

# 'N REGSTEORETIESE EN FUNKSIONELE PERSPEKTIEF OP DIE BESTE BELANGE VAN DIE (MINDERJARIGE) KIND

G.H. Fick  
Departement Privaatreg  
Universiteit van die Oranje-Vrystaat  
BLOEMFONTEIN

## Abstract

In most modern legal systems the principle of the child's best interests is held to be the panacea for adjudication in cases of interference within an intact family unit or remediation whenever the family is split apart.

But with the same conviction one has to say that the principle is not so finely tuned. As a simple rule of decision it must be rejected, because its content oscillates between it being a (paramount?) consideration amongst others and it being a norm depicting and weighing competing interests (rights).

It is the premise of this article that even though the principle is indeterminate it can be made meaningful as an explicit criterion (amongst others) for adjudication only in cases where the court has already intervened within a parent-child relationship and wishes to resolve the whole issue as efficaciously as possible.

It is further suggested that the principle should not be applied when there is state intervention in an intact family unit. Under these circumstances the best interest of the child and the preservation of family life result in an undeniable paradox. The tension cannot be resolved by applying the superficially simple rule of decision, namely the child's best interest. A more exact test needs to be applied to remove some of the anomalies and uncertainties of the well-known concept. The author of this article suggests an approach of a more delictual nature. The question needs to be answered at what stage does it become unlawful for parents to infringe upon their child's (subjective) rights or breach their legal duties towards their child, justifying court intervention in the family unit. The (positive) law has not specifically determined this boundary of (objective) unreasonable conduct and one has to rely on *indicia* relevant to a particular case, in accordance with the convictions of the community, such as the special relationship between the parties, the particular conflicting interests of the parties, the motives of the parties, and appropriate considerations of social policy.

In this way the concept (of the child's best interests) can be simplified and elucidated.

## 1. INLEIDING

In die meeste gemeenskappe word hedendaags in regspraak en wetgewing prominensie verleen aan die sinsnede "die beste belange van die kind" (Spiro, 1971:7-12; Rosettenstein, 1984:482). Dit geskied veral in omstandighede waar die staatsowerheid (naamlik die hooggeregshof as oppervoog van alle kinders) op 'n funksionerende ouer-kind-verhouding ingryp of deur regswerking die situasie waar die gesinseenheid gedegene-reer het, reël (Spiro, 1978:30-31; Spiro, 1971:239 e.v.; Van der Vyver en Joubert, 1985:623 e.v.). So 'n "beste belang van die kind"-benadering dui op 'n veranderde denk-patroun rakende die gesinseenheid se gesagstruktuur (Bromley & Lowe, 1987:245-255; Eekelaar, 1986:161-182).

In die Romeinse reg het die *paterfamilias* as hoof van die gesin uitgebreide magte gehad - selfs die mag van lewe en dood (*ius vitae necisque*) oor diegene wat onder sy *potestas* gestaan het (kyk Van der Vyver & Joubert, 1985:596; Spiro, 1971:1-2). Die klem het in hierdie tyd geval op die *kompetensie* (mag of *power*) soos deur die reg in objektiewe sin aan die ouer verleen om besluite ten aansien van die persoon, regsop-trede en boedel van die minderjarige kind te neem.<sup>1</sup> Die ouerlike gesag is toe nie in belang van die kind uitgeoefen nie, maar om die verkryging en verwerwing van eiendom binne die breëre familieverband te reël (Eekelaar, 1986:163). Die gesagstruktuur en grondliggende oogmerke van die gesin het sedertdien verander (Bromley & Lowe, 1987:255).

Onder invloed van die humanisme en individualisme het die klem in die onlangse verlede toenemend begin val op kindgesentreerde gesinsverhoudings. 'n Kind word nou as 'n persoon in eie reg beskou. As sodanig word nie net omgesien na sy welsyn en beskerming nie, maar het hy inderdaad regte gevestig.<sup>2</sup> Hierdie ontwikkeling het 'n fundamentele verandering in ouerlike gesag teweeggebring. Nie ouerlike regte nie,

---

<sup>1</sup> Van der Vyver & Joubert, 1985:595-596. John Eekelaar(1986:162) is van oordeel (gebaseer op 'n Verslag in 1983 in Engeland) dat die beklemtoning van die *patria potestas* (ouerlike gesag) waarbinne toegeneentheid en liefde versterk word deur die *nexus sanguinis* een van die belangrikste beperkings op owerheidsingrype op die ouer-kind-verhouding is en as sodanig tot gevolg gehad dat die probleem van kindermishandeling en -verwaarlosing nie finaal in oënskou geneem is nie. Terry Carney (1989:29) beskou die traagheid van die owerheid om goedsmoeds onder hierdie omstandighede met die ouer-kind-verhouding in te meng as die sogenaamde *justice model*. Heaton (1990, 163) sou so 'n benadering oor die boeg van 'n *parental-rights*-kriterium gooi.

