar suster as voog van haar minderjarige kinders aan te stel. Die aansoek is sonder aanhoor van getuienis of argument van die hand gewys aangesien die hof van eerste instansie van mening was dat daar meer tyd nodig is om die geskiktheid van die voornemende voog te ondersoek, dat geen voog nodig is terwyl die moeder steeds vir haar kinders kan sorg nie en dat die moeder die hof eers moet nader indien sy nie meer daartoe in staat is om self vir haar kinders te sorg nie. Die hof van appèl het die hof van eerste instansie se bevinding ter syde gestel en die moeder se suster as bystandsvoog aangestel. In hierdie geval het die hof getoon dat die reg wel tot begrip en simpatie ten opsigte van 'n persoon se omstandighede in staat is.⁶³

Die Kaliforniese *Probate Code* (beter bekend as die *Joint Guardianship Law*) het in 1994 in werking getree. Ingevolge hierdie wet kan 'n chronies-siek ouer (dit sluit 'n MIV-positiewe ouer in) 'n aansoek bring vir gesamentlike voogdy terwyl hy of sy nog self daartoe in staat is om sy of haar kinders te versorg.⁶⁴ Ingevolge gesamentlike voogdy oefen die ouer saam met die gesamentlike voog voogdy⁶⁵ oor die kinders uit. Die ouer het dus sekerheid dat, indien hy of sy nie meer daartoe in staat is om na die kind om te sien nie, daar reeds 'n voog van sy of haar keuse aangestel is. Hierdie wet hou verskeie voordele in. In die eerste plek kan die ouer, indien nodig, in die hof betoog oor die geskiktheid van sy of haar keuse van voog. In die tweede plek het die ouer die sekerheid dat die aangewysde persoon as voog van sy of haar kinders gaan optree. Dertens het die ouer, aangewysde voog en die kinders die geleentheid om 'n sterk band te vorm. In die laaste plek vind daar nie 'n periode van hofverrigtinge plaas

⁶¹ Par 2.2.1.

⁶² 254 Ill App 3d 1061 (1993).

⁶³ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 308-309. Sien verder, in die algemeen, "A parent's second greatest gift" (2005) *Equal Justice Magazine* www.ejm.lsc.gov (laaste besoek op 4 Februarie 2008); California State University, Public Affairs "Women with HIV/AIDS face distinct challenges" (2001) www.csus.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008); Public Counsel Law Centre *Peace of Mind Program: Joint Guardianship of the Person* (2005) in verband met 'n bespreking van die Amerikaanse reg in hierdie verband.

⁶⁴ A 2105.

⁶⁵ In die vermelde wet word daar verwys na "guardians or conservators". Voogdy moet dus in hierdie geval in die breë sin uitgelê word ten einde bewaring van die minderjarige in te sluit.

nadat die ouer nie meer na die kinders kan omsien nie. Die aangewysde voog begin dadelik as voog van die kinders optree indien die ouer onbevoeg raak. Die ouer se onsekerheid oor die kind se toekoms word dus verminder. Verskeie ander state het soortgelyke wetgewing aanvaar.⁶⁶

Die aanstelling van 'n gesamentlike voog hou ook nadele vir die ouer in. Die voogdy van die gesamentlike voog tree in werking by die toestaan van die hofbevel. Dus deel die ouer en die gesamentlike voog gesag met betrekking tot die kinders se dag-tot-dag versorging en aktiwiteite. Die ouer en die gesamentlike voog moet saamstem oor mediese, opvoedkundige en bewaringsaangeleenthede rakende die kinders. Die reg bied geen riglyne indien die ouer en die voog nie saamstem nie. Die voog kan regtens 'n hofaansoek bring om hom of haar toe te laat om alleen te beskik indien die ouer onbevoeg raak of sodanig verswak het dat hy of sy nie meer besluite namens die kinders kan neem nie.⁶⁷

Daar is 'n verskil tussen 'n bystandsvoog⁶⁸ en 'n gesamentlike voog. 'n Bystandsvoog beskik nie oor voogdy alvorens 'n sneller-gebeurtenis, byvoorbeeld die dood, ongeskiktheid, verswakking of toestemming van die ouer, plaasgevind het nie. Sommige van die state se wetgewing spesifiseer hierdie sneller-gebeurtenisse terwyl ander minder spesifiek daarvoor is.⁶⁹ Die voog neem voogdy op indien die hof so 'n sneller-gebeurtenis bevestig het. Die ouer beskik dus oor die kinders tot hy of sy nie meer kan nie.⁷⁰

⁶⁶ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 310-311. Sien ook, in die algemeen, Public Counsel Law Centre *Peace of Mind Program: Joint Guardianship of the Person* 2005.

⁶⁷ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 313. Sien ook verder, in die algemeen, Public Counsel Law Centre *Peace of Mind Program: Joint Guardianship of the Person* 2005 in verband met 'n bespreking van die Amerikaanse reg in hierdie verband.

⁶⁸ In hierdie verband word na "voogdy" in die breë sin verwys. Abandoned Infants Assistance Resource Centre *AIA Fact Sheet: Standby Guardianship* (2000) verduidelik gesamentlike voogdy soos volg: "standby guardianship allows for the immediate transfer of custody upon the parent's incapacity, permits retention or sharing of parental rights, and then establishes permanent guardianship after the parent's death". Bewaring word dus ingesluit by die definisie van voogdy in hierdie verband. Sien par 2.2.3 hieronder vir 'n bespreking van 'n voog ingevolge artikel 27 van die Kinderwet, welke voog in sekere opsigte as die ekwivalent van die "standby guardian" beskou kan word.

⁶⁹ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 312 & 314.

⁷⁰ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 313.

In sommige state kan die ouer die bystandsvog se posisie met skriftelike kennisgewing en die goedkeuring van die hof herroep.⁷¹ In ander gevalle moet die bystandsvog binne 'n sekere tyd bevestiging van die aanstelling by die hof liasseer.⁷² Ander wette maak voorsiening vir die aanstelling van verskeie bystandsvogde.⁷³

Die aanstelling van 'n bystandsvog kan op die volgende wyses positiewe gevolge hê vir die kind wat deur MIV/vigs wees gelaat is, hetsy die ouer reeds gesterf het al dan nie. In die eerste plek kry die kind en die bystandsvog die geleentheid om mekaar in oorleg met die ouer te leer ken. Indien die ouer se gesondheid dit toelaat kan die ouer, die kinders en die toekomstige vog tyd saam deurbring. Dit demonstree aan die kind dat die toekomstige reëling die ouer se goedkeuring wegdra. Verder geniet die kind die versekering dat die ouer 'n sterk band met die vog goedkeur sonder dat die band met die ouer skade ly. Indien die ouer nie daartoe in staat is om die kind by te staan in die oorgang nie kan so 'n ouer 'n ander vertroueling van die kind vra om die kind in die nuwe omstandighede by te staan. Verder gun dit die kind die geleentheid om sy of haar nuwe woning te leer ken en stel dit die vog in staat om die kind se skedule en gewoontes te leer ken.⁷⁴ In die tweede plek ervaar kinders wat deur MIV/vigs geraak word deur óf die afsterwe óf die verswakking van die ouer geweldige onstabieliteit en emosionele en fisiese opstandigheid. Die houe het reeds erken dat dit om hierdie rede belangrik is om broers en susters bymekaar te hou. 'n Ouer kan nie met sekerheid toesien dat al sy of haar kinders bymekaar sal bly indien hy of sy nie 'n bystandsvog, wat bereid is om na al die kinders om te sien, aanstel nie. Die kinders en die ouers geniet dus sekerheid dat broers en susters bymekaar sal bly by 'n vog deur die ouer aangewys.⁷⁵

Die wetgewing aangaande die aanstelling van bystandsvogde handel oor die regsbehoefte van die verskillende partye. Die prokureur, in samewerking met maatskaplike werkers en ander professionele persone betrokke, moet omsien na die sosiale behoeftes van die betrokke

⁷¹ oa in Connecticut, Florida en New York.

⁷² oa Florida.

⁷³ oa Wisconsin. Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 313-314.

⁷⁴ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 316-317.

⁷⁵ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 317-318. Sien verder, in die algemeen, Abandoned Infants Assistance Resource Centre *AIA Fact Sheet: Standby Guardianship* www.socrates.berkeley.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008) vir 'n verwysing na die voordele wat bystandsvogdy vir die ouer sowel as die kind inhou.

party. Hulle moet begrip en simpatie toon met elke party se spanning en behoeftes. Die prokureur speel kortliks die volgende rol in die hantering van die sosiale behoeftes van die verskillende belanghebbendes in die aanstellingsprosedure van 'n bystandsvooag:⁷⁶

- (1) Die kind van 'n ouer met MIV/vigs ly geweldig onder die wete dat die ouer besig is om te sterf. Die prokureur moet onder hierdie omstandighede elke party se regsopsies aan hom of haar verduidelik op 'n manier waarop hy of sy kan verstaan. Daar moet kind-gesentreerde ondersteuningsnetwerke gestig word en op die individu gefokus word ten einde in die regs- en sosiale behoeftes van die kind te voorsien. Ten einde hierdie doel te verwesenlik moet daar op die volgende gelet word:
 - (a) Die ouderdom van die kind. Die prokureur moet die kind behoorlik en in taal wat die kind kan verstaan inlig oor die regsopsies. Jonger kinders begryp nie wat besig is om met die MIV-positiewe ouer te gebeur nie en is baie sensitief vir dinge wat rondom hulle gebeur. Ouer kinders verstaan die implikasies van die dood beter en mag dalk meer praktiese bekommernisse hê, byvoorbeeld finansies, huiswerk en die versorging van jonger broers en susters. Die aanstellingsprosedure skep 'n geleentheid waar 'n kind, bygestaan deur die ouer, die voornemende voog en die prokureur, voortydig kan begin sin maak van die veranderende omstandighede.
 - (b) Die sielkundige agtergrond van die kind. 'n Prokureur wat handel met gesinne wat deur MIV/vigs geraak word, moet sensitief wees vir die sielkundige tol wat die ouer se verswakking, afsterwe en ander probleme, byvoorbeeld armoede en vooroordeel van elke gesinslid eis. Die prokureur moet hierin saamwerk met die skoolpersoneel en ander professionele persone, byvoorbeeld sielkundiges, betrokke by die versorging van die kinders. Die prokureur speel 'n belangrike rol in die bepaling van die tydstop waarop die MIV-status van die ouer bekend gemaak word en in bespreking en keuse van regsremedies.
 - (c) Die kulturele agtergrond van die kind en die gesin. Persone met 'n verskillende kulturele agtergrond hanteer die afsterwe van 'n geliefde verskillend. Die prokureur moet hierdie feit in ag neem by die bystand van die gesinslede. Dit is byvoorbeeld belangrik om bewus te wees van 'n persoon se kulturele begrip van die term "gesin" en "dood". In sommige kulture speel 'n uitgebreide gesin, wat nie-familielede insluit,

⁷⁶ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 318-331.

'n groot rol. Dit is ook van belang ten einde die regte voog te kies. Verder kan kultuur 'n rol speel by die keuse om MIV-status bekend te maak al dan nie.

- (d) MIV-status van die kind. Sake is uiters gekompliseerd en sensitief indien 'n kind self MIV-positief is en nog boonop die ouer se verswakking en afsterwe moet hanteer. Verskeie programme in Amerika handel met die spesiale behoeftes van MIV-positiewe kinders. Die *New York's Informed Schools Project* erken die spesiale behoeftes van MIV-positiewe kinders. Hierdie projek help die familie van 'n MIV-positiewe kind in die eerste plek om 'n besluit rakende bekendmaking van die kind se MIV-status te neem. 'n Verteenwoordiger ontmoet dan die skoolhoof ten einde vas te stel of die personeel vigs-opleiding ontvang het. Na bekendmaking van die uitslag van hierdie ontmoeting aan die ouers besluit die gesin of die MIV-status van die kind bekend gemaak moet word al dan nie. Indien wel, ontmoet die skoolhoof, die verteenwoordiger van die projek en die ouers ten einde die behoeftes van die kind te bespreek. Die verteenwoordiger se primêre funksie is om die privaatheid van die ouer en die kind te verseker. Die uitkoms van hierdie projek is tot dusver positief. Hopelik sal verskeie projekte van hierdie aard in die toekoms in Suid-Afrika op die been gebring word.⁷⁷

- (2) Die bewarende MIV-positiewe enkelouer kan moontlik voel dat hy of sy geen beheer oor emosies het nie. So 'n ouer benodig behoorlike ondersteuningsnetwerke wat sy of haar privaatheid respekteer en omgee vir die wel en wee van die hele gesin. Die prokureur kan moontlik hierdie ouer bystaan in besluitneming.
- (3) Daar rus dus 'n verpligting op die prokureur om die siek ouer in kennis te stel van moontlike komplikasies indien die ander ouer, indien nog lewend, nie van die prosedure in kennis gestel word nie.
- (4) Die prokureur kan die nuwe voog bystaan op verskeie wyses. Daar kan moontlik wrywing voorkom tussen potensiële voogde, byvoorbeeld tussen 'n familielid en 'n vriend van die MIV-positiewe ouer. Verder is dit uiters noodsaaklik dat die potensiële voog deeglike berading en MIV/vigs-opleiding ontvang. So 'n voog moet ook ingelig word aangaande sy

⁷⁷ Ingevolge kl 6 van die Suid-Afrikaanse *National Policy on HIV/AIDS for learners and educators in public schools and students and educators in further education and training institutions* is geen leerder, student of opvoeder verplig om sy of haar MIV-status bekend te maak nie. Kl 6.2 maak slegs daarvoor voorsiening dat vrywillige bekendmaking van MIV-status te verwelkom is en dat die inligting met vertroulikheid hanteer moet word en dat diskriminasie ogv die MIV-status nie toelaatbaar is nie. Verder bepaal kl 6.3 dat dit in die beste belang van die kind is indien 'n lid van die personeel bewus is van die MIV-status van die kind.

of haar en die kinders se regte ten opsigte van regeringstoelaes. Dit is belangrik dat die nuwe voog sy of haar rol verstaan. Die kinders en die nuwe voog moet leiding ontvang ten einde hulle onderskeie behoeftes aan mekaar bekend te maak. Verskaffing van die nodige ondersteuning kan verseker dat die nuwe gesin daartoe in staat is om saam te werk om die stabiliteit en warmte te bereik wat die siek ouer in gedagte gehad het.

Tot dusver is daar in hierdie bespreking slegs verwys na 'n bewarende enkelouer met MIV/vigs. Tensy die nie-bewarende ouer se ouerlike verantwoordelikhede en regte om die een of ander rede tot 'n einde gekom het, moet hy of sy ingevolge al die wetgewing in hierdie verband, van die verrigtinge in kennis gestel word.⁷⁸ Die nie-bewarende ouer sonder MIV/vigs se regte speel egter steeds 'n rol in menige saak van hierdie aard. Hierdie ouer kan moontlik steeds oor voogdy beskik al het hy of sy nie bewaring oor die kinders nie. In so 'n geval moet so 'n ouer van die hof aansoek om die aanstelling van 'n bystandsvog in kennis gestel word. Die beste scenario is dat so 'n ouer dan bewaring oor die kinders neem en voogdy voortsit. Verder kan hierdie ouer moontlik toestemming gee tot aanstel van die benoemde bystandsvog. Indien die nie-bewarende ouer nie in kennis gestel word van die voornemende aansoek nie, kan sodanige prosedure moontlik as ongeldig verklaar word. In so 'n geval sal die bewaring aan die ouer toegeken word tensy die voorgestelde voog kan bewys dat dit in die beste belang van die kinders is indien voogdy en bewaring aan hom of haar toegeken word. Daar rus geen bewyslas op die ouer om te bewys dat hy of sy bevoeg is om na die kinders om te sien nie.⁷⁹

In *Lusker v Guardianship of Bena Lusker*⁸⁰ het 'n vader die aansoek om aanstelling van bystandsvog teengestaan. Die hof van appèl het bevind dat die vader na die moeder se dood die natuurlike voog van die kinders is. Die hof het bevestig dat die bewyslas op die derde rus as gevolg van die sterk publieke steun ten gunste van die natuurlike gesinseenheid. Alhoewel die moeder gepoog het om behoorlik vir haar kinders se toekoms te beplan moet albei ouers se regte gerespekteer word.

⁷⁸ Abandoned Infants Assistance Resource Centre *AIA Fact Sheet: Standby Guardianship* www.socrates.berkeley.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

⁷⁹ Rozmus 1998 *Journal of Gender and the Law* 328-329.

⁸⁰ 434 So 2d at 951 (Fla Dist Ct App 1983).

Verskeie Amerikaanse state maak ook voorsiening vir gesubsidieerde voogdy. In terme hiervan kan private voogde⁸¹ aansoek doen om 'n toelae vanaf die staat. Hierdie vorm van voogdy hou verskillende voordele in. In die eerste plek hou plasing by 'n bekende geliefde meer stabiliteit en kontinuïteit vir die kind in. In die tweede plek word die ouer, indien nog lewend, se ouerlike verantwoordelikhede en regte nie beëindig deur die aanstelling van 'n nuwe voog nie. Verder word staatsonkoste verbonde aan die plasing van 'n kind in pleegsorg verminder.⁸²

In Amerika is die uitkoms van die bovermelde wetgewing met betrekking tot die aanstelling van voogde tot dusver uiters positief. Soortgelyke wetgewing is noodsaaklik in Suid-Afrika ten einde die impak van die virus op die lewe van kinders te beperk. Hierdie wetgewing fokus op die beste belang van die kind en verseker dat die impak van veranderende lewensomstandighede by die verswakking of afsterwe van die ouer beperk word. MIV-positiewe enkelouers, die kinders en die voornemende voogde benodig finansiële ondersteuning en regshulp sowel as begrip en simpatie vir hul situasie. Die prokureur sowel as die skoolpersoneel en ander professionele persone betrokke by die ondersteuningsnetwerk, sowel as die staat speel 'n reuse-rol in die kind, die MIV-positiewe ouer en die voornemende voog se toekoms. Suid-Afrika moet by vergelykbare regstelsels leer net soos wat hierdie regstelsels weer in sekere opsigte by ons kan leer.

Ten spyte van die nadele en die gapings in die wette verbonde aan hierdie vorms van voogdy, maak hierdie opsies vir terminaal siek ouers deure oop wat aanbetref die versekering dat hul kinders in die toekoms behoorlik versorg gaan word.

2.2.3 *Die voorstelle van die SA Regskommissie en die bepalings van die Kinderwet 38 van 2005*

Die SA Regskommissie het voorgestel dat 'n nuwe Suid-Afrikaanse kinderwet voorsiening maak vir testamentêre "parent substitutes". Die kommissie het verder voorgestel dat die wet daarvoor voorsiening moet maak dat die hof 'n "parent substitute" kan aanstel in geval van kinders wat nie 'n persoon het wat ouerlike verantwoordelikhede en regte oor hulle uitoefen

⁸¹ Sien in die algemeen par 2.2.1 hierbo.

⁸² Child Welfare League of America *HIV Permanency Planning Newsletter* 1998.

nie. Die hof moet ook so 'n persoon kan aanstel indien die versorger van 'n kind ten opsigte van wie daar 'n sorgbevel verleen is, te sterwe kom en die oorlewende ouer nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik nie.

Ingevolge artikel 27 van die Kinderwet,⁸³ welke artikel gevolg gee aan die aanbevelings van die SA Regskommissie, kan 'n ouer by wyse van 'n skriftelike dokument deur die ouer onderteken 'n voog aanwys wat by afsterwe van die ouer, en indien so 'n persoon die amp aanvaar, ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van 'n spesifieke kind opneem. Hierdie dokument moet deel vorm van die ouer se testament.⁸⁴ So 'n voog verkry voogdy oor die kind by afsterwe van die ouer en indien hy of sy uitdruklik of stilswyend die aanstelling aanvaar het.⁸⁵

Artikel 27 kan dus gesien word as die Suid-Afrikaanse weergawe van die Amerikaanse "Standby Guardianship"-wetgewing en die "parent substitute" waarna die SA Regskommissie verwys. Die verskil tussen 'n voog ingevolge artikel 27 en 'n bystandsvog is die feit dat 'n bystandsvog ouerlike verantwoordelikhede en regte kan verkry voor die dood van die ouer terwyl 'n voog kragtens artikel 27 eers by die dood van die ouer ouerlike verantwoordelikhede en regte verkry. Enige persoon kan aansoek doen om "care" (bewaring) of "contact" (toegang) met betrekking tot 'n kind sonder om afbreuk te doen aan die ouerlike verantwoordelikhede en regte van 'n ander persoon wat oor sodanige verantwoordelikhede en regte beskik.⁸⁶ Indien 'n persoon egter aansoek doen om voogdy oor 'n kind, moet so 'n aansoek in die hoë hof gebring word en moet so 'n persoon redes aanvoer waarom die persoon wat tans oor voogdy beskik nie 'n geskikte persoon is nie.⁸⁷

Die Kinderwet maak voorsiening vir "parental responsibilities and rights agreements". Artikel 22(1), welke artikel tydens inhandiging van hierdie proefskrif nog nie in werking getree het nie, bepaal soos volg:

⁸³ Hierdie artikel het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree.

⁸⁴ A 27(2).

⁸⁵ A 27(3).

⁸⁶ A 23.

⁸⁷ A 24.

- (1) Subject to subsection (2), the mother of a child or other person who has parental responsibilities and rights in respect of a child may enter into an agreement providing for the acquisition of such parental responsibilities and rights in respect of the child as are set out in the agreement, with –
- (a) the biological father of a child who does not have parental responsibilities and rights in respect of the child in terms of either section 20 or 21 or by court order; or
 - (b) any other person having an interest in the care, well-being and development of the child.

Ingevolge artikel 22(2) mag 'n persoon met ouerlike verantwoordelikhede en regte slegs dié ouerlike verantwoordelikhede en regte waaroor hy of sy self beskik aan 'n ander oordra. Die ooreenkoms moet in die voorgeskrewe vorm wees⁸⁸ en by die gesinsadvokaat geregistreer word of 'n bevel van die hoë hof, egskeidingshof of kindershof gemaak word.⁸⁹ Die hof of die gesinsadvokaat moet van mening wees dat die ooreenkoms in die beste belang van die kind is.⁹⁰ Enige wysigings moet deur die gesinsadvokaat of deur die hof, indien die ooreenkoms 'n bevel van die hof gemaak is, aangebring word.⁹¹ Daar moet kennis geneem word van die feit dat *slegs die hoë hof* 'n ooreenkoms in terme waarvan die voogdy oor die kind gewysig word kan aanteken, wysig of opskort.⁹²

Verder mag enige persoon ingevolge die bovermelde wet, wat 'n belang by 'n spesifieke kind het, aansoek by die hoë hof, egskeidingshof of kindershof bring om “contact” of “care” ten opsigte van die kind.⁹³ Indien die hof 'n bevel ingevolge hierdie artikel verleen, beïnvloed dit nie die ouerlike verantwoordelikhede en regte van die persone wat reeds oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van 'n kind beskik nie.⁹⁴

2.3 Besluitneming in verband met eiendom

Dit is noodsaaklik om kortliks na besluitneming aangaande eiendom en finansiële bronne te verwys aangesien die kind se toekoms van die behoorlike bestuur van die ouer (terwyl hy of sy

⁸⁸ A 22(3).

⁸⁹ A 22(4).

⁹⁰ A 22(5).

⁹¹ A 22(6).

⁹² A 22(7).

⁹³ A 23(1).

⁹⁴ A 23(4).

nog lewe) se bates sowel as geërfde bates ahang. Myns insiens is persoonlike boedelbeplanning deur 'n MIV-positiewe ouer uiters belangrik aangesien sodanige beplanning ook 'n mate van gemoedsrus ten opsigte van die toekoms van sy of haar minderjarige kinders verleen.

Beplanning kan by wyse van 'n spesiale of 'n algemene prokurasie⁹⁵ en 'n testament⁹⁶ gedoen word. Boedelbeplanning deur 'n spesialis is ook 'n opsie. 'n Prokurasie gaan nie hier in diepte bespreek word nie. Daar gaan wel kortliks verwys word na kinders se reg om van 'n ouer te erf en boedelbeplanning.

Uit die aard van die saak erf kinders, indien die ouer 'n testament nagelaat het, soos uiteengesit in die testament. Indien 'n ouer egter nie 'n testament nalaat nie, vererf die boedel intestaat. Indien 'n oorledene in so 'n geval 'n eggenoot sowel as kinders nalaat, erf die eggenoot 'n kindsdeel⁹⁷ van die intestate boedel of die bedrag van tyd tot tyd deur die minister afgekondig by wyse van kennisgewing in die Staatskoerant. Die eggenoot erf die grootste van hierdie twee bedrae. Indien 'n oorledene slegs kinders nalaat, erf hierdie kinders in gelyke dele. Aangenome kinders⁹⁸ en buite-egtelike kinders⁹⁹ erf in gelyke dele saam met die ander kinders van 'n erflater.¹⁰⁰ Daar moet kennis geneem word van die feit dat 'n buite-egtelike kind ook ingevolge die Boedelwet 66 van 1965 van hul vaders en dié se bloedverwante kan erf.¹⁰¹ Hierdie bepaling het die gemeenregtelike reël dat buite-egtelike bloedverwante nie van mekaar kon erf nie, vervang.

⁹⁵ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 369-373.

⁹⁶ Sien in die algemeen Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 374-379.

⁹⁷ Volgens Abrie *et al* *Boedels - beplanning en bereddering* 17 word 'n kindsdeel bereken deur die geldwaarde van die boedel te deel deur 'n getal gelykstaande aan die getal stake van die erflater plus een (die langsliewende).

⁹⁸ Ingevolge a 20 van die Wet op Kindersorg en a 17 van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987.

⁹⁹ Ingevolge a 1(2) van die Wet op Intestate Erfopvolging.

¹⁰⁰ De Waal & Schoeman *Erfreg studentehandboek* 12-15.

¹⁰¹ A 1(2) van die Wet op Intestate Erfopvolging.

Oorwegings met betrekking tot die versorging van afhanklikes is van uitsonderlike belang by boedelbeplanning.¹⁰² Aangesien die staat nie oor die hulpbronne beskik om behoorlik na elke sorgbehoewende kind om te sien nie, is dit uiters belangrik dat elke ouer binne sy of haar vermoëns voorsiening maak vir die versorging van afhanklikes.¹⁰³ Die beredderingsproses van 'n bestorwe boedel is 'n tydsame proses wat 'n groot verskeidenheid van aktiwiteite behels. Die volgorde en aktiwiteite verskil van geval tot geval.¹⁰⁴

'n Afhanklike kind en die langsewende gade het in sekere gevalle 'n vordering vir onderhoud teen die boedel van die oorledene. Alhoewel hierdie persone eers geregtig is op die oordrag van bates nadat die likwidasië- en distribusierekening ter insae gelê het, maak artikel 26(1A) van die Boedelwet daarvoor voorsiening dat 'n onderhoudsbedrag voor die tyd aan die bovermelde persone beskikbaar gestel word. Hierdie uitbetaling kan slegs deur die eksekuteur met toestemming van die meester geskied. Die meester verlang gewoonlik 'n bewys dat die kennisgewing vir skuldeisers reeds verskyn het en dat die tydperk waarbinne eise ingedien mag word reeds verstryk het.¹⁰⁵

Om die bogenoemde redes is dit uiters belangrik dat 'n ouer behoorlik voorsiening maak vir fondse om in 'n afhanklike se behoeftes te voorsien vir die tydperk net na afsterwe. Dit kan, soos hieronder getoon, byvoorbeeld gedoen word deur 'n lewenspolis op die lewe van die ouer uit te neem waarvan die kind die begunstigde is.¹⁰⁶ Verder kan 'n *inter vivos* trust ook hiervoor aangewend word aangesien die trustees kan voortgaan om die trust te bestuur en die trustbevoordeeldes te onderhou by afsterwe van die ouer.

¹⁰² Sien in die algemeen *Abrie et al Boedels - beplanning en bereddering* vir 'n studie van boedelbeplanning.

¹⁰³ *Abrie et al Boedels - beplanning en bereddering* 141.

¹⁰⁴ Sien in die algemeen *Abrie et al Boedels - beplanning en bereddering* 173-174 vir 'n uiteensetting van die verloop van die beredderingsproses.

¹⁰⁵ *Abrie et al Boedels - beplanning en bereddering* 222-223. Sien par 4.4 hieronder vir 'n verdere bespreking van onderhoudseise teen bestorwe boedels.

¹⁰⁶ Sien in die algemeen par 2.6 hieronder vir 'n bespreking van versekering.

Suid-Afrikaners het beter geleentheid om boedelbeplanning te laat doen as ander derdewêreldlande.¹⁰⁷ Alle ouers behoort hierdie geleentheid te gebruik. Abrie *et al*¹⁰⁸ definieer boedelbeplanning soos volg:

Samevattend kan boedelbeplanning beskryf word as die opstel van 'n plan, tydens die lewe van die boedeleienaar, vir omstandighede waarin die boedeleienaar nie self meer beheer oor sy boedel kan uitoefen nie. Die doel met die plan is normaalweg om die uiteindelijke erfopvolgingsproses sonder onnodige probleme te laat verloop en afhanklikes behoorlik versorg na te laat, wat vereis dat behoorlike beskermingsmaatreëls oor boedelbates nodig is.

Daar moet in gedagte gehou word dat boedelbeplanning 'n deurlopende proses is en die boedelplan van tyd tot tyd hersien moet word ten einde voorsiening te maak vir veranderde omstandighede. 'n Boedelplan hoef nie 'n ingewikkelde plan te wees nie aangesien die meerderheid persone betreklike klein boedels het waarvan die administrasie min beplanning verg. Die opstel van 'n testament en die uitneem van 'n polis stel eenvoudige boedelbeplanning daar. Ten einde behoorlik en verantwoordelik vir afhanklikes te sorg, rus daar 'n verpligting op 'n boedeleienaar om ten minste elementêre boedelbeplanning te doen.¹⁰⁹

'n Boedeleienaar het ook die opsie om 'n trust¹¹⁰ te stig. Daar moet onderskei word tussen 'n testamentêre trust en 'n trust *inter vivos*. Verder moet onderskei word tussen 'n diskresionêre en nie-diskresionêre trust¹¹¹ sowel as 'n liefdadigheidstrust en 'n privaattrust. Die reg maak ook voorsiening vir 'n besigheidstrust. Hier word slegs kortliks na testamentêre trusts verwys.

'n Testamentêre trust is in die meeste gevalle 'n diskresionêre trust en 'n privaat trust. 'n Testamentêre trust is 'n eensydige regshandeling waar die testateur in sy of haar testament voorsiening maak vir die oprigting van 'n trust wat tot stand kom, op die vroegste, by sy of haar

¹⁰⁷ Sien hieronder in par 3.6 in verband met beskerming van boedelbates van kinders in Kenia.

¹⁰⁸ Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 2.

¹⁰⁹ Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 4-5. Verwys ook na hierdie bron in die algemeen vir 'n volledige bespreking van omvattende boedelbeplanning.

¹¹⁰ Sien in die algemeen Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 80 ev en 151-164 vir 'n meer volledige uiteensetting van trustreg. Hier word die verskil tussen die trust in die breë sin en die trust in die eng sin van die woord beskryf sowel as die verskillende soorte trusts.

¹¹¹ Ingevolge 'n diskresionêre trust beskik die trustee en soms ook die bevoordeeldes oor die diskresie om te besluit wanneer en aan wie die trustinkomste en -kapitaal toekom. Ingevolge 'n nie-diskresionêre trust word die trustbevoordeeldes en hul onderskeie voordele vooraf in die trustdokument vasgestel. Die trustee het nie diskresie nie.

afsterwe. Die inwerkingtreding kan ook uitgestel word.¹¹² 'n Trustee moet deur die Meester van die Hoë Hof gemagtig word alvorens hy of sy regshandeling namens die trust mag uitvoer.¹¹³ Een van die trustee se verpligtinge is om die trust te administreer in ooreenstemming met die trustreg en die aanwysings in die trustdokument. Dit kan enige regmatige handeling insluit wat nodig is om die bates en kapitaal behoorlik te bestuur.¹¹⁴ Die bepalinge in die trust kan slegs gewysig word soos deur die trustdokument gemagtig, deur ooreenkoms (in geval van die trust *inter vivos*) of by wyse van 'n hofbevel.¹¹⁵

2.4 Lewende testament (“living will”)

Die SA Regskommissie het in 'n verslag getiteld *Euthanasia and the artificial preservation of life*¹¹⁶ die kwessie van genadedood en lewende testamente bespreek. Daar word nie vir doeleindes van hierdie proefskrif na genadedood verwys nie maar wel kortliks na lewende testamente.

“Lewende testament” is 'n moeilike term om te definieer. Dit kan die beste beskryf word as 'n dokument deur 'n persoon by sy of haar volle positiewe opgestel en onderteken wat die familie van so 'n persoon, sowel as gesondheidsorgwerkers as't ware lei in besluitneming rakende mediese behandeling indien die persoon nie meer daartoe in staat is om sy of haar begeertes te kommunikeer nie. Die familie en gesondheidsorgwerkers word dus, vry van blaam, by wyse van 'n vooraf ondertekende dokument wat die wense van die pasiënt uitspreek toegelaat om die middele (byvoorbeeld koppeling aan respirators, ensovoorts) beskikbaar om so 'n persoon se lewe te verleng, te beperk. Dit kom daarop neer dat 'n persoon by sy of haar volle positiewe

¹¹² Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 86-91.

¹¹³ Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 97-98.

¹¹⁴ Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 101. Sien in die algemeen 100 ev van hierdie bron vir die res van die verpligtinge van die trustee en 108 ev vir die aanwysing en regte van die trustbevoordeelde.

¹¹⁵ Abrie *et al Boedels - beplanning en bereddering* 115-116.

¹¹⁶ Projek 86, November 1998 (met insluiting van die voorgestelde *End-of-Life Decisions Act*).

sy of haar begeertes en wense rakende sy of haar genadedood dokumenteer by wyse van 'n lewende testament.¹¹⁷

Daar bestaan nie duidelikheid in die Suid-Afrikaanse reg rakende lewende testamente nie. Die SA Regskommissie het in die bovermelde verslag voorgestel dat 'n persoon by sy volle positiewe en bo die ouderdom van 18 jaar toegelaat word om 'n lewende testament op te stel en te onderteken. Lewende testamente word nie in hierdie stadium statutêr erken nie. Daar is ook tot op datum geen gerapporteerde sake rakende die toelaatbaarheid van lewende testamente in die Suid-Afrikaanse reg nie. Die howe het egter reeds bevind dat 'n pasiënt se wense gemaak in goeie gesondheid respekteer moet word.¹¹⁸ Artikel 12(2) van die Grondwet bepaal soos volg ten opsigte van 'n persoon se reg op selfbeskikking:

- Elkeen het die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg –
- (a) om besluite oor voortplanting te neem;
 - (b) op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam; en
 - (c) om nie sonder hul ingeligte toestemming aan mediese of wetenskaplike eksperimente onderwerp te word nie.

Dit blyk dat 'n lewende testament tans slegs sal handel met aksies van genadedood deur die Suid-Afrikaanse reg erken, dit wil sê passiewe genadedood. Daar sal nie uitvoering gegee word aan 'n lewende testament wat handel met onregmatige wyses van genadedood nie. Regmatige wyses van genadedood sluit die volgende in:¹¹⁹

- (1) 'n Dokter mag lewensreddende behandeling van 'n persoon wat reeds medies dood verklaar is, stop.
- (2) 'n Dokter mag somtyds lewensreddende behandeling van 'n persoon stop wat reeds vir 'n geruime tyd in 'n koma is.
- (3) 'n Persoon bo die ouderdom van 18 jaar kan mediese behandeling weier selfs al beteken dit dat so 'n persoon moontlik vinniger sal sterf. 'n Dokter kan so 'n persoon se wense uitvoer sonder om aanspreeklik gehou te word.

¹¹⁷ O'Brien "AIDS: perspective on the American family" 1989 *Villanova Law Review* 244-246; Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 383-384.

¹¹⁸ *Clarke v Hurst* 1992 (4) SA 630 (D) 660. Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 383.

¹¹⁹ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 381.

- (4) 'n Persoon bo die ouderdom van 18 jaar kan vra vir meer pynstillers selfs al sal dit beteken dat so 'n persoon vinniger sterf. 'n Dokter mag op so 'n versoek meer pynstillers toedien met die uitsluitlike doel om so 'n pasiënt se pyn te verminder, maar nie met die bedoeling om die pasiënt te laat sterf nie.

Die familie word dus deur die pasiënt se eie wense rakende behandeling gelei. Hulle besluit om behandeling te stop of daarmee voort te gaan word dus vergemaklik in 'n emosioneel uitputtende tyd. Hulle kan dus by die besluit om behandeling te stop of voort te sit gerus voel dat die pasiënt se wense gerespekteer is.

In die geval van vigs, net soos met enige ander terminale siekte, word daar 'n punt bereik waar die instandhouding van die lewe van 'n pasiënt teenstrydig is met alle konsepte van basiese menslikheid en sosiale geregtigheid. Daar word geredeneer dat, wanneer 'n persoon se toestand so verswak het dat dit 'n gebrek aan enige ware menslike kwaliteite of verhoudingspotensiaal toon, die beste behandeling geen behandeling is. As gevolg van hierdie redenasie het verskeie Amerikaanse state¹²⁰ reeds wetgewing goedgekeur wat die opstel en uitvoer van lewende testamente reël.¹²¹ Daar word aangevoer dat die verantwoordelikheid op die wetgewer rus om riglyne te stel rakende lewende testamente en genadedood.¹²² Australië, Kanada en Engeland het ook wetgewing in hierdie verband.

Lewende testamente hou verskeie voordele in. Eerstens bly die testateur in beheer rakende sy of haar mediese behandeling selfs al is die testateur nie meer by sy of haar volle positiewe nie. In die tweede plek kan die testateur 'n vertroueling aanstel om toe te sien dat sy of haar laaste wense voor afsterwe uitgevoer word. Laastens kan die testateur versoek dat 'n ander persoon as persone deur die reg as nabye familie beskou (byvoorbeeld 'n homoseksuele vennoot) by sy of haar sterfbed waak.¹²³

¹²⁰ Sien ook SA Regskommissie *Euthanasia and the artificial preservation of life* 158.

¹²¹ Sien in die algemeen Strauss "The 'right to die' and the Cruzan judgment in the USA" 1992 *SAPM* 12 vir 'n bespreking van die Amerikaanse beslissing in *Cruzan v Director, Missouri Department of Health* 58 LW 4916 (1990). Dit was die eerste Amerikaanse beslissing wat gehandel het met genadedood en lewende testamente.

¹²² O'Brien 1989 *Villanova Law Review* 245-246.

¹²³ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 385.

Die SA Regskommissie het twee voorstelle gemaak in hierdie verband. In die eerste plek moet “advance directives” en “enduring powers of attorney” statutêre erkenning verkry. Dit moet egter duidelik gestel word dat uitvoering van die wense nie neerkom op onregmatige optrede nie. Daar behoort egter nie noodwendig ’n standaardvorm in hierdie verband te wees nie. Mediese praktisyns wat die wense van die pasiënt uitvoer moet vrygespreek word van enige straf- of siviëlregtelike optrede. Mediese praktisyns moet ook kan weier om ingevolge die wet op te tree sou dit teen hul beginsels en waardes indruis. In die tweede plek moet daar nie statutêre voorsiening gemaak word vir lewende testamente met betrekking tot aktiewe genadedood nie. Slegs gevalle van passiewe genadedood moet statutêr erken word.¹²⁴

2.5 “Durable” of “enduring” volmag

Ingevolge die Suid-Afrikaanse reg verval ’n prokurasie¹²⁵ indien die prinsipaal geestesongesteld of geestesonbevoeg raak. ’n Persoon by sy of haar volle positiewe kan dus nie skriftelike volmag aan ’n ander verleen om besluite namens hom of haar te neem indien hy of sy bewussyn sou verloor nie. Die SA Regskommissie het in die bogenoemde *Report on euthanasia and the artificial preservation of life* voorgestel dat ’n persoon by sy of haar volle positiewe en bo die ouderdom van 18 jaar toegelaat word om ’n “durable” of “enduring” (hierna slegs “enduring”) volmag te verleen. Daar bestaan egter nog nie in ons reg so ’n bepaling nie. Daar kan wel by die hoë hof ’n aansoek gebring word dat ’n persoon wat sy of haar bewussyn verloor het en nie sy of haar eie sake kan behartig nie, onder kuratele geplaas word.¹²⁶

Die huidige Suid-Afrikaanse posisie sien soos volg daar uit: Indien die hof bevind dat ’n lewende persoon (waarby ingesluit ’n persoon wat verdwyn het maar nog nie as dood verklaar is nie) nie sy of haar eie sake kan behartig nie, kan die hof ’n *curator bonis* aanstel. Die hof het diskresie om in enige geval te besluit of ’n persoon klassifiseer as ’n persoon wat nie sy of haar eie belange kan behartig nie. Die aansoek word gebring deur iemand wat ’n belang by die

¹²⁴ SA Regskommissie *Euthanasia and the artificial preservation of life* 185.

¹²⁵ Die SA Regskommissie beskryf in *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.1 ’n prokurasie as volg: “Representation is the phenomenon whereby one person (an agent) concludes a juristic act (an act whereby legal relationships are created and which has legal consequences) on behalf of or in the name of another (the principal). A power of attorney is a formal document by which the principal empowers or authorises the agent to act on his or her behalf.”

¹²⁶ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 387.

persoon of die persoon se goed het, byvoorbeeld 'n familielid. Indien die persoon nie daartoe in staat is om toestemming te verleen nie, stel die hof eers 'n *curator ad litem* aan ten einde die persoon te verteenwoordig in die aansoek om die aanstelling van 'n *curator bonis*.¹²⁷ 'n Kurator word slegs aangestel om die persoon by te staan en sodanige aanstelling verklaar nie die betrokke persoon handelingsonbevoeg nie. Indien 'n persoon steeds gedeeltelik daartoe in staat is om sy of haar eie belange te behartig, is hy of sy geregtig om dit te doen.¹²⁸

Ingevolge Amerikaanse wetgewing word 'n "enduring" volmag wel erken en soos volg gedefinieer.¹²⁹

A durable power of attorney by which a principal designates another his attorney in fact in writing and the writing contains the words "This power of attorney shall not be affected by subsequent disability or incapacity of the principal, or lapse of time," or "This power of attorney shall become effective upon the disability or incapacity of the principal," or similar words showing the intent of the principal that the authority conferred shall be exercisable notwithstanding the principal's subsequent disability or incapacity, and unless it states a time of termination, notwithstanding the lapse of time since execution of the instrument.

Hierdie selfde wetgewing bepaal soos volg indien hierdie volmag in werking tree: "[a]ll acts done by an attorney in fact pursuant to a durable power of attorney during any period of disability or incapacity of the principal have the same effect and inure to the benefit of and bind the principal and his successors in interest as if the principal were competent and not disabled."¹³⁰ Wanneer die hof 'n *fiduciarius* (eksekuteur) aanwys om die prinsipaal se sake by afsterwe te hanteer, moet die agent as't ware verantwoording doen aan die prinsipaal en aan die *fiduciarius*.¹³¹

¹²⁷ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Personereg* 127-130 vir 'n meer volledige uiteensetting van die proses, bewyslas ens.

¹²⁸ Cronjé & Heaton *Personereg* 127-129. Sien verder, in die algemeen, SA Regskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.6 ev vir 'n volledige bespreking ivm die huidige Suid-Afrikaanse reg mbt prokurasies.

¹²⁹ *Uniform Probate Code* § 5-501 8 ULA 88 (Supp 1988) soos aangehaal in O'Brien 1989 *Villanova Law Review* 246-247. Sien ook in die algemeen SA Regskommissie *Euthanasia and the artificial preservation of life* 194 in verband met die Amerikaanse en Engelse posisies.

¹³⁰ *Unif Probate Code* § 5-502 8 ULA 89 (Supp 1988) aangehaal in O'Brien 1989 *Villanova Law Review* 247. Sien verder, in die algemeen, SA Regskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.41 ivm die inwerkingtreë van die "enduring" volmag.

¹³¹ O'Brien 1989 *Villanova Law Review* 247.

Daar bestaan verskeie redes vir die groeiende populariteit van “enduring” volmagte. Vir doeleindes van hierdie proefskrif gaan ek slegs na die belangrikste redes verwys welke redes as volg deur die SA Regskommissie opgesom word:¹³²

The most important reason for this is that the enduring power provides a means to legitimising community practice: There seems to be a commonly held belief among family and carers of persons with incapacity that they are entitled to continue to operate an ordinary power of attorney despite the mental incapacity of the principal. Another major advantage is that the endurance of the power overcomes the problem of delay associated with Court proceedings for the appointment of a curator or similar mechanism (if a power was executed beforehand). An agent can act immediately upon disability to handle emergency needs without awaiting Court authorisation.