<sup>2</sup> Kyk Raz, 1984:14. Die kern van hierdie skrywer se artikel is dat 'n "right is a legal right if it is recognized by law, that is if the law holds his interests to be sufficient ground to hold another to be subject to a duty".

maar die *verpligting* van die ouer om in die beste belang van die kind (rakende sy grootmaak, opvoeding, onderhoud en eiendomsbelange) op te tree, word nou beklemtoon.<sup>3</sup>

Die kind kan egter kwalik self optree om te verseker dat die ouer sy verpligtinge nakom. Dit is hier waar die staat (en/of verantwoordelike lede van die gemeenskap) tussenbeide tree om die beste belang van die kind te verseker. Al kom 'n mens op dié punt, is daar steeds té veel onsekerhede, gebrek aan inligting rondom keusemoontlikhede, menslike gedrag en ander oorwegings ten einde met 'n groot mate van sekerheid te kan oordeel wat in die beste belang van die kind sou wees (kyk hieroor Eekelaar, 1986:170).

In die lig van die gesketste problematiek word vervolgens aandag gegee aan die begripspresisering en probleme in verband met die bepaling van die inhoud van die konsep *die beste belang van die kind*. 'n Regsteoretiese perspektief rondom genoemde begrip sal dan voorgehou word, gevolg deur 'n ontleding van wetgewing en regspraak rakende die implementering van sodanige "beste belange". 'n Evaluering/gevolgtrekking sal die artikel afsluit.

Die premis van hierdie artikel is dat die *beste belang van die kind*-konsep bloot as 'n omstandigheid (of dit nou in die konteks van die funksionerende of ontwrigte gesin aangewend word) gesien moet word. Dit kan nooit 'n gedragsnorm wees nie, want die inhoud daarvan is té onseker en té vaag.

<sup>3</sup> Van der Vyver & Joubert, 1985:610 e.v.; Bromley & Lowe, 1987:255-256; Eekelaar, 1986:169. *Die Wet op Kindersorg* 74 van 1983 het 'n sogenaamde klemverskuiwing (Fick, 1987:11) van die "sorgbehoewende kind" na die ouer wat "nie in staat of geskik is om die bewaring van die kind te hê nie" (a 14(4)(b)) ondergaan. Cf Spiro, 1985:351 Zaal, 1988:225-227. Zaal verskil van Spiro in dié opsig dat Zaal meen dat die a 14(4)(b)-kriteria eerder die klem plaas op die ouer se onbevoegdhe as op die kind se behoeftes (Zaal, 1988:227). Kyk ook Fick 1987:2 e.v. Kyk verder Hammond & Hammond, 1987:4-5. Verder moet beklemtoon word dat die ontwikkeling wat plaasgevind het rakende die ouerlike gesagsreg, nie meegebring het dat ouers se kompetensies en regte verdwyn het nie; die klem het net verskuif. Die ouers is steeds kompetent om die "mensontplooingspotensiaal" (begrip ontleen aan Labuschagne, 1976:189) van die kind op hul manier te ontwikkel, maar in plaas van om kinders se verpligtinge teenoor hulle af te dwing of om van derdes te verwag om hulle beheer en toesig oor die kind dwingend te gehoorsaam, is die moderne funksie van die ouerlike gesagsreg "to permit parents to discharge their duties to their children" (Dickens, 1981:471). As sodanig sou die owerheid makliker kon ingryp ten einde oor die hele spektrum van die kind se behoeftes inspraak te hê. Carney (1989:28) noem dit die *sociological-paternalistic*-model.

## 2. BEGRIPSPRESISERING EN PROBLEME RONDOM DIE BEPALING VAN DIE INHOUD VAN DIE KONSEP *DIE BESTE BELANGE VAN DIE KIND*

Nadat Heaton (1990:95-99) onlangs 'n klompie fasette (onder andere vereistes, onderliggende oorwegings, tydstip van beoordeling, subjektiewe of objektiewe benadering en konfliktpotensiaal) van die konsep *die beste belange van die kind* kortliks bespreek het, kom sy tot die gevolgtrekking "that it is impossible and undesirable to try to give a comprehensive definition of what should be understood under the concept 'best interests of the child', because the concept cannot have a fixed meaning and content that are valid for all communities and all circumstances" (Heaton, 1990:98). Vir haar doen die onsekerheid en onomlyndheid van die konsep nie afbreuk aan die aanwendbaarheid daarvan nie (Heaton, 1990:98). Inteendeel, sy propageer die aanwending van so 'n plooibare konsep (sonder rigiede onderliggende reëls) ten einde tot die bes moontlike beslissing in belang van die kind te kom (Heaton, 1990:98-99). Die skrywer wil hiermee volmondig saamstem, veral gesien teen sy regsteoretiese benadering tot die *belang* van die kind wat mettertyd (*infra*, 8-12) gaan volg.

Eekelaar, (1986:169-170)<sup>4</sup> "fellow of Pembroke College, Oxford", sien in die ontwikkeling van die regte van kinders dat die ouers steeds die kompetensie het uit hoofde waarvan die ouers se verpligting ontstaan om met profetiese insig in die beste belange na die oordeel van spesifiek die kind (en niemand anders nie) op te tree. Die probleem is dat die kind self nie die kennis en ervaring het om oor dit wat in die toekoms vir hom die beste mag wees, nou te kan beslis nie. Volgens Eekelaar moet sekere algemeen aanvaarde verwagtinge veronderstel word asof dit die kind se belange die beste sou dien indien die kind as redelike volwassene (met 'n terugblik op sy jeug) 'n keuse kon uitoefen (Eekelaar, 1986:170). Die aanvaarde verwagtinge noem hy "basic interest", "development interest" en "autonomy interest" (Eekelaar, 1986:170-171). Eersgenoemde belang is die minimum wat verwag kan word van ouers rakend die fisiese, emosionele en intellektuele versorging van hul kinders. Volgens Eekelaar (1986:172) het hierdie basiese aansprake reeds die vorm van regte aangeneem. Kinders kan ook van ouers verwag om die kinders se vermoëns tot laasgenoemde se grootste voordeel te ontwikkel - die sogenaamde *developmental interest*. Eekelaar (1986:172-176; ook Carney, 1989:31) is van oordeel dat hierdie belang normaalweg nie ten koste van die gesinseenheid en ouerlike regte gehandhaaf sal word nie en *normaliter* so goed

---

<sup>4</sup> Kyk ook Bromley & Lowc, 1987:255-256. Dickens (1981:471) wys daarop dat ouerlike gesag inhou dat ouers die verpligting het (nie soseer om tot die kind se "positive good" op te tree nie), maar om benadeling te voorkom. Watter benadering ook al gevolg word, die probleem bly steeds die prognostiese beoordeling van wat moontlik in belang van die kind kan wees of moontlik die kind die meeste sal beskerm.

moontlik aan voldoen sal word binne die finansiële vermoë van die gesin. Die derde belang waarvan Eekelaar (1986:177-182) melding maak, het te doen met die kind se vryheid om sy eie lewenswyse en vriende te kies. Hierdie belang moenie te hoog aangeslaan word nie, maar kan meer prominent word namate die kind kan begryp wat die aard en reperkussies van sy optrede is (Eekelaar, 1986:177-182).

Alhoewel Eekelaar dit in die betrokke artikel eerder het oor daardie belange (regte) van die kind wat voorrang geniet bo die regte van ouers en diagnosties bepaalbaar is, blyk die tyd- en ruimteproblematiek rakende die inhoud van *die beste belange van die kind* duidelik. Moet *die beste belang van die kind* beoordeel word op die stadium wanneer die hof die bevel maak? En sou die belange ter sprake dié van die kind op daardie stadium wees of as hy volwassenheid bereik het?

Bromley & Lowe (1987:316-317), Engelse advokate en regsdosente, is ook van mening dat die hof as ideaal die *long-term future* van die kind in ag sal neem wanneer beheer en toesig toegeken word in gevalle van egskeiding. Dit doen egter nie afbreuk aan die hof se bevoegdheid om meer klem te lê op die kind se onmiddellike bande en leefwêreld wanneer toekomstige wisselvallighede reeds verdiskonteer is nie. 'n Groter probleem is egter "to find judicial articulation of what is thought to be meant by the term 'welfare'" (Bromley & Lowe, 1987:316). Vir Bromley & Lowe (1983:316) is die *welfare*-beginsel (soos dit bekend staan in die gemenereglende) baie omvattend; dit geniet terselfdertyd voorrang bo ander omstandighede en hou daarmee verband.<sup>5</sup> 'n Nieu-Seelandse saak se beskrywing van *welfare* (in die wyds moontlike sin) is volgens genoemde skrywers die beste moderne weergawe van die begrip *welfare* en lui soos volg:

"Welfare" is an all-encompassing word. It includes material welfare, both in the sense of an adequacy of resources to provide a pleasant home and a comfortable standard of living and in the sense of an adequacy of care to ensure that good health and due personal pride are maintained. However, while material considerations have their place, they are secondary matters. More important are the stability and the security, the loving and understanding care and guidance, the warm and compassionate relationships, that are essential for the full