Daar bestaan egter ook kritiek teen hierdie konsep. In die eerste plek word ’n “enduring” volmag misverstaan aangesien regsgeldige besluitneming as ’n deurlopende en dinamiese proses beskou word wat bevoegdheid en kapasiteit tydens die besluitneming vereis. Tweedens vereis die huidige reg met betrekking tot volmagte geen formaliteite¹³³ om as beskerming teen misbruik te dien nie. In die geval van ’n “enduring” volmag – waar die prinsipaal moontlik nie bevoeg is om te besef dat die agent sy of haar mandaat misbruik of buite sy of haar bevoegdheid handel nie – kan dit geleentheid vir misbruik en/of uitbuiting van ’n onbevoegde prinsipaal skep. Hierdie probleem is egter nie beperk tot hierdie vorm van volmagte nie. Derdens kan ’n “enduring” volmag slegs gebruik word in gevalle waar die prinsipaal daartoe in staat is om vooruit te beplan vir ’n moontlike toekomstige gebrek aan bevoegdheid.¹³⁴

Daar bestaan ’n groot behoefte vir inkorporasie van hierdie konsep in ons reg. Sodanige inkorporasie sal handeling wat in elk geval tans in praktyk plaasvind, “wettig”. Formele inkorporasie daarvan in ons reg sal regsekerheid en ’n geleentheid om onbevoegde individue behoorlik te beskerm, tot gevolg hê. ’n Vereiste vir inkorporasie is egter behoorlike statutêre regulering.¹³⁵ ’n Voorbeeld van die belang van inkorporasie hiervan in ons reg word gevind by

¹³² *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.33. Sien ook hierdie par vir verdere redes van populariteit.

¹³³ Sien, in die algemeen, SA Regskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.48 ev ivm moontlike formaliteite as beskerming.

¹³⁴ SA Regskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.34.

¹³⁵ SA Regskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* par 7.36.

homoseksuele saamblyverhoudings. Konflik en onnodige litigasie met familielede kan vermy word indien 'n behoorlike "enduring" volmag verleen word.¹³⁶

Myns insiens is die bespreking hierbo om die onderstaande redes belangrik vir kinders van ouers met MIV/vigs. 'n Enkelouer met vigs kan moontlik toekomstige verlies aan bewussyn of 'n onvermoë om sy of haar sake te behartig voorsien. So 'n ouer kan bekommerd wees oor die toekomstige welstand van sy of haar kinders en die bestuur van sy of haar eiendom namens die kinders. Indien so 'n ouer se sake vir 'n tyd lank nie korrek bestuur word nie kan dit tot moontlike finansiële verliese lei wat beslis nie tot voordeel van die kinders strek nie. So 'n "enduring" volmag is dus belangrik vir gemoedsrus van 'n siek ouer.

2.6 Versekering

Hier volg slegs 'n kort bespreking van versekering aangesien die kind van 'n MIV-positiewe ouer se toekoms, na afsterwe van die ouer, in 'n groot mate vergemaklik word indien daar, onder andere, versekering uitgeneem is waarvan die kind die begunstigde is.¹³⁷ Eerstens moet die betekenis van die term "versekering" vasgestel word. In *Lake v Reinsurance Corporation Ltd*¹³⁸ het die hof 'n versekeringskontrak soos volg gedefinieer:

A contract between an insurer (or assurer) and an insured (or assured), whereby the insurer undertakes in return for the payment of a price or premium to render to the insured a sum of money or its equivalent, on the happening of a specified uncertain event in which the insured has some interest.

Die term "versekering" word nie in enige wetgewing gedefinieer nie. Dit is waarskynlik as gevolg van die feit dat daar te veel probleme toegeskryf word aan 'n enkele definisie vir 'n term wat 'n breë betekenis het. Daar moet na die definisie van elke tipe tersaaklike versekering afsonderlik gekyk word.¹³⁹

¹³⁶ O'Brien 1989 *Villanova Law Review* 247.

¹³⁷ Sien Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 291 en Roth & Gryk "AIDS and insurance" in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 90 vir 'n meer volledige bespreking van die impak van MIV/vigs op versekering.

¹³⁸ 1967 (3) SA 124 (T). Sien ook in die algemeen *Mutual & Federal Ins v Oudtshoorn Municipality* 1985 (1) SA 419 (A). Ingevolge die lg beslissing word die hoogste goeie trou as 'n vereiste by versekeringskontrakte verwerp.

¹³⁹ Van Jaarsveld (red) *Suid-Afrikaanse handelsreg* 685. Deel IX, hfst 48 tot 53, van hierdie bron verskaf, in die algemeen, 'n omvattende bespreking van die versekeringsreg.

Dit is noodsaaklik om finansiële voorsiening te maak vir afhanklikes aangesien geen persoon gevrywaar is van vroeë afsterwe of ongeskiktheid nie. 'n Boedeleienaar moet onthou dat daar by dood versteekte verpligtinge is waarvan dikwels vergeet word terwyl 'n persoon nog lewe, byvoorbeeld die eksekuteursfooï, skuld, boedelbelasting, eise ingevolge die aanwasbedeling, ensovoorts. Om hierdie rede is dit noodsaaklik om voldoende fondse beskikbaar te stel sodat alle uitgawes betaal kan word en die oorblywende lede van die gesin hul lewenstandaard so ver moontlik kan handhaaf. Lewensdekking kan hierdie spesifieke probleem oplos en die verdeling van die bates vergemaklik.¹⁴⁰ 'n Poliseienaar (in die meeste gevalle is dit die versekerde) betaal 'n maandelikse premie aan 'n versekeraar. Die versekeraar dra dan die finansiële risiko van moontlike vroeë afsterwe of finansiële verlies as gevolg van ongeskiktheid van die versekerde.¹⁴¹ Hieronder word versekering en die impak van MIV/vigs daarop kortliks bespreek.

'n Persoon kan persoonlike versekering uitneem waarin voorsiening vir dood en ongeskiktheid gemaak word. Wat aanbetref voorsiening vir dood kan 'n persoon hele-lewenspolis, uitkeerversekering met lewensdekking, termynversekering, universele lewensdekking, jaargelde en lyfrente uitneem en beleggings maak. Voorsiening vir ongeskiktheid kan moontlik insluit ongeskiktheidsvoordele, 'n klousule wat voorsiening maak vir kwytstelling van premies, voorsiening vir verlies aan inkomste, ongeluksvoordele, traumaversekering en versekering sonder bewys van gesondheid.¹⁴² Vir doeleindes van hierdie proefskrif word daar kortliks verwys na lewenspolis en ongeskiktheidsversekering.

¹⁴⁰ Abrie *et al* *Boedels - beplanning en bereddering* 118.

¹⁴¹ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 296.

¹⁴² Sien in die algemeen Abrie *et al* *Boedels - beplanning en bereddering* 118-128 vir 'n kort bespreking hiervan.

Alvorens lewens- of ongeskiktheidsversekering goedgekeur word, word 'n applikant versoek om 'n MIV-toets te ondergaan. Die *Life Offices' Association* het 'n *Protocol on HIV/aids* aanvaar.¹⁴³ Hierdie protokol bepaal dat die volgende inligting deur die versekeringsmaatskappy aan die applikant openbaar moet word by 'n aansoek om versekering.¹⁴⁴

- (1) Wanneer 'n persoon vir lewensversekering aansoek doen, word die persoon versoek om vir 'n MIV-toets te gaan.
- (2) Die applikant moet ingeligte toestemming gee alvorens die toets uitgevoer word.
- (3) 'n Persoon mag weier om die toets te laat doen.
- (4) Die applikant het die reg op berading voor en na die toets (die versekeraar moet vir een beradingsessie voor en een beradingsessie na die toets betaal).
- (5) 'n Applikant het die reg dat toetsuitslae vertroulik hanteer word.

Indien die applikant weier om getoets te word of positief toets, sal die versekeraar waarskynlik weier om die aansoek goed te keur. Die vraag moet gevra word of weiering van goedkeuring van lewensversekering inbreuk maak op die regte van 'n MIV-positiewe applikant.¹⁴⁵ Versekeringsmaatskappye voer die volgende redes aan waarom elke applikant vir MIV getoets moet word alvorens 'n aansoek om lewens- of ongeskiktheidsversekering goedgekeur word.¹⁴⁶

- (1) MIV-positiewe persone sal waarskynlik op 'n jonger ouderdom sterf of as medies ongeskik verklaar word.
- (2) Die risiko verbonde aan die versekering van MIV-positiewe persone is dus te groot.
- (3) Die maatskappye het 'n verpligting om behoorlik om te sien na reeds-versekerde persone en om toe te sien dat hierdie persone se voordele nie ly onder hoë-risiko versekerdes nie.
- (4) Die versekeringsmaatskappye moet toesien dat lae-risiko versekerdes se versekeringspremies nie styg ten einde die hoë-risiko versekerdes se risiko te balanseer nie.

¹⁴³ Oktober 2000. Hierdie dokument word gereeld hersien.

¹⁴⁴ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 294. Sien verder in die algemeen Roth & Gryk in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 109-110 vir 'n kritieke bespreking van MIV-toetsing by versekering.

¹⁴⁵ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 294.

¹⁴⁶ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 299.

Ten einde hulself en lae-risiko versekerdes te beskerm, versoek versekeringsmaatskappye dus applikante om vir MIV getoets te word alvorens 'n aansoek om 'n polis goedgekeur word. Verder word uitsluitingsklousules,¹⁴⁷ wat aanspreeklikheid uitsluit of beperk, in polisdokumente ingevoeg. 'n Aantal versekeringsmaatskappye bied spesiale polisse vir MIV-positiewe persone, maar die premies is hoog en die uitbetalingsbedrag beperk.¹⁴⁸

Daar rus 'n verpligting op 'n applikant om wesenlike inligting aan die versekeraar te openbaar. In *Southern Life Association v Johnson*¹⁴⁹ het die versekerde, by aansoek om goedkeuring van 'n lewens- en ongeskiktheidspolis, nagelaat om die versekeringsmaatskappy in te lig dat hy 'n bloedtoets vir 'n bloedsiekte ondergaan het. Die versekerde was nie bewus van die feit dat die bloedtoets positief was nie. Ten tye van die aansoek om die lewens- en ongeskiktheidspolis het die versekerde geen simptome getoon nie en was hy onder die indruk dat hy gesond is. Die versekeraar het, by aansoek om betaling van ongeskiktheidsvoordele, geweier om die dekking te betaal. Die hof het bevind dat die versekerde die feit dat hy 'n bloedtoets ondergaan het aan die versekeraar moes openbaar het. Die hof het verder bevind dat nalate om die feit te openbaar ly tot verbeuring van die versekerde voordeel aangesien die feit wesenlik van aard is. Dieselfde geld waarskynlik vir nalate om die feit dat die applikant vir 'n MIV-toets gegaan het, te openbaar. MIV-status word deur versekeringsmaatskappye as 'n wesenlike feit beskou.¹⁵⁰

Wat gebeur indien 'n versekerde nalaat om by aansoek positiewe MIV-status te openbaar? Die versekerde kan van bedrog aangekla word. Verder kan die polis van nul en gener waarde verklaar word indien die versekeraar van mening is dat openbaring bepaling van die risiko sou beïnvloed. Nalate om 'n wesenlike feit te openbaar kan ook daartoe lei dat die polis van nul en gener waarde verklaar word.¹⁵¹

¹⁴⁷ Sien in die algemeen Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 304.

¹⁴⁸ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 299.

¹⁴⁹ 1993 (1) SA 203 (OK).

¹⁵⁰ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 300.

¹⁵¹ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 301. Sien verder Roth & Gryk in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 98 in verband met die applikant se verpligting op openbaarmaking.

Vertroulikheid ten opsigte van MIV-status is problematies. In die eerste plek kan die weiering om 'n MIV-positiewe persoon te verseker daartoe lei dat so 'n persoon se MIV-status openbaar gemaak word aangesien talle werkgewers van versekeringsmaatskappye applikante se persoonlike gegewens hanteer. Verder kom vigs-verwante afsterwe tot 'n versekeraar se kennis slegs indien iemand hierdie inligting bekend maak. Daar rus 'n regs- en etiese plig op 'n dokter om slegs hierdie inligting bekend te maak indien die pasiënt uitdruklike toestemming verleen het. 'n Applikant word dikwels versoek om toestemming te verleen dat die versekeraar toegang tot sy of haar mediese geskiedenis verkry by afsterwe of ongeskiktheidsverklaring alvorens die polis goedgekeur word.¹⁵²

Verder word die *Life Offices' Association* toegelaat om inligting van applikante om versekering en persone wat aansoek doen en weggewys word in 'n *Life Register* aan te teken. Die name van MIV-positiewe applikante word in kodevorm in hierdie register aangeteken. Hierdie lys kan moontlik op 'n persoon se reg op privaatheid en vertroulikheid inbreuk maak. Alle lede van die *Life Offices' Association* het toegang tot hierdie register.¹⁵³ Dit is belangrik om die belang van lewensversekering deeglik te oorweeg aangesien persoonlike gegewens moontlik nie deur alle werknemers van versekeringsmaatskappye as vertroulik hanteer word nie.¹⁵⁴ Geen gegewens rakende 'n persoon se lewenstyl, wat so 'n persoon moontlik in 'n hoë-risiko groep kan plaas, mag in die *Life Register* aangeteken word nie.¹⁵⁵

Daar word ook op ander wyses teen MIV-positiewe persone gediskrimineer. Verskeie banke staan slegs 'n huislening toe indien 'n applikant 'n aflospolis uitneem. Dit beteken dat 'n lewenspolis, waarvan die bank die sessionaris is, uitgeneem word ten einde die aflosbedrag van die verband te dek by afsterwe van die sedent of verbandhouer. Indien 'n MIV-positiewe applikant vir 'n huislening nie 'n aflos-lewenspolis kan uitneem nie, kan so 'n persoon ook nie 'n huislening verkry indien hy of sy nie oor ander bates as sekuriteit beskik nie.¹⁵⁶

¹⁵² Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 306-307.

¹⁵³ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 307.

¹⁵⁴ Roth & Gryk in Haigh & Harris D (reds) *AIDS: a guide to the law* 97.

¹⁵⁵ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 307.

¹⁵⁶ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 309.

Myns insiens moet die volgende praktiese advies in gedagte gehou word by 'n aansoek om lewensversekering:

- (1) Die bepalinge van enige nuwe polis moet deeglik bestudeer word.
- (2) Indien daar 'n risiko bestaan dat 'n polis om MIV/vigs-verwante redes nie goedgekeur sal word nie, moet 'n MIV-verwante persoon eers besluit of dit noodsaaklik is om deur die hele aansoekprosedure te gaan aangesien MIV-status in die *Life Register* aangeteken word en inligting moontlik op die wyse openbaar gemaak kan word.
- (3) Indien 'n persoon reeds MIV-positief is, moet hy of sy eers advies inwin rakende moontlike verhoogde risiko-lewenspolisse en die kans dat 'n aansoek om versekering moontlik afgekeur kan word. 'n Finansiële adviseur of makelaar behoort alle opsies aan 'n kliënt te verduidelik. So byvoorbeeld kan 'n ouer moontlik 'n studie- of uitkeerpolis vir die kind uitneem in plaas van 'n lewenspolis.
- (4) 'n Applikant is onder geen verpligting om enige private inligting bekend te maak wat hom- of haarself moontlik in 'n hoë-risiko groep ten opsigte van MIV/vigs kan plaas nie.¹⁵⁷
- (5) 'n Pasiënt moet slegs die nodige inligting rakende sy of haar leefstyl aan 'n mediese praktisyn bekend maak. 'n Mediese praktisyn mag slegs die inligting deur die pasiënt gemagtig aan 'n versekeringsmaatskappy bekend maak.¹⁵⁸ Alle inligting moet as vertroulik hanteer word.¹⁵⁹ MIV-positiewe persone moet aangemoedig word om openhartig en eerlik te wees aangaande hul positiewe status. Slegs dan kan hierdie enorme pandemie gekeer word. Die feit bly egter staan dat MIV-positiewe persone op hierdie stadium steeds geweldige vooroordeel en diskriminasie in die gesig staar. Om hierdie rede moet sulke persone poog om hulself sowel as hul afhanklikes so ver moontlik te beskerm.
- (6) 'n Applikant moet alle wesentlike inligting bekend maak ten einde probleme met uitbetaling te voorkom.
- (7) 'n Applikant wat 'n MIV-toets moet ondergaan moet aandringing op berading.

¹⁵⁷ Roth & Gryk in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 108. Sien in die algemeen bl 110 van hierdie bron vir 'n kritiese bespreking van stereotipering van lede van hoë-risiko groepe.

¹⁵⁸ Die *Health Professions Council of South Africa* (wat die *South African Medical and Dental Council* vervang het) sowel as die *South African Medical Association* (voorheen die *Medical Association of South Africa*), die *South African Nursing Council* en die *Chiropractors, Homeopathic and Allied Health Services Professions Interim Council* erken 'n pasiënt se reg op vertroulikheid. Sien Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 120 vir 'n opsomming van die verskillende instansies se beleide.

¹⁵⁹ Roth & Gryk in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 108.

- (8) Uitsluitingsklousules moet behoorlik bestudeer word. Sommige uitsluitingsklousules stel byvoorbeeld dat die versekeraar nie uitbetaal indien 'n persoon MIV-positief is of vigs het by dood nie. So 'n versekeraar betaal nie, al sterf die versekerde nie aan MIV/vigs- verwante oorsake nie.
- (9) Advies moet ingewin word alvorens 'n persoon besluit om 'n polis te kanselleer of af te koop.
- (10) Indien 'n persoon van mening is dat 'n versekeringsmakelaar en/of -maatskappy inbreuk maak op sy of haar regte kan die versekeringsmaatskappy self, die onafhanklike versekeringsombudsman, die langtermynversekerings-ombudsman of die administratiewe bestuurder van die *Life Offices' Association* gekontak word.

3 ONDERHOUDSBEVELE

3.1 Inleiding

Kinderarmoede geassosieer met enkelouergesinne is wydverspreid en algemeen in Suid-Afrika. Die rol van die gesin as versorger van kinders het dramaties afgeneem en die aantal vaders wat geen finansiële verantwoordelikheid vir hul kinders neem nie het toegeneem. Die toenemende aantal vroue en hul afhanklike kinders wat onder die broodlyn lewe bevraagteken die tradisionele aannames rakende onderhoudsplig.

3.2 Onderhoudsbevele teen familieledede

Daar bestaan nie net 'n onderhoudsplig tussen ouers en kinders nie. Daar bestaan ook 'n *ad infinitum* onderhoudsplig tussen voorouers en afstammeling. Hierdie reël is onderworpe daaraan dat die naaste aanspreeklike familieledede eerste genader moet word. Indien die ouers nie hul kinders kan onderhou nie rus die onderhoudsplig eerstens by die grootouers aan albei kante. In geval van 'n buite-egtelike kind het die onderhoudsplig tot dusver slegs op die grootouers aan moederskant gerus.¹⁶⁰ In die onlangse beslissing in *Petersen v Maintenance Officer*¹⁶¹ het die moeder van 'n buite-egtelike kind die onderhoudsbeampte versoek om die

¹⁶⁰ Van Zyl *Handbook of the South African Law of Maintenance* 15.

¹⁶¹ 2004 (1) All SA 117 (K); 2004 (2) BCLR 205 (K) [ook gerapporteer as *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town* 2004 (2) SA 56 (K)].

grootouers aan vaderskant te dagvaar om 'n ondersoek ingevolge die Onderhoudswet 99 van 1998 by te woon. Die eerste respondent het geweier om die grootouers te dagvaar op grond van die feit dat die grootouers aan vaderskant nie 'n gemeenregtelike plig het om 'n buite-egtelike kind te onderhou nie. Die hof het bevind dat grootouers van 'n buite-egtelike kind aan vaderskant wel 'n verpligting het om hul kleinkinders te onderhou. Die hof het die onderhoudsbeampte verder beveel om die ondersoek te hou. Die hof het die volgende redes aangevoer vir sy bevel:¹⁶²

- (1) In *Motan v Joosub*¹⁶³ het die hof bevind dat grootouers aan vaderskant nie 'n onderhoudspilig teenoor buite-egtelike kleinkinders het nie. Hierdie saak is in die verlede aangewend as presedent ten einde sulke grootouers van 'n onderhoudspilig vry te stel.¹⁶⁴
- (2) Artikel 173 van die Grondwet bepaal dat die Konstitusionele Hof, hoë hof en Hoogste Hof van Appèl die inherente bevoegdheid het om die gemenereg te ontwikkel in die belang van geregtigheid.¹⁶⁵
- (3) Ingevolge ons gemenereg rus daar 'n verpligting op die grootouers van 'n binne-egtelike kind om hom of haar te onderhou indien die ouers nie oor die vermoëns beskik nie. Dieselfde verpligting bestaan nie ten opsigte van buite-egtelike kinders nie. Die gemenereg diskrimineer dus ten opsigte van geboorte terwyl die Grondwet¹⁶⁶ onbillike diskriminasie op grond van geboorte verbied tensy sodanige diskriminasie geregverdig is ingevolge artikel 36.¹⁶⁷
- (4) Die gemeenregtelike reël soos toegepas in *Motan* en die onderskeid tussen binne- en buite-egtelike kinders kom neer op onbillike diskriminasie en tas die waardigheid van buite-egtelike kinders aan. Verder is die gemeenregtelike reël nie in die beste belang van buite-egtelike kinders nie. Die gemenereg skend dus die grondwetlike regte van buite-

¹⁶² Sien in die algemeen Matlala "The law reports" 2004 *De Rebus* 40-41.

¹⁶³ 1930 AD 61.

¹⁶⁴ Par [1].

¹⁶⁵ Par [8]. Artikel 8(3) en 39(2) gee hierdie selfde bevoegdheid aan die howe.

¹⁶⁶ In a 9(3).

¹⁶⁷ Par [16].

egtelike kinders en spesifiek die regte op gelykheid, menswaardigheid en die reg dat daar te alle tye in sy of haar beste belang opgetree sal word.¹⁶⁸

Daar bestaan ook 'n onderhoudspelig tussen broers en susters met insluiting van halfbroers en -susters. Geen onderhoudspelig bestaan tussen meer verlangse bloedverwante in die sylinie nie. Daar bestaan geen onderhoudspelig tussen aanverwante indien twee persone buite gemeenskap van goed getroud is nie. Dus hoef 'n persoon nie sy of haar hulpbehoewende skoonouers, skoonsuster of stiefkind te onderhou nie. Indien persone binne gemeenskap van goed getroud is word 'n onderhoudsverpligting as 'n verpligting van die gesamentlike boedel beskou.¹⁶⁹

3.3 Persone getroud ingevolge die inheemse reg of huwelike ingevolge die Hindoe- of Moslemgeloof en die onderhoud van die kinders van sulke persone

Ingevolge die Onderhoudswet is beide ouers verantwoordelik vir die onderhoud van 'n minderjarige kind. Of die kind binne of buite die eg gebore is, is irrelevant.¹⁷⁰ Gebruiklike huwelike word kragtens die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike erken. Kragtens die Wet op Kindersorg sluit "huwelik" daardie huwelike in wat ingevolge die Suid-Afrikaanse reg gesluit is of erken word, met insluiting van inheemsregtelike huwelike, sowel as huwelike wat gesluit is ooreenkomstig 'n stelsel van godsdienstige reg.

Die inheemse reg fokus op die uitgebreide gesin en gemeenskap en nie op die individu nie. Die reël is dat alle kinders van ouers wat ingevolge die inheemse reg getroud is seker is dat hulle deur die familie self versorg sal word indien die ouers dit nie kan doen nie. Dieselfde geld nie indien die ouers ingevolge die gemenerereg getroud is nie. "Onderhoud" in die gewone sin van die woord geld nie in die inheemse reg nie. *Isondlo* is wel betaalbaar. *Isondlo* word van die ouer van 'n kind geëis deur 'n persoon wat die kind grootgemaak het indien die ouer beheer en toesig van die kind wil neem. Dit dien as 'n bewys dat die ouerlike verantwoordelikhede en

¹⁶⁸ Par [19] & [20].

¹⁶⁹ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 252-254.

¹⁷⁰ A 15.

regte van een persoon na 'n ander oorgedra word. *Isondlo* en die onderhoudspilig moet nie verwar word nie.¹⁷¹

Moslem- en ander godsdienstige huwelike word nie erken ingevolge ons reg nie.¹⁷² Die ouer se onderhoudspilig ten opsigte van die kinders staan egter steeds vas kragtens die Onderhoudswet.¹⁷³ Die nadeel wat dit vir die kind inhou is dat die grootouers aan vaderskant tot onlangs toe nie vir onderhoud aangespreek kon word nie aangesien so 'n kind dan as buite-egtelik beskou word. Die bovermelde uitspraak in *Petersen*¹⁷⁴ het egter hierdie posisie verander.

3.4 Bestorwe boedels

Ingevolge *Carelse v Estate De Vries*¹⁷⁵ kan 'n kind onderhoud eis van 'n bestorwe boedel van 'n vader. 'n Soortgelyke verpligting rus op die bestorwe boedel van die moeder.¹⁷⁶ Die hof het in *Lambrakis v Santam Ltd*¹⁷⁷ beveel dat 'n ouer se onderhoudspilig verder as die dood van die ouer strek en dat die onderhoudseis dan teen die boedel van die ouer lê. Die hof het verder bevind dat die eis van die afhanklike gebaseer is op werklike finansiële verlies. Die afhanklike moet werklike opgeloopte en toekomstige finansiële verlies ly as gevolg van die dood van die onderhoudspiligtige.¹⁷⁸ Die hofe wat onderhoudstoekennings na aanleiding van die *Carelse*-beslissing gemaak het, het 'n betreklik gedetailleerde jurisprudence aangaande die onderwerp

¹⁷¹ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 257-258.

¹⁷² Ingevolge a 2 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike word slegs gewoonteregtelike huwelike as 'n geldige huwelik erken. Ingevolge die definisie van "gewoontereg" in a 1 is dit slegs "gewoontes en gebruike wat tradisioneel onder die inheemse bevolkingsgroepe van Suid-Afrika" voorkom.

¹⁷³ Sien in die algemeen Cronjé & Heaton *Familiereg* 303-304 vir 'n kort bespreking hiervan.

¹⁷⁴ 2004 (1) All SA 117 (K); 2004 (2) BCLR 205 (K) [ook gerapporteer as *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town* 2004 (2) SA 56 (K)].

¹⁷⁵ (1906) 23 SC 532.

¹⁷⁶ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 270-271.

¹⁷⁷ 2000 (3) SA 1098 (W).

¹⁷⁸ Sien in die algemeen Bonthuys "Law of persons and family law: children" 2000 *Annual Survey of South African Law* 154 vir 'n opsomming van die faktore wat die hof in ag geneem het om die tydperk waarvoor die afhanklikes kan eis vas te stel.

ontwikkel. Die aard van die kind se onderhoudseis teen die boedel is eiesoortig. Die eis is ondergeskik aan die eise van gewone skuldeisers maar geniet voorrang bo toekennings aan erfgename en legatarisse.¹⁷⁹ Indien die oorlewende ouer ook 'n onderhoudseis teen die boedel het, word die eis van die ouer en dié van die kind op gelyke voet hanteer.¹⁸⁰ 'n Voorafgaande ooreenkoms tussen die voog van die kind en die eksekuteur kan nooit die kind van sy of haar reg om die hof te nader, ontnem nie.

Die erfbedrag word, indien die kind uit die boedel erf, in berekening gebring by bepaling van die bedrag van die onderhoudseis.¹⁸¹ Die oorlewende ouer se vermoë om sy of haar onderhoudspelig ten opsigte van die kind na te kom word ook in ag geneem by bepaling van die onderhoudsbedrag wat van die bestorwe boedel geëis word.¹⁸² 'n Oorlewende ouer mag, indien van toepassing, agterstallige onderhoud van die bestorwe boedel eis.¹⁸³

Die bestorwe boedel is slegs aanspreeklik om onderhoud te betaal ten einde in die kind se behoeftes te voorsien. Die eisbedrag kan nooit die behoefte van die kind oorskry nie.¹⁸⁴ Die onderhoudsbedrag is nie net beperk tot die basiese behoeftes van die kind nie. Kinders is geregtig op kos, klere, akkommodasie, mediese en tandheelkundige sorg en onderrig op 'n skaal waaraan die kind gewoond is en vir sover die boedelbronne dit toelaat. Die hof kan ook, na aanleiding van die uitspraak in *In re Estate Visser*,¹⁸⁵ beveel dat 'n gebeurlikheidsfonds vir die kind opgerig word. Dit is 'n fonds wat voorsiening maak vir toekomstige mediese uitgawes wat 'n kind moontlik kan benodig.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Van Schalkwyk in Davel (red) *Introduction to child law* 61.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Van Schalkwyk in Davel (red) *Introduction to child law* 60-61.

¹⁸³ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 274-276.

¹⁸⁴ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 275.

¹⁸⁵ 1948 (3) SA 1129 (K).

¹⁸⁶ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 276.

Die ouderdom waarop die onderhoudspelig van die bestorwe boedel tot 'n einde kom hang van geval tot geval af.¹⁸⁷ Die hof het in *Hoffman v Herdan*¹⁸⁸ bevind dat 'n meerderjarige kind, wat nie na hom- of haarself kan omsien nie, ook onderhoud van die bestorwe boedel van 'n ouer kan eis.¹⁸⁹ Die vorm wat die betaling van die onderhoud aanneem hang ook van die omstandighede af. Dit kan moontlik die vorm aanneem van 'n belegging wat rente verdien of 'n bedrag deur die erfgenaam aan die kind betaal uit die inkomste wat die boedelbates genereer. Indien 'n boedel reeds gelikwideer en die erfgename reeds betaal is teen die tyd dat die kind die onderhoudseis teen die boedel indien, kan die onderhoud van die erfgename geëis word.¹⁹⁰ Hierdie reël geld na aanleiding van die uitsprake in, onder andere, *Bank v Sussman*¹⁹¹ en *Couper v Flynn*.¹⁹² Die hof het in *Sussman* die volgende stelling gemaak:¹⁹³

This claim she is now entitled to make against the heirs to whom all the assets have been transferred,...by virtue of the 'conditio indebiti'...and the fact that she did not file a claim in the deceased's estate for the maintenance is immaterial...Moreover, since Lester is a minor, no question of prescription arises.

Daar bestaan verskillende standpunte met betrekking tot die aanspreeklikheid van grootouers se boedels vir onderhoud vir hul kleinkinders. Die hof het in *Barnard v Miller*¹⁹⁴ die uitspraak in *Lloyd v Menzies*,¹⁹⁵ waar die hof bevind het dat 'n grootouer se boedel wel aanspreeklik is, verwerp.¹⁹⁶

¹⁸⁷ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 277.

¹⁸⁸ 1982 (2) SA 274 (T).

¹⁸⁹ Van Schalkwyk in Davel (red) *Introduction to child law* 59.

¹⁹⁰ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 277.

¹⁹¹ 1968 (2) SA 15 (O).

¹⁹² 1975 (1) SA 778 (R).

¹⁹³ 17 [F]-[G]. Sien verder, in die algemeen, Schalkwyk in Davel *et al* (red) *Introduction to child law* 59. Daar bestaan verskillende standpunte met betrekking tot die aksie waarmee die bedrag van die erfgename teruggeëis kan word. Een ding is egter seker, en dit is dat die bedrag wel van die erfgenaam geëis kan word.

¹⁹⁴ 1963 (4) SA 426 (K).

¹⁹⁵ 1956 (2) SA 97 (D).

¹⁹⁶ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 271-272; Van Schalkwyk in Davel *et al* (red) *Introduction to child law* 60.

4 VOLGEHOUE ONDERSTEUNING

Alle partye wat gebuk gaan onder die impak van MIV/vigs, dit wil sê die ouers, die kinders en die nuwe versorgers, het volgehoue ondersteuning nodig. Die MIV-positiewe ouer benodig berading met betrekking tot hantering en verwerking van die siekte en die naderende dood sowel as hulp met die toekomsbeplanning ten opsigte van die kinders. Die kind benodig berading in verband met die siekte, verswakking en naderende dood en uiteindelijke afsterwe van die ouer. Die voornemende voog het leiding nodig in die nuwe rol as ouer van 'n getraumatiseerde (en moontlik MIV-positiewe) kind. Wanneer die ouer sterf het die kind sowel as die nuwe versorger leiding en ondersteuning nodig met die verwerking van die dood van 'n geliefde en in die aanpassing in nuwe gesinsomstandighede.¹⁹⁷

Beraders en beradingsfasiliteite verskil van land tot land en gemeenskap tot gemeenskap. Alle gemeenskapsorganisasies moet bewus wees van die enorme rol wat hulle in die lewe van mense wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan kan speel. Hierdie ondersteuningsnetwerke kan moontlik die volgende insluit: familie, vriende, kollegas, gesondheidsorgwerkers, sosiale dienste, nie-regeringsorganisasies, professionele beraders of sielkundiges, geloofsgebaseerde organisasies en organisasies wat spesifiek met persone wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan handel.¹⁹⁸

In Suid-Afrika bestaan verskeie organisasies wat genader kan word vir advies, ondersteuning en berading aangaande MIV/vigs, regsaspekte en menseregte. Dit is, onder andere, die *AIDS Consortium*, *AIDS Law Project*, *AIDS Legal Network*, *AIDS Training and Information Centre*, *Campus Law Clinic* (Durban), *AIDS Helpline* (Departement van Gesondheid), *Lawyers for Human Rights*, *Lesbian and Gay Equality Project*, *National AIDS Convention of South Africa*, *National Association for People Living with HIV/AIDS*, *National Network Against Violence Against Women*, *People Opposing Women Abuse*, *Rape Crisis*, *Treatment Action Campaign* en die *Triangle Project*.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Child Welfare League of America *HIV Permanency Planning Newsletter* (Mei 1998).

¹⁹⁸ Willis *The AIDS pandemic* Stanborough Press Ltd 69.

¹⁹⁹ Sien Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 483 vir die besonderhede van die verskillende organisasies.

5 BEVOEGDHEDE VAN DIE KIND AAN DIE HOOF VAN 'N HUISHOUDING

Sedert 'n persoon nou op die ouderdom van 18 jaar meerderjarigheid bereik, word daar nou minder “child-headed households” aangetref. Daar is egter steeds 'n aantal kinders in Suid-Afrika wat aan die hoof van huishoudings staan nadat hul ouers as gevolg van MIV/vigs gesterf het.²⁰⁰ Hierdie kinders moet finansieel en emosioneel na broers en susters omsien en die plek van 'n volwasse primêre versorger inneem. Studies²⁰¹ het getoon dat kinders wees gelaat deur, onder andere MIV/vigs, dikwels deur omstandighede gedwing word om aan skadelike arbeidspraktyke (byvoorbeeld prostitusie) deel te neem of op die straat te lewe. Kinders aan die hoof van huishoudings se taak word bemoeilik deur die huidige statutêre en gemeenregtelike beperkinge wat op die bevoegdheid van minderjariges geplaas word. Verder is die huidige wetgewing met betrekking tot die kwalifisering vir en die betaling van staatstoelaes aan kinders aan die hoof van huishoudings nie toeganklik vir hierdie kinders nie in die opsig dat hulle nie altyd bygestaan en ingelig word nie. Die staat moet dringend en daadwerklik 'n groot poging aanwend om al hierdie kinders finansieel en andersins by te staan en in te lig aangaande hul regte.

Artikel 137 van die *Children's Amendment Act* maak voorsiening vir kinders aan die hoof van huishoudings.²⁰² Die “child-headed household” moet funksioneer onder leiding van 'n volwassene aangestel deur die kinderhof of 'n nie-regeringsorganisasie deur 'n provinsiale hoof van sosiale ontwikkeling bepaal.²⁰³ So 'n volwassene sowel as die betrokke nie-regeringsorganisasie mag geen besluit rakende die kinders neem tensy die kind aan die hoof van die huishouding en die ander kinders, met inagneming van intellektuele vermoëns, in die besluit geken is nie.²⁰⁴ Ingevolge artikel 137(7) van hierdie wet mag die kind aan die hoof van die huishouding dag-tot-dag besluite rakende die huishouding en die ander kinders in die huis neem asof so 'n kind die primêre volwasse versorger is. Kinders aan die hoof van 'n

²⁰⁰ Sien hfst 3 hierbo aangaande kinders aan die hoof van huishoudings.

²⁰¹ Human Rights Watch: Children's rights Division *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya* 13.

²⁰² Sien hfst 3, par 2.3 hierbo vir 'n aanhaling en meer volledige bespreking van hierdie artikel.

²⁰³ A 137(2).

²⁰⁴ KI 137(6).

huishouding sal dus ingevolge hierdie bepalings oor sekere regte en verpligtinge beskik wat in die verlede slegs aan volwasse versorgers toegeken is.

Ingevolge artikel 17 van die Kinderwet, welke artikel op 1 Julie 2007 in werking getree het, bereik alle persone meerderjarigheid wanneer hulle die ouderdom van 18 jaar bereik.²⁰⁵

In die verlede kon 'n persoon bo die ouderdom van 18 jaar ingevolge die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom by die hoë hof aansoek doen om meerderjarigverklaring. Hierdie wet is in die geheel geskrap by inwerkingtreding van artikel 313 van die Kinderwet op 1 Julie 2007. Die groot probleem is nie die feit dat persone tussen 18 en 21 jaar, wat in elk geval nou as meerderjarig beskou word, aan die hoof van huishoudings staan nie, maar die feit dat kinders so jonk as 12 na nóg jonger broers en suster omsien.

Daar word aan die hand gedoen dat die verskeie gemeenregtelike beperkings op die bevoegdhede van minderjariges paternalisties van aard is en die doel dien om minderjariges teen hulself te beskerm. In die moderne samelewing behoort minderjariges in sekere opsigte op 'n vroeër ouderdom volle bevoegdhede te verkry.²⁰⁶ Mondigwording op die ouderdom van 18 jaar is in lyn met artikel 28(3) van die Grondwet sowel as klousule 1 van die 1989-Konvensie. Die verlaging van die meerderjarigheidsouderdom na 18 jaar sal die posisie van kinders aan die hoof van huishoudings gedeeltelik verlig aangesien hulle nou, indien hulle bo 18 jaar oud is, as volwassenes beskou word en nie meer as minderjariges nie.

Ingevolge die inheemse reg is meerderjarigwording nie gekoppel aan 'n spesifieke ouderdom nie. Dit word eerder bepaal deur sekere ander faktore, byvoorbeeld inisiasie, huweliksluiting en die totstandkoming van 'n aparte huishouding. Die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike bepaal egter dat, ten spyte van die reëls van die gemenerereg, die meerderjarigheid van enige persoon deur die Wet op Meerderjarigheidsouderdom bepaal word.²⁰⁷

²⁰⁵ Tot en met 30 Junie 2007 het die Wet op die Meerderjarigheidsouderdom bepaal dat alle persone meerderjarigheidsouderdom op 21 bereik.

²⁰⁶ Cockrell in *Bill of Rights Compendium* 3E-28.

²⁰⁷ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 66 (hfst 4).

6 OPVOEDING EN VOORLIGTING MET BETREKKING TOT MIV/VIGS, LEWENS- VAARDIGHEDE EN SEKS

6.1 Inleiding

Myns insiens dien die bestryding van MIV/vigs as uitstekende illustrasie van die betekenis van die spreuk “voorkoming is beter as genesing”. Uit die bogenoemde hoofstukke en paragrawe blyk dit duidelik dat die enigste manier om die verspreiding van MIV/vigs te bestry, die voorkoming daarvan is. Voorkoming word weer bereik by wyse van kommunikasie en kommunikasie is die belangrikste wapen in die oorlog teen MIV/vigs. 'n Opname in 2004 het, onder andere, die volgende statistieke getoon onder die kinders wat deelgeneem het aan die opname:

- (1) Minder as 40% van kinders tussen die ouderdomme van 12 en 14 jaar het te kenne gegee dat hul versorgers seks en verwante onderwerpe met hul bespreek.²⁰⁸
- (2) 82,3% van kinders tussen die ouderdomme van 12 en 14 jaar het te kenne gegee dat dit baie belangrik is dat ouers met hul kinders oor seks en verwante onderwerpe gesels.²⁰⁹
- (3) Slegs 50% van die kinders het saamgestem met die feit dat MIV deur onbeskernde vaginale seks oorgedra kan word. Kinders wat deur hul versorgers ingelig is hieromtrent, het groter insig getoon.²¹⁰
- (4) Net meer as twee derdes van die kinders het aangetoon dat kondome dien as beskerming teen die virus terwyl slegs 20% aangetoon het dat die oordrag van MIV voorkom kan word indien penetrasie vermy word.²¹¹
- (5) Meer dogters as seuns het ingeligte kennis met betrekking tot MIV/vigs en seks getoon.²¹²

²⁰⁸ HSRC *The National household HIV prevalence and risk survey of South African children* 32.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ HSRC *The National household HIV prevalence and risk survey of South African children* 35.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*

Miljoene lewens word jaarliks, nie net in Suid-Afrika nie, maar wêreldwyd, deur MIV/vigs vernietig. Sub-Sahara Afrika word die ergste geraak deur die impak van die virus. Indien die huidige impak van die virus nie gekeer kan word nie, moet daar ten minste 'n poging aangewend word om 'n MIV/vigs-vrye toekoms vir ons kinders te verseker.²¹³ Mediese ingryping speel 'n uiters beperkte rol in die stryd teen die verspreiding van die MI-virus. Voorkomende en opvoedkundige strategieë bied die effektiëste moontlikheid om die verspreiding van die virus te keer. Daar bestaan in alle dele van die wêreld 'n groot behoefte aan 'n behoorlik ontwikkelde MIV/vigs-voorligtingsprogram.²¹⁴ Die rol van opvoeders (ingesluit onderwysers, ouers, godsdienstige organisasies, ens) en die staat moet nooit onderskat word in die oorlog teen MIV/vigs nie. Kinders moet bemagtig word deur opvoeding en lewensvaardighede ten einde hulle in staat te stel om infeksie te voorkom. Hulle moet verder gelei word om as medelydende en besorgde gemeenskapslede op te groei in 'n gemeenskap wat nog vir 'n baie lang tyd met die vreeslike gevolge van MIV/vigs moet saamleef.²¹⁵

Myns insiens moet daar altyd in gedagte gehou word dat die mens se vermoëns om mediese en wetenskaplike oplossings vir epidemies te vind, beperk is. Ons kennis van die heelal en die werking daarvan is steeds beperk ten spyte van die feit dat daar in die verbygaande eeue reeds groot veld gewen is. Ons vermoë om te onderrig en op te voed is egter onbeperk. Die opsies is eindeloos. Ten spyte van finansiële en sosiale struikelblokke kan ons solank as wat ons kan praat en skryf, opvoed en inlig.

MIV en vigs-verwante siektes word beskou as die grootste oorsaak van dood in Suid-Afrika. In *Van Vuuren v Kruger*²¹⁶ het die hoof van die *AIDS Centre at the South African Institute for Medical Research* soos volg getuig:²¹⁷

... the only way to stop this deadly disease is by prevention of infection in the first place. This is clearly the task of education which is the only current tool available to combat the AIDS epidemic. Although the concept of 'education for prevention' is not new, it takes on special significance in the context of AIDS. For one thing, there is widespread ignorance and subsequent fear of the disease. The public is

²¹³ Van Dyk *HIV/AIDS Care and counseling* 153.

²¹⁴ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 70.

²¹⁵ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 153.

²¹⁶ 1993 (4) SA 842 (A).

²¹⁷ 852 [G]-[J].

afraid of AIDS and the media has also helped to reinforce existing fear through sensationalist and sometimes inaccurate coverage on the topic. This is largely detrimental to society because it is a well-documented psychological fact that fear arousal is not conducive to learning or promoting behavioural change. In fact, fear elicits denial so that people tend to block out what they hear or see. Another difficulty in promoting socially responsible behaviour is that AIDS deals with so many taboo subjects, including: sex, blood, death, promiscuity, prostitution, abortion, homosexuality, drug use, etc. These taboos make AIDS an uncomfortable subject to deal with and create impediments in the learning process.

Uit die bovermelde aanhaling blyk dit duidelik dat opvoeding en die verskaffing van inligting die grootste instrument is in die stryd teen die MIV/vigs-pandemie. Verder is opvoeding en toegang tot inligting fundamentele regte. Kinders en jongmense mag nie ontnem word van basiese inligting, MIV/vigs- en seksvoorligting en inligting met betrekking tot lewensvaardighede wat benodig word om hulself teen infeksie met die virus te beskerm nie. Godsdienstige waardes, sosiale sedes en kulturele voorkeure mag nie in die pad staan van die bemagtiging van kinders deur MIV/vigs- en seksvoorligting nie.²¹⁸

Die effektiewe voorkoming van MIV-infeksie in gemeenskappe vereis ingryping op verskeie vlakke aangesien faktore wat riskante seksuele gedrag en ander gedrag beïnvloed op persoonlike, interpersoonlike en omgewingsvlak (sosiaal, ekonomies en polities) voorkom.²¹⁹

Riglyn 8²²⁰ van die *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights* (Verenigde Nasies) (hierna die "*International Guidelines*") bepaal dat "[s]tates should ensure the access of children and adolescents to adequate health information and education, including information related to HIV prevention and care, inside and outside school, which is tailored appropriately to age level and capacity and enables them to deal positively and responsibly with their sexuality. Such information should take into account the rights of the child to access to information, privacy, confidentiality, respect and informed consent and means of prevention, as well as the responsibilities, rights and duties of parents. Efforts to educate children about their rights should include the rights of the persons, including children, living with HIV."

Hierdie dokument bepaal verder, in paragraaf 136, dat onderwys, soos na verwys in die *Universal Declaration of Human Rights*, die volgende drie komponente met betrekking tot

²¹⁸ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 154.

²¹⁹ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 4. Sien in die algemeen par 8.3 hieronder vir 'n bespreking van voorkomingstrategieë in gemeenskappe.

²²⁰ Par (60)(g).