---

<sup>5</sup> Dit is juis die deurslaggewendheid van die begrip *welfare* wat vir die Engelse Regskommissie teoreties problematies word wanneer dit in kompetisie met ander belange is. Die probleme ontstaan wanneer dit marginaal beter vir 'n kind sou wees om by die vader te bly, maar dat juis so 'n beslissing die moeder liggaamlik en geestelik sou kon vernietig; en ook wanneer een kind se belange in 'n huisgesin bevorder sou word ten koste van die ander gesinslede. Vir die Regskommissie is die oplossing eerstens geleë in die oorweging van die totaliteit van omstandighede en tweedens dat die belange van kinders in 'n gesin eerder interafhanklik as wedersyds uitsluitend beskou word.

development of the child's own character, personality and talents.<sup>6</sup>

Alhoewel alle faktore wat moontlik relevant sou kon wees rakende die feite van 'n saak voorhande telkens oorweging moet geniet om die *welfare* van 'n kind te verseker, is Bromley & Lowe (1987:317)<sup>7</sup> oortuig dat om van die hof te verwag om in *die beste belange* van die kind op te tree "may put an unduly sanguine gloss on the court's function: it should be appreciated that a judge is not dealing with what is ideal for the child but simply with what best can be done in the circumstances".

'n Ander belangrike opmerking wat Bromley & Lowe (1987:317) maak, is dat die begrip *welfare* nie 'n eksakte konsep is nie en dat die hof 'n wye diskresie hieromtrent het. Die diskresie is egter nie onbeperk nie. Die presedenteleer bepaal dat die hoër hof se uitsprake rakende die belange van kinders nagevolg moet word. Hierdie uitsprake word op hulle beurt weer beïnvloed deur "knowledge and understanding of child development and by the prevailing societal views of child rearing". (Bromley & Lowe, 1987:317. Kyk ook Rosettenstein, 1984:482.) Laasgenoemde sienings het verander en gevolglik ook die hof se benadering: wat in die kind se belang in die verlede was, is nie noodwendig vandag waar nie en waardes mag in die toekoms weer verander.<sup>8</sup> So word die algemene opvatting dat moeders beheer en toesig oor jong kinders moet kry, bevraagteken (kyk Rosen, 1978:246-248). Net so kan die belange van die gesin as eenheid in die toekoms voorrang geniet bo dié van die individuele kind (kyk Maidment, 1984:151).

Uit die bespreking van Bromley & Lowe oor die *welfare* van die kind is dit duidelik dat dit 'n amorfe begrip is sonder vaste inhoud. Dit is duidelik dat *welfare* nie die ideaal van *die beste belange van die kind* probeer nastreef nie, maar bloot 'n keuse inhoud wat

---

<sup>6</sup> Die uitspraak van regter Hardy Boys in die saak *Walter v Walker and Harrison* soos aangehaal deur Bromley & Lowe, 1987:316.

<sup>7</sup> Kyk ook Heaton, 1990:96; Hahlo, 1985:390-391.

<sup>8</sup> Kyk Mudie 1989:686-690. Dit is op grond van die oorskatte vermoë van hof om strukturele probleme in die gemeenskap op te los dat Carney ten gunste van (in die lig van 'n Australiese Verslag) 'n gemeenskapsgeoriënteerde benadering tot die beskerming van die belange van kinders is. Vir hom is die ingrype deur die hof 'n laaste uitweg. Kyk Carney, 1989:29-39. Sommige skrywers meen dat kinderwelsynorganisasies 'n belangrike rol oor die langtermyn te vervul het rakende beleidskwessies oor die veranderde status van kinders in die samelewing en die werklike funksie van die owerheid in ouer-kind-aangeleenthede. Kyk Denny, *et al.*, 1989:279, 285-286. Dit moet egter ook beklemtoon word dat hoe meer ander professies betrokke gaan raak om die beste belange van 'n kind te verseker, hoe meer sal die wetgewer diesulkes moet beskerm. Kyk Besharov, 1983:421-431.

die mins benadelende is met inagneming van die totaliteit van relevante omstandighe-  
de in 'n individuele geval en veranderde sosiale *mores*.

Jon Elster (1987:1-45) 'n Amerikaanse akademikus, se premis in sy onlangse artikel in *The University of Chicago Law Review* is dat die juridiese maatstaf *die beste belang van die kind* onbepaalbaar, onbillik en selfvernietigend is en ook deur die openbare belang ondergrawe kan word (Elster, 1987:12-28). Die toepassing van *die beste belang van die kind*-benadering word in die artikel beperk tot gevalle van egskeiding waar die hof moet besluit watter ouer beheer en toesig moet kry. Wat die *beste belang*-beginsel volgens Elster so "indeterminate"<sup>9</sup> maak is die feit dat in *beste belang*-besluitneming eenvoudig nie met alle moontlikhede, alle moontlike nagevolge, die waarskynlikheidsgraad van intrede van elke gevolg en waarde wat daaraan gekoppel behoort te word, rekening kan hou nie. Dit maak die keuse van die hof (in gevalle waar albei ouers geskikte ouers is) rakende die toesegging van beheer en toesig baie ingewikkeld - beslis nie 'n roetine-aangeleentheid (veral in die spanningsvolle tyd rondom egskeiding) nie (Elster,1987:16).<sup>10</sup> Volgens Elster moet die hof die kind in dié ouer se sorg laat waar die kind se swaks moontlike toekoms steeds beter sal wees as by die ander ouer, terwyl dit terselfdertyd die kind toelaat om selfstandig en met genoeg geleenthede eie keuses vir die toekoms te maak en dit te ontwikkel (Elster, 1987:13-14).

Elster (1987:16-17) argumenteer verder dat die deurslaggewendheid van *die beste belange van die kind* onbillik kan werk deurdat dit die ouers se regte en behoeftes ignoreer. So behoort 'n ouer se beroepsopofferings in belang van die kinders in 'n beheer-en-toesig-bevel verdiskonteer te word of, in dieselfde asem, behoort ouers se ongeoorloofde taktieke om beheer en toesig te vestig, in die kiem gesmoor te word. Elster is ook oortuig daarvan dat 'n besluit oor die beste individuele belange van 'n spesifieke kind in 'n bewaringsituasie verwagtinge en insentiewe vir ander ouers en kinders mag skep wat in die geheel beskou vir kinders nadelig kan wees. In hierdie opsig is die konsep *beste belange* selfvernietigend (Elster, 1987:21). So 'n situasie kan selfs aanleiding gee tot meer en langer litigasie - 'n seker bron van smart vir en benadeling van die kind (Elster, 1987:25).

Die vraag ontstaan nou watter alternatief Elster rakende die *beste belang*-konsep aan die hand doen. Drie alternatiewe word genoem, naamlik 'n alternatief

---

<sup>9</sup>Hierdie begrip is veral gebruik deur Mnookin, 1975:226. Elster steun ook sterk op die geskrifte van Mnookin.

<sup>10</sup>Selfs "(a) hot-tempered, emosional, difficult, incompetent wife may be a more suitable person to leave custody than a cold unsympathetic, self-righteous and very able husband". Uitspraak van 'n Ierse hof soos aangehaal deur Elster (1987:15 vn 52).

### *Beste belange van die kind*

---

- \* ten gunste van beheer en toesig primêr aan die moeder as bewaarder,
- \* ten gunste van die *primary caretaker* en
- \* ten gunste van 'n kompromie (wat lukraak bepaal word) tussen genoemde twee

Hierdie alternatiewe word geëvalueer teen die agtergrond van bedingingsmagte, aansporingsoorwegings, opvoedkundige gevolge en die koste betrokke in die litigasie-proses (Elster, 1987:32-43). Na die hele oefening kom Elster (volgens homself) tot 'n onbevredigende gevolgtrekking (Elster, 1987:45). Hy kan nie een enkele alternatief aanbeveel wat in alle omstandighede bevredigend sou werk nie. Hy laat egter die gedagte dat die beheer-en-toesig-problematiek bes moontlik by voorbaat voorkom kan word in 'n voorhuwelikse kontrak (Elster, 1987:45).

Opsommenderwys kan gesê word dat *die beste belang van die kind* op sy beste 'n wye en onbepaalbare konsep is; dit verskuil uiters moeilike waardeoordele rakende ons beskouing oor individuele geluk, bevrediging en moraal asook oor die werking van ons gemeenskap. Dit is onbillik om voorsittende beamptes uit te lewer om beslissings te maak wat uiteraard individuele vooroordele bevat en soms eenvoudig verkeerd beslis is (Eekelaar, 1984:593-597). Eekelaar huldig die mening dat "[t]he issues are too large and too sensitive to be left to the unguided development of case law. Family law has too long suffered from the myth that, as every case is different, their resolution must be left to the discretion of individual judges" (Eekelaar, 1984:597. Kyk ook Bromley en Lowe, 1987:332). *Beste belang* in dié sin moet onderskei word van *beste belang* wat in verband staan met regte en verpligtinge.

### 3. REGSTEORETIESE PERSPEKTIEF OP DIE *BESTE BELANGE VAN DIE KIND*-BENADERING: IS DIT BLOOT 'N FAKTOR (*INDICIUM*) VIR BEOORDELING OF IS DIT 'N GEDRAGSNORM ('N MAATSTAF)?