MIV/vigs insluit: In die eerste plek het volwassenes sowel as kinders die reg om inligting en opvoeding met betrekking tot MIV/vigs te ontvang, met spesifieke verwysing na inligting met betrekking tot versorging en voorkoming. Die toegang tot opvoeding in hierdie verband is 'n lewensnoodsaaklike komponent van effektiewe voorkoming en versorgingsprogramme. Dit is die regering se plig om te verseker dat daar programme ontwikkel word ten einde elke kulturele en godsdienstige groep van inligting en onderrig te voorsien, buite en binne die skool. Die verskaffing van inligting en opvoeding in hierdie verband moet nie gesien word as die bevordering van vroeë seksuele rypwording nie. Studies het getoon dat dit eerder tot gevolg het dat kinders op 'n latere ouderdom seksueel aktief raak. In die tweede plek moet regerings verseker dat sowel kinders as volwassenes wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan, nie weerhou word van toegang tot onderwys nie. In die derde plek moet regerings begrip, respek, verdraagsaamheid, en nie-diskriminasie met betrekking tot MIV/vigs by wyse van onderrig bevorder.

Dit is veral belangrik om sorgbehoewende adolessente oor seks en MIV/vigs in te lig en op te voed. Die rede hiervoor is die feit dat hierdie kinders veral vatbaar is vir riskante seksuele gedrag. 'n Studie onder adolessente tussen 10 en 19 jaar in Rwanda en Zambië het getoon dat weeskinders op 'n jonger ouderdom reeds seksueel aktief raak. Verder raak kinders wat in hul vroeë adolessente jare wees geraak het vinniger seksueel aktief as kinders wat in hul vroeë kinderjare wees geraak het.²²¹

6.2 Die doelwitte van MIV/vigs-voorligtingsprogramme

Daar moet in gedagte gehou word dat seksvoorligting (met insluiting van MIV/vigs-voorligting) nie net die verskaffing van inligting met betrekking tot biologiese feite behels nie. Dit moet ook opvoeding in verband met waardes en vaardighede insluit welke waardes en vaardighede wesenlik is om seksuele gesondheid te bereik en om gesonde verhoudings te handhaaf. Seksvoorligting moet ook opvoeding met betrekking tot besluitnemingsvaardighede insluit ten einde 'n persoon in staat te stel om verantwoordelike en ingeligte besluite te neem in verband met seksualiteit en voortplanting. Daar moet in gedagte gehou word dat hierdie 'n lewenslange

²²¹ Tahir *et al* *Adolescents: Orphaned and vulnerable in the time of HIV and AIDS 2*.

proses is en nie 'n eenmalige invordering van kennis nie. Seksvoorligting behoort seksuele ontwikkeling, voortplantingsgesondheid en geslagsrolle in te sluit.²²²

Daar moet in twee opsigte in die skoolvak “lewensoriëntering” 'n balans gehandhaaf word. In die eerste plek moet 'n balans gehandhaaf word tussen die onderskeid tussen reg en verkeerd, en daardie areas wat onbuigsaam is, byvoorbeeld die ondubbelsinnige afkeur van geweld, seksuele misbruik en verkragting. In die tweede plek moet daar 'n balans gehandhaaf word tussen die onderskeid tussen reg en verkeerd en die toleransie en diversiteit in areas waarbinne daar breë morele konsensus bestaan, byvoorbeeld voorhuwelikse seks, aborsie, voorbehoeding en homoseksualiteit. Lewensoriëntering erken tog per slot van rekening heterogeniteit en leer respek vir andere.²²³

MIV/vigs-voorligtingsprogramme het gewoonlik die volgende doelwitte voor oë:

- (1) Die voorkoming van verspreiding van infeksie by wyse van die verskaffing van inligting omtrent die wyses van oordrag, hoë-risiko gedrag en kulturele en persoonlike relevante wyses om gedrag te verander.²²⁴
- (2) Die bevordering en ondersteuning van lae-risiko gedrag. Daar moet kennis geneem word van die feit dat inligting op sigself egter nie voldoende is om lae-risiko gedrag teweeg te bring nie.²²⁵
- (3) Om die lewenskwaliteit van MIV-positiewe persone te verbeter deur vroeë diagnose, berading, menslike behandeling en volgehoue ondersteuning.²²⁶
- (4) Die verskaffing van inligting en hulpbronne ten einde kwesbare groepe en gemeenskappe te bemagtig om self diskriminasie en uitbuiting uit te roei.²²⁷

²²² Ngwena “Sexuality rights as human rights in Southern Africa with particular reference to South Africa” 2002 *SA Public Law* 14.

²²³ Ngwena 2002 *SA Public Law* 15.

²²⁴ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 70.

²²⁵ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 61.

²²⁶ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 70.

²²⁷ *Ibid.*

- (5) Om diskriminasie te verminder deur onkunde, stereotipering en irrasionele vrese ten opsigte van MIV-positiewe persone uit die weg te ruim.²²⁸ Pogings om vrees en vooroordeel uit die weg te ruim deur die verskaffing van akkurate inligting, bevorder menseregte en publieke gesondheid deur die beperking van diskriminasie wat tradisioneel benadeelde groepe in die gesig staar. Dit sluit groepe wat MIV-verwante diskriminasie ervaar in.²²⁹
- (6) Volgens Ngwena²³⁰ moet seksvoorligting, bo en behalwe die bogenoemde, leerders in staat stel om die volgende resultate te behaal:
- (a) Die bevordering van selfrespek en selfbewustheid.
 - (b) Die siening dat seksualiteit 'n positiewe en natuurlike deel van die menslike bestaan vorm.
 - (c) Die ontwikkeling van vaardighede wat benodig word om ingeligte en verantwoordelike besluite te neem, ingesluit besluite aangaande seksuele verhoudings.
 - (d) Die ondersoeking van verskillende waardes en gesindhede ten einde elke leerder in staat te stel om sy of haar eie waardesisteem te ontwikkel.
 - (e) Bemagtiging van elke leerder om volgens sy of haar eie waardesisteem op te tree.
 - (f) Begrip en respek vir verskillende persone se seksuele behoeftes en oriëntering.
 - (g) Om in alle verhoudings in 'n sorgsame en respekterende wyse op te tree.
 - (h) Elke leerder moet bemagtig word om homself of haarself teen uitbuiting te beskerm en om ook nie ander uit te buit nie.
 - (i) Elke leerder moet in staat gestel word om sy of haar gevoelens en behoeftes te kan kommunikeer.
 - (j) Die bevordering van die gebruik van gesondheidsdienste en die vermoë om inligting te verkry.

²²⁸ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 70.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Ngwena 2002 *SA Public Law* 15.

6.3 Probleme met MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme

MIV/vigs- en seksvoorligting bring as gevolg van die aard daarvan soms probleme mee. Dit handel uit die aard van die onderwerp met seksualiteit, seksuele gedrag, dwelmmisbruik en ander onderwerpe wat menigeen aanstootlik vind. Ander word weer in die verleentheid geplaas deur bespreking daarvan. Hierdie houding teenoor seksualiteit in die algemeen verklaar sommige mense se houding teenoor dwelmverslaafdes en homoseksuele as die groepe waarin MIV/vigs eerste opgemerk is.²³¹

In die verlede het seksualiteitsopvoeding grootliks gefokus op fisieke anatomie, met spesifieke verwysing na die voortplantingsstelsel. Kinders kon nie op 'n dag-tot-dag basis assosieer met hierdie benadering nie en het dit as irrelevant tot hul eie lewe beskou. Verder is kinders met hierdie inligting gebombardeer sonder om te verduidelik hoe hierdie feitelike praktiese toegepas kan word. So byvoorbeeld help dit nie om aan 'n gehoor te verduidelik dat kondome as kontrasepsie dien en die kans om MIV op te doen verklein nie. Daar moet ook aangedui word waar kondome verkry kan word, hoe dit gebruik word en hoe kondoomgebruik met 'n seksmaat onderhandel moet word.²³²

Daar is sekere probleme in Kanadese skole geïdentifiseer met betrekking tot MIV/vigs- en seksvoorligting. In Kanadese skole word MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme ingesluit in die kurrikulum. Die skoolrade het egter diskresie oor die inhoud van hierdie programme. Verder beïnvloed die skoolhoof en onderwysers die wyse waarop die programme aangebied word en die ouers kan hul kinders uit die programme onttrek. As gevolg hiervan kan die inligting wat die kinders ontvang moontlik om verskeie redes te kort skiet. In die eerste plek sluit hierdie programme moontlik nie inligting aangaande veiliger seks in nie. In die tweede plek vind die ontwikkeling van lewensvaardighede vir besluitneming oor seksuele aktiwiteite en kondoomgebruik moontlik nie plaas nie. Dertens word homoseksualiteit moontlik nie as deel van normale adolessente seksuele ontwikkeling ingesluit nie en in die vierde plek word die onbillikheid van diskriminasie teenoor homoseksuele nie uitgelig nie.²³³

²³¹ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 166.

²³² Strode "Sexuality education and the right that can save lives" 1995 *Rights* 30.

²³³ De Bruyn *HIV/AIDS and discrimination: A discussion paper* (1998) Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society Montreal www.aidslaw.ca (laaste besoek op 10 Februarie 2008).

Die *Council of Ministers of Education in Canada* het in die afgelope aantal jare 'n aktiewe rol gespeel in die ontwikkeling, implementering en evaluering van 'n MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogram vir graad 9 leerlinge, genaamd *Skills for Healthy Relationships*. 'n Evaluering van die uitkoms van die program het getoon dat kinders wat daaraan deelgeneem het beter begrip en aanvaarding toon vir homoseksuele en meer medelydend optree teenoor MIV-positiewe persone. Hierdie kinders het ook meer kundigheid ten opsigte van MIV/vigs getoon en was meer bereid om te gesels oor vorige seksuele ondervindings, die weiering van seks en kondoomgebruik. Verder was hierdie kinders daartoe in staat om kondome aan te skaf sonder om verleë te raak en dit behoorlik te gebruik.²³⁴

Myns insiens behoort die Suid-Afrikaanse regering 'n soortgelyke projek te loods ten einde deurentyd te poog om 'n geskikte MIV/vigs- en seksopvoedingsprogram vir elke ouderdomsgroep afsonderlik te ontwikkel. Verder sal faktore en omstandighede wat skoolrade en onderwysers verhoed of in staat stel om uitgebreide en effektiewe MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme (wat inligting aangaande veilige seks, homoseksualiteit en geen diskriminasie insluit) aan te bied, deur so 'n studie identifiseer word.

In sommige gevalle ignoreer, vermy of verdraai MIV/vigs- en seksvoorligting homoseksuele en lesbiese praktyke of verhoudings. Die meeste studiemateriaal in hierdie verband bespreek nie homoseksuele verhoudings nie. Die behoeftes van kinders wat nie heteroseksueel is nie kry dus nie aandag nie. Verder is die meeste voorbehoeding wat beskermde seks ten doel het, byvoorbeeld kondome, wat in Suid-Afrika versprei word nie geskik vir sommige homoseksuele praktyke nie. Die Grondwet verbied onbillike diskriminasie op grond van seksuele oriëntering.²³⁵ Die Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996 verbied enige vorm van onbillike diskriminasie en die *Gauteng Education Act* 6 van 1995 spesifiseer die verbod op onbillike diskriminasie op grond van seksuele oriëntering.²³⁶ Hierdie kinders het dus ook regte in hierdie verband waarop daar onder geen omstandighede inbreuk gemaak mag word nie.

²³⁴ De Bruyn *HIV/AIDS and discrimination: A discussion paper* (1998) Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society Montreal www.aidslaw.ca (laaste besoek op 10 Februarie 2008).

²³⁵ A 9(3). Sien verder die Gelykheidswet.

²³⁶ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 232-233.

Mustafa en Sufyan²³⁷ identifiseer verder die volgende probleme en gapings in MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme:

- (1) Wanopvattinge en misverstande kom algemeen voor in MIV/vigs-voorligtingsprogramme en verhinder die aanneming van lae-risiko gedrag.²³⁸ 'n Voorbeeld hiervan is persone wat glo dat hulle, omdat hulle nie homoseksueel is nie, nie MIV kan opdoen nie. Nog 'n voorbeeld is die feit dat sommige Tanzaniërs in die vroeë stadium van die epidemie geglo het dat slegs maar mense MIV-positief is en dat seks met vet persone veilig is. So ook glo sommige mense met vaste seksmaats dat hulle gevrywaar is van infeksie terwyl dit nie altyd die geval is nie.²³⁹
- (2) In sekere omstandighede kan 'n persoon moontlik glo dat MIV-infeksie onafwendbaar is en motivering om sy of haar gedrag te verander verloor. Daar moet 'n baie spesifieke boodskap van hoop aan sulke persone oorgedra word.²⁴⁰ MIV/vigs-voorligtingsprogramme moet 'n boodskap van hoop en nie slegs 'n boodskap van vrees en dood oordra nie.
- (3) Boodskappe is slegs effektief indien gerig op 'n spesifieke teikengroep.²⁴¹
- (4) 'n Analise van 38 MIV/vigs-opvoedingsprogramme in verskeie lande het getoon dat die hoofboodskap van programme in 90% van lande 'n waarskuwing teen 'n hoë-risiko lewenstyl en die regstelling van wanopvattinge is. 80% van hierdie lande verskaf inligting ten einde persone in staat te stel om hul persoonlike risiko te bepaal. Veel minder lande sluit boodskappe teen diskriminasie, onderhandeling met seksmaats en toetsing in. Min lande bevorder onthouding.²⁴²
- (5) Die bovermelde analise het getoon dat daar in verskeie gevalle 'n uitermate versigtige benadering gevolg word indien seks en kondome bespreek word. Die inhoud van die boodskap is dus nie altyd duidelik en ondubbelsinnig nie. As daar byvoorbeeld van die

²³⁷ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 61 ev.

²³⁸ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 61.

²³⁹ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 62-63.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 63-64.

oordra van liggaamsvloeistowwe in plaas van semen gepraat word kan dit moontlik die indruk skep dat die virus ook deur trane, speeksel en urine oorgedra word.²⁴³

- (6) Die gaping tussen die skolingsvlak van die gehoor en die vlak waarop 'n brosjure, byvoorbeeld, saamgestel is, is ook 'n groot struikelblok in die voorkoming van die verspreiding van MIV/vigs. 'n Amerikaanse studie het getoon dat tussen 2% en 16% van die teikengroep op 'n skolingsvlak laer as die inhoud van die deelnemende brosjures was. Die doelmatigheid van brosjures moet dus eers deeglik getoets word alvorens wye verspreiding daarvan plaasvind.²⁴⁴
- (7) Daar bestaan probleme met betrekking tot die finansiële ondersteuning van die ontwikkeling van infrastruktuur. Daar word nie net programme met betrekking tot MIV/vigs-voorligting benodig nie, maar ook programme gemik op die bystaan en volgehoue ondersteuning van MIV-positiewe persone. Dit sluit in mediese, sosiale en emosionele bystand.²⁴⁵

6.4 Teikengroepe onder die jeug

Myns insiens is dit uiters belangrik om teikengroepe onder kinders te identifiseer ten einde 'n gestruktureerde verspreiding van inligting en MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme daar te stel. MIV/vigs- en seksvoorligting kan nie halsoorkop aangebied word nie, aangesien dit uiters belangrik is dat iedere en elke kind bereik word met inligting wat hy of sy verstaan. Chaos, net soos in enige ander oorlog, is 'n sleutel tot mislukking in die stryd teen MIV/vigs.

Die meeste MIV/vigs-voorkomingsprogramme identifiseer hoofsaaklik twee teikengroepe onder die jeug, naamlik skoolgaande kinders en nie-skoolgaande kinders. 'n Verdere indeling onderskei tussen kinders woonagtig op die platteland en dié in die stad, weeskinders en straatkinders en kinders in kindersorginstansies.²⁴⁶

²⁴³ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 64.

²⁴⁴ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 65.

²⁴⁵ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 109 & 110.

²⁴⁶ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 72.

Jong dogters moet as 'n pertinente en uiters vatbare teikengroep beskou word. In sommige kulture, waar vroeë geslagsgemeenskap verbied word, is die risiko om MIV op te doen skraal. In ander kulture weer word meisies op 'n jong ouderdom aan seks blootgestel. Dit lei in menige geval tot vroeë swangerskappe en aborsies. Dit kan weer, voor 'n dogter se liggaam volwasse is, moontlik lei tot komplikasies, welke komplikasies die risiko om MIV op te doen verhoog. Verder verhoed vroeë swangerskappe dat dogters behoorlike MIV/vigs- en seksvoorligting ontvang, dat hulle beroepskwalifikasies ontvang en word hul status aangetas.²⁴⁷

Kinders woonagtig in stede, waar die voorkoms van MIV-infeksie aansienlik hoër is as op die platteland, loop 'n groter risiko. Sulke kinders word ook vroeër aan seks blootgestel. Straatkinders is die kwesbaarste groep aangesien sulke kinders hulself dikwels tot prostitusie wend ten einde aan die lewe te bly.²⁴⁸

In lande waar dwelmmisbruik meer algemeen voorkom loop adolessente 'n nog hoër risiko om MIV op te doen. Dit sluit binnearse sowel as nie-binnearse toediening van dwelms asook alkoholmisbruik in. Laasgenoemde twee kan lei tot hoë-risiko gedrag, wat onveilige seks insluit.²⁴⁹

Verder verhoog wêreldwye veranderende sosiale patrone die voorkoms van MIV-infeksie onder kinders. Dit sluit die ineenstorting van die tradisionele gesinstruktuur, 'n nuwe beeld van rolmodelle en vroeë blootstelling aan hetero- en homoseksuele aktiwiteite in. Jongmense trou ook later en het in baie gevalle verskeie seksmaats voor hulle trou. Dit verhoog die risiko om MIV op te doen. In sommige areas waar die voorkoms van MIV hoog is, word jonger meisies (maagde) deur ouer mans onder druk geplaas om seks te hê aangesien hierdie meisies as MIV-negatief beskou word.²⁵⁰

²⁴⁷ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 72.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 72-73.

²⁵⁰ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 73.

6.5 Regte met betrekking tot MIV/vigs- en seksvoorligting

Die eerste vraag wat beantwoord moet word, is die vraag of kinders 'n reg op MIV/vigs- en seksvoorligting het. Gewoonlik word die reg op basiese onderwys in wetgewing en ander konvensies en dokumente verskans. Die Grondwet maak voorsiening vir sekere regte ten opsigte van toegang tot onderrig en inligting. Artikel 32(1)(b) bepaal dat elkeen die reg het op toegang tot inligting deur enige ander persoon gehou, welke inligting moontlik benodig word in die uitoefening of beskerming van enige regte. Verder bepaal artikel 29²⁵¹ dat elkeen die reg het op toegang tot onderwys. Elkeen het ook die reg op vryheid van uitdrukking, waarby inbegrepe die vryheid om inligting te ontvang of oor te dra.²⁵² Hierdie regte is van belang by die beantwoording van bovermelde vraag na die reg op MIV/vigs- en seksvoorligting. Verder het elkeen, ingevolge artikel 12(2), die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby ingesluit die reg om besluite oor voortplanting te neem en die reg op sekerheid van en beheer oor die eie liggaam. Geen persoon kan hierdie reg behoorlik uitoefen indien hy of sy nie MIV/vigs- en seksvoorligting ontvang het nie. Die beste belang van die kind-maatstaf moet ook hier toegepas word soos bepaal in artikel 28(2) van die Grondwet. Ingevolge hierdie artikel is die beste belang van die kind van deurslaggewende belang in alle aangeleenthede wat die kind raak. Myns insiens is dit definitief in die beste belang van die kind om inligting rakende MIV/vigs te ontvang indien daar gekyk word na die impak van die virus op die lewe van kinders en hul gesinne.

Die grondwetlike regte op opvoeding, gesondheid en lewe plaas 'n las op die staat om die gemeenskap in te lig en te onderrig. Die regte op vryheid van spraak²⁵³ en inligting²⁵⁴ beskerm individue en die voorstanders van openbare gesondheid wat inligting versprei. Opvoeding lei tot kennis met betrekking tot hoë-risiko gedrag, die mag om veranderinge aan lewenstyl aan te bring en die geleentheid om vry van vooroordeel en diskriminasie te leef. Effektiewe onderrig en opvoeding is gebaseer op die vrye uitruiling van inligting en vorm deel van sosiale dienste.

²⁵¹ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 73.

²⁵² A 16(1)(b).

²⁵³ A 16.

²⁵⁴ A 32.

Opvoeding en onderrig kweek verdraagsaamheid ten opsigte van verskille en respek vir menswaardigheid.²⁵⁵

Die bogenoemde regte met betrekking tot onderwys verwys nie direk na die regte met betrekking tot MIV/vigs- en seksvoorligting nie. Die staat deleger magte aan die Departement van Onderwys welke departement dan die besonderhede van die kurrikulum moet bepaal. Deur die beleidsdokumente van verskeie departemente en institusies te bestudeer, kan daar geargumenteer word dat 'n reg op MIV/vigs- en seksvoorligting as deel van sodanige beleide beskou word.²⁵⁶ Die Minister van Onderwys het in 1999 die *National Policy on HIV/AIDS for learners and educators in public schools and students and educators in further education and training institutions*²⁵⁷ bekend gestel.²⁵⁸ Hierdie dokument word hieronder meer volledig bespreek.²⁵⁹

Artikel 17 van die 1989-Konvensie bepaal dat 'n kind die reg het op toegang tot inligting wat sal help om sy of haar fisieke en emosionele welstand te ontwikkel. MIV/vigs- en seksvoorligting en opvoeding sal beslis help om die fisieke en emosionele welstand van die kind te ontwikkel. Suid-Afrika is by wyse van ratifikasie verbind tot klousule 17.²⁶⁰ Verder het elkeen ingevolge die *Universal Declaration of Human Rights*, die *International Covenant of Civil and Political Rights*²⁶¹ en die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*²⁶² die reg op onderrig en volle ontwikkeling van die menslike persoonlikheid. Indien die regering nalaat om

²⁵⁵ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 75.

²⁵⁶ Strode 1995 *Rights* 28.

²⁵⁷ (GK 1926 SK 20372 10/08/1999). Hierdie beleid is ingevolge a 3(4) van die *National Educational Policy Act 27* van 1996 gepubliseer.

²⁵⁸ Hierdie dokument het slegs toepassing op publieke skole en tersiêre instellings. As gevolg van spasie word die posisie ten opsigte van kinders en opvoeders in kleuterskole nie in hierdie proefskrif bespreek nie.

²⁵⁹ Par 6.6.

²⁶⁰ Barret-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law* 267. Sien ook in die algemeen Strode 1995 *Rights* 28-29.

²⁶¹ Deur Suid-Afrika geratifiseer op 10 Desember 1998.

²⁶² Deur Suid-Afrika onderteken op 3 Oktober 1994.

inligting en onderrig met betrekking tot MIV/vigs te verskaf, word daar inbreuk op fundamentele menseregte gemaak.²⁶³

Soos reeds genoem, het die Departement van Onderwys ook beleide ten opsigte van MIV/vigs- en seksvoorligting. Verder maak die *Children's Charter of South Africa*, welke handves op 1 Junie 1992 deur die *Children's Summit of South Africa* aangeneem is, direk vir MIV/vigs- en seksvoorligting voorsiening. Klousule 8 van hierdie dokument bepaal soos volg:

All children shall have the right to adequate education on issues such as sexuality, AIDS, human rights, history and background of South Africa and family life.

Uit die bogenoemde blyk dit duidelik dat die opstellers van die dokument bedoel het dat MIV/vigs- en seksvoorligting aan alle kinders beskikbaar gestel moet word. Hierdie handves het geen regsrag nie, maar kan wel in 'n hof oorreringsrag hê as gevolg van die siening van 'n groot aantal mense wat deur die bepaling daarin vervat weergegee word.

MIV/vigs-opvoeding vorm deel van die verpligte kurrikulum vir leerders en word ingesluit in die skoolvak lewensoriëntering in Kurrikulum 2005. Hierdie vak, ingevolge waarvan leerders in staat gestel word om hul eie seksualiteit en voortplanting te verstaan en om bewus te wees van inligtings- en ondersteuningsbronne, behoort jongmense te bemagtig om veilige seksuele praktyke te beoefen en om weerstand te bied teen ongevraagde seksuele toenadering.²⁶⁴

Voorkomingstrategieë wat toegang tot inligting met betrekking tot gesondheid insluit kan moontlik op die volgende wyses inbreuk maak op menseregte (hierdie punte word slegs genoem en nie bespreek nie):

- (1) Die regering laat na om volledige en objektiewe inligting benodig om gesondheid te beskerm, te verskaf.²⁶⁵
- (2) Die regering oefen kontrole uit oor en sensor opvoedkundige boodskappe.²⁶⁶

²⁶³ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic 70-71*. Sien ook in die algemeen hierdie bron vir die verskillende artikels in die verskillende dokumente wat die regte stel.

²⁶⁴ Ngwena 2002 *SA Public Law 14*.

²⁶⁵ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic 71*.

²⁶⁶ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic 73*.

- (3) Nie-regeringsorganisasies, byvoorbeeld kerke en families, word toegelaat om kontrole oor opvoedkundige boodskappe uit te oefen en dit te sensor.²⁶⁷

6.6 Beleidsdokumente

'n Aantal organisasies het die *AIDS Consortium Charter of Rights on AIDS and HIV* aangeneem. Klousule 4 lees soos volg:

- 1.1 All persons have the right to proper education and full information about HIV and AIDS, as well as the right to full access to and information about prevention methods.
- 1.2 Public education with the specific objective of eliminating discrimination against persons with HIV or AIDS should be provided.

Klousule 8 van die *Children's Charter of South Africa* verleen ook aan elke kind die reg op MIV/vigs- en seksvoorligting en opvoeding.

Sou daar aanvaar word dat MIV/vigs- en seksvoorligting belangrik is in die voorkoming van MIV/vigs, is dit noodsaaklik om die benadering van die onderwerp in skole te oorweeg.²⁶⁸ Al meer MIV-positiewe leerders word in skole aangetref. Verder raak kinders op 'n al jonger ouderdom seksueel aktief.²⁶⁹

Die Minister van Onderwys het in 1999 die *National Policy on HIV/AIDS for learners and educators in public schools and students and educators in further education and training institutions*²⁷⁰ bekend gestel.²⁷¹ Die dokument handel, onder andere, met diskriminasie en gelykheid ten opsigte van leerders, studente en opvoeders met MIV/vigs, MIV-toetsing van leerders, toelating tot 'n skool en skoolbywoning van MIV-positiewe leerders, bekendmaking van MIV-status, die skep van 'n veilige omgewing vir leerders, studente en opvoeders, die voorkoming van oordrag van MIV en MIV/vigs-voorligting. Hierdie dokument bevorder leerders,

²⁶⁷ Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic* 73-74.

²⁶⁸ Viinikka in Haigh & Harris (reds) *AIDS: a guide to the law* 20.

²⁶⁹ Prinsloo & Beckmann in Davel *et al* (red) *Introduction to child law in South Africa* 328.

²⁷⁰ (GK 1926 SK 20372 10/08/1999). Hierdie beleid is ingevolge a 3(4) van die *National Educational Policy Act* 27 van 1996 gepubliseer.

²⁷¹ Hierdie dokument het slegs toepassing op publieke skole en tersiêre instellings. As gevolg van spasie word die posisie ten opsigte van kinders en opvoeders in kleuterskole nie in hierdie proefskrif bespreek nie.

studente en opvoeders se regte deur, onder andere, te bepaal dat MIV-positiewe leerders en studente nie ontnem mag word van die geleentheid om onderrig te word nie,²⁷² dat geen leerder of opvoeder verplig kan word om sy of haar MIV-status bekend te maak nie en dat inligting met betrekking tot MIV-status as vertroulik beskou moet word.²⁷³ Verder mag geen leerder of opvoeder verplig word om vir MIV getoets te word nie en daar mag teen geen MIV-positiewe leerder of opvoeder gediskrimineer word nie.²⁷⁴ Die skool moet ook, indien 'n leerder as gevolg van siekte nie die skool kan bywoon nie, toesien dat die leerder tuisonderrig ontvang.²⁷⁵

Sekere aspekte van hierdie beleidsdokument is egter problematies. Volgens klousule 2.1, byvoorbeeld, is daar geen bekende gevalle van oordrag van die MI-virus in skole nie. Dit is uiters gevaarlik om 'n valse gevoel van sekuriteit te skep. Die staat het tog 'n verpligting om leerders, vir wie skoolbywoning verpligtend is, en onderwysers te beskerm.²⁷⁶ Ek gaan nie hier in diepte na hierdie dokument en die tekortkominge daarvan verwys nie. Ek verwys slegs na die dele van die dokument wat handel met MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme en die verskaffing van inligting.

Volgens klousule 2.9. van die dokument moet die skool of instituut die ouers inlig aangaande inentingsprogramme en die voordele wat sodanige programme vir die gesondheid van die MIV-positiewe leerders inhou. Klousules 2.10 en 9 reël MIV/vigs-onderrig. Klousule 2, die “premises”, dien as die voorafgaande stelling wat die basiese doelstellings van die dokument weergee. Klousule 2.10, wat spesifiek met MIV/vigs-opvoeding handel lees soos volg :

2.10 Learners and students must receive education about HIV/AIDS and abstinence in the context of life-skills education on an ongoing basis. Life-skills and HIV/AIDS education should not be presented as isolated learning content, but should be integrated in the whole *curriculum*. It should be represented in a scientific but understandable way. Appropriate course content should be available for the pre-service and in-service training of educators to cope with HIV/AIDS in schools. Enough educators to educate learners about the epidemic should also be provided.

²⁷² KI 2.6.

²⁷³ KI 6.

²⁷⁴ KI 3 en 4.3.

²⁷⁵ KI 5.4.

²⁷⁶ Prinsloo & Beckmann in Davel *et al* (red) *Introduction to child law in South Africa* 328.

- 2.10.1. The purpose of education about HIV/AIDS is to prevent the spread of the HIV infection, to allay excessive fears of the epidemic, to reduce the stigma attached to it and to instill non-discriminatory attitudes towards persons with HIV/AIDS. Education should ensure that learners and students acquire age- and context-appropriate knowledge and skills in order that they may adopt and maintain behaviour that will protect them from HIV-infection.
- 2.10.2. In the primary grades, the regular educator should provide education about HIV/AIDS, while, in secondary grades the guidance counsellor would ideally be the appropriate educator. Because of the sensitive nature of the learning content, the educators selected to offer this education should be specifically trained and supported by the support staff responsible for life-skills and should feel at ease with the content and should be a role-model with whom learners and students can easily identify. Educators should also be informed by the principal and educators unions of courses for educators to improve their knowledge of, and skills to deal with, HIV/AIDS.
- 2.10.3. All educators should be trained to give guidance on HIV/AIDS. Educators should respect their position of trust and the constitutional rights of all learners and students in the context of HIV/AIDS.

Daar bestaan kritiek op hierdie klousule. Dit blyk onbewus te wees van die feit dat daar bykans geen beraders in die grootste gedeelte van die onderwysstelsel oor is nie. Verder behoort onderwysers aangemoedig te word om kursusse by te woon eerder as om ingelig te word omtrent kursusse. Dit is ook nie duidelik waarom onderwysersunies die verantwoordelikheid dra om onderwysers in te lig aangaande kursusse nie.²⁷⁷

Klousule 9 van dieselfde beleidsdokument behandel die praktiese reëlings ten opsigte van MIV/vigs-onderwys in skole en lees soos volg:

- 9.1. A continuing life-skills and HIV/AIDS education programme must be implemented at all schools and institutions for all learners, students, educators and other staff members. Measures must also be implemented at hostels.
- 9.2. Age-appropriate education on HIV/AIDS must form part of the *curriculum* for all learners and students, and should be integrated in the life-skills education programme for pre-primary, primary and secondary school learners. This should include the following:
 - 9.2.1. Providing information on HIV/AIDS and developing the life skills necessary for the prevention of HIV transmission;
 - 9.2.2. Inculcating from an early age onwards basic first-aid principles, including how to deal with bleeding with the necessary safety precautions;
 - 9.2.3. Emphasising the role of drugs, sexual abuse and violence, and sexually transmitted diseases (STDs) in the transmission of HIV, and empowering learners to deal with these situations;
 - 9.2.4. Encouraging learners and students to make use of health care, counselling and support services (including services related to reproductive health care and the prevention and treatment of sexually transmitted diseases) offered by community service organisations and other disciplines;
 - 9.2.5. Teaching learners and students how to behave towards persons with HIV/AIDS, raising awareness on prejudice and stereotypes around HIV/AIDS;
 - 9.2.6. Cultivating an enabling environment and culture of non-discrimination towards persons with HIV/AIDS; and

²⁷⁷ Prinsloo & Beckmann in Davel *et al* (red) *Introduction to child law in South Africa* 331.

- 9.2.7. Providing information on appropriate prevention and avoidance measures, including abstinence from sexual intercourse and immorality, the use of condoms, faithfulness to one's partner, obtaining prompt medical treatment for sexually transmitted diseases and tuberculosis, avoiding traumatic contact with blood, and the application of universal precautions.
- 9.3. Education regarding HIV/AIDS must be given in an accurate and scientific manner and in language and terms that are understandable.
- 9.4. Parents of learners and students must be informed about all life-skills and HIV/AIDS education offered at the school and institution, the learning content and methodology to be used, as well as values that will be imparted. They should be invited to participate in parental guidance sessions and should be made aware of their role as sexuality educators and imparters of values at home.
- 9.5. Educators may not have sexual relations with learners or students. Should this happen, the matter has to be handled in terms of the Employment of Educators Act, 1998.
- 9.6. If learners, students or educators are infected with HIV, they should be informed that they can still lead normal, healthy lives for many years by taking care of their health.

Indien 'n onderwyser homself of haarself skuldig maak aan 'n oortreding van klousule 9.5. kan hy of sy moontlik blootgestel word aan aksie deur die Suid-Afrikaanse Raad vir Onderwysers ingevolge die gedragskode vir onderwysers. Een van die moontlike strawwe is dat die oortreder se naam uit die register van onderwysers verwyder word en dat so 'n onderwyser nooit weer as onderwyser mag optree nie.²⁷⁸

6.7 Die rol van die skool en ander opvoedingsinstansies

Van Wyk²⁷⁹ is van mening dat skole verantwoordelik is om te verseker dat adolessente en jong volwassenes die aard en voorkoming van MIV/vigs verstaan. Sulke kinders moet ook voorsien word van inligting rakende universele voorsorgmaatreëls wat getref moet word indien bloed en beserings hanteer word.

Skole, veral dié in plattelandse gebiede, kan moontlik as 'n broeiplek vir die MI-virus dien as gevolg van die feit dat daar gevalle voorkom waar manlike onderwysers seksuele verhoudings met skooldogters aanknoop. In dieselfde asem kan skole 'n positiewe uitwerking op die verspreiding van die virus toon. Die skoolsisteem lewer 'n gehoor, die skoolkinders sowel as onderwysers, wat bymekaargevoeg is deur 'n gemeenskaplike oogmerk en wat, in die geval van staatskole, deur een departement beheer word. Verder word skole reeds deur die regering van infrastruktuur, finansiering en beleid voorsien. Hierdeur word kinders van die mees ideale ouderdomsgroepe, wat aanbetref opvoeding met betrekking tot die voorkoming van MIV/vigs,

²⁷⁸ Prinsloo & Beckmann in Davel *et al* (red) *Introduction to child law in South Africa* 336.

²⁷⁹ Van Wyk in Carpenter (red) *Suprema Lex* 233.

bereik.²⁸⁰ In 'n opname in 2004 gedoen, het 85,9% van kinders tussen die ouderdomme van 12 en 14 jaar te kenne gegee dat skole die belangrikste bron van inligting met betrekking tot MIV/vigs is.²⁸¹ Kragtige MIV/vigs-voorligtingsprogramme in skole kan die pandemie op die volgende direkte en indirekte wyses stuit:²⁸²

- (1) Die skepping van bewustheid onder leerders, en sodoende ook, deur middel van die leerders, onder hul gesinne en gemeenskappe.
- (2) Skole kan as die lokale punte dien vanwaar gemeenskapsprojekte geloods word.
- (3) Skole kan moontlik opvoeding en inligting met betrekking tot kondoomgebruik en voorkoming aanbied.
- (4) Die status van vroue in die algemeen kan verhef word deurdat die verdere onderrig van dogters aangemoedig word.
- (5) Skole kan by wyse van MIV/vigs-voorligtingsprogramme onderwys aan ekonomiese groei koppel.

Van Wyk²⁸³ is ook van mening dat gekeurde en goed-opgeleide opvoedkundiges die inligting aan kinders moet oordra. Verder is sy van mening dat die inligting reeds vanaf 'n jong ouderdom akkuraat en wetenskaplik oorgedra moet word aangesien kinders wat reeds seksueel aktief is minder geneig is om gehoor te gee aan voorstelle dat seksuele onthouding en voorsorgmaatreëls beoefen en getref word.

Daar moet in gedagte gehou word dat die opvoedingstaak nie net op die skouers van onderwysers en skole rus nie. Talle kinders, byvoorbeeld dié wat nie skoolgaan nie, weeskinders en straatkinders, word nie deur die formele onderwysstelsel bereik nie. Programme met betrekking tot die voorkoming van MIV/vigs en die aanleer van lewensvaardighede moet ook deur ander organisasies, byvoorbeeld kerke, burgerlike

²⁸⁰ USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 45.

²⁸¹ HSRC *The National household HIV prevalence and risk survey of South African children* 34.

²⁸² USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response*. 45.

²⁸³ Van Wyk in Carpenter (red) *Suprema Lex* 233.

organisasies, jeuggroepe en vrywilligers aangebied word ten einde alle kinders en jongmense so ver moontlik te bereik.²⁸⁴

Verskeie nie-regeringsorganisasies het reeds projekte op die been gebring om MIV/vigs-voorligting en opvoeding te bevorder. Een voorbeeld hiervan is die *WK Kellogg Foundation*. Hierdie organisasie het 'n *Integrated Rural Development Program* tot stand gebring. Een van die doelwitte van hierdie program is om MIV/vigs-voorligting en opvoeding aan teikengroepe te bied. Kinders en jongmense, spesifiek dié buite die bereik van formele onderwys, is as een van die teikengroepe geïdentifiseer.²⁸⁵

Skole regdeur Suid-Afrika ondervind probleme met die implementering van die skoolvak "lewensoriëntering". Die rede hiervoor lê gedeeltelik in die feit dat die skole self nie die verantwoordelikheid om seksvoorligting te verskaf as hul eie verantwoordelikheid beskou nie. Dit blyk dat skole nie behoorlik toegerus word om hierdie vak suksesvol aan te bied nie. Op die ou einde gaan daar 'n geleentheid om kinders teen MIV/vigs te beskerm, verlore.²⁸⁶

6.8 Riglyne vir MIV/vigs- en seksvoorligting

Die volgende riglyne word gestel vir MIV/vigs- en seksvoorligting in skole:

- (1) MIV/vigs-voorligting moet nooit in isolasie aangebied word nie aangesien kinders 'n irrasionele vrees vir infeksie kan ontwikkel.²⁸⁷
- (2) MIV/vigs-voorligting moet deel vorm van 'n lewensvaardigheidsprogram wat MIV/vigs- en seksvoorligting insluit.²⁸⁸
- (3) MIV/vigs-voorligting moet op 'n jong ouderdom reeds begin word.²⁸⁹

²⁸⁴ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 195.

²⁸⁵ HSRC *HIV/AIDS in Southern Africa - A review paper for the W.K. Kellogg Foundation* 92.

²⁸⁶ Ngwena 2002 *SA Public Law* 16.

²⁸⁷ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 154.

²⁸⁸ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 155; Kl 9.2. van die *National policy on HIV/AIDS for learners and educators*; Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 41.

²⁸⁹ Van Dyk *HIV/AIDS Care and counseling* 155.

- (4) MIV/vigs-voorligting moet deurlopend plaasvind.²⁹⁰
- (5) Dit is belangrik om ouers,²⁹¹ gemeenskapsleiers en godsdienstige leiers by MIV/vigs- en seksvoorligting te betrek ten einde hulle in staat te stel om 'n sinvolle bydrae te lewer tot die bemagtiging van kinders.²⁹²
- (6) Die klasonderwyser van die jonger grade moet die MIV/vigs- en seksvoorligting hanteer aangesien die kinders bekend en gemaklik is met hierdie persone.²⁹³
- (7) Die onderwyser moet op sy of haar gemak wees met die kurrikulum rakende MIV/vigs- en seksvoorligting en moet as rolmodel vir die kinders optree.²⁹⁴
- (8) MIV/vigs- en seksvoorligting moet nooit op so 'n wyse aangebied word dat dit die kinders afskrik nie.²⁹⁵
- (9) MIV/vigs- en seksvoorligting wat op die probleme konsentreer terwyl seksualiteit as 'n normaliteit geïgnoreer word, kan moontlik die kind se normale seksuele ontwikkeling in die wiele ry.²⁹⁶
- (10) MIV/vigs- en seksvoorligting moet só aangebied word dat dit by die kind se ontwikkelingsfase aanpas.²⁹⁷ Die opvoeder moet deurlopende pogings aanwend om enige misverstande en wanopvattinge uit die weg te ruim.²⁹⁸
- (11) Die riglyne soos uiteengesit in die *National Policy* moet in ag geneem word by MIV/vigs- en seksvoorligting.²⁹⁹
- (12) MIV/vigs is 'n openbare gesondheidskrisis wat die breë publiek raak en MIV/vigs-opvoeding moet aan almal beskikbaar gestel word.³⁰⁰

²⁹⁰ Van Dyk *HIV/AIDS Care and counseling* 155.

²⁹¹ Sien in die algemeen Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 70 vir riglyne aan ouers.

²⁹² Van Dyk *HIV/AIDS Care and counseling* 155. Klousule 9.4. van die *National Policy on HIV/AIDS for Learners and Educators*.

²⁹³ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 155.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 155-156.

²⁹⁷ Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* 156.

²⁹⁸ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 61.

²⁹⁹ Sien in die algemeen par 7.6 hierbo vir 'n uiteensetting van die bepalings van hierdie beleidsdokument.

³⁰⁰ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 40.

- (13) MIV/vigs-opvoedingsprogramme moet aangepas word om 'n spesifieke kulturele groep te pas en moet die verskillende fases van ontwikkeling in ag neem.³⁰¹ So, byvoorbeeld, kan spesifieke programme vir dwelmverslaafdes, homo-³⁰² en biseksuele, vroue, prostitute, gevangenes, ontvangers van bloedoortapping en bloeiers, gesinne en seksmaats van persone met MIV/vigs, en rasse- en etniese minderheidsgroepe aangebied word.³⁰³ Hierdie programme moet egter op 'n uiters sensitiewe wyse aangebied word ten einde onbillike diskriminasie en stigmatisering te voorkom. Dieselfde geld vir hantering van kinders wat deel vorm van hierdie groepe.
- (14) Kulturele aanvaarbaarheid, skolingsvlakke, verkieslike bronne van inligting en beskikbare infrastruktuur moet in ag geneem word.³⁰⁴
- (15) Soos hierbo aangetoon ervaar homo- en biseksuele jeug geweldige diskriminasie en vooroordeel op sosiale, programmatiese en persoonlike vlakke. Daar moet spesifieke voorsiening vir hierdie kinders gemaak word in 'n MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogram ten einde aan hul spesiale behoeftes te voldoen.
- (16) MIV/vigs-voorligtingsprogramme moet deur professionele persone ontwikkel word.³⁰⁵
- (17) MIV/vigs-voorligtingsprogramme moet feitelike inligting bevat en ruimte laat vir bespreking ten einde persone in staat te stel om hierdie feit in hul lewens toe te pas.³⁰⁶
- (18) MIV/vigs- en seksvoorligting moet inligting rakende hoë-risiko gedrag verskaf. Daar moet op *hoë-risiko gedrag* en nie op *hoë-risiko groepe* nie gekonsentreer word.³⁰⁷
- (19) Alle MIV/vigs-voorligtingsprogramme moet die verhouding tussen gedrag, waardes en sosiale verantwoordelikheid insluit.³⁰⁸

³⁰¹ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 40.

³⁰² Sien in die algemeen De Bruyn *HIV/AIDS and discrimination: A discussion paper* in verband met homoseksuele kinders en hul spesifieke behoeftes ten opsigte van MIV/vigs en seksopvoedingsprogramme.

³⁰³ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 56-70.

³⁰⁴ Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* 62-63.

³⁰⁵ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 40.

³⁰⁶ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 41. Sien in die algemeen bl 42 van hierdie bron vir moontlike vrae en antwoorde tydens inligtingsessies.

³⁰⁷ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 41.

³⁰⁸ *Ibid.*

- (20) Alle MIV/vigs-opvoedingsprogramme moet 'n evaluasie van die program insluit ten einde effektiwiteit te bepaal.³⁰⁹
- (21) Effektiewe MIV/vigs- en seksvoorligting het gedragsverandering tot gevolg. Ten einde gedragsverandering te bewerkstellig moet die volgende bereik word.³¹⁰
- (a) Elke persoon moet erken dat MIV/vigs 'n direkte bedreiging vir hom of haar inhou.
 - (b) Elke persoon moet beseft dat MIV/vigs voorkom kan word en dat hy of sy in 'n groot mate sy of haar eie infeksie sowel as die infeksie van seksmaats kan voorkom.
 - (c) Elke persoon moet beseft dat dit binne sy of haar vermoëns is om 'n lae-risiko lewenstyl te handhaaf.
- (22) Die MIV/vigs-kurrikulum moet spesifiek daarop gemik wees om voorvalle van vernedering en vooroordeel in die klaskamer in die kiem te smoor.³¹¹

Die mees suksesvolle MIV/vigs-voorkomingsprogramme sluit wyses van voorkoming in ten einde verskillende persone met verskillende lewenstyle in staat te stel om die mees toepaslike wyse van voorkoming in sy of haar lewe toe te pas. Daar moet 'n balans gevind word tussen gesonde en normale seksuele ontwikkeling en die uitleef van hierdie seksuele ontwikkeling op so 'n wyse dat 'n lae-risiko lewenstyl gehandhaaf word.³¹²

Die Departement van Gesondheid het in Mei 2000 die *HIV/AIDS/STD Strategic Plan for South Africa 2000-2005* bekend gestel. Ingevolge hierdie dokument is die jeug³¹³ die mees vatbare groep vir MIV-infeksie. As gevolg hiervan is die jeug 'n teikengroep in die oorlog teen MIV/vigs. Verder moet die jeug teen infeksie beskerm word aangesien hulle die huidige en toekomstige ekonomiese mag van Suid-Afrika in hul hande het. Die dokument stel die volgende doelwitte met betrekking tot die jeug:

³⁰⁹ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 41.

³¹⁰ Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 56-57.

³¹¹ Human Rights Watch: Children's rights Division *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya* 23.

³¹² Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families* 76.

³¹³ Volgens hierdie dokument is dit persone tussen die ouderdomme van 14 en 35 jaar.

- (1) Die bevordering van onderskeidelik gedrag wat goeie gesondheid nastreef en veilige seksuele praktyke deur onder andere lewensvaardigheidsopvoeding in alle laerskole en hoërskole.
- (2) Die uitbreiding van die verantwoordelikheid vir die voorkoming van MIV-infeksie ten einde alle sektore van die regering en gemeenskap in te sluit.
- (3) Die verbetering van toegang tot manlike en vroulike kondome veral onder 15 tot 25-jariges. Dit sal onder andere bereik word deur die bewerkstelling van aanvaarding van veranderende persepsies aangaande en die bevordering van die doelmatigheid van kondoomgebruik. Dit sal weer bereik word deur opvoeding.
- (4) Toegang tot jeug-vriendelike gesondheidsorgdienste met betrekking tot voortplanting moet bewerkstellig word. Dit sluit in die bestuur van seksueel oordraagbare siektes en vrywillige MIV-toetsings en beradingsfasiliteite. Dit kan moontlik met behulp van MIV/vigs- en seksvoorligtingsprogramme by skole bewerkstellig word.
- (5) Die aantal mense wat gebruik maak van vrywillige MIV-toetsings- en beradingsfasiliteite moet verhoog word.
- (6) Die ontwikkeling en implementering van programme wat gesondheids- en sosiale behoeftes van kinders deur MIV/vigs geraak bevredig, moet ondersteun word.
- (7) Maatreëls om die aanneming van kinders wat as gevolg van MIV/vigs weesgelaat is te fasiliteer moet geïmplementeer word.
- (8) Daar moet nasionaal toesig gehou word oor MIV en seksueel oordraagbare siektes, veral onder die jeug.

In al die bogenoemde speel MIV/vigs- en seksvoorligting en opvoeding 'n belangrike rol.

7 DIE ROL VAN DIE STAAT IN DIE LEWE VAN KINDERS WAT DEUR MIV/VIGS GERAAK WORD

7.1 Inleiding

Die fundamentele verantwoordelikheid om dienste te lewer met betrekking tot die beskerming van kinderregte in 'n wêreld wat deur MIV/vigs bedreig word, lê by die staat. Geen nie-regeringsorganisasie kan die rol van die staat vervang nie. Menige land beskik nie oor die nodige bronne om hierdie rol te vervul nie. Ander state beskik weer oor die bronne maar daar

bestaan ongelykhede met betrekking tot toewysing en probleme met betrekking tot diensverskaffing. As gevolg hiervan word 'n groot gedeelte van kinders se regte bedreig.³¹⁴

Die *Office of the High Commissioner for Human Rights* van die Verenigde Nasies het in 2004 'n dokument, ter aanvulling tot die 1989-Konvensie, gepubliseer.³¹⁵ Klousule 16 van hierdie dokument lees soos volg:

... also calls upon all States to give support and rehabilitation to children and their families affected by HIV/AIDS and to involve children and their caregivers, as well as the private sector, to ensure the effective prevention of HIV infections through correct information and access to voluntary and confidential care, treatment and testing, including pharmaceutical products and medical technologies affordable to all, giving due importance to the prevention of mother-to-child transmission of the virus.

Regerings, en meer spesifiek die Suid-Afrikaanse regering vir doeleindes van hierdie proefskrif, moet herinner word aan hul verbintenis tot internasionale ooreenkomste ingevolge waarvan die regte van kinders wat deur MIV/vigs geraak word, beskerm word. Hierdie dokumente sluit, onder andere, die *United Nations Convention on the Rights of the Child – General Comment on HIV/AIDS* (2003), die *United Nations Declaration of Commitment on HIV and AIDS* (2001), die *Millenium Declaration and Millennium Development Goals* (2000), die *G8 Gleneagles Communiqué* (2005) en die *Declaration of the UN High Level Meeting on HIV and AIDS* (2006) in.³¹⁶

Politieke verbintenis moet gedemonstreer word deur voldoende en volgehoue befondsing van programme wat daarop gemik is om nuwe infeksies onder kinders te voorkom, om kinders te behandel met teen-retrovirale middels, om kinders te versorg en om huishoudings wat geaffekteerde kinders of kinders aan die hoof van 'n huishouding insluit, te ondersteun. Die versekering van volgehoue politieke ondersteuning is 'n uitdaging. Hierdie uitdaging sluit ook

³¹⁴ Decosas *et al Circle of hope* 19. Hierdie bron is 'n uiteensetting van die werking van die *Plan*-inisiatief. Dit is 'n regeringsorganisasie wat in samewerking met verskeie regerings, gemeenskappe en gesinne funksioneer. Dit is 'n goeie voorbeeld van 'n kindergebaseerde gemeenskapsontwikkelingsorganisasie.

³¹⁵ Ingevolge resoluie 2004/48.

³¹⁶ Save the Children *Making HIV and AIDS financing work for children* 1.

die onvermoë in om 'n duidelike grondlyn vas te stel ten einde te bepaal of befondsinginisiatiewe hul doelwitte bereik en, indien wel, in watter mate.³¹⁷

Riglyn 8 van die *International Guidelines* bepaal dat “[s]tates should, in collaboration with and through the community, promote a supportive and enabling environment for women, children and other vulnerable groups by addressing underlying prejudices and inequalities through community dialogue, specially designed social and health services and support to community groups.” Die staat het dus ook ingevolge hierdie dokument 'n verantwoordelikheid ten opsigte van kinders wat betref MIV/vigs. Riglyn 12 van dieselfde dokument bepaal ook dat regerings moet saamwerk met die Verenigde Nasies, ingesluit UNAIDS, ten einde kennis en ervaring op die gebied van MIV/vigs en menseregte te deel. Hierdeur word hierdie regte ook op internasionale vlak beskerm.

Daar bestaan die behoefte dat die regering op die volgende wyses gesinne en die gemeenskappe bystaan in die versorging van sorgbehoewende kinders.³¹⁸

- (1) Die staat moet die voortou neem om die reaksie op die MIV/vigs-krisis verder as die gesondheidsektor te voer. Daar moet 'n multisektorale reaksie op die krisis plaasvind.
- (2) Die ingryping moet vergroot word ten einde in die groot behoefte te kan voorsien. Nie-regerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies is geneig om slegs klein aksies te loods.
- (3) Daar moet beleid gevorm word aangaande die beskerming van kinderregte met betrekking tot onderwys, gesondheid, vererwing en beskerming teen mishandeling en misbruik. Dit sluit in :
 - (a) 'n Verbod op diskriminasie met betrekking tot gesondheidsorg en arbeid en in skole, of enige ander area waar MIV-status moontlik kan aanleiding gee tot diskriminasie.
 - (b) Plasing en voogdy van kinders wat nie deur 'n volwassene versorg word nie.

³¹⁷ Save the Children *Making HIV and AIDS financing work for children 2*. Sien, in die algemeen, UNAIDS *Handbook for legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*. Hierdie bron staan parlementariërs en ander ampsdraers by in promulgering en uitvaardiging van effektiese wetgewing in verband met MIV/vigs.

³¹⁸ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 53.

- (c) Verordening en afdwinging van wetgewing wat kinders en vroue se erfregte beskerm.
 - (d) Beskerming van kinders teen misbruik en mishandeling, verwaarlosing en seksuele kontak met volwassenes.
 - (e) 'n Verbod op arbeidspraktyke wat skadelik is vir kinders.
 - (f) Wegdoening met hindernisse in die pad van die voltooiing van skoling.
 - (g) Beskerming en ondersteuning van straatkinders.
- (4) Daar moet ondersteuning van die versorging van kinders wees by wyse van die “budgets of line ministries”.
- (5) Daar moet infrastruktuur op distriksvlak geskep word ten einde die ondersteuning van die plaaslike bestuur van gemeenskapsopogings om op die behoeftes van kinders te reageer, aan te moedig en moontlik te maak.
- (6) Daar moet 'n verbod op diskriminasie teen sorgbehoewende kinders geplaas word.
- (7) Mans moet ondersteun en aangemoedig word om vir hul gesinne te sorg.
- (8) Alle regeringsamptenare wat met MIV-verwante sake en kinders werk moet opgelei word in hierdie verband.
- (9) Betrokkenheid van nie-regeringsorganisasies en die privaatsektor by die versorging van kinders moet ondersteun en aangemoedig word.
- (10) Die aktiwiteite van borge, nie-regeringsorganisasies, die privaatsektor en die gemeenskap moet gekoördineer word.

Die regering moet ook uitvoering gee aan nasionale programme tot voordeel van kinders wat deur MIV/vigs beïnvloed word. Dit sluit onder andere die uitbreiding van gratis onderwys,³¹⁹ registrasie van geboorte ten einde kinders se toegang tot basiese dienste te bevorder, en hersiening van wette wat kinders beskerm teen seksuele uitbuiting in.³²⁰

Die regering speel ook 'n groot rol in die skepping van 'n ideale omgewing waarbinne gesinne, gemeenskappe en nie-regeringsorganisasies konstruktief aan die probleem kan werk. Sedert 1994 het die regering 'n gesofistikeerde, geïntegreerde omgewingsbestuursbeleid sowel as

³¹⁹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 31.

³²⁰ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 53.

verwante prosedures ontwerp om die samewerking tussen die regering en burgerlike organisasies aan te moedig.³²¹

Dit is kommerwekkend dat die groot meerderheid aksies wat ten doel het om sorgbehoewende kinders in Suider-Afrika te ondersteun, deur nasionale en internasionale nie-regerings-organisasies befonds word. Die huidige situasie sal in 'n geweldige krisis ontaard indien die agenda van die borge verander of indien die borge uitgeput word as gevolg van volgehoue behoeftes. Die regering moet dus voorsiening maak binne departementele begrotings vir ondersteuning van programme.³²²

In die ontwikkelende lande wat die meeste deur die MIV/vigs-krisis geraak word, val ingrypingsprojekte in twee kategorieë. In die eerste plek is daar programme deur die nie-regeringsorganisasies. Die betaalde personeel van hierdie programme lewer direkte verligting en ontwikkelingsdienste aan geaffekteerde kinders en gesinne. Somtyds staan vrywilligers in die gemeenskap hierdie personeel by. Menige van hierdie programme lewer goeie resultate relatief tot die beperkte geografiese dekking en hoë koste verbonde aan die versorging per kind. In die tweede plek word publieke gemeenskapsinisiatiewe aangetref. Hierdie inisiatiewe lewer goeie resultate teen relatiewe lae koste. Dit is dus die logiese stap vir die regering om hierdie gemeenskapsprojekte te ondersteun en te bevorder.³²³

Myns insiens kan die samewerking tussen verskillende organisasies nie genoeg beklemtoon word nie. Kelly, Parker en Gelb³²⁴ stel dat “any attempt to develop an integrated approach begins with the idea that the quality of life could be improved in a cost-efficient, politically appropriate, and morally sound way if different agencies or groups of people could coordinate their activities and collaborate.” Verskillende organisasies het dieselfde doelwit maar neem verskillende roetes om by hierdie doelwit uit te kom.³²⁵

³²¹ USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 126.

³²² HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 53.

³²³ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 54.

³²⁴ USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 125.

³²⁵ *Ibid.*

Die regering kan volgens Richter³²⁶ op die volgende praktiese gebiede die lewe van sorgbehoewende kinders en hul gesinne verbeter:

- (1) Die verbetering van inkomste. Dit kan geskied deur geldoordragte na geaffekteerde gesinne, ingesluit pleegsorggesinne, ondersteuning van gemeenskappe ten opsigte van landbou en opleiding van skoolverlaters in bemarkbare vaardighede.
- (2) Die verskaffing van behuisingssubsidies aan die behoeftigste gesinne.
- (3) Die verskaffing van voedsel. Dit kan geskied by wyse van bystand met betrekking tot beter landboupraktyke, onderrig deur publieke gesondheidswerkers met betrekking tot voeding en die voorsiening van kosmandjies aan pleegouers.
- (4) Die verskaffing van gesondheidsorgdienste aan sorgbehoewende kinders, opleiding van gesondheidsorgwerkers en immunisasieveldtogte.
- (5) Die verskaffing van klerasietoelaes aan sorgbehoewende kinders.
- (6) Die bevordering van onderwys. Dit sluit in die wegdoening met, of kwytstelling van skoolgeld en verpligte uniforms, subsidies vir die betaling van skoolgeld en aankoop van boeke en uniforms, betaling van toelaes aan die versorger van die kind in verhouding met die bywoning van die kind, die bevordering van alternatiewe metodes van onderrig, byvoorbeeld afstandsonderrig, die bevordering van die kwaliteit van onderrig, vakopleiding en informele onderrig en voorskoolse programme vir drie- tot sesjariges.
- (7) Kinders moet teen verbale, fisieke en seksuele misbruik en mishandeling beskerm word. Die wette teen die mishandeling van kinders moet in plek kom en afgedwing word. Verder moet persone wat kinders mishandel en misbruik daadwerklik gestraf word. Die staat moet namens die kind optree.
- (8) Arbeidsuitbuiting van kinders moet voorkom word. Die wette in hierdie verband moet geïmplementeer en afgedwing word. Verder moet sanksies ingestel word teen huishoudings wat sorgbehoewende kinders inneem met die doel om hulle te gebruik as arbeiders.³²⁷
- (9) Soos hieronder in meer besonderhede bespreek,³²⁸ moet sorgbehoewende kinders se erfposies beskerm word. Daar moet bewustheid geskep word onder die publiek

³²⁶ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 63.

³²⁷ Sien verder in die algemeen UNAIDS *2006 Report on the global AIDS epidemic* 186 in verband met kinderarbeid.

³²⁸ Par 3.6.

aangaande hierdie aangeleentheid en kinderregte in hierdie verband moet regsgeldig afgedwing word. Oortreders of “property grabbers” moet vervolgd word. Verder moet die lede van die gemeenskap bygestaan word met die opstel van testamente en die verkryging van sterftesertifikate.

- (10) Daar moet ook van die staat se kant af ’n poging aangewend word om in die emosionele en sielkundige behoeftes van kinders te voorsien. Psigologiese ondersteuning kan in onderwysopleiding ingesluit word. Daar kan ook huisbesoek gedoen word deur opgeleide gesondheidsorgwerkers.

Daar moet vir doeleindes van hierdie paragraaf kennis geneem word van die staat se grondwetlike verantwoordelikheid met betrekking tot maatskaplike bystand of sosiale sekerheid ten opsigte van kinders.³²⁹

7.2 Dienste met betrekking tot “voorkoming en vroeë ingryping”

Die regering is ook verantwoordelik vir “voorkoming en vroeë ingryping” met betrekking tot benadeling van kinders en die lewering van dienste in hierdie verband aan kinders en hul gesinne. In 1996 het die *Inter-ministerial Committee on Young People at Risk* voorgestel dat ’n nuwe kindersorgsisteem uit twee vlakke bestaan. Die eerste vlak is die voorkoming van benadeling van kinders³³⁰ en die tweede vlak vroeë ingryping waar benadeling wel voorkom.³³¹ Die *White Paper for Social Welfare*³³² bepaal ook dat programme vir kinders en hul gesinne gebaseer moet word op die beginsel dat ingrypings eerstens moet konsentreer op “...prevention, by enhancing family functioning, then on protection, and lastly on the provision of statutory services”. Dit blyk duidelik uit die bovermelde dat dienste met betrekking tot

³²⁹ A 27 van die Grondwet.

³³⁰ “Voorkoming” word in die Suid-Afrikaanse Departement van Maatskaplike Ontwikkeling se *Financing policy: developmental social welfare services* 10 gedefinieer as “any strategies and programmes which strengthen and build the capacity and self-reliance of families, youth, women and older persons.”

³³¹ “Vroeë ingryping” word in die Suid-Afrikaanse Departement van Maatskaplike Ontwikkeling se *Financing policy: developmental social welfare services* gedefinieer as dienste wat “children, youth, families, women, older persons and communities identified (through a developmental risk assessment) as being vulnerable or at risk” teiken, en verseker “through strengths-based developmental and therapeutic programmes, that they do not have to experience statutory intervention of any kind”.

³³² 1997 par 44(g).

voorkoming en vroeë ingryping 'n baie belangrike deel vorm van enige toekomstige strategieë ten behoeve van kinders.³³³

Voorkomingsaktiwiteite kom gewoonlik voor op drie vlakke, naamlik op primêre, sekondêre en tersiêre vlak. Primêre voorkoming bestaan uit aktiwiteite en benaderings wat opvoeding en bronne beskikbaar stel ten einde gesinne te bemagtig en in staat te stel om optimaal te funksioneer. Dit beskerm ook die kind en gesin teen sommige van die grootste straf-faktore wat moontlik mishandeling tot gevolg kan hê. Op sekondêre vlak word die pogings en beskikbare bronne gefokus op gesinne waar daar kinders is wat 'n groter risiko loop om mishandel te word ten einde volskaalse mishandeling te voorkom.³³⁴

Vroeë ingrypingsdienste het die volgende doelwitte voor oë:³³⁵

- (1) Die voorkoming van verwydering van kinders uit die ouerhuis.
- (2) Die voorkoming van die herhaling van probleme en die vermindering van negatiewe konsekwensies van risikofaktore.
- (3) 'n Poging om die kind weg te hou van die welsynsisteem of die strafregstels.

Die SA Regskommissie het voorgestel dat 'n nuwe kinderwet in die algemeen bepaal dat primêre voorkomings- en ingrypingsdienste die bovermelde doelwitte voor oë moet hê. Verder moet daar ook bepaal word dat gesinne in staat gestel en bemagtig moet word om optimaal te funksioneer.³³⁶

Daar word nie in die Wet op Kindersorg gefokus op primêre en sekondêre ingryping nie maar slegs op tersiêre voorkoming. Dit wil sê daar word met mishandeling gehandel eers nadat dit voorgekom het ten einde te verhoed dat dit weer voorkom. Die Regulasies kragtens die bovermelde wet verwys egter na voorkomende en vroeë ingrypingsdienste.³³⁷ Die betrokke maatskaplike werker moet 'n verslag skryf waarin, onder andere, 'n opsomming gelewer word

³³³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 295 (hfst 9).

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 295 (hfst 9).

³³⁷ Regulasie 2(4)(b) GK R2621 SK 10546 van 12/12/1986.

van "...voorkomende en vroeë ingrypsdienste gelewer ten opsigte van die kind en sy of haar gesin". Die begrip "voorkomende en vroeë ingrypsdienste" word egter nie in die wet of in die regulasies gedefinieer nie. Hoe effektief kan hierdie bepaling dan nou toegepas word?³³⁸

Die SA Regskommissie het voorgestel dat bovermelde term in 'n nuwe kinderwet gedefinieer word. Die term is deur middel van die *Children's Amendment Act* in die Kinderwet ingevoeg.³³⁹ Hierdie wet het egter nog nie in werking getree nie. Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat 'n nuwe kinderwet moet bepaal dat voorkomingswerk hoë prioriteit moet geniet.³⁴⁰ Wat aanbetref voorkoming bepaal die nuwe wet in artikel 1 dat " 'care', in relation to a child, includes, where appropriate, - (b) safeguarding and promoting the well-being of the child".

Die *Children's Amendment Act* bepaal soos volg in verband met "voorkoming en vroeë ingryping":

- 143 (1) Prevention programmes means programmes –
- (a) designed to serve the purposes mentioned in section 144; and
 - (b) provided to families with children in order to strengthen and build their capacity and self-reliance to address problems that may or are bound to occur in the family environment which, if not attended to, may lead to statutory intervention.
- (2) Early intervention programmes means programmes –
- (a) designed to serve the purpose mentioned in section 144; and
 - (b) provided to families with where there are children identified as being vulnerable to or at risk of harm or removal into alternative care.
- 144 (1) Prevention and early intervention services or programmes must focus on:
- (a) preserving a child's family structure;
 - (b) developing appropriate parenting skills and the capacity of parents and care-givers to safeguard the well-being and best interests of their children, including the promotion of positive, non-violent forms of discipline;

³³⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 297 (hfst 9).

³³⁹ Sien artikels 45(1)(e)(ii), 46(1)(g)(i), 150(3) en 155 (1)(b) en (8)(b) van die Kinderwet vir 'n verdere verwysing na die term. Daar moet kennis geneem word van die rede vir die "skeiding" van die *Children's Amendment Act* en die Kinderwet. Die Minister van Sosiale Ontwikkeling het in 'n toespraak, gepubliseer op www.polity.org.za (laaste besoek op 4 Februarie 2008), gemeld dat die wet en die wysigingswet geskei is aangesien die aanvanklike Kinderwet in sy geheel beskou is as 'n "gemengde" wet aangesien dit elemente wat deur óf a 75 ("Ordinary Bills not affecting provinces") óf a 76 (Ordinary Bills affecting Provinces") hanteer moet word, insluit. Die artikels in die wysigingswet handel met die magte en verantwoordelikhede van die provinsiale regerings terwyl die bepalings van die Kinderwet handel met die magte en verantwoordelikhede van die nasionale regering.

³⁴⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 297 (hfst 9).

- (c) developing appropriate parenting skills and the capacity of parents and care-givers to safeguard the well-being and best interests of children with disabilities and chronic illnesses
 - (d) promoting appropriate interpersonal relationships within the family;
 - (e) providing psychological, rehabilitation and therapeutic programmes for children;
 - (f) preventing the neglect, exploitation, abuse or inadequate supervision of children and preventing other failures in the family environment to meet children's needs;
 - (g) preventing the recurrence of problems in the family environment that may harm children or adversely affect their development;
 - (h) diverting children away from the child and youth care system and the criminal justice system; and
 - (i) avoiding the removal of a child from the family environment
- (2) Prevention and early intervention services or programmes may include –
- (a) assisting families to obtain the basic necessities of life;
 - (b) empowering families to obtain such necessities for themselves;
 - (c) providing families with information to enable them to access services;
 - (d) supporting and assisting families with a chronically ill or terminally ill family member;
 - (e) early childhood development;
 - (f) promoting the well-being of children and the realisation of their full potential.
- (3) Prevention and early intervention programmes must involve and promote the participation of families, parents, care-givers and children in identifying and seeking solutions to their problems.

Verder maak artikel 146 voorsiening vir strategieë om voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste te verseker.³⁴¹

Wat aanbetref vroeë ingryping sowel as voorkoming bepaal artikel 157 van die Kinderwet soos volg:

157 Court orders to be aimed at securing stability in child's life

- (1) Before a children's court makes an order in terms of section 156 for the removal of the child from the care of the child's parent or care-giver, the court must –
- (a) obtain and consider a report by a designated social worker on the conditions of the child's life, which must include –
 - (i) an assessment of the developmental, therapeutic and other needs of the child;
 - (ii) details of family preservation services that had been considered or attempted; and
 - (iii) a documented permanency plan taking into account the child's age and developmental needs aimed at achieving stability in the child's life and containing the prescribed particulars; and
 - (b) consider the best way of securing stability in the child's life, including whether such stability could be secured by –
 - (i) leaving the child in the care of the parent or care-giver under the supervision of a designated social worker, provided that the child's safety and well-being must receive first priority;
 - (ii) placing the child in alternative care for a limited period to allow for the reunification of the child and the parent or care-giver with the assistance of a designated social worker;
 - (iii) placing the child in alternative care with or without terminating parental responsibilities and rights of the parent or care-giver;
 - (iv) making the child available for adoption; or

³⁴¹ Sien verder aa 147-149 vir verdere bepalings in verband hiermee.

- (v) issuing instructions as to the evaluation of progress made with the implementation of the permanency plan at specified intervals.
- (2) A designated social worker facilitating the reunification of a child with the child's family in terms of subsection (1)(b)(ii) must –
 - (a) investigate the causes why the child left the family home;
 - (b) address those causes and take precautionary action to prevent a recurrence; and
 - (c) provide counselling to both the child and the family before and after reunification
- (3) ...
- (4) When issuing an order involving the removal of the child from care of the child's parent or caregiver the court may include in the court order instructions as to the implementation of the permanency plan for the child.

Hierdie artikel bepaal dus “indirek” dat maatskaplike werkers gesinne wat onder hulle sorg kom aan “family preservation services” moet blootstel. Verder moet daar ook ’n “permanency plan” opgestel word ten opsigte waarvan die kind se ouderdom en die kind se ontwikkelingsbehoefte ten einde stabiliteit te bewerkstellig, in ag geneem word. Artikel 157(1)(b) het die doel voor oë om op die beste moontlike manier stabiliteit in die kind se lewe te probeer vestig en te waarborg. Verder bepaal artikel 157(2) dat die redes waarom die kind uit die sorg van ’n spesifieke persoon geneem is, ondersoek moet word ten einde ’n herhaling van die voorval te voorkom.

Volgens artikel 2(a) van die Kinderwet is die oogmerk van die wet om die behoud en bemagtiging van gesinne te bevorder. Verder bepaal artikel 2(e) dat gemeenskapstrukture ook versterk moet word, welke gemeenskappe van hulp kan wees in die verskaffing van sorg en beskerming aan kinders. Daar word in verskeie artikels erken dat die uitgebreide gesin en die familie van ’n kind waardevolle insette kan lewer in besluitneming ten opsigte van die kind.³⁴² Op hierdie wyse word die ondersteuningsnetwerk van ’n kind en sy of haar gesin ook versterk en kan daar sodoende voorkom word dat die kind in die welsynsisteem opgeneem word.

Artikel 150(3) bepaal dat ’n maatskaplike werker, indien daar bevind word dat ’n kind nie ’n sorgbehoewende kind ingevolge artikel 150(1) of (2) is nie, die nodige maatreëls moet tref om so ’n kind op die volgende wyses by te staan: berading, bemiddeling, voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste, gesinsrekonstruksie en rehabilitasie, gedragsmodifikasie, probleemoplossing en verwysing na ’n ander gepaste gekwalifiseerde persoon of

³⁴² A 6(3) & 70, onder andere.

organisasie.³⁴³ Al die bogenoemde dui op ingrypings ten einde te voorkom dat die verlede herhaal word.

Ingevolge artikel 45(1)(e)(ii) kan 'n kinderhof uitspraak gee in enige aangeleentheid met betrekking tot, onder andere, "the provision of – prevention or early intervention services". Verder kan die kinderhof ook 'n bevel verleen wat voorsiening maak vir "early childhood development services".³⁴⁴ Artikel 46(1)(g)(i), (ii) en (iii) bepaal ook dat 'n kinderhof 'n kind, ouer, enige versorger van die kind of enige persoon wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik kan beveel om homself, haarself of hulself te onderwerp aan vroeë ingrypingsdienste, 'n "family preservation programme" of albei.³⁴⁵

Die SA Regskommissie is van mening dat daar ten opsigte van "voorkoming en vroeë ingryping" 'n intersektorale benadering gevolg moet word. Volgens so 'n benadering moet al die staatsdepartemente verplig word om die welsyn van kinders te beskerm en om voorkomings- en vroeë ingrypingsdienste te lewer. Die rede hiervoor is die feit dat die mishandeling, verwaarlosing en misbruik van kinders 'n komplekse verskynsel is wat dui op onderliggende probleme in die gesin, gemeenskap en samelewing. Die staat moet dus, in samewerking met die publiek, strategieë bedink ten einde gesinne en gemeenskappe te bemagtig en te versterk. Daar moet ook 'n veilige omgewing geskep word waarbinne kinders kan funksioneer en tot hul volle potensiaal kan ontwikkel. Die sleutelrolspelers vir hierdie doeleindes sal opvoedingsinstansies, instansies wat gesondheidsorg verskaf, nie-regeringsorganisasies, gemeenskapsgebaseerde organisasies, godsdienstige en kulturele groeperings, tradisionele owerhede, werkgewers en die media wees. Plaaslike regerings sal 'n groot rol speel in die ontwikkeling van veilige en gesonde buurte en in die verskaffing van plekke vanwaar daar ondersteunende en voorkomende dienste gelewer kan word.³⁴⁶ Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat bepalinge ten opsigte van die bogenoemde in 'n nuwe kinderwet saamgevat moet word. Die wetgewer het egter nie hieraan gehoor gegee nie.³⁴⁷

³⁴³ A 150 het nog nie in werking getree nie.

³⁴⁴ A 45(1)(e)(ii).

³⁴⁵ A 45 en 46 het nog nie in werking getree nie.

³⁴⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 311-312 (hfst 9).

'n Ander regstelsel wat, onder andere, voorsiening maak vir "voorkoming en vroeë ingryping" is die Skotse regstelsel. Die Skotse *Children (Scotland) Act, 1995* bepaal dat plaaslike regerings 'n reeks dienste moet lewer ten einde te verhoed dat kinders in die welsynsisteem beland. Artikel 22 van hierdie wet beskryf hierdie dienste as dienste wat benodig word ten einde die welsyn van sorgbehoewende kinders, op welke area dit ook al benodig word, te verseker en te bevorder. Hierdie dienste moet, waar ook al van toepassing, die versorging en grootmaak van kinders deur hul eie gesinne bevorder. In die lewering van sulke dienste, moet die plaaslike regering, sover moontlik, die kind se godsdienstige oortuiging, ras, en kulturele en linguistiese agtergrond in ag neem. Verder vereis artikel 23(3) dat die plaaslike regering, indien die ouers of die voog van so 'n kind dit vereis, die behoeftes en omstandighede van 'n gestremde kind bepaal of vasstel. Die doel met so 'n bepaling of vasstelling is om te verseker dat die plaaslike regering die nodige dienste lewer in ooreenstemming met die spesiale behoeftes wat 'n spesifieke kind mag hê. Die vasstelling van behoeftes en omstandighede deur die plaaslike regering kan ook vereis word indien dit een van die kind se gesinslede is wat gestremd is en nie noodwendig die kind self nie. 'n Persoon wat chronies siek is, word ook gereken gestremd te wees. Volgens artikel 24 moet die plaaslike regering ook die behoeftes en omstandighede van 'n persoon wat 'n gestremde kind versorg of van voorneme is om so 'n kind te versorg, bepaal of vasstel. Die doel van so 'n vasstelling of bepaling is om te verseker dat die plaaslike regering die sorg deur die versorger behoorlik aanvul.

Die SA Regskommissie het, na aanleiding van die bepalings van die Skotse wet, voorgestel dat plaaslike regerings in Suid-Afrika 'n groter rol behoort te speel in die verskaffing en/of fasilitering van dienste met betrekking tot "voorkoming en vroeë ingryping" en die beskerming van die welsyn van kinders. Daar moet wetgewing te dien effekte gepromulgeer word. 'n Nuwe kinderwet behoort, volgens die aanbevelings van die SA Regskommissie, voorsiening daarvoor te maak dat plaaslike regerings, afgesien van die bepalings van artikels 156 en 229 van die Grondwet en ander wetgewing met betrekking tot plaaslike regerings, gebonde moet wees om:³⁴⁸

- (1) Die welsyn van kinders binne die munisipale grense te beveilig en te bevorder.

³⁴⁷ Besonderhede met betrekking tot hierdie voorstelle vir invoeging in 'n nuwe kinderwet kan gesien word in SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* 312-315 (hfst 9).

³⁴⁸ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 325-326 (hfst 9).

- (2) Geïntegreerde ontwikkelingsbeplanning ten opsigte van kindersorgfasiliteite binne die munisipale grense te verseker.
- (3) 'n Register te hou van die totale aantal kinders en hul ouderdomme binne die munisipale gebied. Die doel van so 'n register sal wees om te verseker dat 'n spesifieke munisipaliteit genoegsaam befonds word ten einde voorsiening te maak vir al die kinders binne 'n sekere area. Dit kan ook gebruik word in beplanning ten opsigte van dienste.³⁴⁹
- (4) 'n Behoeftebepaling onder kinders te doen ten einde die spesifieke behoeftes van kinders binne 'n spesifieke area vas te stel. Elke plaaslike regering behoort 'n taakspan aan te stel ten einde hierdie bepaling te doen en 'n begroting in hierdie verband op te stel. So 'n behoeftebepaling moet ten minste elke drie jaar gedoen word. Die formaat van die analise moet statutêr verskaf word.
- (5) Rekord te hou van die getal verlore of verlate kinders, straatkinders en gestremde kinders binne die munisipale grense. Daar moet bystand gelewer word aan sulke kinders ten einde hulle in staat te stel om met menswaardigheid op te groei tussen ander kinders en hul volle potensiaal te bereik. Sulke kinders moet die spesifieke verantwoordelikheid van die plaaslike regering wees. Die plaaslike regering moet toesien dat sulke kinders toegang het tot basiese voeding, skooling, basiese gesondheidsorgdienste en sosiale dienste (ingesluit die opsporing van ander gesinslede en die hereniging met sy of haar gesin).
- (6) Rekord te hou van alle beskikbare kindersorgfasiliteite binne die munisipale grense.
- (7) Geskikte en voldoende ontspanningsfasiliteite binne die munisipale grense aan kinders beskikbaar te stel en te onderhou.
- (8) Te verseker dat die omgewing veilig is vir kinders.
- (9) Kindersorgfasiliteite te inspekteer ten einde te verseker dat daar 'n spesifieke standaard gehandhaaf word. Daar moet in hierdie opsig nasionale standaarde vasgestel word.
- (10) Voorsiening te maak vir tuisbesoeke aan alle pasgebore babas.

Verder behoort geregistreerde diensverskaffers wat dienste aan gesinne lewer, vrygestel te word van die betaling van eiendomsbelasting en tariewe met betrekking tot munisipale

³⁴⁹ A 111 ev van die Kinderwet maak slegs voorsiening vir 'n *nasionale* register tov sorgbehoewende kinders.

dienste.³⁵⁰ Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat daar eenstopdienste gelewer word aan gesinne binne die munisipale grense.³⁵¹

Daar moet verder kennis geneem word van die feit dat tradisionele leiers, soos erken in artikel 211 en 212 van die Grondwet, ook 'n rol kan speel in die beskerming van kinders.³⁵²

7.3 Toegangsregte deur derdes ten opsigte van kinders

Myns insiens kan dit moontlik gebeur dat 'n kind wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan, tydens die siekte of na die dood van die ouer 'n spesiale band met 'n derde persoon sluit. So 'n derde, wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik nie, kan moontlik die kind bystaan in die verwerking van trauma en die kind of selfs die ouer help versorg. So 'n volwassene kan moontlik 'n groot rol in die ondersteuning van die kind speel. By die dood van die ouer kan die nuwe testamentêre of ander voogde van die kind dan moontlik poog om daardie verhouding in die wiede te ry terwyl dit in die beste belang van die kind is om die verhouding voort te sit.

Die staat kan moontlik 'n rol speel in beleidvorming en promulgering van wetgewing met betrekking tot die toegang van persone wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte tot 'n kind beskik nie.

In hierdie stadium het die persone wat oor ouerlike regte en verantwoordelikhede beskik die uitsluitlike sê ten opsigte van die toegang van derdes tot hul kinders. Die SA Regskommissie het tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie posisie nie meer voldoende is nie as gevolg van die veranderde struktuur van die samelewing. Daar kan byvoorbeeld 'n spesiale verhouding ontwikkel tussen 'n kind en 'n persoon, byvoorbeeld 'n ouma of 'n oupa, wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte beskik nie. In sommige gevalle ontstaan daar miskien 'n behoefte dat daar toegangsregte aan so 'n persoon of moontlik 'n stiefouer toegeken word.³⁵³

³⁵⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 326-327 (hfst 9).

³⁵¹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 327 (hfst 9).

³⁵² Sien in die algemeen SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 327 (hfst 9) ev vir 'n bespreking hiervan.

³⁵³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 280 (hfst 8).

Die SA Regskommissie het voorgestel dat wetgewing só verander word dat 'n grootouer of enige ander persoon wat beweer dat daar met die verloop van tyd 'n spesiale band tussen hom of haar en die kind ontstaan het, in staat gestel word om by wyse van hofaansoek toegangsregte ten opsigte van die kind te bekom. So 'n aansoek moet dan na die gesinsadvokaat gestuur kan word vir 'n aanbeveling. Die beste belang van die kind moet van deurslaggewende belang wees in sulke aansoeke.³⁵⁴

Ingevolge die Kinderwet kan enige persoon wat 'n belang het by die versorging, welsyn of ontwikkeling van 'n kind aansoek by die hoë hof, egskeidingshof of kinderhof doen om 'n bevel wat toegangsregte aan so 'n persoon toeken.³⁵⁵ In oorweging van so 'n aansoek moet die hof die volgende in ag neem.³⁵⁶

- (1) Die beste belang van die kind.
- (2) Die aard van die verhouding tussen die applikant en die kind en enige ander relevante persoon en die kind.
- (3) Die graad van betrokkenheid wat die applikant ten opsigte van die kind toon.
- (4) Die mate waarin die applikant tot die onderhoud en die bevalling bygedra het.
- (5) Enige ander relevante faktor wat volgens die hof in ag geneem behoort te word.

Die hof hoef slegs 'n verslag van die gesinsadvokaat, maatskaplike werker of sielkundige aan te vra in gevalle waar dit tot die hof se kennis kom dat daar aansoek gedoen is vir die aanneming van die kind deur 'n ander persoon as die applikant.³⁵⁷

'n Bevel ingevolge artikel 23, welke artikel nog nie in werking getree het nie, raak in geen opsig die ouerlike verantwoordelikhede en regte van die persone wat oor ouerlike verantwoordelikhede en regte ten opsigte van die kind beskik nie.

³⁵⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 280-281 (hfst 8).

³⁵⁵ A 23(1), welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie.

³⁵⁶ A 23(2), welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie.

³⁵⁷ A 23(3), welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie.

7.4 Hersiening van beleid en wetgewing

In die eerste plek is dit, wat betref die inhoud van hierdie paragraaf, belangrik om kennis te neem van die feit dat die Suid-Afrikaanse regering 'n party was tot ondertekening van die Verenigde Nasies se *Declaration on the Commitment on HIV/AIDS*.³⁵⁸ Ingevolge hierdie dokument moes deelnemende state multisektorale en nasionale strategiese planne sowel as finansiering wat die MIV/vigs-pandemie direk aanpak, teen 2003 in plek hê. Daar word verwag dat hierdie strategiese planne ontwikkel word met die hulp van sleutelaandeelhouers wat moontlik die regering, nie-regeringsorganisasies, die private sektor, donateurs, persone wat met MIV/vigs saamleef, navorsers en akademici insluit.³⁵⁹ In 2004 het die *Centre for Applied Legal Studies* 'n oudit van die regering se voldoening aan hierdie bepalinge gelas.³⁶⁰ Die Suid-Afrikaanse regering beskik, onder andere, oor die volgende nasionale beleide met betrekking tot MIV/vigs: 'n *National HIV/AIDS Policy* (Departement van Gesondheid, 1997),³⁶¹ 'n *National Policy on HIV/AIDS*,³⁶² 'n *HIV/AIDS Strategic Plan for 2000-2005*,³⁶³ en 'n verdere aantal beleide met betrekking tot verkragting en MIV/vigs-medikasie.³⁶⁴ Hierdie beleide word nie nou hier in detail bespreek nie. Dit is egter nodig om kennis te neem van die bestaan daarvan.³⁶⁵

Die samestellers van die bovermelde oudit het, onder andere, tot die volgende gevolgtrekkings gekom met betrekking tot die verbetering van die regering se MIV/vigs-beleide:³⁶⁶

³⁵⁸ Die dokument is voorgeleê en onderteken tydens die Verenigde Nasies se "General Assembly, Special Session (UNGASS) on HIV/AIDS", gehou op 25 tot 27 Junie 2001.

³⁵⁹ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 67.

³⁶⁰ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 1.

³⁶¹ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 26.

³⁶² HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 28.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 29-30.

³⁶⁵ Meer inligting oor hierdie beleide kan in die bovermelde bronne verkry word.

³⁶⁶ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 35.

- (1) Implementeringsagentskappe en persone wat met MIV/vigs saamleef se vaardighede met betrekking tot strategiese beplanning en kapasiteit moet ontwikkel word. Eers dan sal bronne vir die effektiewe implementering van MIV/vigs-programme beter gekanaliseer word.
- (2) Die betrokkenheid van gemeenskappe moet vergroot word. Godsdienstige en tradisionele leiers speel hier 'n groot rol. Sodoende sal bewustheid ten opsigte van die aard en die omvang van MIV/vigs vergroot word.
- (3) Programme wat inligting met betrekking tot MIV/vigs onder die breë publiek versprei moet geïmplementeer word. Verder moet die stigma verbonde aan MIV/vigs bekamp word.
- (4) Gemeenskapsgebaseerde programme moet bemagtig word.
- (5) Donateurs moet 'n groter ondersteunende rol speel deur binne die raamwerk van die nasionale strategiese planne te werk. Dit sal geskied indien bronne gekanaliseer word om by nasionale prioriteite aan te sluit eerder as om te fokus op hulle eie afsonderlike projekte.
- (6) Moniterings- en evalueringstelsels moet versterk word.
- (7) 'n Groter verbintenis met betrekking tot leierskap aan regeringskant sal help om stigma en stilte te verbreek. Dit sal ope bekendmaking van MIV-status tot gevolg hê.
- (8) Die beginsels van goeie praktyk moet verbeter word. Dit sal tot gevolg hê dat die aanspreeklikheid van amptelike gesaghebbendes met betrekking tot die bestuur van MIV-fondse en programme, verbeter.
- (9) Desentralisasie en die betrokkenheid van distriks- en streekstrukture in die implementering van MIV/vigs-programme, word benodig.
- (10) 'n Streng mobilisasie-strategie met betrekking tot sowel interne as eksterne bronne, word benodig. Verder moet 'n duidelike strategie ontwikkel word om 'n vennootskap met die private sektor met betrekking tot finansiering te sluit.

Die bovermelde oudit het ook die volgende probleme geïdentifiseer:³⁶⁷

- (1) Die struikelblokke in die pad van die implementering van MIV/vigs-beleid is geïdentifiseer as onvoldoende menslike hulpbronne, swak infrastruktuur en gebrekkige bewustheid. Al hierdie bogenoemde beïnvloed die kwaliteit van vrywillige berading en toetsing.

³⁶⁷ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 40.

- (2) Daar bestaan ook 'n probleem met betrekking tot die beskerming van die privaatheid van MIV-pasiënte en persone wat vir MIV-toetse gaan as gevolg van 'n tekort aan infrastruktuur. So, byvoorbeeld, kan vrywillige berading en toetsing in sommige gevalle nie in privaatheid plaasvind nie.
- (3) Moeders kan moontlik deur familieledede gedwing word om babas te borsvoed aangesien daar nog 'n stigma aan MIV/vigs kleef. Sulke moeders kan as gevolg van die stigma nie hul MIV-status bekendmaak nie.
- (4) Die *HIV/AIDS Policy and Strategic Plan* moet bemark en bekend gemaak word aangesien daar steeds groot onkunde, selfs onder die sleutelorganisasies, bestaan.
- (5) Daar moet beter beleide gevorm word ten opsigte van die verspreiding van MIV-medikasie, hetsy voorkomende of behandelende medikasie.

Die Verenigde Nasies het, na jarelange gesprekvoering, in 1998 die *International Guidelines* gepubliseer.³⁶⁸ Hierdie riglyne het die doel voor oë om belangrike leiding aan state, internasionale organisasies, nie-regeringsorganisasies en burgerlike organisasies te voorsien met betrekking tot die ontwikkeling en implementering van effektiewe nasionale strategieë vir die bestryding van MIV/vigs.³⁶⁹ Riglyn 1 bepaal in paragraaf 12 dat “States should establish an effective national framework for their response to HIV which ensures a coordinated, participatory, transparent and accountable approach, integrating HIV policy and programme responsibilities, accross all branches of government.”³⁷⁰ Verdere riglyne sluit die volgende in: in die eerste plek word regerings versoek om gemeenskappe te betrek by gesprekvoering en om gemeenskappe te befonds ten einde hulle in staat te stel om hul aktiwiteite in hierdie verband uit te voer.³⁷¹ In die tweede plek moet state publieke gesondheidswetgewing hersien ten einde te verseker dat dit op 'n voldoende wyse aspekte van publieke gesondheid wat deur MIV/vigs geraak word, aanpak.³⁷² State moet verder toesien dat hul wette met betrekking tot gewone

³⁶⁸ Sien par 3.1 hierbo vir 'n meer volledige verwysing hierna.