Die blote onomlyndheid van die frase *in die beste belang van die kind* maak dit nie onbruikbaar in die reg nie.<sup>11</sup> Dit is egter die skrywer se mening dat die aanwending van dié frase beperk moet word tot die gevalle waar die hof deur regswerking in 'n *reeds ontwrigte* ouer-kind-verhouding betrokke geraak het (soos hierbo in die vorige

---

<sup>11</sup>Hiervan getuig die deurlopende aanwending van die begrip in regspraak (o.a. *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A) 143; *Calitz v Calitz* 1939 AD 56 60 en 63; *Shawzin v Laufer* 1968 4 SA 657 (A) 662 G-H; *Bailey v Bailey* 1979 3 SA 128 (A) 135H 141 B-G; en M v R 1989 1 SA 416 (O) 421F), wetgewing (o.a. *Wet op Huweliksaangeleenthede* 37 van 1953 (a5(3)); *Wet op Egskeiding* 70 van 1979 (a 6(3)) en gemene reg (kyk Spiro, 1983:114). Kyk ook Heaton, 1990:98-99.

paragraaf aangedui - *supra* 7) en nou die aard en omvang van die betrokkenheid probeer bepaal en allokeer ten einde die situasie so goed as moontlik te beredder (kyk Van der Vyver & Joubert, 1985:625). Weens die feit dat *die beste belange van die kind* in so 'n beperkte sfeer aanwending vind en boonop slegs een (weliswaar meestal die deurslaggewende) van 'n veelheid faktore wat oorweging geniet verteenwoordig, sal die onsekere inhoud daarvan nie afbreuk aan die hof se diskresie-uitoefening in die remediëringsproses doen nie.<sup>12</sup>

Daarenteen verg die gevalle waar die hof *daadwerklik moet ingryp* in 'n funksionele gesinsverband meer eksakte oorwegings.<sup>13</sup> In hierdie geval is daar 'n spanning tussen die behoud van die intakte gesinseenheid (wat uiteraard in die beste belang van die kind as gesinslid sou wees) en daardie tydstip waarop dit vir die hof gerade sou wees om deur ingrype 'n kind behoortlik te beskerm.<sup>14</sup> Om die konsep *die beste belange van die kind* in hierdie omstandighede as kriterium aan te wend, sou ontoereikend wees - dit is té vaag, té soepel en voorafingenome. Die skrywer gee ter oorweging dat *belang* hier gesien moet word as regsobjek. As sodanig kan die leerstuk van subjektiewe regte met groot vrug aangewend word.<sup>15</sup>

Met die leerstuk van subjektiewe regte word bepaal wanneer daar ongeoorloof of onregmatig opgetree word. Die leerstuk van subjektiewe regte spel twee verhoudings uit. Eerstens hou dit 'n subjek-objek-verhouding in, naamlik dat die reghebbende sy

<sup>12</sup>Volgens Bromley & Lowe (1987:332-333) wil selfs die Engelse Regskommissie nie eksakte riglyne vir die hof neerlê om die *welfare* van die kind te bepaal nie. Die Engelse Regskommissie het wel 'n tipe kontrolelys vir dié doeleindes aanbeveel. Kyk ook Heaton, 1990:98-99. Eckelaar is gekant teen so 'n ongebreidelde aanwending van 'n konsep in 'n sensitiewe gebied soos die familiereg. Kyk Eckelaar, 1984:597.

<sup>13</sup>Kyk Wald, 1982:7-8; Carney, 1989:29, 31, 32; Goldstein, Freud & Solnit, 1979:9; Hall & Mitchell, 1982:66; Elster, 1987:22.

<sup>14</sup>Kyk Rosettenstein, 1984:497; Gabinet, 1983:401. Zaal argumenteer dat die feit dat gelet word op die onbekwame ouer as oorwegingsgrond alvorens 'n kind uit die sorg van die ouer verwyder sal word in die *Wet op Kindersorg* 74 van 1983, dui op 'n afname in die regte van kinders en 'n versterking van die gesinseenheid - dit sal dit moeiliker maak om kinders regtens te verwyder. Kyk Zaal, 1988:225, 227 en 229. Kyk ook Spiro, 1978:39; Munnik, 1987:242. Elster (1987:15) voer aan dat die *beste belang van die kind* makliker vasstelbaar is indien die ouer as onbekwaam bevind word. Elster (1987:16-16) bevestig ook dat verskillende oorwegings geld by 'n *divorced* en *undivorced family*.