³⁶⁹ Sien UNAIDS *International guidelines on HIV and human rights 2006* 9-19 vir 'n opsomming en agtergrond van die riglyne.

³⁷⁰ Sien kl 13 tot 15 vir 'n aanvulling van hierdie riglyn.

³⁷¹ Riglyn 2.

³⁷² Riglyn 3.

oordraagbare siektes nie sonder meer op MIV/vigs toegepas word nie en dat wetgewing ooreenstem met verpligtinge met betrekking tot internasionale menseregte.³⁷³

Die reg is meer as 'n stel regsreëls. Die administrasie, uitvoering en implementering van regsreëls is van net soveel belang as die skep van die regsreëls. Die reg moet gesien word as 'n magtige en gesaghebbende instelling wat die dominante norms en waardes van 'n samelewing reflekteer. Die reg beskik oor die vermoë om nuwe sosiale norms daar te stel. Hierdie vermoë maak van die reg 'n potensiële wapen ten einde die regte van persone geaffekteer deur MIV/vigs te bevorder. Die mate waarin die reg daarin slaag om hierdie regte te bevorder, hang af van die sukses van herkenning en erkenning van die impak van MIV/vigs op verskillende gebiede, van strategiese gedingvoering en van die bevordering van konsensus oor die reg.³⁷⁴ Die staat het reeds by wyse van wetgewing³⁷⁵ en verskeie beleidsdokumente³⁷⁶ erkenning aan die krisis wat MIV/vigs teweegbring, verleen. Die uitdaging lê nou in die implementering en administrasie van hierdie wetgewing en beleid.

Suid-Afrika het reeds die volgende wetgewing in plek wat MIV/vigs direk aanpak:³⁷⁷

- (1) Die Strafwysigingswet 105 van 1997³⁷⁸ maak voorsiening vir hoër minimum strawwe vir 'n eerste oortreder van verkragting. Ingevolge hierdie wet is die minimum

³⁷³ Sien kl 20 vir 'n uiteensetting van die bepalings wat publieke gesondheidswette behoort te bevat.

³⁷⁴ Albertyn C *Using rights and the law to reduce women's vulnerability to HIV/AIDS: A discussion paper* Gender Research Project, Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand, (2000) www.aidslaw.ca (laaste besoek op 4 Februarie 2008) 17.

³⁷⁵ Byvoorbeeld die Kinderwet en die Gelykheidswet.

³⁷⁶ Byvoorbeeld die *Department of Welfare White paper for social welfare: Principles, guidelines, recommendations, proposed policies and programs for developmental social welfare in South Africa* (1997); die Departement van Gesondheid *HIV/AIDS/STD Strategic plan for South Africa 2000-2005* (2000); Departement van Onderwys *National policy on HIV/AIDS for learners and educators in in public schools and students and educators in further education and training institutions* (KG 1926 SK 20372 10/08/1999); Departement van Gesondheid *Draft recommendation for managing HIV infection in children* (Oktober 2001).

³⁷⁷ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 60-61.

³⁷⁸ Soos gewysig deur die Wysigingswet op die Strafwet (Vonnisoplegging) 38 van 2007.

gevangenisstraf vir 'n eerste oortreder minstens 10 jaar, vir 'n tweede oortreder minstens 15 jaar en vir 'n derde of verdere oortreder 'n tydperk van minstens 20 jaar.³⁷⁹

- (2) Ingevolge die Tweede Strafproseswysigingswet 85 van 1997 kan 'n MIV-positiewe persoon wat van verkragting aangekla word slegs onder uitsonderlike omstandighede borg ontvang.
- (3) Die Wet op Mediese Skemas 131 van 1998 bepaal dat geen mediese fonds iemand wat die betalings kan maak mag wegwys nie. Dit sluit persone wat met MIV/vigs saamleef in. Verder bepaal hierdie wet dat siektes wat met MIV geassosieer word nou 'n afsonderlike kategorie onder die voorgeskrewe minimum voordele is. Die voorgeskrewe minimum voordele maak voorsiening vir verpligte dekking van mediese en chirurgiese behandeling van opportunistiese infeksies of gelokaliseerde kwaadaardighede.
- (4) Die Gelykheidswet bevat ook enkele bepalings met betrekking tot MIV/vigs. Die wet definieer byvoorbeeld MIV-status.³⁸⁰ Verder word onregverdige en onbillike weiering van dienslewering uitsluitlik op grond van MIV-status as 'n onbillike praktyk in die versekeringssektor beskryf.³⁸¹
- (5) Die Wet op die Nasionale Beleid vir Gesondheid 116 van 1990 het aanleiding gegee tot die totstandkoming van die *National Policy on Testing for HIV* in Augustus 2000. Hierdie beleidsdokument bepaal die omstandighede waaronder MIV-toetsing uitgevoer mag word. Verder handel dit met berading voor en na die toetsing. Die term "ingeligte toestemming" word ook in hierdie dokument gedefinieer.
- (6) Die *National Policy on HIV/AIDS for Learners and Educators in Public Schools, and Students and Educators in Further Education and Training Institutions* (hierna die "National Policy") is in Augustus 1999 bekendgestel. Hierdie beleid is ingevolge artikel 3(4) van die Wet op Nasionale Onderwysbeleid Act 27 van 1996 gepubliseer.
- (7) Wetgewing wat indirek 'n invloed het op persone wat gebuk gaan onder die las van MIV/vigs is, onder andere, die volgende:³⁸² Artikel 189 van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995, die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -Siektes 130 van 1993, die Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid 85 van 1993, die

³⁷⁹ A 51(2)(b).

³⁸⁰ A 1.

³⁸¹ Die Skedule tot die wet.

³⁸² Sien in die algemeen HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 81 vir 'n uiteensetting van die tersaaklike bepalings.

Wet op Gesondheid en Veiligheid in Myne 29 van 1996, die Wet op Basiese Diensvoorwaardes, die Wet op Gesinsgeweld, die Wet op Keuse, die Wet op Kindersorg, die Wet op Medisyne en Verwante Stowwe 101 van 1965, en die *Amendment of Public Service Regulations (Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act)*.

Wat aanbetref wetgewing en MIV/vigs het die samestellers van die bovermelde oudit deur die *Centre for Applied Social Studies* die volgende voorstelle gemaak:³⁸³

- (1) Selfs in gevalle waar daar wetgewing met betrekking tot MIV/vigs bestaan, word persone verhinder om daarvan gebruik te maak as gevolg van die stigma verbonde aan MIV/vigs. Die stigma moet dus beheer en verhinder word.
- (2) Sommige inheemsregtelike gebruike het steeds tot gevolg dat die sosiale stand van vroue ondermyn word. Dit het tot gevolg dat vroue besonder kwesbaar is as dit kom by MIV/vigs. Wetgewing moet in plek geplaas word ten einde diskriminerende inheemsregtelike gebruike te stop.
- (3) Die burgerlike gemeenskap moet bemagtig word om die nodige vaardighede te ontwikkel om hulle in staat te stel om dialoog te voer met betrekking tot die huidige beleide en wetgewing. Op hierdie manier kan daar druk op die regering uitgeoefen word om hul pligte uit te voer, beloftes na te kom en te voldoen aan internasionale konvensies wat aanbetref beskerming van die regte van persone wat onder die las van MIV/vigs gebuk gaan.
- (4) Die nasionale *AIDS Council* moet gesensitiseer word om sy lede in staat te stel om 'n aktiewe rol te speel. Hulle moet daartoe in staat wees om aan te dring op regshervorming en dan help met die fasilitering daarvan.
- (5) Nie-regeringsorganisasies en donateurs moet hul aktiwiteite diversifiseer en 'n bydrae lewer tot regshulp. Hulle kan ook 'n menseregte-benadering in hul werk volg en inligting en opvoeding met betrekking tot menseregte in hul veldtogte insluit.
- (6) Organisasies moet befonds word ten einde hulle in staat te stel om toets sake met betrekking tot MIV/vigs op te neem. Hulle moet ook in staat gestel word om 'n bydrae te lewer tot regshulp. Verder moet sulke organisasies ook strategieë ontwikkel om hul parajuridiese dienste en kennis uit te brei en beskikbaar te stel in sowel stedelike as plattelandse gebiede.

³⁸³ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 65.

Myns insiens is die volgende veranderinge in beleid en wetgewing wat sorgbehoewende kinders betref, noodsaaklik:

- (1) Die wetgewing met betrekking tot egskedding moet gewysig word ten einde gesinne met 'n MIV-positiewe lid te akkommodeer.³⁸⁴
- (2) Die delikte- en strafreg moet nog gewysig en aangepas word ten einde persone wat deur MIV/vigs geraak en bedreig word (byvoorbeeld in die geval van moeder-na-kind oordrag verkragting) verder te beskerm.
- (3) Die Grondwet moet gewysig word ten einde spesifiek met MIV/vigs as grond vir onbillike diskriminasie te handel.
- (4) Die definisie van die term "gesin" behoort ook te verander in die lig van die groot getal weeskinders, kinders aan die hoof van huishoudings, uitgebreide gesinne wat na kinders omsien en enkelouergesinne.
- (5) Opvoeding bly steeds die belangrikste wapen in die stryd teen MIV/vigs. Die staat moet 'n meer ekstensiewe veldtog loods en beleide in plek kry om mense en gemeenskappe bewus te maak van die oorsake van die siekte, die wyses van oordrag van die siekte van een persoon na 'n ander en die uitwerking van onredelike diskriminasie op die lewe van andere.³⁸⁵
- (6) 'n Veldtog moet geloods word en beleide moet in plek gestel word om MIV-positiewe ouers (veral enkelouers) bewus te maak van die belang van toekomsbeplanning en voorsiening vir die versorging van die kinders by die verswakking en afsterwe van die ouer sowel as die verskillende regsopsies beskikbaar.³⁸⁶
- (7) Die staat moet wetgewing proklameer ten einde voorsiening te maak vir bystandsvogde. Dit is verder uiters belangrik dat die hele Kinderwet spoedig in werking tree.³⁸⁷
- (8) Ten einde die sukses en vooruitgang van kinderwetgewing te waarborg moet die volgende voorwaardes vervul word:³⁸⁸

³⁸⁴ Voorstelle vir verandering is in hfst 5 hierbo gelys.

³⁸⁵ Sien par 7 hieronder vir 'n bespreking van MIV/vigs- en seksvoorligting.

³⁸⁶ Sien par 2 hierbo vir 'n bespreking van toekomsbeplanning.

³⁸⁷ Sien par 2.2.2 hierbo vir 'n bespreking van bystandsvogde itv die Amerikaanse reg.

³⁸⁸ Sloth-Nielsen & Van Heerden "New child care and protection legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 277.

- (a) Institusionele ondersteuning en befondsing.
 - (b) Die verbintenis van politieke leiers en relevante staatsdepartemente.
 - (c) Groot skaalse konsultasie met gemeenskapsleiers en -lede en nie-regeringsorganisasies.
 - (d) Goed-gemikte onderrig en publisiteit voor en gedurende die hervormingsproses.
 - (e) Die Suid-Afrikaanse opstellers van wetgewing moet let op die toeganklikheid van die wetgewing. Verskeie Afrika-state het toeganklikheid tot wetgewing vergemaklik deur algemene taalgebruik en die duidelike identifisering van onderliggende beginsels en doelwitte.
- (9) Beleide moet in plek gestel word ten einde alle persone wat met kinders werk behoorlik op te lei in die betekenis en toepassing van kinderregte.³⁸⁹

7.5 Die beskerming van weeskinders se erfposies

In verskeie dele van Afrika word kinders tradisioneel gesien as die verantwoordelikheid van die vader se familie. Indien die huwelikeremonie van die vader en die moeder nog nie voltrek is nie of indien die familie nie naby aan mekaar is nie, is dit moontlik dat die vader se familie op die bates van die kind kan beslag lê by die dood van die vader. Dit kan ook gebeur indien die moeder te sterwe kom. Eksterne agentskappe kan moontlik die lokale gemeenskappe help om erfregte van kinders te verstaan en te beskerm. Dit is van die uiterste belang dat die uitgebreide gesin en die tradisionele leiers betrek word by die toekomsbeplanning van die ouers ten opsigte van die kinders om te verseker dat daar aan die wense van die ouers uiting gegee word by afsterwe van die ouer. Daar bestaan 'n behoefte aan die opstel van testamente

³⁸⁹ Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *Stell LR* 278.

ten einde die bates en onroerende eiendom van die kinders te beskerm. Verder moet daar regstappe gedoen word, met die hulp van eksterne organisasies, teen familieledede wat op die bates en vaste eiendom van kinders beslag lê.³⁹⁰

Die nalate om kinders teen uitbuitery te beskerm maak inbreuk op hul regte ingevolge artikel 3(2)³⁹¹ en 12³⁹² van die 1989-Konvensie. Verder is kinders wat deur MIV/vigs geraak word meer vatbaar vir wanadministrasie van hul eiendom. Daar word dus op grond van MIV/vigs onregmatig teen hierdie kinders gediskrimineer. Inbreukmaking op hierdie regte dra by tot kinderarmoede en verhoog die waarskynlikheid dat hulle ontnem word van die genieting van die hoogste moontlike standaard van gesondheid en opvoeding soos uiteengesit in die 1989-Konvensie.³⁹³

Suid-Afrika het meer effektiewe maniere om kinders se bates te beskerm. Indien 'n persoon intestaat te sterwe kom of testaat sterf maar nie voorsiening maak vir 'n testamentêre trust nie, of indien daar om watter ander rede ook al geld aan 'n minderjarige weeskind toekom, word die geld in die voogdyfonds inbetaal. Geld wat aan byvoorbeeld kranksinniges, ongebore erfgename ensovoorts toekom word ook in hierdie fonds inbetaal. Hierdie fonds word deur die Boedelwet³⁹⁴ daargestel en die administrasie daarvan word ook ingevolge hierdie wet gereël. Die Meester van die Hoë Hof administreer die voogdyfonds en kan uitbetalings maak aan die

³⁹⁰ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 41. Volgens 'n studie, getiteld *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya*, deur Human Rights Watch ('n afdeling van die Verenigde Nasies) word die erfregte van kinders en vroue in menige Afrika-staat nie gerespekteer of beskerm nie. Daar vind sogenaamde "property-grabbing" plaas. Daar word aangevoer dat hierdie "property-grabbing" veel erger is indien MIV/vigs deel vorm van die prentjie. 'n Verdere studie het getoon dat sekere kulturele praktyke, byvoorbeeld waar 'n vrou van 'n oorledene "vererf" aan en dan in die huwelik tree met 'n manlike familielid, mag bydra tot "property-grabbing" in families deur MIV/vigs geraak. Indien 'n man verloof raak, betaal sy familie 'n bruidsprys waarna die bruid en enige kinders gebore uit die verbintenis as die "eiendom" van die man se familie gesien word. Indien 'n man sterf en sy weduwee is ook MIV-positief, kan die man se familie die weduwee as onbevoeg beskou en self aanspraak maak op die vrou en die kinders se erfdeel. Al meer kinders wat deur MIV/vigs wees gelaat is, word van hul eiendom, roerend sowel as onroerend, ontnem by wyse van "property-grabbing".

³⁹¹ Die reg op "...protection and care... necessary for [their] wellbeing...".

³⁹² Die reg om gehoor te word.

³⁹³ Human Rights Watch: Children's rights Division *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya* 21.

³⁹⁴ Aa 86-93.

minderjarige se voog of kurator. Die uitbetalings is onderworpe aan statutêre reëls en beperkings. Die hof kan in uitsonderlike gevalle magtiging verleen dat die bedrag deur die voog of kurator onttrek word en elders teen beter rente belê word.³⁹⁵

Daar kan op drie vlakke 'n verskil in die lewens van kinders gemaak word in hierdie verband.³⁹⁶

- (1) Op gemeenskapsvlak en binne die gesin self moet daar voorsiening gemaak word vir 'n regsgeldige testament, geboortesertifikate en doodsertifikate. Verder moet tradisionele leiers grond aan grondlose huishoudings, wat “property-grabbing” ervaar of wat nie hul eie grond besit nie as gevolg van verplasing of onsekerheid, toeken.
- (2) Nie-regeringsorganisasies kan ondersteuning verleen aan sorgbehoewende kinders en weduwees. Verder kan hulle individue bystaan in die opstel van testamente en kinders verder bystaan in die oorgangsproses en in voogdy.
- (3) Die regering kan regshulp verleen aan kinders ten einde hul regte te beskerm. Verder kan regsaksie geneem word teen oortreders. Die regering kan ook toesien dat die praktyk van die opstel van testamente en die verkryging van regsgeldige geboorte- en doodsertifikate gevestig word.

Die beskerming van kinders se regte in hierdie verband moet multi-sektoraal aangespreek word. Beplying van die kind se posisie, mediaveldtogte en bespreking met tradisionele leiers en uitgebreide gesinne is noodsaaklik ten einde die kind se erfposisie te beskerm.³⁹⁷

7.6 Sosiale sekuriteit

Jansen van Rensburg³⁹⁸ definieer “sosiale sekerheid” as “...’n versameling van maatreëls wat ondersteuning bied aan persone wat ’n verlies in inkomste of spesifieke koste in die gesig staar.” Gesinne wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan val duidelik in hierdie klas as gevolg van die hoë koste verbonde aan die behandeling van ’n MIV-positiewe gesinslid, die

³⁹⁵ Abrie *et al* *Boedels - beplanning en bereddering* 383-386.

³⁹⁶ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 65.

³⁹⁷ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 42.

³⁹⁸ “Grondwetlike waardes en sosio-ekonomiese regte met verwysing na die reg op sosiale sekerheid” 1999 TRW 44.

versorging van die res van die gesin en die verlies aan inkomste indien 'n ouer bedlêend raak of sterf as gevolg van die siekte.

Artikel 28(1)(c) van die Grondwet bepaal dat elke kind die reg op basiese voeding en gesondheidsorgdienste, skooling en maatskaplike dienste het. Ingevolge artikel 27(3)(c) weer het elkeen die reg op "...maatskaplike sekerheid, met inbegrip van gepaste maatskaplike bystand indien hulle nie in staat is om hulself en hul afhanklikes te onderhou nie." Suid-Afrika het ook 'n aantal internasionale verbondsdokumente, byvoorbeeld die *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*,³⁹⁹ die 1989-Konvensie⁴⁰⁰ en die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*⁴⁰¹ onderteken en/of geratifiseer.⁴⁰² Die bepalings van hierdie dokumente plaas verpligtinge met betrekking tot die onderhoud van kinders en hul gesinne op die staat.

Op nasionale sowel as internasionale vlak het die rol van die gesin in die onderhoud en versorging van kinders verander. Meer vaders is afwesig en neem nie verantwoordelikheid vir die versorging van hul kinders nie. Die verskyning van kinderarmoede geassosieer met enkelouergesinne (gewoonlik 'n gesin waar die ma die enkelouer is), is wydverspreid.⁴⁰³ Die verskyning van MIV/vigs en 'n vermeerdering in die aantal vigs-verwante sterftes het enkelouer-gesinne en die verskyning van kinders aan die hoof van die gesin en huishouding nog meer veralgemeen.

Die *International Guidelines*⁴⁰⁴ bevestig die bepalings in klousule 25 van die *Universal Declaration of Human Rights* met betrekking tot die reg op 'n geskikte lewenstandaard. Hierdie internasionale riglyne bepaal as volg:

³⁹⁹ Hierdie dokument is op 3 Oktober 1994 deur die Suid-Afrikaanse regering onderteken.

⁴⁰⁰ Hierdie dokument is op 16 Junie 1995 deur die Suid-Afrikaanse regering geratifiseer.

⁴⁰¹ Hierdie dokument is op 15 Desember 1995 deur die Suid-Afrikaanse regering geratifiseer.

⁴⁰² Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 259-260 en Clark "The duty of the State to support children in need" 2000 *SALJ* 342. Sien hierdie bronne vir die verskillende klousules in die onderskeie dokumente wat 'n verpligting op die staat plaas.

⁴⁰³ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 261

⁴⁰⁴ Sien par 7.4 hierbo.

Enjoyment of the right to an adequate standard of living is essential to reduce vulnerability to the risk and consequences of HIV infection. It is particularly relevant to meeting the needs of people living with HIV/AIDS, and/or their families, who have become impoverished by HIV/AIDS as a result of increased morbidity due to AIDS and/or discrimination which can result in unemployment, homelessness and poverty. If States introduce priority ranking for such services for resource allocation purposes, then PLHAs and persons with comparable conditions and disabilities should qualify for preferential treatment due to their dire circumstances.⁴⁰⁵

Verder moet regerings toesien dat persone wat onder die las van MIV/vigs gebuk gaan, nie op 'n diskriminerende wyse ontnem word van toegang tot 'n geskikte lewenstandaard en/of sosiale sekerheid en ondersteuningsdienste op grond van hul gesondheidstatus nie.⁴⁰⁶

Menige gesinne wat deur MIV/vigs geïmpakkeer word het 'n dringende behoefte om hul inkomste en bestaansmiddele te herstel, veral in gebiede waar die sosiale ondersteuningsnetwerke nie so sterk is nie. Moontlike sosiale beskermingsdienste sluit welsynsprogramme, die ondersteuning van kinders en weeskinders, publieke werke ten einde werk te skep, staatspensioensisteme, toelaes vir die verligting van armoede en mikrofinansiering in. Verder kan die regering die armstes vryspreek van bybetalings vir mediese dienste.

Clark⁴⁰⁷ voer aan dat die publiek en die staat uiteindelik verantwoordelikheid vir die onderhoud van kinders sal moet aanvaar alvorens enige verbetering in die lewens van Suid-Afrikaanse kinders gewaarborg kan word. Welsynsorganisasies in Suid-Afrika skiet in baie opsigte tekort en daar bestaan 'n groot behoefte aan hervorming van die onderhoudsisteme sowel as sosiale sekerheidsisteme.⁴⁰⁸

Kinders en hul versorgers kan vir verskeie toelaes ingevolge die Wet op Maatskaplike Bystand⁴⁰⁹ aansoek doen. Clark het in 2000 'n aantal punte van kritiek op die ou Wet op Maatskaplike Bystand, 1992 gelewer. Dit blyk dat hierdie punte steeds nie in die nuwe wet

⁴⁰⁵ Par 147.

⁴⁰⁶ Par 148.

⁴⁰⁷ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 263.

⁴⁰⁸ Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* 263-264.

⁴⁰⁹ 13 van 2004. Hierdie wet het die Wet op Maatskaplike Bystand 59 van 1992 in sy geheel herroep.

verbeter is nie. Die huidige stelsel word wyd gekritiseer en kinders deur MIV/vigs geraak word op die volgende wyses daardeur benadeel:

- (1) Dit blyk dat 'n groot aantal van hierdie kinders deur persone versorg word wat nie deur die hof as pleegouers aangestel is nie. Hierdie persone kwalifiseer dus nie vir pleegsorgtoelaes ingevolge die wet nie. Hierdie kinders kwalifiseer slegs vir kinderonderhoudstoelae en net as hulle onder die ouderdom van sewe jaar is.⁴¹⁰ Die kinderonderhoudstoelae word vanaf 2009 verleng tot die kind se vyftiende verjaardag.
- (2) Die sorgafhanklikheidstoelae kan moontlik nie vir 'n MIV-positiewe kind toeganklik wees nie.⁴¹¹
- (3) MIV-positiewe kinders bo die ouderdom van ses jaar ontvang nie gratis mediese behandeling nie.⁴¹²
- (4) 'n Persoon anders as die ouer van die kind wat nie 'n pleegouer van so 'n kind is nie maar wel die primêre versorger, kwalifiseer nie vir kwytstelling van skoolgelde nie. Kinders in hierdie omstandighede woon dikwels nie skool by nie aangesien hierdie versorgers nie skoolgelde en ander uitgawes, byvoorbeeld uniforms, kan bekostig nie.⁴¹³
- (5) Soos hierbo aangetoon, word kinders onder sestien aan die hoof van 'n huishouding en hul afhanklikes ook benadeel.

Die groeiende behoefte aan staatstoelaes en maatskaplike dienste vloei grootliks voort uit die verspreiding van MIV/vigs. Ten spyte van kennis hiervan is daar steeds nie genoegsame voorstelle en aanbevelings in hierdie verband nie. Suid-Afrika benodig 'n sosiale welsynsisteem wat die behoeftes van kinders in die sisteem insluit. Die behoeftes van kinders deur MIV geraak, begin reeds voor die afsterwe van die ouer wanneer huishoudelike inkomste afneem of wanneer die kind 'n siek gesinslid moet versorg.⁴¹⁴ Die stelsel moet ook aangepas word om voorsiening te maak vir al die verskillende vorms van gesinne, insluitend enkelouergesinne en uitgebreide gesinne. Maatskaplike werk en verbeterde gebruik van die

⁴¹⁰ Clark 2000 SALJ 355-356.

⁴¹¹ Clark 2000 SALJ 356.

⁴¹² Clark 2000 SALJ 353.

⁴¹³ Clark 2000 SALJ 356.

⁴¹⁴ Clark 2000 SALJ 353.

opvoedings- en gesondheidsisteme is nodig. Verder moet meer bronne aangewend word vir primêre gesondheidsorg, kontrasepsie, gesubsidieerde dagsorg-fasiliteite vir kinders, laekostebehuising en die bevordering van gemeenskapsgebaseerde jeugorganisasies.⁴¹⁵

Kinders en versorgers van kinders kan vir die volgende toelaes ingevolge die Wet op Maatskaplike Bystand aansoek doen:

- (1) 'n Primêre versorger van 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar is geregtig op 'n kinderonderhoudstoelae (dit is die nuwe toelaes betaalbaar na uitfasering van die ou toelaes).⁴¹⁶ Ingevolge die nuwe 2008-Begroting van die Suid-Afrikaanse regering is die toekenning per kind R220 per maand onder die ouderdom van veertien jaar. Die kinderonderhoudstoelae word vanaf 2009 verleng tot die kind se vyftiende verjaardag.
- (2) 'n Pleegouer kan vir 'n pleegkindtoelae aansoek doen.⁴¹⁷ Ingevolge die nuwe 2008-Begroting van die Suid-Afrikaanse regering is die toekenning R650 per kind per maand.
- (3) 'n Ouer of pleegouer van 'n sorgafhanklike kind kan vir 'n sorgafhanklikheidstoelae aansoek doen.⁴¹⁸ Ingevolge die nuwe 2008-Begroting van die Suid-Afrikaanse regering is die toekenning R940 per kind per maand.

Daar moet kennis geneem word van die feit dat 'n ander persoon as die ouer, voog of bewarende persoon namens 'n kind kan aansoek doen om die kinderonderhoudstoelaag. Regulasie 4(1)(b) bepaal as volg: "A person is eligible for a Child Support Grant in respect of – (b) a maximum of six children, if the children in respect of whom the application for the grand is made are not the said person's biological or legally adopted children."⁴¹⁹ In regulasie 4(2) word die verdere vereistes vir betaling van die toelaag aan die spesifieke persoon dat uiteengesit. Hierdie bepaling is van groot belang vir kinders wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan

⁴¹⁵ Clark 2000 SALJ 354.

⁴¹⁶ A 6.

⁴¹⁷ A 8. Sien in die algemeen Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg's Law of Person's and the Family* 266-267 en Clark 2000 SALJ 351 vir 'n bespreking van die pleegsorgtoelae.

⁴¹⁸ A 7.

⁴¹⁹ GK R162 SK 27316 van 22/02/2005.

en wat na die dood van 'n ouer, voog of bewarende persoon nie oor 'n primêre versorger beskik nie.

7.7 Voorkoming van staatsinmenging

Daar bestaan 'n behoefte dat uitgebreide gesinne en gemeenskappe versterk word om die aantal kinders wat deur die staat in alternatiewe sorg geplaas moet word, te beperk. Hierdie tipe onderneming verlang 'n beduidende verbintenis van bronne deur welsynsorganisasies en sluit in heropleiding van personeel en grootskaalse heroriëntering van sosiale welsynsisteme en prosedures. Hierdie proses kan moontlik die volgende insluit:⁴²⁰

- (1) Dokumentering en uiteensetting van gemeenskapsversorgingsprogramme ten einde die aard en strekking daarvan beter te verstaan.
- (2) Bewusmaking van die betekenis van die konsepte “pleegsorg” en “aanneming” deur gesinne wat nie aan die kind verwant is nie.
- (3) Bevordering van die totstandkoming en ontwikkeling van gemeenskapsversorgingsprogramme, veral in dele van die land waar daar beperkte toegang tot welsynsdepartemente is.
- (4) Vereenvoudiging van die keuringsprosedure van moontlike pleegouers ten einde dit meer kliënt-vriendelik te maak.
- (5) Die ontwikkeling van toepaslike keuringsvorme en -inligting vir gebruik deur vrywillige kindersorgwerkers in die gemeenskap en informele pleegouers.
- (6) Die opleiding van maatskaplike werkers in toesighoudende vaardighede met betrekking tot gemeenskapsorg.
- (7) Die opleiding van vrywilligers in gemeenskapsversorgingsprogramme met betrekking tot keuring van gesinne en toesighouding.
- (8) Die hersiening van regsinstrumente ten einde die erkenning van informele pleegouers en gemeenskapsversorgingsprogramme daar te stel.
- (9) Die hersiening van die toepaslikheid van die huidige pleegsorgtoelae-sisteem welke sisteem slegs voorsiening maak vir betaling van toelae aan formele pleegouers en nie aan informele pleegouers of 'n kind aan die hoof van 'n huishouding nie.

⁴²⁰ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 88-89.

- (10) Die totstandbrenging van multisektorale komitees welke komitees oor die mag moet beskik om gemeenskapsversorgingsprogramme te monitor.

8 DIE ROL WAT DIE GEMEENSAP, DIE UITGEBREIDE GESIN, NIE-REGERINGS-ORGANISASIES EN ANDER EKSTERNE ORGANISASIES IN DIE LEWE VAN SORGBEHOEWENDE KINDERS SPEEL, EN METODEDES OM HIERDIE ROLSPELERS BY TE STAAN

8.1 Inleiding

In die teks hierbo is daar verskeie male verwys na die rol wat die gemeenskap en die uitgebreide gesin in die lewens van sorgbehoewende kinders speel. Myns insiens moet die rol wat hierdie twee ondersteuningsnetwerke in die lewe van sorgbehoewende kinders speel, *nooit* onderskat word nie. Die staat en nie-regeringsorganisasies moet 'n groot gedeelte van hul pogings om die lewe van sulke kinders te vergemaklik op die versterking en ondersteuning van die gemeenskap en die uitgebreide gesin toespits.

Gesinne en gemeenskappe verskaf 90% van die ekonomiese ondersteuning wat tans deur huishoudings wat onder die impak van MIV/vigs gebuk gaan, ontvang word. Indien gesinne krisisse, byvoorbeeld siekte en dood, ervaar, verskaf die uitgebreide gesin en gemeenskap geldskenkings, lenings, voedsel, klerasie en skoolgeld. Verder maak hulle basiese gesondheidsorg moontlik, voorsien hulle die gesin van huishoudelike helpers en voorsien hulle gesinslede van werk.⁴²¹

Tuis- en gemeenskapsgebaseerde programme moet nie gesien word as 'n alternatief tot regeringsgebaseerde programme nie. Dit is wel meer koste-effektief as regeringsgebaseerde programme.⁴²² Dit blyk duidelik dat die regering nie alleen die probleme wat MIV/vigs teweegbring, kan baasraak nie.⁴²³ 'n Beskikbare regeringsinstansie kan ook in sekere gevalle die

⁴²¹ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 11.

⁴²² Sien in die algemeen USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 123 ev vir 'n bespreking van die kostes verbonde aan versorging en ondersteuning van sorgbehoewende kinders.

⁴²³ USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 132.

gemeenskapslede se motivering en gewilligheid om gesinsgebaseerde oplossings te vind en te bied, ondermyn. Verder word fondse in gemeenskappe waar institusies beskikbaar is weggekanaliseer van die inisiatiewe wat poog om kinders binne die gemeenskap te akkommodeer.⁴²⁴

In die meeste gevalle sien vroue na sorgbehoewende kinders om. Dit blyk dat oorlewende vaders eers nou meer betrokke raak by die versorging van hul kinders. In sommige gemeenskappe is oupas die primêre versorgers. Gemeenskapsgebaseerde benaderings fokus op die ondersteuning van die volwasse versorgers ten einde die kinders te bevoordeel. Al hoe meer sorgbehoewende kinders word in informele pleegsorg “ingestoot” eerder as “ingetrek”. Hierdie feit plaas sulke kinders in ’n uiters kwesbare posisie. Verder kan bejaarde versorgers wat self armoedig is moontlik moeite ervaar om in die nodige ekonomiese, gesondheids-, en sielkundige behoeftes van sorgbehoewende kinders te voorsien. Die kinders ervaar verdere trauma indien sulke bejaarde versorgers sterf.⁴²⁵

Die gemeenskap en/of uitgebreide gesin kan volgens Richter⁴²⁶ op die volgende praktiese gebiede die lewens van sorgbehoewende kinders en hul gesinne verbeter: Die verbetering van inkomste, die verbetering van behuising deur gesamentlike gemeenskaps pogings, die verskaffing van voedsel en gesondheidsorgdienste, die bevordering van onderwys, tuisbesoeke deur vrywilligers ten einde kinders teen verbale, fisieke en seksuele misbruik en mishandeling en arbeidsuitbuiting te beskerm, die beskerming van erfpories en voorsiening in die emosionele en sielkundige behoeftes van sorgbehoewende kinders.

Verder is die gemeenskap ook in die beste posisie om te bepaal wie regtig dringend hulp benodig en wie nie so behoeftig is dat hulp nodig is nie.⁴²⁷

⁴²⁴ UNICEF *A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children* 7.

⁴²⁵ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 16.

⁴²⁶ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 63.

⁴²⁷ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 11.

8.2 Die uitgebreide gesin

Die veiligheidsnet wat die uitgebreide gesin aan sy lede verskaf, is steeds die mees effektiewe wyse om die ekonomiese en sosiale krisis in Sub-Sahara Afrika te hanteer en te absorbeer. Die lede van 'n uitgebreide gesin staan mekaar op sosiale, ekonomiese, psigologiese en emosionele vlak by. Op finansiële vlak neem hierdie bystand dikwels die vorm van stedelik-na-plattelandse, interhuishoudelike oordragte van inkomste aan. Indien 'n oes byvoorbeeld misluk sal die lede van die uitgebreide gesin wat in die stad woon kos aan die plattelandse lede verskaf. Die omgekeerde versorging van die stedelike lede deur die plattelandse lede geld ook. 'n Gesin wat finansiële probleme ondervind as gevolg van MIV/vigs sal byvoorbeeld die kinders stuur om by die ander lede van die uitgebreide gesin te gaan woon en deur hulle versorg te word.⁴²⁸

Oorlewingsmeganismes met betrekking tot weeskinders, is egter kompleks en verskil van gemeenskap tot gemeenskap. In die meeste gemeenskappe in Afrika het die konsep van "aanneming" 'n heel ander betekenis as die Westerse betekenis. Selfs indien die ouers van 'n kind nie dood is nie, kan 'n kind in die sorg van 'n ander geplaas word. Pleegsorg van kinders is 'n wedersydse reëling wat onderlinge voordele vir sowel die natuurlike as die pleegsorggesinne inhou. Pleegsorg deur persone wat nie lede van die uitgebreide gesin is nie, is buitengewoon. Daar word aangevoer dat daar tradisioneel nie weeskinders in Afrika gevind kon word nie aangesien die uitgebreide gesin na die weeskinders omsien het asof hulle die ouers van so 'n kind is.⁴²⁹

In die verlede was die uitgebreide gesin se sin vir versorging van die lede byna perkloos. Selfs indien 'n gesin nie oor die nodige bronne beskik het om na die ander lede van die uitgebreide gesin om te sien nie, is die weeskinders ingeneem en versorg. Vandag raak gesinne steeds in sekere gevalle die impak van dood baas deur te verseker dat die lede van die uitgebreide gesin na die weeskinders omsien. So sal 'n lid van die uitgebreide gesin moontlik in die huis van weeskinders intrek en hulle versorg of andersom.⁴³⁰

⁴²⁸ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 67. Sien ook in die algemeen Decosas *et al Circle of Hope* 18.

⁴²⁹ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 67.

⁴³⁰ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 67-68.

Die uitgebreide gesin en die rol wat die lede op die lewens van sorgbehoewende kinders speel word egter op verskeie maniere verswak. Gevalle van misbruik en uitbuiting van pleegkinders word aangemeld. Verder word uitgebreide gesinne onder spanning geplaas as gevolg van die dramatiese toename in weeskinders waar die ma dood is en weeskinders waar albei ouers dood is. Uitgebreide gesinne is ook deur die migrasie van arbeiders, verstedeliking en die “cash economy” verswak. Daar het ’n afname in lewensverwagting en die grootte van gesinne plaasgevind. Dit is onmoontlik vir ’n uitgebreide gesin van drie of vier generasies om saam te woon. Verder bemoeilik die tekort aan grond die effektiwiteit van bestaanslandbou in die geval van groot gesinne. Nog ’n probleem is die feit dat onderrig met betrekking tot waardes in die skole plaasvind en nie meer deur die ouer geslag nie. Dit het tot gevolg dat die ouer geslag nie meer soveel beheer oor die kinders kan uitoefen nie. Aangesien die middeljarige alternatiewe versorgers, dit wil sê ooms en tantes, van kinders al minder raak en in sommige gevalle weier om die kinders in te neem, moet die grootouers meermale na die kinders omsien. Dit bring miskien korttermyn-verligting mee, maar plaas geweldige druk op senior burgers.⁴³¹

Die uitgebreide gesin dien dus nie as ’n onfeilbare veiligheidsnet vir sorgbehoewende kinders nie en sommige kinders beland in uiters kwesbare omstandighede. Dit sluit in op straat, in omstandighede waar hulle as goedkoop arbeid gebruik word, en in huishoudings waar ’n kind aan die hoof staan.⁴³²

Ingryping op die volgende gebiede kan moontlik die lewe van gesinne wat sorgbehoewende kinders inneem, vergemaklik:⁴³³

- (1) Daar moet voorkom word dat kinders die skool verlaat. Dit kan op die volgende wyses gedoen word:⁴³⁴
- (2) Die feit dat ’n kind moontlik aan gesondheidsrisiko’s blootgestel kan word of moontlik inenting misloop moet voorkom word.

⁴³¹ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* 68-70.

⁴³² Foster Pharoah (red) *A generation at risk?* Hfst 4.

⁴³³ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 66-68. Hier word slegs ’n verkorte weergawe vir kennisname gegee. Die voormelde dokument bevat details.

⁴³⁴ sien verder in die algemeen UNAIDS 2006 *Report on the global AIDS epidemic* 185 in verband met die belang van die instandhouding van onderwys.

- (3) Die risiko dat 'n kind moontlik aan ondervoeding kan lei moet verlag word.
- (4) Die risiko van mishandeling moet uit die weg geruim word
- (5) Die risiko van trauma moet deur emosionele en sielkundige ondersteuning verminder word.

8.3 Gemeenskappe

8.3.1 Inleiding

Wêreldwyd ondervind gemeenskappe MIV-epidemies op verskillende wyses. In sommige gemeenskappe versprei die virus teen 'n vinnige pas en word die sosiale strukture sodoende afgebreek. In ander gemeenskappe weer, versprei die virus maar is daar bykans geen sosiale impak nie. Ander gemeenskappe blyk weer immuun te wees teen die verspreiding van die virus. Daar bestaan al meer bewyse dat meer samehangende en sorgsame gemeenskappe minder ernstige MIV-epidemies ervaar en ook minder ernstig ontwrig word deur gevalle van MIV/vigs. Daar word na hierdie kwaliteit van sommige gemeenskappe verwys as “community competence”. Hierdie eienskappe van 'n gemeenskap word bepaal deur die instansies wat binne so 'n gemeenskap funksioneer, byvoorbeeld die plaaslike regering, die tradisionele regering, godsdienstige instansies en burgerlike organisasies. Binne-in al hierdie instansies funksioneer gemeenskapsgebaseerde groepe, byvoorbeeld vroue-organisasies.⁴³⁵

'n Menigte gemeenskapsgebaseerde organisasie is betrokke by versorgingsprogramme. Daar word aangevoer dat sulke gemeenskapsgebaseerde organisasies 'n primêre rol speel in die voorkoming van die verspreiding van MIV aangesien die lede van so 'n organisasie in direkte kontak is met mense wat deur die virus geraak word.⁴³⁶

Spontane gemeenskapsgebaseerde inisiatiewe om sorgbehoewende kinders en hul gesinne by te staan sluit die volgende in: Gemeenskaplike grond en oeste, die registrasie van weeskinders en tuisbesoek om verligting te bied ten opsigte van kos, klere en die betaling van skoolgelde, tuisgebaseerde versorging van siek persone en hul gesinne, verdeling van arbeid ten einde die versorgers af te los en die kinders in staat te stel om skool by te woon,

⁴³⁵ Decosas *et al* *Circle of hope* 18.

⁴³⁶ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 3.

gemeenskaplike arbeid ten einde verbeterings aan huise en skole aan te bring, organisering van inkomste-genererende aktiwiteite.⁴³⁷

Daar bestaan 'n aantal probleme met gemeenskapsgebaseerde projekte. Tot op datum was die meeste programme sporadies en met stukke en brokke aanmekeer gesit eerder as behoorlik gefundeerde nasionale programme. Verder bestaan daar nie eintlik inligting oor die sukses van programme nie aangesien die programme deur vrywilligers bestuur word wat nie oor die kennis beskik om inligting te versamel en saam te voeg in die vorm van 'n verslag nie. In die derde plek is daar meer programme wat direkte hulp aan sorgbehoewende kinders verleen eerder as om op ontwikkelingsvlak in te gryp, byvoorbeeld om inkomste-genererende aktiwiteite te bevorder. Die staat sal 'n beter poging moet aanwend om die gemeenskap bewus te maak van die probleem en om aksie te stimuleer en volhoubaarheid te bereik deur bevordering van 'n stabiele regering en ondersteuning van die skenkers.⁴³⁸

Verdere probleme sluit die feit in dat daar meestal op die materiële behoeftes van die kinders gefokus word eerder as op hul onderwys en opleiding en die feit dat min programme die probleme aangaande die mediese, sosiale, welsyns- en sielkundige behoeftes van kinders deur MIV/vigs geraak, aanpak. Daar moet aandag gegee word aan sosio-ekonomiese ondersteuning, bevordering van menseregte en regshulp.⁴³⁹

8.3.2 *Geloofsgebaseerde organisasies ("faith-based organisations")*

Nog 'n tipe organisasie wat uit lede van die gemeenskap bestaan, is geloofsgebaseerde organisasies. Hierdie organisasies word gewoonlik deur die verskillende kerke in 'n gemeenskap gestig en is gebaseer op godsdienste en die verantwoordelikhede wat met die uitoefening van geloof gepaardgaan. So 'n organisasie kan moontlik ook 'n interkerklike organisasie wees. Baie gemeenskapslede behoort aan die een of ander vorm van kerk of godsdienstige organisasie.⁴⁴⁰

⁴³⁷ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 16.

⁴³⁸ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 16.

⁴³⁹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 17.

⁴⁴⁰ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 21-22.

Die *Christian Health Associations in Africa*, byvoorbeeld, lewer, in samewerking met gesondheidsdepartemente, in die volgende lande 'n persentasie van die nasionale gesondheidsorg: Lesotho (40%), Zimbabwe (45%), Tanzanië (48%), Liberië (47%), Kenia (40%) en Zambië (30%). Die *World Health Organisation* beraam dat een uit vyf organisasies wat met MIV/vigs gemoeid is, geloofsgebaseerd is. Ten spyte van hierdie belowende statistieke is daar steeds spasie vir uitbreiding van hierdie dienste binne geloofsgebaseerde organisasies. Hierdie organisasies kan, onder andere, 'n rol speel in die bekamping van stigma en diskriminasie en die strekking van onderwys, versorging en ondersteuning uitbrei.⁴⁴¹

Daar moet meer steun verleen word aan sulke geloofsgebaseerde organisasies wat in gemeenskappe en onder individue werk wat deur die impak van MIV/vigs geraak word. Hierdie programme blyk, ten spyte van negatiewe kommentaar hierop, een van die beste metodes te wees om die impak van MIV/vigs op kinders en gemeenskappe te verlig. Uit 'n studie met betrekking tot die impak van geloofsgebaseerde organisasies blyk dit dat hierdie organisasies meer sorgbehoewende kinders en gemeenskappe bereik as wat aanvanklik geglo is. Ten spyte van die feit dat hierdie organisasies redelik klein is, maak hulle 'n groter impak as nie-regeringsorganisasies. Die sukses van hierdie organisasies in Afrika word toegeskryf aan die feit dat versorging en barmhartigheid deel vorm van die kenmerke van godsdiensbeoefening. Godsdienstige organisasies vorm 'n integrale deel van die infrastruktuur van gemeenskappe en verskaf 'n samehangende sosiale netwerk waarbinne geloofsgebaseerde organisasies funksioneer. Dit skep ook 'n rede, buiten vir die tekort aan bronne, vir individue om vrywillige werk te verrig. Geloofsgebaseerde organisasies ontvang gewoonlik geen eksterne finansiële en tegniese hulp van deskundiges nie. Sulke organisasies is bereid om hul eie vrye tyd, vaardighede en bronne aan te wend ten einde die welsyn van sorgbehoewende kinders te verbeter.⁴⁴²

8.3.3 Gemeenskapsgebaseerde organisasies en voorkomingstrategieë

Die effektiewe voorkoming van MIV-infeksie in gemeenskappe verg ingryping op verskeie vlakke aangesien faktore wat riskante seksuele gedrag en ander gedrag beïnvloed op

⁴⁴¹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 21-22.

⁴⁴² *Ibid.*

persoonlike, interpersoonlike en omgewingsvlak (sosiaal, ekonomies en polities) voorkom.⁴⁴³ Daar kan onderskei word tussen gemeenskapswye (“community wide”) programme, gemeenskapsgebaseerde programme en instellings- of institusiegebaseerde programme. Elkeen van hierdie voorkomingsprogramme gaan kortliks bespreek word ten einde die leser ’n idee te gee van die belangrikheid en die moontlike impak van sulke voorkomingstrategieë.⁴⁴⁴

Gemeenskapswye programme teiken proksimale (nabye) en distale (verre) omgewingsfaktore ten einde veranderinge in individuele seksuele gedrag te bewerkstellig.⁴⁴⁵ Die mees algemene gemeenskapswye programme is nasionale MIV/vigs-bewustheidsprogramme. Hierdie programme is beter bekend as inligtings-, opvoedings- en kommunikasieveldtogte (“information, education and communication (IEC) campaigns”). Hier word die klem geplaas op die verskaffing van inligting by wyse van massamedia, byvoorbeeld radio, televisie, koerante en reklameborde. Hierdie programme is nie altyd suksesvol om die hele bevolking, selfs dié lede van die bevolking wat in afgeleë gebiede woon, te bereik nie.⁴⁴⁶ Die Suid-Afrikaanse programme *LoveLife* en *Soul City* is voorbeelde van hierdie tipe gemeenskapswye program.⁴⁴⁷

Massamedia en openbare kommunikasieprogramme word gekenmerk deur hul fokus op massaverspreiding van inligting met betrekking tot MIV/vigs aan die breë publiek. Hierdie programme word ontwerp om in samewerking met ander veldtogte, dienste en aktiwiteite bedryf te word. Die metodiek kan so ontwerp word dat dit, onder andere, kennis van die aard en verspreiding van MIV/vigs bevorder, kondoomgebruik bevorder, hoë-risiko gedrag bestry, en mense inlig oor die beskikbaarheid van dienste en inligting in verband met MIV/vigs. Hierbenewens kan dit ook moontlik gesprek stimuleer, bepleiting (“advocacy”) bevorder,

⁴⁴³ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa 4*.

⁴⁴⁴ Sien in die algemeen HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa 4* vir meer inligting hieromtrent.

⁴⁴⁵ HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa 4*.

⁴⁴⁶ Sien in die algemeen HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa 5* ev vir ’n bespreking van riglyne wat gevolg kan word ten einde sulke programme suksesvol te bedryf.

⁴⁴⁷ Sien in die algemeen HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa 5-11* vir ’n uiteensetting van die riglyne.

publieke bewustheid van MIV/vigs bevorder en ondersteuning vir persone deur MIV/vigs geaffekteer, opbou.⁴⁴⁸

Gemeenskapsgebaseerde ingrypings teiken spesifieke faktore in gemeenskappe ten einde veranderinge teweeg te bring in sosiale waardes en norme wat beskermende gedrag mag teweegbring. Dit fasiliteer ook 'n afname in seksueel riskante gedrag.⁴⁴⁹ Gemeenskapsgebaseerde voorkomingsprogramme kan moontlik op die volgende twee wyses benader word. In die eerste plek kan dit benader word by wyse van deelnemende benaderings wat die program van bo na onder ontwikkel. Daar word dus begin op die vlak waar 'n spesifieke gemeenskap tans is en word dan verder ontwikkel. Programme wat hierdie benadering volg maak gebruik van die aktiewe deelname van die gemeenskapslede aan die implementering van die ingrypingsprojek (byvoorbeeld "peer educators" of opvoeders van dieselfde portuur) of deelname aan sommige of al die stadiums van ontwikkeling en implementering (byvoorbeeld gemeenskapsmobilisasie). In die tweede plek kan gemeenskapsgebaseerde programme moontlik vanuit 'n teoretiese perspektief benader word waar die program 'n voorafbepaalde roete, wyse van aksie of wyse om gedrag te interpreteer, volg.⁴⁵⁰ Hierdie teoreties-gebaseerde benaderings maak gebruik van eksterne idees en verduidelikings van gedrag ten einde verandering van gedragspatrone onder teikenbevolkings teweeg te bring.⁴⁵¹

Gemeenskapsgebaseerde programme wat die eerste benadering volg word al hoe gewilder aangesien daar aangevoer word dat sosiale dinamika net soveel, indien nie meer, invloed oor individuele besluite aangaande seksuele gedrag het as individuele bewustheid. Ingrypingsprojekte waar lede van dieselfde portuurgroep opgelei word om gemarginaliseerde groepe op te voed en in te lig (byvoorbeeld waar 'n prostituut opgelei word as opvoeder van ander prostitute) oor MIV/vigs is om die volgende redes voordelig:⁴⁵²

⁴⁴⁸ Sien in die algemeen USAID *HIV/AIDS, economics and governance in South Africa: Key issues in understanding response* 108.

⁴⁴⁹ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 4.

⁴⁵⁰ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 11.

⁴⁵¹ Hier gaan nie nou ingegaan word op hierdie benadering nie. Sien in die algemeen HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 17.

⁴⁵² HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 12.

- (1) Hoë-risiko groepe word bereik.
- (2) Opvoeders van dieselfde portuurgroep ken die teikengroep en kan van groot hulp wees ten einde ingrypings te ontwikkel wat die spesifieke omstandighede van die groep pas.
- (3) Deur die opvoeders met omsigtigheid uit te kies, kan daar verseker word dat die spesifieke opvoeder erken word as 'n persoon waarna die ander lede van die portuurgroep opsien en 'n persoon wat hulle maklik kan beïnvloed.
- (4) Indien adolessente betrek word as opvoeders van dieselfde portuurgroep by die oordra van die ingrypingsprogram, word 'n groep bereik wat redelik sterk staan in bepleiting ("advocacy").
- (5) Indien opvoeders van dieselfde portuurgroep opgelei word binne die teikengemeenskap, verbeter die kans op volhoubaarheid van die ingrypingsprojek verder as die aanvanklike navorsingstudie.

Hierdie tipe programme blyk nie suksesvol te wees in gevalle waar die "slagoffers" nie oor die nodige mag beskik om hul seksmaats te kies nie, byvoorbeeld vroue in sommige gemeenskappe en kommersiële sekswerkers. Een van die redes hiervoor is die feit dat die onderliggende gemeenskapswaardes wat hierdie tekort aan mag tot gevolg het, nie sonder meer deur opvoeders van dieselfde portuurgroep verander kan word nie.⁴⁵³ 'n Voormalige prostituut kan byvoorbeeld nie die gemeenskapswaardes (of eerder die waardes van kliënte) só verander dat prostitute hul seksmaats kan kies, daarop kan aandring dat hulle 'n kondoom dra of vir 'n MIV-toets gaan nie.

Die voordele van die gemeenskap se deelname aan sommige of al die stadiums van ontwikkeling en implementering, byvoorbeeld by wyse van gemeenskapsmobilisasie, is talryk. Dit is egter wesenlik dat die gemeenskap, wat uiteindelik die ontvangers of opnemers van die ingrypingsprojek sal wees, bemagtig word ten einde hulle in staat te stel om die ingrypingsprojek op 'n betekenisvolle wyse te ontwikkel.⁴⁵⁴

Instellings- of instansiegebaseerde programme verwys na ingrypingsprojekte wat deur instansies, byvoorbeeld gesondheidsdienste, skole en werkplekke bedryf word. Dit verwys

⁴⁵³ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 14.

⁴⁵⁴ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 17.

verder na ingrypingsprojekte wat segmente van die gemeenskap binne die instansie sowel as die geografiese gemeenskap teiken.⁴⁵⁵ Instellingsgebaseerde voorkomingsprogramme vorm 'n belangrike deel van voorkoming. Dit is baie belangrik dat die teikengroep wat deur die voorkomingsprogram bereik moet word, behoorlik bepaal word. Dit is noodsaaklik dat gemeenskapsgebaseerde organisasies, MIV-aktiviste en navorsers die instansies in en om die geografiese gemeenskap wat die gedrag van gemeenskapslede beïnvloed, moet identifiseer. Gesondheidsorggebaseerde voorkomingsprogramme kan moontlik by wyse van die volgende programme bydra tot die voorkoming van die verspreiding van MIV/vigs: vrywillige berading en toetsing, die bevordering van kondoomgebruik en die verspreiding van kondome, die toetsing vir en behandeling van seksueel oordraagbare siektes en die voorkoming van moeder-tot-baba oordrag van MIV/vigs.⁴⁵⁶ Skoolgebaseerde voorkomingsprogramme wat slegs skoolgaande kinders teiken blyk nie so suksesvol te wees soos dié programme wat die breër gemeenskap teiken nie. Verder neig die skole om hierdie voorkomingsprogramme te beheer. Dit is ook nie voordelig nie. Skole behoort slegs as die basis gebruik te word vir voorkomingsprogramme wat nie deur die skool bestuur word nie en wat uitreik na nie-skoolgaande jongelinge en skoolgaande kinders van al die skole in die omgewing.⁴⁵⁷ Daar moet ook kennis geneem word van werkplekgebaseerde voorkomingsprogramme aangesien daar wisselwerking plaasvind tussen werknemers van 'n spesifieke plek en ander lede van die gemeenskap, byvoorbeeld tussen 'n werknemer en sy kinders. Hierdie wisselwerking kan moontlik 'n invloed hê op die voorkoming van MIV/vigs binne 'n spesifieke gemeenskap.⁴⁵⁸

Dit is al verskeie male bewys dat dit noodsaaklik is om 'n omgewing te skep waarbinne gemeenskapslede ten minste bewus is van die gevare van die MI-virus en waar daar openlik en sonder diskriminasie of stigma daaroor gepraat kan word. Uit die bogenoemde blyk dit duidelik dat massamedia 'n rol speel in die eerste stappe van verskaffing van inligting en opvoeding van 'n gemeenskap. Hierdie eerste stap moet egter opgevolg word deur die tweede

⁴⁵⁵ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 4.

⁴⁵⁶ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 20-23.

⁴⁵⁷ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 23-25.

⁴⁵⁸ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 25-27.

wat spesifieke kommunikasie met betrekking tot die bevordering van en instaatstelling tot verandering van hoë risiko-gedrag behels.⁴⁵⁹

Daar bestaan die volgende struikelblokke met betrekking tot die implementering van effektiewe voorkomingsprogramme.⁴⁶⁰

- (1) Teenstrydige boodskappe word deur die staat en ander groepe oorgedra, byvoorbeeld verkondiging van die feit dat MIV nie noodwendig vigs veroorsaak nie. Teenstrydige boodskappe veroorsaak konflik. Hierdie konflik veroorsaak weer dat 'n gemeenskap verdeeld raak, dat daar 'n atmosfeer van agterdog en wantroue heers en ry pogings om sosiale kapitaal in die gemeenskap aan te wend in die wiele. Hierdie konflikte is die meeste van die tyd gewortel in ras, kultuur en ekonomiese samestelling en ongelykhede wat binne 'n spesifieke gemeenskap voorkom.⁴⁶¹
- (2) 'n Gebrek aan unifikasie binne gemeenskappe.
- (3) 'n Algemene weerstandigheid teen gesondheidstechnologie.
- (4) Befondsing.⁴⁶²

Die mees effektiewe metode om hierdie struikelblokke te oorkom is aanmoediging van die betrokkenheid van al die lede van die gemeenskap by ontwikkeling, implementering, monitering en evaluasie van voorkomingsprogramme. Dit kan gedoen word by wyse van opleiding van lede van dieselfde portuurgroep, gemeenskapsmobilisasie en deelname deur belangegroep. Die karaktertrekke van die spesifieke gemeenskap moet egter eerstens ondersoek word en resultate moet geverifieer word deur 'n paneel van gemeenskapslede. Die persone wat die ergste deur MIV/vigs geraak word moet ook betrek word by hierdie proses.⁴⁶³

Van Wyk *et al*⁴⁶⁴ het die volgende aanbevelings gemaak in hierdie verband:

⁴⁵⁹ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 27.

⁴⁶⁰ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 32.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 34.

⁴⁶³ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 33.

⁴⁶⁴ UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS* 34 *ev.*

- (1) Ten einde effektiewe voorkomingstrategieë op gemeenskapsvlak te bevorder moet ingrypingsaktiwiteite strook met oorkoepelende nasionale strategieë.
- (2) Gemeenskapsgebaseerde organisasies en navorsers wat voorkomingsprogramme implementeer, moet aktief poog om die boodskappe wat deur veldtogte met betrekking tot gedragsveranderende kommunikasies, en veldtogte met betrekking tot inligting, onderwys en kommunikasie (*IEC campaigns*) oorgedra word, te bevorder. Dit sal 'n verenigde front tot gevolg hê.
- (3) Daar moet kennis geneem word van die feit dat voorkomingsprogramme, ten spyte van die feit dat dit nie altyd direk tot veranderde gedrag lei nie, 'n enorme rol speel as basis vir verdere en spesifieke ingryping. Hierdie programme moet dus ondersteun word.
- (4) Op regeringsvlak moet nasionale raamwerke ontwikkel word om gemeenskapsaktiwiteite te reguleer. Alle gemeenskapsorganisasies moet verplig word om aan sulke riglyne te voldoen.
- (5) Op provinsiale- of streeksvlak moet 'n sekretariaat geskep word ten einde gemeenskapsorganisasies te ondersteun en te monitor ooreenkomstig nasionale riglyne. Hierdie sekretariaat kan ook forums vir dialoog en samewerking tussen verskillende gemeenskapsorganisasies tot stand bring en as raadgewer optree.
- (6) Verder moet daar op regeringsvlak 'n raamwerk ontwikkel word vir die bevordering van samewerking tussen lokale diensverskaffers en gemeenskapsorganisasies en internasionale borge.
- (7) Daar moet aansporingsbonusse aan akademiese instansies betaal word ten einde navorsingskapasiteit met betrekking tot gemeenskapsorganisasies aan te vul en te versterk. Hierdie instansies kan van groot hulp wees in die implementering van bewysgebaseerde programme en streng evaluering van ingrypings.
- (8) Die regering moet maniere ondersoek om skole, gesondheidsorgdienste en werkplekke wat betrokke is by voorkomingsprogramme te vergoed.
- (9) Die feit dat gemeenskapsprogramme uit voorkomings- én versorgingsprogramme moet bestaan, moet bevorder word. So, byvoorbeeld, kan 'n verskaffer van 'n versorgingsprogram 'n vennootskap vorm met 'n verskaffer van 'n voorkomingsprogram.
- (10) Voorkomingsprogramme wat die jeug teiken moet ook 'n komponent wat behandeling van MIV-positiewe persone aanmoedig, bevat.
- (11) Voorkomingsprogramme en aktiwiteite moet ook MIV-positiewe persone teiken ten einde herinfeksie van hulself en verdere infeksie van hul seksmaats te voorkom.

- (12) Daar kan nie genoeg klem geplaas word op die kwesbaarheid van vroue en dogters nie. Hierdie kwesbaarheid vereis dat voorkomingsprogramme geïnkorporeer word by sosiale ontwikkelingsprogramme.
- (13) Die verskillende gemeenskapsorganisasies wat by dieselfde gemeenskapswerk betrokke is moet saamwerk (dit wil sê mekaar aanvul en voldoende kommunikeer) ten einde die effektiwiteit van hul verskillende dienste te verseker.

8.4 Die ondersteuning van bestaansmiddele (“livelihood support”)

Baie van die probleme wat sorgbehoewende kinders en hul versorgers ervaar spruit voort uit ekonomiese probleme. Daar word geredeneer dat die vermoë van hierdie gesinne om die impak van MIV/vigs te oorkom grootliks afhanklik is van hul vermoëns om hul inkomste te behou of te vergroot. Die basis en stabiliteit van huishoudelike bronne is afhanklik van twee faktore, naamlik die bestaande ekonomiese bronne en bates (byvoorbeeld spaargeld en lewendehawe) en in die tweede plek die vermoë om 'n inkomste te genereer uit aktiwiteite in verband met bestaansmiddele. Ondersteuning vir inkomste-genererende aktiwiteite kan moontlik materiële bystand, krediet aan individue of groepe, verskaffing van tegniese kundigheid en ondersteuning en bystand met betrekking tot die oprigting van kleinskaalse besighede insluit. Daar word voorgestel dat die ondersteuning van bestaansmiddele gesien moet word as 'n element van 'n raamwerk van 'n groter program.⁴⁶⁵

Myns insiens is nog 'n belangrike aspek hiervan die verskaffing van opleiding met betrekking tot die instandhouding van bestaansmiddele. Dit is belangrik dat, onder andere, adolessente opleiding ontvang wat hulle in staat sal stel om inkomste te genereer. Dit is veral belangrik in gevalle waar kinders aan die hoof van 'n huishouding staan en gevalle waar die ouer reeds so siek is as gevolg van MIV/vigs dat hy of sy nie 'n inkomste kan genereer nie.

Die opleiding van adolessente in bemarkbare vaardighede ten einde hulle in staat te stel om 'n inkomste te genereer is ook reeds op verskeie gebiede bepleit en aanbeveel. Daar moet egter gewaak word teen oorlaaiing van 'n spesifieke mark en die uitbuiting van kinders. Alvorens sulke aktiwiteite die primêre bron van inkomste word vir kinders wat deur MIV/vigs geraak word, moet daar 'n sterker band gevestig word tussen inkomste-genererende aktiwiteite en die

⁴⁶⁵ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 47.

verbetering van die welsyn van kinders. Hierdie band moet bevestig word deur navorsing op hierdie gebied.⁴⁶⁶

Daar word aangevoer dat die mees suksesvolle inkomste-genererende projekte daardie projekte is waarvoor die gemeenskapslede reeds oor die nodige vaardighede beskik.

In sommige gevalle is die bevordering van inkomste-genererende aktiwiteite nie die oplossing nie. Die ekonomiese spanning wat die impak van MIV/vigs op sommige gesinne plaas, is so geweldig dat hierdie gesinne nie kan baat vind by inkomste-genererende aktiwiteite nie aangesien hulle nie oor die bronne beskik om die geleenthede te benut nie. So byvoorbeeld beskik hierdie gesinne nie oor alternatiewe versorging van afhanklikes nie, hulle beskik nie oor die nodige klerasie nie, hulle kan nie die nodige vervoer bekostig nie en hulle word deur nood gedryf om van dag tot dag te bedel ten einde 'n lewe te probeer maak.⁴⁶⁷

8.5 Die behoeftes van volwasse versorgers

As gevolg van die verwoestende tol wat MIV/vigs van gesinne en gemeenskappe wêreldwyd eis, raak die las op die skouers van diegene wat agterbly al groter. Hierdie agtergeblewenes moet die weeskinders en die bejaarde afhanklikes versorg. In sekere gevalle moet hulle selfs nog voor die dood van die MIV-positiewe versorger na die afhanklikes omsien aangesien die siek persoon net té siek is om 'n inkomste te genereer. Hierdie agtergeblewe versorgers sluit persone van alle ouderdomme in. Dit kan moontlik 'n bejaarde ouma of oupa wees of 'n adolessent. Dit kan selfs 'n MIV-positiewe persoon wees wat nog gesond genoeg is om 'n inkomste te genereer.

Die struktuur en funksionering van gesinne is besig om te verander as gevolg van MIV/vigs. Alhoewel die lede van die gemeenskap en die uitgebreide gesin die weeskinders absorbeer, geskied dit definitief nie sonder probleme en struikelblokke nie. Sommige voogde ervaar probleme omdat hulle laat in hul lewe 'n nuwe gesin moet begin met weeskinders. Sulke bejaarde ouers ervaar emosionele spanning as gevolg van 'n verlies aan vryheid en die feit dat

⁴⁶⁶ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 50.

⁴⁶⁷ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 52.

hulle moontlik nie in kleiner kinders se finansiële, fisieke en emosionele behoeftes kan voorsien nie. Hulle word ook gefrustreer deur die gedragsprobleme van kinders wat as gevolg van die dood van hul ouers en die daaropvolgende gebeure getraumatiseer is. Hierdie volwassenes self kan moontlik getraumatiseer wees deur die gereelde sterftes onder nabye familielede en vriende.⁴⁶⁸

Die las van versorging word al meer op die skouers van ouer vrouens en jonger dogters geskuif. Bejaarde vroue word dikwels in 'n posisie geplaas waar hulle vir hul eie kinders en kleinkinders moet sorg sowel as die sorgbehoewende kinders van ander persone. Jong dogters word dikwels deur die impak van MIV/vigs op 'n gesin gedwing om die skool te verlaat en na die behoeftes van jonger kinders en 'n siek ouer om te sien. Sulke jong dogters kan moontlik in die proses blootgestel word aan seksuele uitbuiting en MIV-infeksie.⁴⁶⁹

Verder moet volwasse versorgers, of hulle nou MIV/vigs het of nie, so lank moontlik aan die lewe gehou word ten einde hulle in staat te stel om in die sorgbehoewende kinders in hulle sorg se finansiële en emosionele behoeftes te voorsien.⁴⁷⁰

In 'n studie gedoen deur UNAIDS⁴⁷¹ is daar gevind dat die meeste persone wat deur MIV/vigs geraak word, tuis versorg word. 90% van hierdie versorgers is vroue en dogters. Die onvermoë van nasionale gesondheidsisteme om in die behoeftes van MIV-positiewe persone te voorsien, het tot gevolg dat regerings staatmaak op tuisgebaseerde versorging. Die meeste van die versorgers gaan reeds gebuk onder armoede en die addisionele las van versorging dra by tot hierdie behoefte. As gevolg hiervan benodig versorgers, veral vroue en dogters, meer ekonomiese, tegniese en sosiale ondersteuning ten einde hulle in staat te stel om hierdie versorgingsdienste, wat gereeld misgekyk word, te lewer.⁴⁷²

⁴⁶⁸ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 17.

⁴⁶⁹ UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS* 1. Sien verder in die algemeen UNAIDS 2006 *Report on the global AIDS epidemic* 185 in verband met die belang van instandhouding van onderwys.

⁴⁷⁰ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 2.

⁴⁷¹ UNAIDS/UNFPA/UNIFEM *Women and HIV/AIDS: Confronting the crisis*.

⁴⁷² UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS* 1.

'n Studie in Suid-Afrika het getoon dat twee derdes van versorgers in die deelnemende huishoudings vroulik is. 'n Kwart van hierdie vroulike versorgers was ouer as 60 jaar. Verder is dit twee maal meer waarskynlik dat huishoudings in Sub-Sahara Afrika wat deur ouer vrouens bestuur word weeskinders bevat as dié wat deur ouer mans bestuur word. Soveel as 60% van weeskinders, ingesluit kinders wat as gevolg van MIV/vigs wees gelaat is, woon in huishoudings wat deur grootouers bestuur word.⁴⁷³

Huishoudings wat, op welke wyse ook al, deur MIV/vigs geraak word, ondervind 'n verhoging in uitgawes en 'n verlaging in inkomste. Die kumulatiewe finansiële las op hierdie versorgers is substansieel. 'n Studie in Suid-Afrika het getoon dat twee derdes van sulke huishoudings 'n verlies aan inkomste toon en dat 'n derde van die oorblywende inkomste aan gesondheidsorg bestee word. Dit laat nie veel oor vir klerasie, elektrisiteit, kos en ander benodighede nie. Verder word die versorgers se inkomstevermoëns ook geraak aangesien daar nie veel tyd oorbly om wel 'n inkomste te genereer nie aangesien die versorging te veel tyd in beslag neem. Die versorgers se vermoë om skool by te woon en die res van die huishouding te versorg word ook negatief beïnvloed. Hierdeur word 'n bouse kringloop geskep waarvolgens die versorger en hul gesinne meer geneig is om ondervoeding, swak gesondheid of armoede te ervaar. Dit gee weer daartoe aanleiding dat hierdie persone meer vatbaar is vir MIV-infeksie.⁴⁷⁴

'n Navorsingstudie in Uganda het beklemtoon dat volwasse versorgers, ouers en voogde hul eie behoeftes het waarin voorsien moet word ten einde hulle in staat te stel om vir 'n lang periode na die kinders in hul sorg om te sien. Hierdie studie het voorgestel dat die volgende beginsels ingesluit moet word in versorger-ondersteuningsprogramme:⁴⁷⁵

- (1) Kinders wat beïnvloed word deur MIV/vigs moet bereik word alvorens hulle sorgbehoewend raak. Verder moet persone wat met MIV/vigs saamleef in staat gestel word om werk te maak van hul bekommernisse in verband met die toekoms van hul kinders.
- (2) Die gemeenskap moet ingelig word oor en aanspreeklikheid aanvaar aangaande die eiendomsregte van kinders en vroue. Pogings om die opstel van testamente te bevorder

⁴⁷³ UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS 2*.

⁴⁷⁴ UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS 1*.

⁴⁷⁵ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS 17*.

moet verbintnisse deur familieledede en gemeenskapsleiers om die erfgename se eiendomsregte te beskerm insluit. Gemeenskapsleiers en ander leiers moet gemobiliseer word om hierdie regte te help beskerm.

- (3) Daar moet omgesien word na die gesondheidsbehoefte van versorgers. Versorgers moet in staat gestel word om so lank as moontlik na sorgbehoewende kinders om te sien.
- (4) Die kommunikasie tussen die versorgers en die kinders moet verbeter word en versorgers moet berading ontvang met betrekking tot die hantering van moeilike sake, byvoorbeeld ouerlike siekte, ouerlike dood en MIV/vigs- en seksvoorligting. Hierdie beginsel is ook belangrik ten einde te verhoed dat die psigososiale behoeftes van sorgbehoewende kinders oorgesien word.
- (5) Die materiële behoeftes van huishoudings wat deur MIV/vigs geraak word moet aangespreek word, byvoorbeeld by wyse van inkomste-genererende aktiwiteite, beroepsopleiding, verskaffing van kos en klerasie, verbeterings aan huise en die aanpassing van skoolgeld.
- (6) Die moraal van kinders wat onder die impak van MIV/vigs lewe moet verbeter word. Dit kan gedoen word by wyse van ontspanningsaktiwiteite en sport. Indien die moraal van die kinders verbeter sal dit van die spanning wat die versorgers ervaar ook verlig.
- (7) Stigmatisering en diskriminasie ten opsigte van sorgbehoewende kinders en volwassenes wat deur MIV/vigs geraak word moet hokgeslaan word. Die vrees dat hul MIV-status bekend sal word weerhou ouers daarvan om toekomsbeplanning ten opsigte van hul kinders te doen.
- (8) Toekomstige voogde en versorgers moet betrek word by die ingrypingsprojekte.

Verder moet versorgers ingelig word omtrent die voorkoming van MIV/vigs en die versorging van MIV-positiewe persone. Versorgers moet ook sielkundige ondersteuning en berading ontvang ten einde hulle in staat te stel om hul opgelegde en lewensnoodsaaklike taak van versorging te vervul. Daar moet spesiale aandag gegee word aan adollesente, veral dogters, wat as versorgers optree. In menige land staan kinders van so jonk soos agt jaar aan die hoof van huishoudings. Baie van hierdie kinders moet terselfdertyd saamleef met die dood van 'n ouer, familieledede of broer of suster as gevolg van MIV/vigs. Verder word hulle blootgestel aan stigma en diskriminasie en 'n uiters donker toekoms.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ UNAIDS *Support women caregivers: Fight AIDS 2*.

Gemeenskapsgebaseerde en geloofsgebaseerde organisasies kan moontlik die versorgers van sorgbehoewende kinders bystaan deur die oprigting van dagsorgsentrusms vir kinders. Dit kan moontlik die volgende voordele inhou vir die versorgers van sulke kinders: Dit kan verligting bring vir siek of bejaarde versorgers, dit kan surrogaatouers in staat stel om gedurende die dag te werk, dit kan ouer kinders wat na jonger broers en susters omsien in staat stel om in die skool te bly en dit kan opvoedkundige, ontspannende en spirituele ondersteuning aan die kinders wat dit bywoon bied.⁴⁷⁷

8.6 Die rol wat nie-regeringsorganisasies en ander eksterne organisasies in die lewe van sorgbehoewende kinders en hul gesinne speel

Die rol van nie-regeringsorganisasies en ander eksterne organisasies word nie hier in detail bespreek nie. Daar moet slegs kennis geneem word van die bestaan van, of die moontlike rol wat hierdie organisasies in die lewe van sorgbehoewende kinders speel.

Nie-regeringsorganisasies kan die volgende rol speel in die gemeenskappe en huishoudings van kinders wat deur MIV/vigs geraak word: Die verbetering van inkomste, die lewering van insette met betrekking tot die behuisingsprobleem, verbetering van die voedselkrisis, die verbetering van gesondheidsorg, verskaffing van klerasie, hulp met beheer van die onderwyskrisis beheer,⁴⁷⁸ die voorkoming van verbale, fisieke en seksuele mishandeling en arbeidsuitbuiting van sorgbehoewende kinders by wyse van die opleiding van vrywilligers om mishandeling en uitbuiting te herken en dan dienooreenkomstig op te tree, verlening van hulp met regsadvies en die opleiding van gemeenskapsvrywilligers.⁴⁷⁹

Daar bestaan bekommernis oor die harmonie waarin eksterne en gemeenskapsgebaseerde organisasies saamwerk. Eksterne organisasies kan byvoorbeeld die werking van gemeenskapsgebaseerde organisasies ondermyn. Verder kan die staat, byvoorbeeld, indien

⁴⁷⁷ Sien in die algemeen UNICEF *A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children* 16. Sien ook in die algemeen UNAIDS *2006 Report on the global AIDS epidemic* 185 vir die belang van die instandhouding van onderwys.

⁴⁷⁸ Sien verder in die algemeen UNAIDS *2006 Report on the global AIDS epidemic* vir 'n bespreking van die belang van die instandhouding van onderwys.

⁴⁷⁹ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 63.

daar te veel klem op gemeenskapsgebaseerde inisiatiewe geplaas word, steun uit 'n gebied onttrek. Dit moet ten alle koste vermy word.⁴⁸⁰

Vir doeleindes van hierdie proefskrif is dit baie belangrik om kortliks na die sterftes van moeders te verwys aangesien moeders in die meeste gevalle die primêre versorgers van kinders is. Daar bestaan verskeie kulturele en sosiale faktore wat tot gevolg het dat vroue meer kwesbaar vir MIV/vigs is as mans. Jong vroue verkry gewoonlik nie die nodige inligting rakende MIV/vigs en seks nie aangesien hierdie onderwerpe as taboe beskou word. Verder beperk ekonomiese realiteite en sosiale stigmas vroue, en veral jonger vroue, se opsies. Hulle het minder mag, en soms geen mag nie, binne seksuele verhoudings. Selfs indien vroue getroud is, is hulle steeds kwesbaar. Meer as 80% van infeksies kom voor binne huwelike en langtermynverhoudings.⁴⁸¹

Namate moeders al sieker word, is hulle al minder in staat om hul kinders te versorg. Die ouer kinders moet dan poog om die skoene van moeder en siekeversorger vol te staan. Daar bestaan 'n behoefte dat bronne aangewend word om die lewenskwaliteit van die versorgers en die welsyn en ontwikkeling van die kinders te verbeter. Die behoeftes van kinders alleen kan nie aangespreek word nie. Kinders en hul gesinne moet tesame ondersteun word.⁴⁸² Die ander rede waarom moeders ondersteun en beskerm moet word, is die feit dat een derde van babas wat gebore word uit MIV-positiewe moeders, sonder voor- en nageboortelike behandeling, ook die virus opdoen. Slegs die helfte van hierdie babas sal ouer as twee jaar word.⁴⁸³ Moeders en hul kinders het die volgende behoeftes:⁴⁸⁴

- (1) Moeders benodig behoorlike voeding, toegang tot behandeling en finansiële ondersteuning.
- (2) Kinders moet emosioneel ondersteun word en toegang hê tot basiese gesondheidsorg en onderwysopvoeding.

⁴⁸⁰ HSRC *Family and community interventions for children affected by AIDS* 19.

⁴⁸¹ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 3.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 5.

⁴⁸⁴ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 7-9.

- (3) Behandeling vir opportunistiese infeksies. In hierdie stadium sterf die meeste MIV-positiewe persone aan behandelbare opportunistiese infeksies. Indien hulle behandel word vir hierdie infeksies, kan intensiewe behandeling met teen-retrovirale medikasie uitgestel word. So, byvoorbeeld, sterf een derde van MIV-positiewe persone aan tuberkulose. Indien hierdie persone behandeling vir tuberkulose ontvang, kan hul lewens met 'n gemiddeld van drie jaar verleng word. Verder kan sekere simptome, byvoorbeeld hoes en naarheid, tuis behandel word.
- (4) Tuisgebaseerde versorging deur vrywillige gemeenskapslede is ook 'n noodsaaklikheid aangesien dit die moeders toelaat om so lank as moontlik tuis te bly en na hul kinders om te sien. Tuisgebaseerde versorging verminder mediese uitgawes, verbeter toegang tot dienste en verminder die gemeenskap se wanopvattinge met betrekking tot oordrag van die siekte tussen versorgers en pasiënte. Dit het ook tot gevolg dat die gesin reeds 'n ondersteuningsnetwerk het wanneer die siek persoon te sterwe kom.
- (5) Finansiële ondersteuning is baie belangrik aangesien geen gesin behoorlik kan funksioneer sonder die nodige finansiële hulpbronne nie. Sonder geld kan kinders nie skoolgaan nie en kan die gesin nie behoorlik, indien enigsins, eet nie. Die verkryging van toelaes is in menige geval 'n gekompliseerde, duur en burokratiese proses. Een rede hiervoor is die feit dat mense nie altyd oor geboortesertifikate beskik nie.
- (6) Emosionele ondersteuning vir die versorgers is ook uiters belangrik. Hulle kan moontlik met moeilike besluite gekonfronteer word, byvoorbeeld besluite met betrekking tot swangerskap, bekendmaking van hul MIV-status aan hul kinders en toekomsbeplanning vir hul kinders. Hierin kan gemeenskappe 'n groot rol speel.
- (7) Dit is, soos al verskeie male hierbo aangetoon, uiters belangrik dat stigma en diskriminasie bekamp word.

9 GEVOLGTREKKING

Die MIV/vigs-pandemie het reeds, en gaan in die toekoms nog geweldige sosiale veranderinge in Suid-Afrika meebring. Die voorkoms van gemeenskappe sal waarskynlik verander op maniere wat moeilik is om nou voor te stel. In die besonder sal die langtermyngevolge van die trauma wat menige sorgbehoewende kind gaan ervaar enorm wees indien daar nie dringend voldoende psigososiale ondersteuning aan hierdie kinders

verleen word nie.⁴⁸⁵ Voorbeelde van ingrypingsprojekte op plaaslike, nasionale en streeksvlak het getoon dat gemeenskapinstansies, regerings- en internasionale agentskappe wel 'n verskil kan maak in die lewens van sorgbehoewende kinders. Ten spyte van hierdie bewyse en die verskaffing van riglyne oor hoe om hierdie programme te implementeer, blyk die ingrypings tot op datum baie beperk te wees. Dit is gedeeltelik as gevolg van die feit dat sommige bestaande ingrypingsprojekte oorval word met die krisis wat sorgbehoewende kinders meebring. Verdere redes hiervoor is die feit dat daar nie besluitnemers en opinievormers in plek is nie en die onvermoë om te verseker dat beskikbare bronne die gesinne en die gemeenskappe bereik wat na die welstand van sorgbehoewende kinders moet omsien.

Die *United Nations General Assembly* het 'n *Declaration of Commitment on HIV/AIDS*⁴⁸⁶ aanvaar in terme waarvan lede hul tot die MIV/vigs-krisis verbind. Ingevolge hierdie dokument word daar aanvaar dat kinders wat as gevolg van MIV/vigs sorgbehoewend is, spesiale sorg benodig. Ingevolge hierdie dokument het deelnemende state 'n mandaat om te verseker dat hierdie kinders voldoende versorging en ondersteuning ontvang. Indien hierdie mandaat egter nie lei tot daadwerklike aksie op alle vlakke nie, is dit onmoontlik om die krisis te stuit.⁴⁸⁷

Die huidige sisteme, prosedures en benaderings met betrekking tot geval-georiënteerde welsynvoorsiening is nie voldoende om by te hou by die toekomstige impak van die MIV/vigs-pandemie nie en moet vereenvoudig en aangepas word ten einde die groot aantal sorgbehoewende kinders te beskerm. Ondersteuningsnetwerke van die staat en nie-regeringsorganisasies moet die belangrike rol wat die uitgebreide gesin en gemeenskappe in die versorging en voorsiening vir sulke kinders speel erken. Hulle moet verder verseker dat hierdie ondersteuning wat uitgebreide gesinne en gemeenskappe aan die kind verskaf versterk, eerder as ondermyn word.⁴⁸⁸ Die regering moet verantwoordelik gehou word vir die

⁴⁸⁵ Sien in die algemeen HSRC *The development, implementation and evaluation of interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe: A literature review of evidence-based interventions for home-based child-centred development* 13 ev vir voorbeelde van meenskaps-gebaseerde navorsingsprojekte waar die kinders se psigososiale behoeftes nagevors word.

⁴⁸⁶ KI 65-67.

⁴⁸⁷ Germann in Pharoah (red) *A generation at risk?* 108-109.

⁴⁸⁸ Foster in Pharoah (red) *A generation at risk?* hfst 5.

verskaffing van basiese dienste en ondersteuning, ingesluit gesondheidsorg, onderwys en kontantoordragte, aan die burgers wat dit die nodigste het.⁴⁸⁹

Die algemene tekort aan finansiële bronne en die wydverspreide impak van MIV/vigs is primêre uitdagings vir regerings en gemeenskappe wat versorging en behandeling aan geïnfekteerdes sowel as geïnfekteerdes moet lewer. Menige ontwikkelende land beskik nie oor die nodige infrastruktuur met betrekking tot gesondheid ten einde die beskikbaarstelling van teen-retrovirale terapie en publieke gesondheidsdienste te verbeter nie. Die behoefte aan effektiewe voorkomingsprogramme raak nou dringend in die afwesigheid van wye beskikbaarheid van teen-retrovirale terapie in armoedige dele. Selfs in die streke waar teen-retrovirale terapie geredelik beskikbaar is, word daar onherstelbare skade aangerig aan huishoudelike finansiële bronne deur die koste verbonde aan die behandeling van sekondêre infeksies. Kinders ly die meeste hieronder.⁴⁹⁰

Die belang van deelname deur die jeug kan nie genoeg beklemtoon word nie. Kinders verstaan hul eie behoeftes en hulle het 'n reg ingevolge die 1989-Konvensie om gehoor te word. Verder is dit noodsaaklik dat kinders 'n sin van "eiendomsreg" voel ten opsigte van projekte waardeur hulle geraak word.⁴⁹¹ Die jeug kan op verskeie wyses betrek word op die terrein van sosiale integrasie en burgerlike verpligtinge. Daar moet geleenthede geskep word vir jongmense om hul waarde te bevestig en om te put uit die kulturele bronne waarmee hulle identifiseer. Die insette van jongmense moet ook erken en waardeer word. Daar moet forums geskep word ten einde hulle in staat te stel om deel te neem aan besluitnemingsprosesse en beleidsvorming op 'n betekenisvolle wyse. Verder moet hulle geleenthede gegun word om in samewerking met mekaar en met ander generasies op te tree. Verder moet die jeug die geleentheid gegun word om in samewerking met die regering op te tree, en spesifiek op die vlak van plaaslike regering. Die jeug kan deelneem aan gemeenskapsprioriteite en help met die vorming van goeie dienslewering. Die gereelde wanvoorstellings wat deur die media ten opsigte van die jeug en

⁴⁸⁹ Save the Children *Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS* 9.

⁴⁹⁰ HSRC *Community-level interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* 2-3.

⁴⁹¹ UNICEF *A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children* 21.

jeugkultuur geskep word, moet getemper word en daar moet 'n meer gebalanseerde benadering gevolg word.⁴⁹²

Dit is baie belangrik dat kindergesentreerde programme die gesin en die gemeenskap moet versterk. Dit sal tot gevolg hê dat meer gemeenskapslede betrek word deur die skepping van 'n sin van eienaarskap en volhoubaarheid op die lang termyn. Dit is verder belangrik om meer mans by die programme te betrek. Hierdeur sal daar verdere geleenthede geskep word om MIV/vigs te bedwing en voorsiening te maak vir sorgbehoewende kinders. Kinders moet ook, soos reeds verskeie male hierbo aangedui, betrek word by die programme. Hulle kan 'n waardevolle bydrae lewer in die formulering van relevante en aangewese strategieë met die oog op die versorging van sorgbehoewende kinders.⁴⁹³

Tuisgebaseerde versorging van sorgbehoewende kinders moet aangemoedig en ondersteun word. So ook die versterking van gesinne en gemeenskappe ten einde hulle in staat te stel om na die snelgroeiende getal sorgbehoewende kinders om te sien. Programme wat na hierdie kinders omsien het die potensiaal om by sulke kinders vanaf 'n jong ouderdom entrepreneursvaardighede te kweek. Skolingsisteme moet reageer en aanpas by die groeiende aantal sorgbehoewende kinders wat vanaf 'n jong ouderdom gedwing word om volwasse op te tree. Dit beteken dat kurrikula aangepas kan word om meer praktiese vakke aan te bied sodat sulke kinders sekere vaardighede kan aanleer wat hulle in staat sal stel om hulself van werk te voorsien.⁴⁹⁴

Daar bestaan 'n behoefte dat die regsaspekte met betrekking tot die beskerming van die regte van sorgbehoewende kinders bevorder moet word. Dit is essensieel dat hierdie aspekte ook binne gemeenskappe, en veral binne gesinne wat deur MIV/vigs geraak word, bevorder word.⁴⁹⁵

⁴⁹² HSRC *Young people in South Africa in 2005: Where we're at and where we're going* 33-34.

⁴⁹³ HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* 17.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* 18.

Die regering moet sigbare ondersteuning vir sorgbehoewende kinders bied by wyse van die beskikbaarstelling van sorg en die goedkeuring van wetgewing en beleide ten einde die regte van alle kinders, maar veral sorgbehoewende kinders in die lig van die MIV/vigs-pandemie, te beskerm. Insette deur regspraktisyns met betrekking tot die formulering van wetgewing wat die verskillende kulture van 'n spesifieke Afrikastaat in ag neem, is van groot waarde. Nog 'n uitdaging is die identifisering en preservering van positiewe aspekte van die verskillende kulturele praktyke ten einde die nasie in staat te stel om op 'n kreatiewe wyse die huidige situasie baas te raak.⁴⁹⁶

Alle betrokke partye – beleidvormers, die verleners van hulptoelaes, nie-regeringsorganisasies, gemeenskapsgebaseerde organisasies, gesinne en gemeenskappe – moet bewus en sensitief raak vir sorgbehoewende kinders se materiële, opvoedings- en gesondheidsbehoefes sowel as sielkundige behoeftes. Sodoende kan hierdie kinders ontwikkel ten spyte van omstandighede wat hul dwing om op vroeë ouderdom reeds die verantwoordelikhede van volwassenes aan te neem. Daar moet daadwerklike pogings aangewend word om sterker gesins- en gemeenskapsbande te vorm. Dit sal bydra tot die behoorlike versorging van sorgbehoewende kinders en voorkom dat sulke kinders hulself na die strate of kinderprostitusie⁴⁹⁷ wend en in getraumatiseerde jong volwassenes ontaard. Dit is in lyn met die gees van ubuntu.⁴⁹⁸

Al die bogenoemde programme en inisiatiewe kan daartoe bydra dat Afrika met tyd nader beweeg aan onafhanklikheid en selfvoorsiening. Afrika kan slegs wegbeweeg van afhanklikheid by wyse van die formulering van oplossings op grondvlak. Dit beklemtoon die belangrikheid van lokale navorsing om bewysgebaseerde oplossings vir programme op streeksvlak te vind met hulp van buite.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* 18.

⁴⁹⁷ Sien in die algemeen hfst 3 hierbo sowel as Labuschagne 2000 *THRHR* 264 in verband met kinderprostitusie.

⁴⁹⁸ HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* 18. "Ubuntu" beteken medemenslikheid, mededeelsaamheid, barmhartigheid en hulpvaardigheid. Ubuntu word op hierdie stadium wyd in die Suid-Afrikaanse gemeenskappe bevorder.

⁴⁹⁹ HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* 18.

Verder moet die onderwysers deur die Departement van Onderwys toegerus word om die vak “lewensoriëntering” behoorlik aan te bied. MIV/vigs- en seksvoorligting in skole is ’n kragtige wapen in die voorkomingstryd teen MIV/vigs.