<sup>15</sup>Hierdie leerstuk is in *Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer (Films (Edms) Bpk)* 1977 4 SA 376 (T) 387 aanvaar. Joubert word allerweë aanvaar die vader van hierdie leer in Suid-Afrika te wees. Kyk Joubert, 1958:12 e.v., 98 e.v.; Neethling, 1987:316.

objek kan gebruik, geniet en vervreem, *maar binne die grense wat die objektiewe reg en die regte van ander mense daarstel*. Die tweede verhouding (subjek-subjek) hou in dat die reghebbende alle ander regssubjekte kan verplig om sy regserkende aanspraak op sy objek te duld, en as teenkant hiervan, kan die reghebbende sy aanspraak handhaaf teenoor enige ander regssubjek. Elke *plig* het dus 'n *reg* as teenkant. Ongeoorloofde optrede kan òf in die nie-nakoming van 'n regsplig òf in die aantasting van 'n reg bestaan. 'n Persoon tree dus onaanvaarbaar in die reg op wanneer hy òf op 'n onredelike wyse die grense oorskry waarbinne die reghebbende sy regtens beskermingswaardige individuele belange uitoefen, òf 'n plig het om nie op sodanige aansprake inbreuk te maak nie en dit dan onredelik versuim (kyk Neethling, Potgieter & Visser, 1989:43-44).

'n Subjektiewe reg ontstaan wanneer die objektiewe reg erkenning verleen aan 'n individuele belang wat feitelik bestaan, op sigself die reghebbende van waarde is en oor 'n mate van selfstandigheid (bepaaldheid, omlyndheid) beskik sodat dit beheers kan word. Die aard van 'n subjektiewe reg word grootliks bepaal deur die soort objek, naamlik onder andere sake, prestasies, persoonlikheidsgoedere en immateriële goedere.<sup>16</sup> Dienooreenkomstig is die erkende kategorieë subjektiewe regte die volgende: saaklike-, vorderings-, persoonlikheidsgoedere- en immaterieelgoedereregte.<sup>17</sup> Alle mense (regssubjekte) is draers van subjektiewe regte.

Teen dié agtergrond ontstaan die vraag op watter stadium die ouers tot so 'n mate inbreuk maak op die regte van hulle kinders (of dat die ouers tot so 'n mate hulle verpligtinge teenoor hulle kinders versaak) dat dit ongeoorloof word en dat dit vir die hof geregverdig is om op 'n funksionele gesinseenheid in te gryp ten einde belange vir ordeningsdoeleindes af te weeg.

As algemeen aanvaarde gedragsreëls orden die objektiewe reg die samelewing van mense (ook die gesin as basiese sosiale eenheid) deur die (soms) dwangmatige herstel van die geskonde regsposisie (Van der Vyver & Joubert, 1985:595). Met die oog op dié ordeningsfunksie verleen die objektiewe reg aan ouers die sogenaamde ouerlike gesag waarkragtens hulle *kompetent* is om vir en namens die minderjarige kind besluite ten aansien van sy persoon, lewenswyse en boedel te neem (Van der Vyver & Joubert, 1985:595). Hierdie kompetensies vloei nie uit 'n subjektiewe reg voort nie ('n kind kan nie 'n objek wees nie) en moenie verwar word met inhoudsbevoegdheide nie.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup>*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk 1977 4 SA 376 (T) 392.*

<sup>17</sup>*Id* 382. Neethling (1990:101-105) argumenteer ten gunste van 'n vyfde kategorie subjektiewe regte, te wete persoonlike immaterieelgoedereregte.

Kompetensie is die vermoë van die regs subjek om subjektiewe regte en regsverpligtinge te verwerf (Van Zyl & Van der Vyver, 1982:374). As sodanig het die ouers ook *verpligtinge* rakende minderjarige kinders.<sup>19</sup> Hierdie verpligtinge het veral betrekking op die van dag-tot-dag liggaamlike en geestelike versorging van die kind, sy opvoeding, die behartiging van sy boedelbelange en die onderhoud van die kind (Van der Vyver & Joubert, 1985:595).

Voorts sou gevra kon word of die teenkant van die ouers se verpligtinge die subjektiewe regte van die kind impliseer. Alhoewel hieroor al heelwat diskoers<sup>20</sup> gevoer is, het kinders as regs subjekte beslis vorderingsregte ten aansien van onderhoud, liggaamlike, geestelike en intellektuele versorging en van die ander kategorieë regte hierbo genoem.<sup>21</sup>

Die persoonlikheidsgoederereg ten opsigte van die liggaamlike integriteit van die kind sou veral in gevalle van mishandeling prominent wees. Selfs al kan 'n subjektiewe reg nie in elke geval geïdentifiseer word nie, kan ongeoorloofde optrede nog steeds bepaal word aan die hand van die vraag of 'n regsplig verbreek is al dan nie. Die vraag is nie soseer of kinders regte het nie, maar hoe en wanneer (deur wie) dit teen die ouers afgedwing kan word. Die aangewese instansie om dié kinders te beskerm, is die owerheid (hof).