Hoofstuk 7

Slot: Voorstelle vir regshervorming

1 INLEIDING

Uit die inhoud van die eerste ses hoofstukke hierbo kan ek een omvattende gevolgtrekking maak: MIV/vigs het 'n enorme, vernietigende, globale impak welke impak *dringend* beperk moet word. In die enger sin het ek gevind dat MIV/vigs 'n enorme impak op die nasionale, provinsiale en plaaslike vlak van regerings wêreldwyd het. In 'n nóg enger sin het MIV/vigs 'n geweldige impak op gemeenskappe en uitgebreide gesinne. Vir persone direk deur MIV/vigs geaffekteer, is die grootste voelbare impak egter, myns insiens, op hul gesinne en individuele gesinslede. In hierdie proefskrif word 'n spesifieke aspek van die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders, as lede van hierdie geaffekteerde gesinne, ondersoek. Ek het die impak van MIV/vigs op die privaatregtelike aspekte van die Suid-Afrikaanse kinderreg ondersoek. Indien die omvang van hierdie proefskrif beskou word, is dit bykans onmoontlik om 'n denkbeeld te vorm van die omvang van 'n proefskrif wat al die moontlike aspekte van die impak van MIV/vigs dek.

Ek het aangedui dat daar 'n kommerwekkende verband tussen die impak van MIV/vigs en armoede bestaan.¹ Armoedige gemeenskappe met ontoereikende infrastruktuur en beperkte toegang tot basiese dienste word die swaarste getref. Armoede vergroot die impak van MIV/vigs op kinders. Terselfdertyd kan veranderinge geassosieer met die siekte en dood van versorgers en broodwinners kinders in toestande van desperate swaarkry indwing.² Die regering sowel as die private sektor sal *dringend* maatreëls in plek moet stel ten einde armoede *daadwerklik* te beveg. Hierdie is slegs 'n waarneming. Oplossings vir hierdie probleem is nie hierbo bespreek nie.

¹ In hfst 3, par 3.1 hierbo is hierdie verband in meer detail aangetoon.

² Sien hfst 3 hierbo vir 'n bespreking van sorgbehoewende kinders. Kinders wat deur MIV/vigs geïmpakkeer word, is sorgbehoewend. Wat egter kommerwekkend is, is die feit dat sulke kinders dikwels, afgesien van MIV/vigs as rede vir sorgbehoewendheid, blootgestel word aan 'n tweede, derde en selfs verdere redes om as sorgbehoewend beskou te word.

Die impak van MIV/vigs is enorm. Dit impakteer op, onder andere sosiale, ekonomiese, persoonlike en opvoedkundige vlak.³ Ons moet, myns insiens, alles binne ons vermoë doen om te poog om hierdie impak te verminder. Dit moet gesien word as 'n belegging in die toekoms van ons eie kinders, die kinders wat direk deur die impak geaffekteer raak en die toekomstige leiers van ons land, wie hulle ookal mag wees.

In hierdie hoofstuk poog ek om die verskillende gedagtes rondom moontlike regshervorming saam te vat. Ek het reeds in hoofstuk 1 aangetoon dat daar 'n dringende behoefte bestaan aan MIV/vigs-spesifieke wetgewing en beleide. Ek het verder aangetoon dat MIV/vigs-reg daardie deel van die reg is wat spesifiek handel met die probleme, geskilpunte en uitdagings wat deur die MIV/vigs-pandemie meegebring word. MIV/vigs-reg strek oor bykans elke veld van die reg. In hierdie proefskrif het ek hoofsaaklik MIV/vigs-reg met betrekking tot die privaatregtelike kinderreg aangerak.⁴

Ek gee dan nou in die onderstaande paragrawe 'n opsomming van my voorstelle vir moontlike regshervorming weer.

2 DIE OUER-KIND-VERHOUDING

Die SA Regskommissie het die volgende voorstelle, waarmee ek saamstem, gemaak in verband met wysigings aan wetgewing met betrekking tot die mediese versorging van kinders:⁵

- (1) Die ouderdom waarop kinders tot mediese behandeling kan toestem moet verlaag word na 12 jaar, maar die ouderdom vir 'n operasie moet op 18 jaar gehou word.⁶
- (2) Die Kaliforniese benadering moet ten opsigte van voorbehoeding en behandeling vir seksueel oordraagbare siektes gevolg word. Ingevolg hierdie benadering is 'n kind van

³ Sien hfst 2 & 3 hierbo vir 'n bespreking van die impak van MIV/vigs op die lewens van kinders.

⁴ Hfst 1, par 2.

⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 474 (hfst 11). Sien verder hfst 4, par 4.15 hierbo vir volledige verwysings in hierdie verband.

⁶ Sien a 129 van die Kinderwet, welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie. Hierdie artikel het ongelukkig nie gevolg gegee aan die SA Regskommissie se voorstel ten opsigte van operasies nie, en bepaal dat kinders ouer as 12 jaar kan toestem tot operasies, mits hulle oor voldoende volwasseheid beskik om die voordele, risiko's maatskaplike en ander implikasies van die operasie te verstaan, en behoorlik bygestaan is deur hulle ouers of voogde [a 129(3)].

enige ouderdom geregtig op verkryging van voorbehoeding en behandeling vir seksueel oordraagbare siektes.⁷

- (3) 'n Versorger van 'n kind wat nie 'n ouer of voog van so 'n kind is nie moet toestemming kan verleen tot mediese behandeling van of uitvoering van 'n operasie op 'n kind indien 'n kind verlate is of sy of haar ouers oorlede is.⁸
- (4) 'n Ouer of voog van 'n kind moet skriftelike toestemming aan die versorger van 'n kind kan verleen ten einde so 'n versorger in staat te stel om toestemming tot mediese behandeling of die uitvoer van 'n operasie te verleen.⁹
- (5) Die *National Health Act*¹⁰ moet gewysig word ten einde voorsiening daarvoor te maak dat kinders bo die ouderdom van 12 geken word in besluite aangaande hul mediese versorging en kinders onder die ouderdom van 12 geken word sover hul vermoëns dit toelaat.
- (6) Artikel 39(1) van die Wet op Kindersorg moet só gewysig word dat die kinderhof in plaas van die minister genader kan word in die gevalle uiteengesit in hierdie artikel.¹¹ Dit wil sê die Zimbabwiese benadering moet gevolg word.¹²
- (7) Die nuwe Kinderwet moet dit eksplisiet stel dat geen kind onderwerp mag word aan enige mediese behandeling of operasie sonder die nodige ingeligte toestemming van die kind of sy of haar ouer of voog nie.¹³
- (8) Mediese behandeling of chirurgiese prosedures moet nie onnodig vertraag word in gevalle waar toestemming ingevolgeartikel 39(1) benodig word nie.¹⁴

⁷ A 134 van die Kinderwet maak slegs voorsiening van toegang tot voorbehoedmiddels vir kinders van 12 jaar en ouer. Hierdie artikel het reeds op 1 Julie 2007 in werking getree.

⁸ A 32 van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree nie.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ 61 van 2003.

¹¹ Sien hfst 4, par 4.5 hierbo vir 'n uiteensetting van hierdie gevalle.

¹² A 129(8) van die Kinderwet. Hierdie artikel het nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree nie.

¹³ A 129(1) van die Kinderwet, welke artikel nog nie by inhandiging van hierdie proefskrif in werking getree het nie.

¹⁴ Die Wet op Kindersorg maak nie 'n spesifieke bepaling in hierdie verband nie.

- (9) Die terme “mediese behandeling”, “operasie” en “ingeligte toestemming” moet gedefinieer word ten einde verwarring te voorkom.¹⁵

Myns insiens behoort artikel 39(4) van die Wet op Kindersorg ook op die volgende wyse aangepas te word: Kinders behoort nie algehele besluitnemingsbevoegdhele te verkry nie aangesien, soos hierbo aangedui, nie alle kinders op dieselfde ouderdom oor die vermoë tot selfbeskikking beskik nie. Die bepalings van die wet behoort slegs as riglyn te dien. Die wet behoort die ouer van die kind tussen die voorgeskrewe ouderdomme die opsie te gee om hom of haar tot die hof te wend indien dit in die beste belang van die kind is. Verder behoort ’n kind onder die voorgeskrewe ouderdom met betrekking tot mediese behandeling en chirurgiese prosedures hom of haar ook tot die hof te kan wend indien so ’n kind van mening is dat ’n ouer nie in sy of haar beste belang optree nie. Verder moet kinders op alle ouderdomme toegang tot voorbehoeding hê. Hierdie toegang moet egter met behoorlike voorligting gepaardgaan. Die Kinderwet moet ook kinders onder die ouderdom van 12 jaar en toegang tot voorbehoeding dek.

Gevalle waar ’n ouer weier om die kind te laat behandel, is netelig. In hierdie opsig is artikel 129 van die Kinderwet,¹⁶ welke artikel nog nie in werking getree het nie, te verwelkom. Ingevolge artikel 129(7)(a) kan die Minister toestemming verleen tot ’n operasie indien die ouers van die kind op ’n onbillike wyse weier om toestemming te verleen of om die kind by te staan. Myns insiens is hierdie bepalings voldoende aangesien die kwessie rondom inmenging van die staat in die private ouer-kind-verhouding ook in gedagte gehou moet word by debatte hierrondom.¹⁷ Ek stem saam met die voorstelle van die van die SA Regskommissie in verband met kinders wat mediese sorg weier. Ingevolge hierdie voorstel behoort kinders onder die ouderdom van 18 jaar en sonder die bystand van die ouer of voog, nie toegelaat te word om mediese behandeling te weier indien sodanige weiering nadelig vir hom of haar blyk te wees nie.¹⁸ Verder moet die kinderhof genader kan word in gevalle waar ’n kind bo die ouderdom van 12 jaar nie met sy of haar ouers saamstem dat mediese behandeling geweier of gestop

¹⁵ Die Kinderwet maak nie ’n spesifieke bepaling in hierdie verband nie.

¹⁶ Sien par 4.9 hierbo vir ’n verwysing na hierdie artikel.

¹⁷ Sien hfst 4, par 5 hierbo in verband met inmenging deur die staat in hierdie verhouding.

¹⁸ Sien hfst 4, par 4.10 hierbo vir ’n meer volledige verwysing na hierdie kwessie.

moet word nie, of in gevalle waar 'n mediese praktisyn van mening is dat sodanige behandeling noodsaaklik is. Die voordele wat artikel 129(10) van die Kinderwet inhou, is ook hier van toepassing.¹⁹

3 EGSKEIDING

Hoofstuk 5 hierbo handel met kinders wat spesiale beskerming benodig aangesien hulle deur egskeiding én MIV/vigs geraak word. Die hoë egskeidingsyfer het tot gevolg dat al meer en jonger kinders veranderende omstandighede in huishoudings ervaar. Verder het geweldige hoë MIV-syfers tot gevolg dat al meer kinders deur egskeiding en MIV/vigs gelyk geraak word. Hertroue van 'n ouer of die aanknoop van ander verhoudings na egskeiding maak so 'n kind se lewe net nog meer kompleks. Sulke kinders moet nuwe verhoudings met stiefouers, -broers en -susters aanknoop.²⁰

Ek het tot die gevolgtrekking gekom dat die impak wat egskeiding op kinders beduidend en potensieel negatief is. Indien 'n gewone egskeiding so 'n intense, verreikende impak op die lewens van kinders toon, hoeveel te meer sal 'n egskeiding waar die een ouer MIV-positief is die lewe van 'n kind beïnvloed? Daar bestaan geweldige publieke vooroordeel en diskriminasie ten opsigte van MIV-positiewe persone en wydverspreide wanopvattinge rondom MIV/vigs. As gevolg hiervan moet die hof 'n daadwerklike poging aanwend om te verseker dat die beste belang van die kind in alle aangeleenthede wat die kind raak van deurslaggewende belang is en nie die MIV-infeksie van die ouer nie. 'n *Per se*-reël dat 'n ouer as gevolg van MIV-infeksie 'n onbekwame ouer is, is 'n ongegronde, ooreenvoudige en ondoeltreffende beginsel wat die beste belang van die kind ondermyn. Al die komplekse mediese, psigologiese en regs-kwessies wat voortspruit uit aangeleenthede waar die ouer se MIV-status ter sprake kom, moet deeglik oorweeg word en die hof moet in ag neem dat elke geval op eie meriete beoordeel moet word.²¹ In hierdie verband kan Suid-Afrika baie by die Verenigde State van Amerika leer.

¹⁹ Sien hfst 4, par 4.9 hierbo vir 'n verwysing na hierdie artikel.

²⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 642 (hfst 14). Sien verder hfst 5, par 1 vir 'n meer omvattende bespreking van die impak van egskeiding en MIV/vigs op 'n kind.

²¹ Mahon "Public hysteria, private conflict: Child custody and visitation disputes involving an HIV infected parent" 1988 *New York University Law Review* 1141. Sien verder hfst 5, par 1 hierbo.

Hoe kan die negatiewe gevolge wat egskeiding vir kinders inhou verminder word? Deur ag te slaan op die stem van die kind, deur konflik te verminder, deur 'n poging aan te wend om gesamentlike bewaring uit te oefen en deur opvoeding, inligting en berading van albei ouers.

Howe wat MIV/vigs-verwante egskeidings hanteer het 'n spesiale verantwoordelikheid om kennis rondom die siekte te verwerf en bekend te raak met beskikbare gemeenskapsbronne. Verder benodig die hofsisteem 'n onbevooroordeelde en geredelik beskikbare bron van inligting en opvoeding rondom MIV/vigs. 'n Forum wat voorstelle in hierdie verband en moontlike wetlike en administratiewe veranderinge ondersoek kan van groot hulp wees.²²

Vigs-verwante egskeidings plaas die dilemmas rondom skuld-egskeidings onder die vergrootglas. Die belangrike vraag is nie of 'n MIV-positiewe party owerspel gepleeg het nie. Dit is ook nie of sy of haar eggenoot hom of haar as gevolg van die siekte verlaat het nie. Die vraag moet eerder gevra word watter gedrag aanleiding gegee het tot opdoen van die siekte, of die party nadat hy of sy positief getoets het verantwoordelik teenoor die res van die gesin opgetree het en in watter mate die staat die gesin kan help om die trauma rondom die egskeiding en die naderende dood van die MIV-positiewe ouer te hanteer. "Skuld" is 'n faktor wat, indien relevant, in ag geneem kan word, maar dit moet nie die hoofoorweging in die toestaan van hofbevele wees nie. Die volgende kan oorweeg word ten einde die egskeidingsreg vir die huidige probleme en behoeftes aan te pas:²³

- (1) Die eliminasië van tradisionele "skuld"-gronde.²⁴ Suid-Afrika is, na die inwerkingtreding van die Egskeidingswet, goed op pad na geen-skuld egskeidings. "Skuld" word egter steeds deur artikel 9 van die Egskeidingswet "gestraf". Geld, eiendom en vigs (as manifestasie van onbehoorlike gedrag) maak van 'n geval waar vigs as egskeidingsgrond aangevoer word, 'n geval van "skuld"-egskeiding waar die hof diskresie kan uitoefen. Ingevolge artikel 9 kan die hof verbeurdverklaring van die vermoënsregtelike voordele van die huwelik gelas. Waar 'n party nie die nodige voorsorgmaatreëls getref het om

²² Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 41. Sien verder hfst 5, par 13 hierbo.

²³ Sien verder hfst 5, par 13.

²⁴ *Ibid.*

aansteking van die ander party te voorkom nie, behoort skuld deur die straf- en die siviele reg “gestraf” te word en nie deur die egskeidingsreg nie.²⁵

- (2) Die toepassing van onderhoudswetgewing en die interaksie daarvan met sosiale sekuriteit en private versekering moet herevalueer word. Dit sal verseker dat ’n toepaslike balans tussen die gesins- en staatsverantwoordelikheid ten opsigte van mediese uitgawes van gesinslede na egskeiding geskep word.²⁶
- (3) Die partye tot ’n egskeiding moet deur middel van verbeterde afdwingende maatreëls gedwing word om hul onderhouds- en bewaringsverpligtinge ten opsigte van die ander party en die kinders ernstig op te neem.²⁷
- (4) Egskeidingsbemiddeling moet aangemoedig word. Die staat moet die nodige meganismes in plek stel ten einde egskeidingsbemiddeling makliker, goedkoper en voordeliger vir die partye te maak.²⁸
- (5) Wetgewing moet daargestel word ten einde toe te sien dat daar op geen manier tydens die egskeidingsproses onbillik teen MIV-positiewe persone gediskrimineer word bloot op grond van die feit dat hulle MIV-positief is nie. ’n MIV-positiewe party in ’n egskeiding moet gesien word as ’n persoon met ’n mediese kondisie en nie as ’n uitgeworpe vigs-lyer nie.²⁹
- (6) Die proses wat die gesinsadvokaat in ondersoek volg moet statutêr voorgeskryf word. Dit is onmoontlik om ’n onspesifieke prosedure te beoordeel. Verder moet die wetgewer die rol van die gesinsadvokaat in egskeidingsbemiddeling spesifiseer. Dit is onmoontlik vir een party om te bevraagteken, regsadvies te verskaf, verslae te skryf, voorstelle te maak en in die hof vir kruisondervraging te verskyn.³⁰
- (7) Daar moet, soos deur die Hoexter-kommissie voorgestel, ’n gesinshof tot stand gebring word. Die gesinsadvokaat kan nie die funksie van so ’n hof vervul nie. Die Wysigingswet

²⁵ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 45.

²⁶ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 41.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Schepard 1989 *Family Law Quarterly* 42.

³⁰ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 123-125.

- op Landdroshowe maak voorsiening vir so 'n hof. Hierdie wet het egter nog nie in werking getree nie.³¹
- (8) Die SA Regskommissie het voorgestel dat artikel 6 van die Egskeidingswet gewysig word ten einde die hof in staat te stel om 'n belanghebbende derde party aan te stel om 'n kind te ondersteun tydens die egskeidingsproses. So 'n party (byvoorbeeld 'n lid van die kind se uitgebreide gesin) sal dan na die beste belang van die kind omsien en moontlik tydelike bewaring en ouerlike verantwoordelikheid ten opsigte van die kind verkry.³²
- (9) Die SA Regskommissie het voorgestel dat die Aanhangel A-vorm gewysig word ten einde voorsiening te maak vir die siening van die kind.³³
- (10) Tensy daar getuienis bestaan wat die teendeel bewys, moet die hof aanvaar dat dit in die beste belang van die kind is om volgehoue kontak met albei ouers te behou.³⁴ Die Kinderwet moet gewysig word sodat die kontrolelys van faktore wat in ag geneem word by die bepaling van die beste belang van die kind, nie meer 'n geslote lys is nie. In hierdie verband kan by Australië kers opgesteek word
- (11) Die SA Regskommissie het verder voorgestel dat die begrippe “bewaring” en “toegang” verander word na onderskeidelik “versorging” en “kontak”. Alle betrokke wetgewing moet dienoreenkomstig gewysig word. Verder moet die proses van ouerlike besluitneming voor egskeiding net so voortgesit word na egskeiding. Die rede hiervoor is 'n poging om konflik tot 'n uiterste minimum te beperk.³⁵ Die nuwe Suid-Afrikaanse Kinderwet het hierdie begrippe (“care” in plaas van bewaring en “contact” in plaas van toegang) in artikel 1 gedefinieer.
- (12) Die egskeidingshof moet in staat gestel word om by enige aanduiding of beskuldiging van die teenwoordigheid van enige vorm van kindermishandeling die aangeleentheid na die kinderhof vir ondersoek te verwys. Dit sal die konflik in egskeidingsaangeleenthede

³¹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 127.

³² SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 654 (hfst 14).

³³ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 656 (hfst 14).

³⁴ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 657 (hfst 14).

³⁵ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 659 (hfst 14). Sien Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter* 130 vir kritiek op hierdie begrippe.

beperk deurdat die rede om valse verklarings af te lê verwyder word. Verder bied dit die nodige beskerming aan kinders.³⁶

- (13) Die “tender years doctrine” en beginsel van moederlike voorkeur moet geskrap word.³⁷
- (14) Albei ouers moet inligting en rekords rakende die kind se ontwikkeling en sosiale aktiwiteite ontvang. Hierdie verantwoordelikheid moet by die bewarende ouer lê.³⁸
- (15) Dit is baie belangrik dat verpligte inligtings- en opleidingsprogramme vir ouers na egskeding ingestel word. Hierdeur sal albei ouers ingelig en opgelei word in verband met die impak van egskeding en voortgesette konflik op kinders en opgelei word in wyses om hierdie impak te verlig en te beperk.³⁹
- (16) Die howe moet meer bereid wees om ingeligte bevele vir gesamentlike bewaring te verleen.⁴⁰

Alle ouers wat om watter rede ook al aansoek doen dat die huidige reëling met betrekking tot kinders gewysig word, moet verplig word om 'n ouerskapsplan by die hof in te dien. Dit sal toepassing vind by, byvoorbeeld, egskedingsbevele en aansoeke om wysiging van egskedingsbevele. Ouerskapsplanne moet reëlins met betrekking tot elke ouer se verantwoordelikhede en regte, verblyf van die kinders, toegang tot die kinders, besluitneming ten opsigte van die kinders, onderhoud, dispuutbeslegting en verskaffing van inligting met betrekking tot die kinders insluit. Verder moet daar voorsiening gemaak word vir volgehoue kontak met die kind se uitgebreide gesin indien dit in die beste belang van die kind is, byvoorbeeld grootouers, broers en susters en ander familieledede.⁴¹

³⁶ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 662 (hfst 14).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 662C-664 (hfst 14).

⁴⁰ SA Regskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) 664-669 (hfst 14).

⁴¹ Sien hfst 5, par 13, en veral par 8, hierbo.

4 WYSES OM DIE IMPAK VAN MIV/VIGS OP DIE LEWENS VAN KINDERS TE BEPERK

Ek het in hoofstuk 6 hierbo gekyk na wyses om die impak van MIV/vigs op die lewens van *alle* kinders te beperk. Ek maak dan die volgende voorstelle in hierdie verband:⁴²

- (1) Die uitkoms van Amerikaanse wetgewing met betrekking tot die aanstelling van voogde blyk tot dusver uiters positief te wees. Soortgelyke wetgewing is noodsaaklik in Suid-Afrika ten einde die impak van die virus op die lewe van kinders te beperk. Hierdie wetgewing fokus op die beste belang van die kind en verseker dat die impak van veranderende lewensomstandighede by die verswakking of afsterwe van die ouer beperk word. MIV-positiewe enkelouers, die kinders en die voornemende voogde benodig finansiële ondersteuning en regshulp sowel as begrip en simpatie vir hul situasie.⁴³
- (2) Die SA Regskommissie het voorgestel dat 'n nuwe Suid-Afrikaanse kinderwet voorsiening maak vir testamentêre “parent substitutes”. Die kommissie het verder voorgestel dat die wet daarvoor voorsiening moet maak dat die hof 'n “parent substitute” kan aanstel in geval van kinders wat nie 'n persoon het wat ouerlike verantwoordelikhede en regte oor hulle uitoefen nie. Artikel 27 kan gesien word as die Suid-Afrikaanse weergawe van die Amerikaanse “Standby Guardianship”-wetgewing en die “parent substitute” waarna die SA Regskommissie verwys.
- (3) Met verwysing na lewende testamente, moet “advance directives” en “enduring powers of attorney” statutêre erkenning verkry. Dit moet egter duidelik gestel word dat uitvoering van die wense nie neerkom op onregmatige optrede nie. Mediese praktisyns wat die wense van die pasiënt uitvoer moet vrygespreek word van enige straf- of sivilregtelike optrede. Mediese praktisyns moet ook kan weier om ingevolgedie wet op te tree sou dit teen hul beginsels en waardes indruis. Daar moet nie statutêre voorsiening gemaak word vir lewende testamente met betrekking tot aktiewe genadedood nie. Slegs gevalle van passiewe genadedood moet statutêr erken word.⁴⁴

⁴² Hierdie is slegs 'n kort samevatting van die voorstelle.

⁴³ Sien hfst 6, par 2.2.2 hierbo vir 'n volledige bespreking van die Amerikaanse reg hierrondom.

⁴⁴ Hfst 6, par 2.4.

- (4) Die Amerikaanse reg maak voorsiening vir 'n "enduring" volmag. Die Suid-Afrikaanse reg behoort aangevul te word ten einde hierdie tipe volmag statutêr te erken.⁴⁵
- (5) Die regering moet sigbare ondersteuning vir sorgbehoewende kinders bied by wyse van die beskikbaarstelling van sorg en die goedkeuring van wetgewing en beleide ten einde die regte van alle kinders, maar veral sorgbehoewende kinders in die lig van die MIV/vigs-pandemie, te beskerm. Insette deur regspraktisyns met betrekking tot die formulering van wetgewing wat die verskillende kulture van 'n spesifieke Afrika-staat in ag neem, is van groot waarde. Nog 'n uitdaging is die identifisering en preserving van positiewe aspekte van die verskillende kulturele praktyke ten einde die nasie in staat te stel om op 'n kreatiewe wyse die huidige situasie baas te raak.⁴⁶ Daar bestaan die behoefte dat die regering op die volgende wyses gesinne en die gemeenskappe bystaan in die versorging van sorgbehoewende kinders:⁴⁷
- (a) Die staat moet die voortou neem om die reaksie op die MIV/vigs-krisis verder as die gesondheidssektor te voer. Daar moet 'n multisektorale reaksie op die krisis plaasvind.
 - (b) Die ingryping moet vergroot word ten einde in die groot behoefte te kan voorsien.
 - (c) Daar moet beleid gevorm word aangaande die beskerming van kinderregte met betrekking tot onderwys, gesondheid, vererwing en beskerming teen mishandeling en misbruik. Dit sluit in:
 - (i) 'n Verbod op diskriminasie met betrekking tot gesondheidsorg en arbeid en in skole, of enige ander area waar MIV-status moontlik kan aanleiding gee tot diskriminasie.
 - (ii) Plasing en voogdy van kinders wat nie deur 'n volwassene versorg word nie.
 - (iii) Verordening en afdwinging van wetgewing wat kinders en vroue se erfregte beskerm.
 - (iv) Beskerming van kinders teen misbruik en mishandeling, verwaarlosing en seksuele kontak met volwassenes.
 - (v) 'n Verbod op arbeidspraktyke wat skadelik is vir kinders.

⁴⁵ Hfst 6, par 2.5.

⁴⁶ Hfst 6, par 9.

⁴⁷ Hfst 6, par 3.1.

- (vi) Wegdoening met hindernisse in die pad van die voltooiing van skoling.
 - (vii) Beskerming en ondersteuning van straatkinders.
-
- (d) Daar moet ondersteuning van die versorging van kinders wees by wyse van die “budgets of line ministries”.
 - (e) Daar moet infrastruktuur op distriksvlak geskep word ten einde die ondersteuning van die plaaslike bestuur van gemeenskapsogings om op die behoeftes van kinders te reageer, aan te moedig en moontlik te maak.
 - (f) Daar moet 'n verbod op diskriminasie teen sorgbehoewende kinders geplaas word.
 - (g) Mans moet ondersteun en aangemoedig word om vir hul gesinne te sorg.
 - (h) Alle regeringsamptenare wat met MIV-verwante sake en kinders werk moet opgelei word in hierdie verband.
 - (i) Betrokkenheid van nie-regeringsorganisasies en die privaatsektor by die versorging van kinders moet ondersteun en aangemoedig word.
 - (j) Die aktiwiteite van borge, nie-regeringsorganisasies, die privaatsektor en die gemeenskap moet gekoördineer word.
-
- (6) Die regering kan ook op die volgende praktiese gebiede die lewe van sorgbehoewende kinders en hul gesinne verbeter:⁴⁸
- (a) Die verbetering van inkomste.
 - (b) Die verskaffing van behuisingssubsidies aan die behoeftigste gesinne.
 - (c) Die verskaffing van voedsel.
 - (d) Die verskaffing van gesondheidsorgdienste aan sorgbehoewende kinders, opleiding van gesondheidsorgwerkers en immunisasieveldtogte.
 - (e) Die verskaffing van klerasietoelaes aan sorgbehoewende kinders.
 - (f) Die bevordering van onderwys.
 - (g) Kinders moet teen alle vorme van misbruik en mishandeling beskerm word. Die wette teen die mishandeling van kinders moet in plek kom en afgedwing word.
 - (h) Arbeidsuitbuiting van kinders moet voorkom word.
 - (i) Sorgbehoewende kinders se erforsies moet beskerm word.

⁴⁸ Hfst 6, par 3.1. Sien ook hfst 6, par 3.5 vir 'n bespreking van die noodsaaklikheid van hersiening van beleid en wetgewing.

- (j) Daar moet ook van die staat se kant af 'n poging aangewend word om in die emosionele en sielkundige behoeftes van kinders te voorsien.
- (7) Ondersteuningsnetwerke van die staat en nie-regeringsorganisasies moet die belangrike rol wat die uitgebreide gesin en gemeenskappe in die versorging en voorsiening vir sulke kinders speel erken. Hulle moet verder verseker dat hierdie ondersteuning wat uitgebreide gesinne en gemeenskappe aan die kind verskaf versterk, eerder as ondermyn word. Die regering moet verantwoordelik gehou word vir die verskaffing van basiese dienste en ondersteuning, ingesluit gesondheidsorg, onderwys en kontantoordragte aan die burgers wat dit die nodigste het.⁴⁹
- (8) Die staat kan moontlik 'n rol speel in beleidvorming en promulgering van wetgewing met betrekking tot die toegang van persone wat nie oor ouerlike verantwoordelikhede en regte tot 'n kind beskik nie.⁵⁰
- (9) Selfs in gevalle waar daar wetgewing met betrekking tot MIV/vigs bestaan, word persone verhinder om daarvan gebruik te maak as gevolg van die stigma verbonde aan MIV/vigs. Die stigma moet dus beheer en verhinder word.⁵¹
- (10) Sommige inheemsregtelike gebruike het steeds tot gevolg dat die sosiale stand van vroue ondermyn word. Dit het tot gevolg dat vroue besonder kwesbaar is as dit kom by MIV/vigs. Wetgewing moet in plek geplaas word ten einde diskriminerende inheemsregtelike gebruike te stop.⁵²
- (11) Die burgerlike gemeenskap moet bemaagtig word om die nodige vaardighede te ontwikkel om hulle in staat te stel om dialoog te voer met betrekking tot die huidige beleide en wetgewing. Op hierdie manier kan daar druk op die regering uitgeoefen word om hul pligte uit te voer, beloftes na te kom en te voldoen aan internasionale konvensies wat aanbetref beskerming van die regte van persone wat onder die las van MIV/vigs gebuk gaan.⁵³

⁴⁹ Hfst 6, par 9.

⁵⁰ Hfst 6, par 3.3.

⁵¹ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* soos aangehaal in hfst 6, par 7.4.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

- (12) Die nasionale *AIDS Council* moet gesensitiseer word om sy lede in staat te stel om 'n aktiewe rol te speel. Hulle moet daartoe in staat wees om aan te dring op regshervorming en dan help met die fasilitering daarvan.⁵⁴
- (13) Nie-regeringsorganisasies en donateurs moet hul aktiwiteite diversifiseer en 'n bydrae lewer tot regshulp. Hulle kan ook 'n menseregte-benadering in hul werk volg en inligting en opvoeding met betrekking tot menseregte in hul veldtogte insluit.⁵⁵
- (14) Organisasies moet befonds word ten einde hulle in staat te stel om toets sake met betrekking tot MIV/vigs op te neem. Hulle moet ook in staat gestel word om 'n bydrae te lewer tot regshulp. Verder moet sulke organisasies ook strategieë ontwikkel om hul parajuridiese dienste en kennis uit te brei en beskikbaar te stel in sowel stedelike as plattelandse gebiede.⁵⁶
- (15) Wetgewing en beleid met betrekking tot die verskaffing van gesondheidsorgdienste moet aangepas en gewysig word. Tans is slegs kinders onder die ouderdom van ses jaar geregtig op gratis gesondheidsorgdienste. Verder moet die beleid aangaande gesondheidsorgdienste aan MIV-positiewe persone verander word.⁵⁷
- (16) Die delikte- en strafreg moet nog gewysig en aangepas word ten einde persone wat deur MIV/vigs geraak en bedreig word (byvoorbeeld in die geval van moeder-na-kind oordrag en verkragting) verder te beskerm.⁵⁸
- (17) Die Grondwet moet gewysig word ten einde spesifiek met MIV/vigs as grond vir onbillike diskriminasie te handel.⁵⁹
- (18) Die definisie van die term "gesin" behoort ook te verander in die lig van die groot getal weeskinders, kinders aan die hoof van huishoudings, uitgebreide gesinne wat na kinders omsien en enkelouergesinne.⁶⁰

⁵⁴ HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* soos aangehaal in hfst 6, par 7.4.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ My eie opinie gegee in hfst 6, par 7.4.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

- (19) Opvoeding bly steeds die belangrikste wapen in die stryd teen MIV/vigs. Die staat moet 'n meer ekstensiewe veldtog loods en beleide in plek kry om mense en gemeenskappe bewus te maak van die oorsake van die siekte, die wyses van oordrag van die siekte van een persoon na 'n ander en die uitwerking van onredelike diskriminasie op die lewe van andere.⁶¹
- (20) 'n Veldtog moet geloods word en beleide moet in plek gestel word om MIV-positiewe ouers (veral enkelouers) bewus te maak van die belang van toekomsbeplanning en voorsiening vir die versorging van die kinders by die verswakking en afsterwe van die ouer sowel as die verskillende regsopsies beskikbaar.⁶²
- (21) Ten einde die sukses en vooruitgang van kinderwetgewing te waarborg moet die volgende voorwaardes vervul word.⁶³
- (a) Institusionele ondersteuning en befondsing.
 - (b) Die verbintenis van politieke leiers en relevante staatsdepartemente.
 - (c) Groot skaalse konsultasie met gemeenskapsleiers en -lede en nie-regerings-organisasies.
 - (d) Goed-gemikte onderrig en publisiteit voor en gedurende die hervormingsproses.
 - (e) Die Suid-Afrikaanse opstellers van wetgewing moet let op die toeganklikheid van die wetgewing. Verskeie Afrika-state het toeganklikheid tot wetgewing vergemaklik deur algemene taalgebruik en die duidelike identifikasie van onderliggende beginsels en doelwitte.
- (22) Beleide moet in plek gestel word ten einde alle persone wat met kinders werk behoorlik op te lei in die betekenis en toepassing van kinderregte.⁶⁴
- (23) Alle gemeenskapslede moet aangemoedig word om betrokke te raak by die ontwikkeling, implementering, monitering en evaluasie van voorkomingsprogramme.⁶⁵

⁶¹ Sien hfst 6, par 7 vir 'n bespreking van MIV/vigs en seksvoorligting.

⁶² Sien hfst 6, par 2 ivm bystandsvoogde.

⁶³ Sloth-Nielsen & Van Heerden "New child care and protection legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 277 soos na verwys in hfst 6, par 4.7.

⁶⁴ Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *Stell LR* 278 soos na verwys in hfst 6, par 4.7.

⁶⁵ Hfst 6, par 8.3.3.

(24) Daar moet ook omgesien word na die behoeftes van volwasse versorgers, veral moeders.⁶⁶

Die algemene tekort aan finansiële bronne en die wydverspreide impak van MIV/vigs is primêre uitdagings vir regerings en gemeenskappe wat versorging en behandeling aan geaffekteerdes sowel as geïnfekteerdes moet lewer. Menige ontwikkelende land beskik nie oor die nodige infrastruktuur met betrekking tot gesondheid ten einde die beskikbaarstelling van teen-retrovirale terapie en publieke gesondheidsdienste te verbeter nie. Die behoefte aan effektiewe voorkomingsprogramme raak nou dringend in die afwesigheid van wye beskikbaarheid van teen-retrovirale terapie in armoedige dele. Selfs in die streke waar teen-retrovirale terapie geredelik beskikbaar is, word daar onherstelbare skade aangerig aan huishoudelike finansiële bronne deur die koste verbonde aan die behandeling van sekondêre infeksies. Kinders ly die meeste hieronder.⁶⁷

Dit is baie belangrik dat kindergesentreerde programme die gesin en die gemeenskap moet versterk. Dit sal tot gevolg hê dat meer gemeenskapslede betrek word deur die skepping van 'n sin van eienaarskap en volhoubaarheid op die lang termyn. Dit is verder belangrik om meer mans by die programme te betrek. Hierdeur sal daar verdere geleentheid geskep word om MIV/vigs te bedwing en voorsiening te maak vir sorgbehoewende kinders. Kinders moet ook, soos reeds verskeie male hierbo aangedui, betrek word by die programme. Hulle kan 'n waardevolle bydrae lewer in die formulering van relevante en aangewese strategieë met die oog op die versorging van sorgbehoewende kinders.⁶⁸

Tuisgebaseerde versorging van sorgbehoewende kinders moet aangemoedig en ondersteun word. So ook die versterking van gesinne en gemeenskappe ten einde hulle in staat te stel om na die snelgroeiende getal sorgbehoewende kinders om te sien. Programme wat na hierdie kinders omsien het die potensiaal om by sulke kinders vanaf 'n jong ouderdom entrepreneursvaardighede te kweek. Skolingsisteme moet reageer en aanpas by die groeiende aantal sorgbehoewende kinders wat vanaf 'n jong ouderdom gedwing word om volwasse op te

⁶⁶ Hfst 6, par 8.8.

⁶⁷ Hfst 6, par 9.

⁶⁸ *Ibid.*

tree. Dit beteken dat kurrikula aangepas kan word om meer praktiese vakke aan te bied sodat sulke kinders sekere vaardighede kan aanleer wat hulle in staat sal stel om hulself van werk te voorsien.⁶⁹

Alle betrokke partye – beleidvormers, die verleners van hulptoelaes, nie-regeringsorganisasies, gemeenskapsgebaseerde organisasies, gesinne en gemeenskappe – moet bewus en sensitief raak vir sorgbehoewende kinders se materiële, opvoedings- en gesondheidsbehoefte sowel as sielkundige behoeftes. Sodoende kan hierdie kinders ontwikkel ten spyte van omstandighede wat hul dwing om op vroeë ouderdom reeds die verantwoordelikhede van volwassenes aan te neem. Daar moet daadwerklike pogings aangewend word om sterker gesins- en gemeenskapsbande te vorm. Dit sal bydra tot die behoorlike versorging van sorgbehoewende kinders en voorkom dat sulke kinders hulself na die strate of kinderprostitusie wend en in getraumatiseerde jong volwassenes ontaard. Dit is in lyn met die gees van ubuntu.⁷⁰

Afrikaleiers, die Verenigde Nasies en burgerlike gemeenskappe stem saam dat, ten einde die sukses van inisiatiewe in Afrika te verseker, daar kennis geneem moet word van die volgende praktiese punte van aksie:⁷¹

- (1) Die betrokkenheid van parlementêre en godsdienstige leiers moet verseker word. Daar bestaan 'n behoefte aan parlementêre debat oor die hantering van die krisis met betrekking tot sorgbehoewende kinders.
- (2) Elke land se vordering in hierdie verband moet gemonitor en gedokumenteer word en daar moet gereeld verslag gedoen word deur die spesifieke leiers.
- (3) Daar moet 'n universele toegang tot onderwys bestaan. Gratis laerskoolonderwys is dringend nodig. Onderwys is noodsaaklik ten einde die toekoms van sorgbehoewende kinders te verseker.
- (4) Kinders en jong kinders moet betrek word by die ingrypingsinisiatiewe. Soos hierbo aangetoon, moet kinders nie as hulpelose slagoffers beskou word nie. Jong kinders moet

⁶⁹ Hfst 6, par 9.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

betrek word by beleidsvorming, programbeplanning en implementering op sowel nasionale as streeksvlak. Sodanige deelname van jong kinders moet gesien word as bemagtiging.

- (5) Bronne moet reg aangewend en versprei word.
- (6) Vennootskappe, koördinasie en samewerking moet versterk word. Die impak van MIV/vigs is so geweldig dat een enkele ingrypingsinisiatief nie genoegsaam is nie. Rolspelers op alle vlakke en in alle groepe moet saamwerk ten einde sinergie te bevorder. Die verskillende programme moet mekaar komplimenteer.
- (7) Kapasiteit moet op alle vlakke gebou word. So, byvoorbeeld, moet die volgende vraag op alle vlakke gevra word: Wat kan gedoen word om 'n spesifieke groepering, byvoorbeeld onderwysers, te ondersteun en wat kan gedoen word om hul kapasiteit om na sorgbehoewende kinders om te sien, te vergroot?

Al die bogenoemde programme en inisiatiewe kan daartoe bydra dat Afrika met tyd nader beweeg aan onafhanklikheid en selfvoorsiening. Afrika kan slegs wegbeweeg van afhanklikheid by wyse van die formulering van oplossings op grondvlak. Dit beklemtoon die belangrikheid van lokale navorsing om bewysgebaseerde oplossings vir programme op streeksvlak te vind met hulp van buite.⁷²

⁷² Hfst 6, par 9.

BIBLIOGRAFIE EN METODE VAN VERWYSING

1 BOEKE EN TYDSKRIFARTIKELS

Abdool Karim in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa*

Abdool Karim Q "Heterosexual transmission of HIV – the importance of a gendered perspective in HIV prevention" in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad

Abrie *et al* *Boedels – Beplanning en bereddering*

Abrie *et al* *Boedels – Beplanning en bereddering* (1995) ProPlus Uitgewers Lynnwoodrif

Achtenberg in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts*

Achtenberg R "AIDS and child custody: Parent's rights and AIDS testing" in Abt CC & Hardy KM (reds) *AIDS and the courts* (1990) Abt Books Inc. Cambridge

Africa *et al* in Burman (red) *The fate of the child:*

Africa *et al* "Criteria used by family councillors in child custody cases: A psychological viewpoint" in Burman S (red) *The fate of the child: Legal decisions on children in the new South Africa* 2003 Juta Kaapstad

Ainsworth & Semali *The impact of adult death on children's health in northwestern Tanzania*

Ainsworth M & Semali I *The impact of adult death on children's health in northwestern Tanzania* (2000) World Bank Development Research Group Washington DC

Anderson in Macklin (red) *AIDS and families*

Anderson AE "Implications for public policy: Towards a pro-family AIDS social policy" in Macklin ED (red) *AIDS and families* (1989) The Haworth Press New York London

Barnett & Whiteside *AIDS in the twenty-first century: Disease and globalization*

Barnett T & Whiteside A *AIDS in the twenty-first century: Disease and globalization* (2002) Palgrave MacMillan New York

Barrat 2002 *TSAR*

Barrat A "The child's right to be heard in custody and access determinations" 2002 *TSAR* 556

- Barrat in Burman (red) *The fate of the child*
Barrat A "The best interest of the child' – Where is the child's voice?" in Burman S (red) *The fate of the child: Legal decisions on children in the new South Africa* (2003) Juta Kaapstad 145
- Barrat & Burman 2001 *SALJ*
Barrat A & Burman S "Deciding the best interests of the child: an international perspective on custody decision making" 2001 *SALJ* 556
- Barrett-Grant *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law*
Barrett-Grant K *et al* (reds) *HIV/AIDS and the law: A resource manual* (2003) The AIDS Law Project and the AIDS Legal Network
- Bekink 2003 *THRHR*
Bekink B "Parental religious freedom and the rights and best interests of children" 2003 *THRHR* 246
- Bekink 2006 *SAJCJ*
Bekink "When do parents go too far? Are South African parents still allowed to chastise their children through corporal punishment in their private homes?" 2006 *SAJCJ* 173
- Bekink & Bekink 2004 *De Jure*
Bekink B & Bekink M "Defining the standard of the best interests of the child: Modern South African perspectives" 2004 *De Jure* 21
- Bekink & Brand in Davel (red) *et al Introduction to child law*
Bekink B & Brand D "Constitutional protection of children" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Bekker & Van Zyl 2002 *Obiter*
Bekker JC & Van Zyl GJ "Custody of black children on divorce" 2002 *Obiter* 116
- Bisseker 2003 *Financial Mail*
Bisseker C "AIDS burden worsens ailing service" 2003 *Financial Mail* 25
- Bonthuys 2001 *SALJ*
Bonthuys E "Epistemological envy: legal and psychological discourses in child custody evaluations" 2001 *SALJ* 329
- Bonthuys 2001 *THRHR* 192
Bonthuys E "Labours of love: child custody and the division of matrimonial property at divorce" 2001 *THRHR* 192
- Bonthuys 2000 *Annual Survey of South African Law*
Bonthuys E "Law of persons and family law: Children" 2000 *Annual Survey of South African Law* 143

- Bonthuys & Erlank 2004 *TSAR* 59 Bonthuys E & Erlank N "The interaction between civil and customary family law rules: Implications for African women" 2004 *TSAR* 59
- Boshoff 1999 *TSAR* Boshoff A "Towards a theory of parents and children" 1999 *TSAR* 276
- Bosman & Van Zyl in Robinson (red) *The law of children and young persons in South Africa*.
Bosman FJ & Van Zyl GJ "Children, young persons and their parents" in Robinson JA (red) *The law of children and young persons in South Africa* (1997) Butterworths Durban
- Bosman-Swanepoel *et al Custody and visitation disputes: A practical guide*
Bosman-Swanepoel H, Fick A & Strydom NA *Custody and visitation disputes: A practical guide* (1998) Butterworths Durban
- Bromley & Lowe *Bromley's family law* Bromley & Lowe *Bromley's family law* 8 uitg (1992) Butterworths London
- Buchanan & Brock 1972 *New England Journal of Medicine*
Buchanan A & Brock DW "Children's competence of research hospitalisation" 1972 *New England Journal of Medicine* 589
- Burman & McLennan in Bradfield *et al* (reds) *Children's rights*
Burman S & McLennan F "Providing for children? The Family Advocate and the legal profession" in Keightly R (red) *Children's rights* (1996 *Acta Juridica*) Juta Kenwyn
- Burman & Rudolph 1990 *SALJ* Burman S & Rudolph D "Repression by mediation: mediation and divorce in South Africa" 1990 *SALJ* 251
- Carstens & Du Plessis Davel *et al* (red) *Introduction to child law*
Carstens P & Du Plessis R "Medico-legal aspects pertaining to children" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- "Children and the law: Symposium issue" 1995 *UMKC Law Review* 375
"Children and the law: Symposium issue" 1995 *UMKC Law Review* 375
- Clark 2000 *Stell LR* Clark B "A 'Golden thread'? Some aspects of the application of the standard of the best interest of the child in South African family law" 2000 *Stell LR* 3

Clark in Van Heerden *et al* (reds) *Boberg*

Clark B "Duties of support of living persons" in Van Heerden B, Cockrell A en Keightley R (reds) *Boberg's law of persons and the family* 2 uitg (1999) Juta Kaapstad

Clark in Keighley (red) *Children's Rights*

Clark B "Children's right to support - A public responsibility?" in Keighley R (red) *Children's Rights* (1996 *Acta Juridica*) Juta Kenwyn

Clark 2001 *THRHR*

Clark B "My right to refuse or consent: The meaning of consent in relation to children and medical treatment" 2001 *THRHR* 605

Cockrell in *Bill of Rights compendium*

Cockrell A "The law of persons and the bill of rights" in *Bill of Rights compendium* (losblad) Butterworths Durban

Coovadia in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa*

Coovadia HJ "Mother-to-child transmission (MTCT) of HIV-1" in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad

Colvin in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa*

Colvin M "Impact of AIDS: The health care burden" in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad

Cronjé & Heaton *Familiereg*

Cronjé DSP & Heaton J *Die Suid-Afrikaanse familiereg* 2 uitg (2004) LexisNexis Butterworths Durban

Cronjé & Heaton *Personereg*

Cronjé DSP & Heaton J *Die Suid-Afrikaanse personereg* 2 uitg (2003) LexisNexis Butterworths Durban

Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid Afrikaanse personereg*

Cronjé DSP & Heaton J *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse personereg* 2 uitg (2003) LexisNexis Butterworths Durban

Cronjé & Heaton *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg*

Cronjé DSP & Heaton J *Vonnisbundel oor die Suid-Afrikaanse familiereg* 2 uitg (2004) LexisNexis Butterworths Durban

Davel in Davel (red) *et al Introduction to child law*

Davel T "The status of children in South African private law" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad

- Decosas *et al Circle of Hope* Decosas J *et al Circle of Hope: Children's rights in a world with AIDS* (2006) Plan Ltd Surrey, UK
- Defilippi in Uys & Cameron *Home-based HIV/AIDS care* Defilippi K "Dealing with poverty" in Uys L & Cameron S *Home-based HIV/AIDS care* (2004) Oxford University Press Kaapstad
- De Jong 1999 *THRHR* De Jong M "New trends regarding the maintenance of spouses upon divorce" 1999 *THRHR* 75
- De Soysa 1993 *CILSA* De Soysa S "Resolving custody disputes between married parents in Roman-Dutch jurisdictions: will English Law continue to be relevant?" 1993 *CILSA* 364
- Downie 2000 *CFLQ* Downie D "Re C (*HIV Test*) The limits of parental autonomy" 2000 *CFLQ* 197
- Du Plessis *Inleiding tot die reg* Du Plessis LM *Inleiding tot die reg* (1999) Juta Kaapstad
- Du Toit 2002 *TSAR* Du Toit L "Integrating care and justice in South African family law: Laying the theoretical foundation" 2002 *TSAR* 526
- Eekelaar *Family law and social policy* Eekelaar J *Family law and social policy* (1978) Weidenfeld & Nicholson London
- Eekelaar *Law Quarterly Review* Eekelaar J "The eclipse of parental rights" 1986 *Law Quarterly Review* 4
- Eiselen in Robinson (red) *The law of children and young persons* Eiselen GTS "Children and young persons in private international law" in Robinson JA (red) *The law of children and young persons in South Africa* (1997) Butterworths Durban
- Fox & McHale 1997 *MLR* Fox M & McHale J "Cases: In whose best interest?" 1997 *MLR* 700
- Frolich in Abdool Karim & Abdool Karim (reds) *HIV/AIDS in South Africa* Frolich J "The impact of AIDS on the community" in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad
- Glasser 2002 *De Jure* Glasser N "Taking children's rights seriously" 2002 *De Jure* 223
- Glasser 2002 *THRHR* Glasser N "Can the family advocate adequately safeguard our children's best interests?" 2002 *THRHR* 74

Glasser in Burman (red) *The fate of the child*

Glasser N "Custody on divorce: Assessing the role of the family advocate" in Burman S (red) *The fate of the child* (2003) Juta Kaapstad

Glen in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts*

Glen KB "Family law, divorce and AIDS" in Abt CC & Hardy KM (reds) *AIDS and the courts* (1990) Abt Books Inc. Cambridge

Goldberg 1995 *THRHR*

Goldberg "Family courts in South Africa and the implication for divorce mediation" 1995 *THRHR* 276

Goldblatt & Liebenberg 2004 *SAJHR*

Goldblatt B & Liebenberg S "Giving money to children: The state's constitutional obligations to provide child support grants to child headed households" 2004 *SAJHR* 151

Goldstein, Freud & Solnit *Beyond the best interests of the child*

Goldstein J, Freud A & Solnit AJ *Beyond the best interests of the child* (1973) The Free Press New York

Gostin & Lazzarini *Human rights and public health in the AIDS pandemic*

Gostin LO & Lazzarini Z *Human rights and public health in the AIDS pandemic* (1997) Oxford University Press New York

Grisso & Vierling 1978 *Professional Psychology*

Grisso T & Vierling L "Minors' consent to treatment: A developmental perspective" 1978 *Professional Psychology* 412

Heywood in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa*

Harrison A "Young people and HIV/AIDS in South Africa: Prevalence of infection, risk factors and social context" in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad

Heaton 1990 *THRHR*

Heaton J "Some general remarks on the concept 'best interests of the child'" 1990 *THRHR* 95

Hepworth & Shernoff in Macklin (red) *AIDS and families*

Hepworth J & Shernoff M "Strategies for AIDS education and prevention" in Macklin ED (red) *AIDS and families* (1989) The Haworth Press New York London

- Heywood in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa*
Heywood M “The achilles heel?” The impact of HIV/AIDS on democracy in South Africa” in Abdool Karim SS & Abdool Karim Q (reds) *HIV/AIDS in South Africa* (2005) Cambridge University Press Kaapstad
- Houlgate 1998 *Law and Philosophy*
Houlgate LD “What is legal intervention in the family? Family law and family privacy” 1998 *Law and Philosophy* 141
- Human 2000 *THRHR*
Human S “Die effek van kinderregte op die privaatregtelike ouer-kind-verhouding” 2000 *THRHR* 393
- Human 2000 *THRHR*
Human S “Die historiese onderbou van die privaatregtelike ouer-kind-verhouding – fondament vir of struikelblok in die implementering van kinderregte?” 2000 *THRHR* 214
- Human 2000 *Stell LR*
Human S “Kinderregte en ouerlike gesag: ’n teoretiese perspektief” 2000 *Stell LR* 71
- Jazbhay 2002 *De Rebus*
Jazbhay SA “Trashing the Constitution? Ignoring the rights of children under section 28(1)(c) and (d) of the SA Constitution” 2002 *De Rebus* 60
- Kaganas 1994 *Acta Juridica*
Kaganas F Joint custody and equality in South Africa 1994 *Acta Juridica* 169
- Kelly 2000 *Codicillus*
Kelly M “Onderhoud: Eers weeskind, nou stiefkind” 2000 *Codicillus* 53
- Kleyn & Viljoen *Beginnersgids vir regstudente*
Kleyn D & Viljoen F *Beginnersgids vir regstudente* (1995) Juta Kaapstad
- Kruger 1994 *THRHR*
Kruger JM “Enkele opmerkings oor die bevoegdhede van die hooggeregshof as oppervoog van minderjariges om in te meng met ouerlike gesag” 1994 *THRHR* 304
- Kruger 2003 *THRHR*
Kruger H “The legal nature of parental authority” 2003 *THRHR* 277
- Kruger 2005 *Codicillus*
Kruger H “Traces of *Gillick* in South African jurisprudence: Two variations on a theme” 2005 *Codicillus* 7

- Kruger & Robinson in Robinson (red) *The law of children and young persons*
Kruger JM & Robinson JA "The legal status of children and young persons" in Robinson JA (red) *The law of children and young persons in South Africa* (1997) Butterworths Durban
- Labuschagne 2000 *THRHR*
Labuschagne JMT "Sekstoerisme, die kind se reg op waardigheid en vrye psigoseksuele ontplooiing en kulturele en ekonomiese magsmisbruik" 2000 *THRHR* 264
- Labuschagne & Bekker 2004 *Obiter*
Labuschagne JMT & Bekker JC "Parental rights to participate in a child's personality development and its religious and moral upbringing and the child's right to freedom of choice" 2004 *Obiter* 41
- Labuschagne & Davel 2002 *De Jure*
Labuschagne JMT & Davel CJ "*Metiso v Padongelukfonds* 2001 (3) SA 1142 (T): Gewoonteregtelike aanneming, die aksie van afhanklikes en die beste belang van die kind" 2002 *De Jure* 181
- Labuschagne & Van Der Linde 2003 *De Jure*
Labuschagne JMT & Van Der Linde A "Omgangsreg (toegangsreg) van sibilinge onderling, verwyderde verwante en sosiale ouers met minderjarige kinders" 2003 *De Jure* 344
- Louw 2001 *SACJ*
Louw R "Specific crimes" 2001 *SACJ* 409
- Motala & Ramaphosa *Constitutional law: Analysis and cases*
Motala Z & Ramaphosa C *Constitutional law: Analysis and cases* (2002) Oxford University Press Kaapstad
- Malherbe 1998 *TSAR*
Malherbe EFJ "Die grondwetlike beskerming van godsdienstvryheid" 1998 *TSAR* 673
- Mahon 1988 *New York University Law Review*
Mahon NB "Public hysteria, private conflict: child custody and visitation disputes involving an HIV infected parent" 1988 *New York University Law Review* 1092
- Matlala 2004 *De Rebus*
Matlala D "The law reports" 2004 *De Rebus* 40
- McQuoid-Mason & Lotz 2005 *THRHR*
McQuoid-Mason D & Lotz L "Religious beliefs and the refusal of blood transfusions for children: What should doctors do? *Hay v B* 2003 3 SA 492 (W)" 2005 *THRHR* 315

- Meintjies-Van der Walt 2001 *De Rebus* Meintjies-Van der Walt L "Step-By-Step: Guidelines for lawyers and expert witnesses" 2001 *De Rebus* 36
- Miller in Abt en Hardy (reds) *AIDS and the courts* Miller SB "Judging the best interests of the child in AIDS-impacted divorce" in Abt CC & Hardy KM (reds) *AIDS and the courts* (1990) Abt Books Inc. Cambridge
- Mpushe 2002 *De Rebus* Mpushe S "Divorce actions and application proceedings involving minor children" 2002 *De Rebus* 44
- Mustafa & Sufyan *AIDS, law and human rights* Mustafa F & Sufyan A *AIDS, law and human rights* (1998) Institute of objective studies New Delhi
- Nagle 2003 *De Rebus* 52 Nagle T "Access of non-custodial parents" 2003 *De Rebus* 52
- Ngwena 2002 *SA Public Law* Ngwena C "Sexuality rights as human rights in Southern Africa with particular reference to South Africa" 2002 *SA Public Law* 1
- Ngwena in Keighley (red) (1996) Juta Kenwyn Ngwena C "Health care decision-making and the competent minor: The limits of self-determination" in Keighley R (red) *Children's Rights* (1996 *Acta Juridica*) Juta Kenwyn
- Nicholson & Politis 2001 *DJ* Nicholson CMA & Politis A "The life and death lottery: Tipping the scales in favor of the child's best interests" 2001 *DJ* 594
- Norrie 2002 *SALJ* Norrie KM "The Children Act in Scotland, England and Australia: lessons for South Africa in rhetoric and reality" 2002 *SALJ* 623
- O'Brien 1989 *Villanova Law Review* O'Brien RC "AIDS: perspective on the American family" 1989 *Villanova Law Review* 209
- Pearce 1988/1989 *Journal of Family Law* Pearce AR "Visitation rights of an AIDS infected parent" 1988/1989 *Journal of Family Law* 715
- Pieterse 2000 *Stell LR* Pieterse M "*In loco parentis*: Third party parenting rights in South Africa" 2000 *Stell LR* 324
- Prinsloo & Beckmann in Davel (red) *et al Introduction to child law* Prinsloo J & Beckmann J "HIV/aids and the learner" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Cape Town

- Public Counsel Law Centre *Peace of Mind Program: Joint Guardianship of the Person*
Public Counsel Law Centre *Peace of Mind Program: Joint Guardianship of the Person* (2005)
- Richter & Reuter (reds) *Mother-to-child transmission of HIV: A guide for health care workers and HIV/AIDS trainers*
Richter M & Reuter H (reds) *Mother-to-child transmission of HIV: A guide for health care workers and HIV/AIDS trainers* Treatment Action Campaign
- Robinson 1992 *De Jure*
Robinson JA “ *Davids v Davids* 1991 4 SA 191 (W): Die Gesinsadvokaat en reël 43-aansoeke” 1992 *De Jure* 482
- Robinson 1995 *THRHR*
Robinson JA “Die beste belang van die kind by egskeiding – enkele gedagtes na aanleiding van *McCall v McCall* 1994 3 SA 201 (K)” 1995 *THRHR* 472
- Robinson 1996 *THRHR*
Robinson JA “Gegronde redes by die wysiging van onderhoudsbevele: enkele gedagtes oor veranderde omstandighede en inflasie” 1996 *THRHR* 468
- Robinson 1993 *TRW*
Robinson JA “’n Oorsig oor die vertrekpunte van die Engelse Children Act 1989” 1993 *TRW* 41
- Robinson 1993 *Obiter*
Robinson JA “Staatlike betrokkenheid by die ouerkindverhouding in die Engelse reg na aanleiding van die Children Act, 1989” 1993 *Obiter* 67
- Robinson 2000 *Obiter*
Robinson JA “The family court as a means to realise the best interests of children” 2000 *Obiter* 129
- Robinson in Davel (red) *et al Introduction to child law*
Robinson JA “Children and divorce” in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Roth & Gryk in Haigh & Harris D (reds) *AIDS: A guide to the law*
Roth P & Gryk W “AIDS and insurance” in Haigh R & Harris D (reds) *AIDS: A guide to the law* (1995) Routledge London
- Rozmus 1998 *American University Journal of Gender and the Law*
Rozmus KC “Representing families affected by HIV/AIDS: how the proposed Federal Standby Guardianship Act facilitates future planning in the best interests of the child and family” 1998 *American University Journal of Gender and the Law* 299
- Rozovsky & Rozovsky *AIDS and Canadian Law*
Rozovsky LE & Rozovsky FA *AIDS and Canadian Law* (1992) Butterworths Canada Ltd. Toronto

- Shäfer *The law of access to children* Schäfer ID *The law of access to children* (1993) Butterworths Durban
- Schäfer in Clark (red) *Family law service* (losblad) Schäfer LI "Young persons" in Clark B (red) *Family law service* (losblad) LexisNexis Butterworths Durban
- Schepard 1989 *Family Law Quarterly* Schepard A "AIDS and divorce" 1989 *Family Law Quarterly* 1
- Schulze 2004 *De Rebus* Schulze H "Law reports: Husband and wife" 2004 *De Rebus* 42
- Silverman in Abt & Hardy (reds) *AIDS and the courts* Silverman MF "AIDS medical education for lawyers, judges, and legislators" in Abt CC en Hardy KM (reds) *AIDS and the courts* (1990) Abt Books Inc. Cambridge
- Singh 1996 *SALJ* Singh D "*Kougianos v Kougianos* on appeal" 1996 *SALJ* 701
- Sloth-Nielsen & Van Heerden 1997 *Stell LR* Sloth-Nielsen J & Van Heerden B "New child care and protection legislation for South Africa? Lessons from Africa" 1997 *Stell LR* 261
- Sloth-Nielsen 1995 *SALJ* Sloth-Nielsen J "Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: some implications for South African law" 1995 *SALJ* 401
- Sloth-Nielsen in Davel *Introduction to child law* Sloth-Nielsen J "Child justice and law reform" in Davel CJ *Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Smart in Uys & Cameron *Home-based HIV/aids care* Smart R "Planning for orphans and HIV/AIDS affected children" in Uys L & Cameron S *Home-based HIV/aids care* (2004) Oxford University Press Kaapstad
- Stevens 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* Stevens AKR "The hysteria continues: When a non-parent's HIV infection threatens parental rights" 1996/1997 *University of Louisville Journal of Family Law* 161
- Strauss *Doctor, patient and the law* Strauss SA *Doctor, patient and the law* 3 uitg (1991) JL van Schaik Pretoria

- Strauss 1992 *SAPM* Strauss SA "The 'right to die' and the Cruzan judgment in the USA" 1992 *SAPM* 12
- Strode 1995 *Rights* Strode "A Sexuality education and the right that can save lives" 1995 *Rights* 28
- Tahir *et al* *Adolescents: Orphaned and vulnerable in the time of HIV and AIDS* Tahir *et al* *Adolescents: Orphaned and vulnerable in the time of HIV and AIDS* (2005) Youth Net Arlington USA
- Tindyebwa *et al* (reds) *Handbook on paediatric AIDS in Africa* Tindyebwa D *et al* (reds) *Handbook on paediatric AIDS in Africa* (2005) ANECCA
- Van der Westhuizen 1999 *Responsa Meridiana* Van der Westhuizen N "Children as bearers of fundamental rights, and medical decision-making" 1999 *Responsa Meridiana* 63
- Van Dyk *HIV/AIDS care and counseling* Van Dyk A *HIV/AIDS care and counseling: A multidisciplinary approach* 2 uitg (2001) Pearson Education Kaapstad
- Van Heerden *et al* (reds) *Boberg* Van Heerden B, Cockrell A en Keightley R (reds) *Boberg's law of persons and the family* 2 uitg (1999) Juta Kenwyn
- Van Jaarsveld (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* Van Jaarsveld SR (red) *Suid-Afrikaanse Handelsreg* (1990) Lex Patria Johannesburg
- Van Rooyen 2000 *De Rebus* 23 Van Rooyen G "Non-custodian parents rights to children" 2000 *De Rebus* 23
- Van Schalkwyk in Davel (red) *et al* *Introduction to child law* Van Schalkwyk N "Maintenance for children" in Davel CJ (red) *et al* *Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Van Schalkwyk 2001 *De Jure* Van Schalkwyk LN "Aspekte van die funksie van die gesinsadvokaat in egskeidingsaangeleenthede" 2001 *De Jure* 203
- Van Wyk in Carpenter (red) *Suprema Lex* Van Wyk C "Regsaspekte van HIV in skole" in Carpenter G (red) *Suprema Lex: Essays on the Constitution presented to Marinus Wiechers* (1998) Butterworths Durban
- Van Westing 1995 *TSAR* Van Westing A "Faktore vir die verlening van 'n bevel van gesamentlike toesig en beheer na 'n egskeiding" 1995 *TSAR* 605

- Van Zyl 2000 *De Rebus* Van Zyl G "A watching brief: Attorney's cooperation is important in inquiries undertaken by the family advocate" 2000 *De Rebus* 27
- Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* Van Zyl L *Divorce mediation and the best interests of the child* (1997) HSRC Publishers Pretoria
- Van Zyl *Handbook of the South African law of maintenance* Van Zyl L *Handbook of the South African law of maintenance* (2000) Interdoc Consultants Goodwood
- Van Zyl in Davel (red) *et al Introduction to child law* Van Zyl L "Family mediation" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Van Zyl 1994 *De Rebus* Van Zyl L "Whitehead v Whitehead: Fair comment on the family advocate?" 1994 *De Rebus* 469
- Venter *et al* (reds) *Regsnavorsing* Venter F *et al* (reds) *Regsnavorsing – metode en publikasie* (1990) Juta Kaapstad
- Viinikka in Haigh & Harris *AIDS: A guide to the law* Viinikka S "Children, young people and HIV infection" in Haigh R & Harris D *AIDS: A guide to the law* (1995) Routledge London
- Viljoen in Davel (red) *et al Introduction to child law* Viljoen F "The African Charter on the Rights and Welfare of the Child" in Davel CJ (red) *et al Introduction to child law in South Africa* (2000) Juta Kaapstad
- Visser & Potgieter *Familiereg* Visser PJ & Potgieter JM *Inleiding tot die familiereg* (1994) Juta Kenwyn
- Wallerstein & Blakeslee *Second chances: Men, women and children a decade after divorce* Wallerstein J & Blakeslee S *Second chances: Men, women and children a decade after divorce* (1989) Houghton Mifflin Co Boston
- Whiteside & Sunter *AIDS: The challenge for South Africa* Whiteside A en Sunter C *AIDS: The challenge for South Africa* (2000) Human & Rousseau Tafelberg
- Whittle 2001 *De Rebus* Whittle B "Time to challenge the children's champion?" 2001 *De Rebus* 22
- Willis *The AIDS Pandemic* Willis R *The AIDS Pandemic* (2002) Stanborough Press Ltd Nottingham

Woodhouse 1999 *Family Law Quarterly* Woodhouse BB "Child custody in the age of children's rights: The search for a just and workable standard" 1999 *Family Law Quarterly* 815

2 INTERNET: PUBLIKASIES, ARTIKELS EN WEBWERWE

"A parent's second greatest gift " (2005) *Equal Justice Magazine* www.ejm.lsc.gov (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

Abandoned Infants Assistance Resource Centre *AIA Fact sheet: Standby guardianship* (2000) www.socrates.berkeley.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

Albertyn C *Using rights and the law to reduce women's vulnerability to HIV/AIDS: A discussion paper* Gender Research Project, Centre for Applied Legal Studies, University of the Witwatersrand (2000) www.aidslaw.ca (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

California State University, Public Affairs "Women with HIV/AIDS face distinct challenges" (2001) www.csus.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

Centre for HIV Information "FamilyLaw" *HIV InSite* hivinsite.ucsf.edu (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

Child Welfare League of America *HIV Permanency Planning Newsletter* (1998) www.cwla.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

De Bruyn T *HIV/AIDS and discrimination: A discussion paper* (1998) Canadian HIV/AIDS Legal Network and Canadian AIDS Society Montreal www.aidslaw.ca (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

"Family law and HIV/AIDS: An overview of issues, recent cases and applicable news" (1996) *Lambda Legal* www.lambdalegal.org (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

Foster G "Safety nets for children affected by HIV/AIDS in Southern Africa" in Pharoah R (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* (2004) Institute for Security Studies www.iss.co.za (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Germann S "Call to action: What do we do?" in Pharoah R (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* (2004) Institute for Security Studies www.iss.co.za (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Hoffmaster & Schrecker "Pregnancy and HIV/AIDS" (1999) *Canadian HIV/AIDS Policy and Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Human Rights Watch: Children's rights Division *Kenya: In the shadow of death: HIV/AIDS and children's rights in Kenya* (2001) www.hrw.org (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

Pharoah R "Conclusion" in Pharoah R (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* (2004) Institute for Security Studies www.iss.co.za (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Richter L "The impact of HIV/AIDS on the development of children" in Pharoah R (red) *A generation at risk? HIV/AIDS, vulnerable children and security in Southern Africa* (2004) Institute for Security Studies www.iss.co.za (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Shaeffer S "AIDS in the world: The impact on infants, children and youth" (1996) *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* www.aidslaw.ca (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

Sloth-Nielsen J "Too little, too late? Provisioning for child-headed households" (2002) *Socio-Economic Rights Newsletter* www.communitylawcentre.org.za (laaste besoek op 9 Februarie 2008).

South African Government Information "National Protection Authority of South Africa: Family Court Pilot Projects" *South African Government Information* (2004) www.info.gov.za (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

Spencer "Developing a parenting plan: A guide for divorcing parents" (2005) *University of Missouri Extension* www.muextension.missouri.edu (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

StatsOnline "This week's key findings from selected publications – Marriages and divorces 2003" *StatsOnline Weekly Newsletter* (2005) (Issue no. 39 / 2005) www.statssa.gov.za (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

The Marks Law Firm "Creating co-parenting plans that work" www.themarkslawfirm.com (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

www.hst.org.za (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

www.medterms.com (laaste besoek op 2 Februarie 2008).

www.polity.org.za (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

www.womenchildrenhiv (laaste besoek op 4 Februarie 2008).

OPGAWE VAN WETGEWING

1 SUID-AFRIKA

1.1 Wette

Application of Health Standards in Traditional Circumcision Act 6 van 2001 (Oos-Kaap)

Boedelwet 66 van 1965

Children's Amendment Bill 47 van 2007

Circumcision in Schools Act 6 van 1996 (Limpopo)

Criminal Law (Sexual Offences) Amendment Bill, 2003

Gauteng Education Act 6 van 1995

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Huwelikswet 25 van 1961

Kinderwet 33 van 1960

Kinderwet 38 van 2005

National Educational Policy Act 27 van 1996

National Health Act 61 van 2003

Northern Province Circumcision Schools Act 6 van 1996

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000

Strafregwysigingswet 105 van 1997

Suid-Afrikaanse Skolewet 84 van 1996

Tweede Strafproseswysigingswet 85 van 1997

Verdere Algemene Regswysigingswet 93 van 1962

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987

Wet op Beroepsgesondheid en Veiligheid 85 van 1993

Wet op die Haagse Konvensie oor die Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering
72 van 1996

Wet op die Meerderjarigheidsouderdom 56 van 1972

Wet op Egskeiding 70 van 1979

Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998

Wet op Films en Publikasies 65 van 1996

Wet op Gesinsgeweld 116 van 1998

Wet op Gesondheid en Veiligheid in Myne 29 van 1996

Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953

Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987

Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Maatskaplike Bystand 13 van 2004

Wet op Mediese Skemas 131 van 1998

Wet op Medisyne en Verwante Stowwe 101 van 1965

Wet op Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972

Wet op die Nasionale Beleid vir Gesondheid 116 van 1990

Wet op Nasionale Onderwysbeleid 27 van 1996

Wet op Natuurlike Vaders van Buite-egtelike Kinders 86 van 1997

Wet op Onderhoud 99 van 1998

Wet op Sosiale Bystand 13 van 2004

Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -Siektes 130 van 1993

Wet op Voogdy 192 van 1993

Wysigingswet op die Strafreg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007

Wysigingswet op Films en Publikasies 18 van 2004

Wysigingswet op Films en Publikasies 34 van 1999

Wysigingswet op Kindersorg 13 van 1999

Wysigingswet op Kindersorg 96 van 1996

Wysigingswet op Landdroshowe 102 van 1993

Wysigingswet op Landdroshowe 120 van 1993

1.2 Regulasies

Regulasies uitgevaardig kragtens artikel 5 van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 (GK R2385 van 3/10/1990 soos gewysig deur GK R2513 van 11/09/1992, GK R920 van 19/05/1993, GK R1342 van 12/08/1996 en GK R1123 van 16/11/2001)

Regulasies uitgevaardig kragtens artikel 44 van die Wet op Onderhoud 99 van 1998 (GK R1361 van 5/11/1999 soos gewysig deur GK R1099 van 3/11/2006)

Regulasies uitgevaardig kragtens artikel 60 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 (GK R2621 van 12/12/1986 soos gewysig deur GK R416 van 31/03/1998, GK R119 van 03/02/1999, GK R923 van 27/06/2003)

1.3 Wetsontwerpe

Wetsontwerp op Kinders, 2003

1.4 Reëls

Eenvormige Hofreëls uitgevaardig kragtens artikel 43 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959 (GK R48 van 12/01/1965 soos gewysig)

2 AUSTRALIË

Family Law Act 53 of 1975

Family Law Reform Act, 1995

3 ENGELAND

Children Act, 1989

Family Law Act, 1996

Family Law Reform Act, 1969

4 SKOTLAND

Children (Scotland) Act, 1995

5 VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

California State Code, Probate Code (Joint Guardianship Law)

Child Abuse Prevention and Treatment Act, 1974

Domestic Relations Law

Equitable Distribution Law (New York)

Kalifornië: Family Code

Parenting Act

Parenting Act, 1987 (Washington)

Standby Guardianship Act

The Uniform Marriage and Divorce Act

The Uniform Probate Code § 5-501 8 ULA 88

6 KANADA

Child Welfare Act, 1972

7 AFRIKA

Uganda: *Children Statute, 1996*

Ghana: *Children's Act*

Kenia: *Children Bill, 1998*

Namibië: *Draft Children's Status Act, 1996*

Angola: *Angolan Family Code, 1988*

8 NIEU-SEELAND

New Zealand Children, Young Persons and Their Families Act 24 of 1989

OPGAWE VAN HOFSAKE

1 SUID-AFRIKA

Allsop v McCann 2001 (2) SA 707 (K)

B v S 1995 (3) SA 571 (A)

Baart v Malan 1990 (2) SA 862 (OK)

Bank v Sussman 1968 (2) SA 15 (O)

Barnard v Miller 1963 (4) SA 426 (K)

Bethell v Bland 1996 (2) SA 194 (W)

Carelse v Estate De Vries (1906) 23 SC 532

Castell v De Greef 1994 (4) SA 408 (K)

Centre for Child Law v Minister of Home Affairs 2005 (6) SA 50 (T)

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

Christian Lawyer's Association v National Minister of Health [2004] 4 All SA 31 T, 2004 (10) 1086 BCLR (T), 2005 (1) SA 509 (T)

Clark v Hurst 1992 (4) SA 630 (D)

Couper v Flynn 1975 (1) SA 778 (R)

Dauids v Davids 1991 (4) SA 191 (W)

Deijl v Deijl 1966 (4) SA 260 (R)

Denton v Denton 287/00 (OK) (ongerapporteerde)

Du Preez v Conradie 1990 (4) SA 46 (B)

Edwards v Edwards 1960 (2) SA 623 (D)

Evans v Evans 1982 (1) SA 370 (W)

Ex parte Botes 1978 (2) SA 400 (O)

Ex parte Critchfield 1999 (3) SA 132 (W)

Ex parte Smit 1980 (2) SA 533 (O)

F v L 1987 (4) SA 525 (W)

Family Advocate v B [2007] 1 All SA 602 (SOK)

Fletcher v Fletcher 1948 (1) SA 130 (A)

French v French 1971 (4) SA 298 (W)

G v Groote Schuur Hospital 1993 (4) SA 255 (K)

Garden Cities Incorporated Associations not for Gain v Northpine Islamic Society 1999 (2) SA 268 (K)

Germani v Herf 1975 (4) SA 887 (A)

Godbeer v Godbeer 2000 (3) SA 975 (W)

Gordon v Barnard 1977 (1) SA 887 (K)

Greenshields v Wyllie 1989 (4) SA 898 (W)

Hay v B 2003 (3) SA 492 (W)

Heinemann v Heinemann 1948 (4) SA 926 (W)

Heystek v Heystek 2002 (2) SA 754 (T)

Hoffman v Herdan 1982 (2) SA 274 (T)

In re Estate Visser 1948 (3) SA 1129 (K)

I v S 2000 (2) SA 993 (K)

Jooste v Botha 2000 (2) SA 199 (T)

Kastan v Kastan 1985 (3) SA 235 (K)

Krugel v Krugel 2003 (6) SA 220 (T)

Kougianos v Kougianos 957/93 (D) (ongerapporteerde)

L v H 1992 (2) SA 594 (OK)

LS v AT 2001 (2) BCLR 152 (KH)

Laerskool Middelburg v Departementshoof, Mpumalanga 2003 (4) SA 160 (T)

Lake v Reinsurance Corporation Ltd 1967 (3) SA 124 (T)

- Lambrakis v Santam Ltd* 2000 (3) SA 1098 (W)
- Lebeloane v Lebeloane* 2000 (4) All SA 525 (W)
- Lloyd v Menzies* 1956 (2) SA 97 (D)
- Madiehe (born Ratlhogo) v Madiehe* [1997] 2 All SA 153 (B)
- Manning v Manning* 1975 (4) SA 659 (T)
- Märtens v Märtens* 1991 (4) SA 287 (T)
- Matthews v Matthews* 1973 (4) SA 136 (SE)
- Mc Call v Mc Call* 1994 (3) SA 201 (K)
- Mentz v Simpson* 1990 (4) SA 455 (A)
- Meyer v Gerber* 1999 (3) SA 550 (O)
- Minister of Health v Treatment Action Campaign* 2002 (5) SA 721 (KH)
- Minister of Welfare and Population Development v Fitzpatrick* 2000 (3) SA 422 (KH)
- Motan v Joosub* 1930 AD 61
- Mutual & Federal Ins v Oudtshoorn Municipality* 1985 (1) SA 419 (A)
- Myers v Levitan* 1949 (1) SA 203 (T)
- Oppel v Oppel* 1973 (3) SA 675 (T)
- Petersen v Maintenance Officer* 2004 (1) All SA 117 (K); 2004 (2) BCLR 205 (K) [ook gerapporteer as *Petersen v Maintenance Officer, Simon's Town* 2004 (2) SA 56 (K)]
- Pinchin v Santam Insurance Co Ltd* 1963 (2) SA 254 (W)
- Pinion v Pinion* 1994 (2) SA 725 (D)
- Potgieter v Potgieter* [2007] SCA 47 (RSA) (ongerapporteer)
- Road Accident Fund v Mtati* 2005 (6) SA 215 (SCA)
- Rudolph v Van Zyl* [2003] JOL 10893 (T) (ongerapporteer)
- S v M* (CCT 53/06) [2007] ZACC 18 (26 September 2007) (ongerapporteer)
- S v Magagula* 2001 (2) SACR 123 (T)
- S v Nkgoele* 2000 (2) SACR 420 (T)

S v Raseemela 2000 (2) SACR 98 (T)
Schlebusch v Schlebusch 1988 (4) SA 548 (D)
Scott v Scott 1946 WLD 399
Segal v Segal 1971 (4) SA 317 (K)
Soller v G 2003 (5) SA 430 (W)
Southern Life Association v Johnson 1993 (1) SA 203 (O)
Stock v Stock 1981 (3) SA 1280 (A)
Swart v Swart 1980 (4) SA 364 (O)
T v M 1997 (1) SA 54 (A)
Terblanche v Terblanche 1992 (1) SA 501 (W)
V v V 1998 (4) SA 169 (K)
Van der Linde v Van der Linde 1996 (3) SA 509 (O)
Van Pletzen v Van Pletzen 1998 (4) SA 95 (O)
Van Rooyen v Van Rooyen 1994 (2) SA 325 (W)
Van Vuuren v Kruger 1993 (4) SA 842 (A)
Van Vuuren v Van Vuuren 1993 (1) SA 163 (T)
Venton v Venton 1993 (1) SA 763 (D)
Whitehead v Whitehead 1993 (3) SA 72 (SOK)
Wijker v Wijker 1993 (4) SA 720 (A)
Zimelka v Zimelka 1990 (4) SA 303 (W)

2 KANADA

Carigan v Carigan (1989) 22 RFL (3d) 376 (Man CA)
Carson v Carson (1986) 49 (RFL) (2d) 459 (Ont Prov Ct)

3 ENGELAND

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the DHSS [1986] 1 AC 112

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and the DHSS [1985] 3 All ER 402

R v Sheppard [1981] AC 394

Re B (A minor) (Wardship: Medical Treatment) [1982] FLR 117

Re C (A minor)(Wardship: Medical Treatment) [1989] 1 FLR 384

Re C (HIV Test) [1999] 2 FLR 1004

Re C (Medical Treatment) [1998] 1 FLR 384

Re E (A minor) [1991] BMLR

Re O [1993] 1 FLR 860

Re R (A minor) [1991] 4 All ER 177

Re T (A minor)(Medical Treatment) [1997] 1 WLR 242

Re T (A minor)(Wardship: Medical Treatment) [1997] 1 All ER 906 (CA)

Re T(Wardship: Medical Treatment) [1997] 1 FLR 502

Re W (A minor)(Medical Treatment) [1992] 4 All ER 627

South Glamorgan County Council v W and B [1993] 1 FLR 574

4 VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

A.D.H. v State Department of Human Resources 640 So.2d 969 (Ala. Civ. App. 1994)

Anne D v Raymond D 139 Misc.2d 718, 528. N.Y.S 2d 775 (S.Nassau County 1988)

C.J.(S)(R) v G.D.S. 701 S.W.2d 165 (Mo. Ct. App. 1985)

Commonwealth ex Re Lucas v Kreischer 450 Pa. 352, 356, 299 A.2d 243,246 (1973)

Conkel v Conkel 31 Ohio App. 3d 169, 173, 509 N.E.2d 983, 987 (1987)

Doe v Doe 526 N.Y.S.2d 718 (Sup. Ct. 1988); 139 Misc. 2nd 209, 546 N.Y.S. 2nd 718, 722 (supp. 1988)

Egle v Egle 715 F 2d 999 (5th Circuit 1983)

H.J.P. v P.W. 628 So.2d 753 (CT. Civ. App. Ala. 1993)

In re Estates of Herrod 254 Ill App 3d 1061 (1993)

In re Green 448 Pa 338, 292 A 2d 387 (1972)

In re Marriage of Carney 24 Cal. 3d 725, 598 P.2d 36, 157 Cal. Rptr. 383 (1979)

In the Interest of J.L.O. 197 Ga. App. 596, 398 S.E.2d 853 (1990)

Ireland v Smith 542 N.W.2d 344 (Mich. Ct. App. 1995), *aff'd* 547 N.W.2d 344 (Mich. 1996)

John W v Jane W No. 35767/86, slip op. (N.Y. Sup. Ct. Aug. 21, 1987)

Lusker v Guardianship of Bena Lusker 434 So 2d at 951 (Fla Dist Ct App 1983)

Newton v Riley 899 S.W.2d 509 (Ky. Ct. App 1995)

MN v Southern Baptist Hospital of Florida Inc 648 So 2d 769 [Fla Ct App 1994]

M.P. v S.P. 169 N.J. Super. 425, 427, 404 A.2d 1256, 1262 (App. Div. 1979)

Muhlenberg Hospital v Patterson 128 NJ Super 498, 320 A 2d 518 (1974)

North v North 102 Md.App. 1, 648 A.2d 1025 (Md. Ct. Spec. App. 1994)

Palmore v Sidoti 466 U.S. 429 (1984)

Perry v Perry 33 N.C. App. 139, 234 S.E.2d 449, cert.denied, 292 N.C. 730, 235 S.E.2d 784 (1977)

Rosenberg v Rosenberg 504 A 2d 350 (Superior Court of Pennsylvania 1986)

Sherman v Sherman 1994 WL 649148 (November 18, 1994)

Smith v Smith 70 Ohio App 2d 87 (1980)

Steven L v Dawn J 148 Misc.2d 779, 561 N.Y.S.2d 322 (Family Ct. Kings County 1990)

Stewart v Stewart No. S485-1128 (Sup.Ct. Marion City, Ind., Oct. 9, 1986) *rev'd* 521 N.E.2d 956 (Ind. Ct App. 1988)

5 EUROPESE HOF VIR MENSEREGTE

Olssen v Sweden (1989) 11 EHRR 259 287

DOKUMENTE EN VERSLAE

1 SUID-AFRIKA

AIDS Consortium Charter of Rights on AIDS and HIV (1992)

Children's Charter of South Africa (1992)

Departement van Gesondheid *Draft recommendation for managing HIV infection in children (2001)*

Departement van Gesondheid *HIV/AIDS & STD strategic plan for South Africa 2000-2005 (2000)*

Departement van Gesondheid *National HIV/AIDS Policy (1997)*

Departement van Gesondheid *National HIV and syphilis prevalence survey South Africa 2005 (2005)*

Departement van Gesondheid *National Policy on Testing for HIV (1999)*

Departement van Justisie *Department of Justice codified instructions: Maintenance orders: Departmental procedures*

Departement van Onderwys *National policy on HIV/AIDS for learners and educators in public schools and students and educators in further education and training institutions (GK 1926 SK 20372 10/08/1999)*

Departement van Maatskaplike Ontwikkeling *Financing policy: Developmental social welfare services, 1999*

Departement van Maatskaplike Ontwikkeling *White Paper for Social Welfare: Principles, guidelines, recommendations, proposed policies and programs for developmental social welfare in South Africa (1997)*

Hoexter Kommissie van Ondersoek *Final report of the Hoexter Commission of Inquiry into the structure and functioning of the courts in South Africa (1983)*

HSRC *A census report of orphaned and vulnerable children in two South African communities (2006)*

HSRC *A comparing analysis of the financing of HIV/AIDS programmes in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa and Zimbabwe (2003)*

HSRC *A situational analysis of orphans and vulnerable children in four districts of South Africa (2006)*

HSRC *Community-level behavioural interventions for HIV prevention in Sub-Saharan Africa* (2006)

HSRC *A description of selected interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe* (2004)

HSRC *An audit of HIV/AIDS policies in Botswana, Lesotho, Mozambique, South Africa, Swaziland and Zimbabwe* 2004

HSRC *Defining orphaned and vulnerable children* (2004)

HSRC *Development, health and the environment: Factors influencing infant and child survival in South Africa* (2002)

HSRC *Family and community interventions for children affected by aids* (2004)

HSRC *Food security and sustainable development in Southern Africa* (2003)

HSRC *HIV/aids in Southern Africa – A review paper for the WK Kellogg Foundation* 2001

HSRC *Nelson Mandela/HSRC Study of HIV/AIDS: South African national HIV prevalence, behavioural risks and mass media, household survey 2002* (2002)

HSRC *Projects funded by the WK Kellogg Foundation on HIV/AIDS in Southern Africa: Report of the Colloquium 26 – 27 November 2003* (2003)

HSRC *Sexual abuse of young children in southern Africa* (2005)

HSRC *The development, implementation and evaluation of interventions for the care of orphans and vulnerable children in Botswana, South Africa and Zimbabwe: A literature review of evidence-based interventions for home-based child-centred development* (2004)

HSRC *The national household HIV prevalence and risk survey of South African children* (2004)

HSRC *Young people in South Africa in 2005: Where we're at and where we're going* (2005)

Labadarios D (red) *The National Food Consumption Survey (NFCS): Children aged 1-9 years, South Africa, 1999* (2000) Departement van Gesondheid

Lawyers for Human Rights *Legal and policy framework: Children growing up in child-headed households* (2002)

Life Offices' Association *Protocol on HIV/aids* (2000)

National Committee for Confidential Enquiries into Maternal Deaths *Second interim report on confidential enquiries into maternal deaths in South Africa* (1999)

Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie *Assisted decision-making: Adults with impaired decision-making capacity* (Discussion Paper 105) Projek 105 (2004)

Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie *Report on euthanasia and artificial preservation of life* (Discussion Paper 71) Projek 86 (1998)

Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie *Review of the Child Care Act* (Discussion Paper 103) Projek 110 (2002)

Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie *The Harmonisation of the common law and the indigenous law* (Discussion Paper 74) Projek 90 (1997)

Thandanani Children's Foundation *The nature and extent of problems facing child-headed households within the Thandanani programme* (2003)

Umsobomvu Youth Fund *Young people in South Africa in 2005: Where we're at and where we're going* (2005)

2 AFRIKA

African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990

Reproductive Health Services Policy, Ghana

3 ENGELAND

Departement van Gesondheid *Reference Guide to Consent for Examination or Treatment*

4 VERENIGDE STATE VAN AMERIKA

The American Psychological Association *Guidelines for Child Custody Evaluations in Divorce Proceedings* (1994)

The POLICY Project for Bureau for Africa, Office of Sustainable Development, US Agency for International Development *HIV/AIDS in Southern Africa: Background, Projections, Impacts and Interventions* (2001)

USAIDS *HIV/AIDS, Economics and Governance in South Africa: Key Issues in Understanding Response: A Literature Review* (2002)

5 KANADA

Canadian Special Joint Committee *For the sake of the children* (1998)

6 INTERNASIONAAL

Declaration of the United Nations High Level Meeting on HIV and AIDS (2006)

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

G8 Gleneagles Communiqué (2005)

Haagse Konvensie oor die Siviele Aspekte van Internasionale Kinderontvoering (1980)

International Convention on Civil and Political Rights (1966)

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966)

Millenium Declaration and Millenium Development Goals (2000)

Save the Children Making HIV and AIDS financing work for children (2006)

Save the Children Missing mothers: Meeting the needs of children affected by AIDS (2006)

UNAIDS Report on the global AIDS epidemic: A UNAIDS 10th anniversary special edition (2006)

UNAIDS Support women caregivers: Fight AIDS (2006)

UNAIDS The joint United Nations programme on HIV/AIDS

UNAIDS/UNFPA/UNIFEM Women and HIV/aids: Confronting the crisis (2004)

UNICEF A matter of belonging: How faith-based organisations can strengthen families and communities to support orphans and vulnerable children

UNICEF & UNAIDS Framework for the protection, care and support of orphans and vulnerable children in a world with HIV and AIDS (2004)

United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979)

United Nations Convention on the Rights of the Child (1989)

United Nations Convention on the Rights of the Child – General Comment on HIV/AIDS (2003)

United Nations Declaration of Commitment on HIV and AIDS (2001)

United Nations International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights (2006)

Universal Declaration of Human Rights (1948)

World Health Organization Taking stock: HIV in children (2006)