Die enigste kwessie wat oorbly ten einde die vraag te kan beantwoord (aan die hand van die leerstuk van subjektiewe regte) wanneer dit die owerheid veroorloof is om in te gryp in 'n funksionerende gesinseenheid, is om vas te stel watter grense die objektiewe reg geformuleer het ten einde die ouer se inbreukmaking op sy kind se reg, of die ouer se verbreking van 'n regsverpligting, as onredelik en gevolglik ongeoorloof te tipeer. Behalwe vir die vermelding van omstandighede in artikels 13 en 14 van die *Wet op Kindersorg* (74 van 1983) ingevolge waarvan kinders uit die bewaring van 'n persoon verwyder kan word op grond van die sogenaamde *beste belang*-konsep, het die objek-

---

<sup>18</sup>Van der Vyver & Joubert, 1985:595. Vgl. ook Van Zyl & Van der Vyver, 1982:414; Eckelaar, 1986:170.

<sup>19</sup>Die regte van ouers (veral die vader) het stelselmatig ruimte gemaak vir die *beste belang van die kind*. Kyk Sornarajah, 1973:132-141.

<sup>20</sup>Kyk onder andere Eckelaar, 1986:166 e.v.; Raz, 1984:12-14; Foster & Freed, 1972:343 e.v.

<sup>21</sup>Kyk onder andere Van der Vyver & Joubert, 1985:595; Spiro, 1971:21. Heaton (1987:410) beweer dat tugbevoegdheid 'n verweer is wat deur die ouer/beskuldigde geopper kan word.

tiewe reg nie spesifiek hierdie grens vasgestel nie. Dit beteken dat daar teruggeval moet word op 'n algemene gedragsnorm as tipeerder van onredelike optrede. Die regs-oortuiging van die gemeenskap is so 'n redelikheidskriterium en die volgende omstandighede is onder andere aanduidend daarvan:

- \* die aard en gewig van botsende belange,
- \* die regsbeleid,
- \* die gebruike in die samelewing in die verlede,
- \* subjektiewe kennis en
- \* motiewe.

Ten einde vas te stel of die hof moet ingryp in 'n funksionerende gesin, kan onder andere die volgende faktore oorweging geniet: die belang van die kind (soos vroeër uitgespel), die belange van die ouers (byvoorbeeld ouerlike gesag), die dominansie van hierdie belange, die beleid van die owerheid rakende die beskerming van die gesins-eenheid, versaking van verpligtinge, die geskiktheid van die ouers, misbruik en benadeling van liggaamlike integriteit, emosionele bande, kennis by die ouer dat hulle optrede benadeling gaan veroorsaak en optrede vir eie gewin.

Kortom, hierdie regsteoretiese benadering bevestig aan die een kant die onderskeid tussen die situasie waar juridiese ingrype reeds 'n voldonge feit is en die hof bloot die toewysing van ouerlike gesag bes moontlik moet beredder. (Hier speel die *beste belange*-benadering as faktor 'n kardinale rol en gaan dit in dié gevalle meer oor die heil van die kind) en aan die ander kant vind ons die situasie waar die hof moet ingryp op 'n funksionerende gesinseenheid - hier word *belang* gesien as regsobjek (byvoorbeeld liggaamlike integriteit, prestasie) binne die raamwerk van die leerstuk van subjektiewe regte. Hier gaan dit oor die inhoud van ouerlike gesag en die grens wanneer die uitoefening daarvan onredelik sou wees. Slegs 'n onredelike inbreukmaking op 'n subjektiewe reg of 'n verbreking van 'n regsplig regverdig owerheidsingrype. In sowel die bepaling van wat redelik of onredelik sou wees en met betrekking tot die aard en omvang van ingrype sal die belang van die kind as faktor (omstandigheid) oorweging geniet.

#### 4. AANWENDING VAN DIE *BESTE BELANG*-KONSEP IN REGSPRAAK EN WETGEWING

Op die tema sover ontwikkel, word ook onder dié opskrif 'n onderskeid gemaak tussen die eksterne *ingrype op ouerlike gesag in 'n funksionele gesindheid* en die meganiese

toesegging van ouerlike gesag in 'n ontwrigte gesinsverband (waar juridiese ingrype in die gewone loop van sake reeds 'n voldonge feit is). (Kyk Spiro, 1971:240-241.) In eersgenoemde sin moet *belange* eerder gesien word in die juridiese konteks van ouerlike gesag as kompetensie waaruit *beskermingswaardige* subjektiewe regte en *afdwingbare* verpligtinge voortvloei. In die tweede betekenis moet *belang* in sy woordeboekbetekenis, naamlik "iets wat vir iemand betekenis het, omdat sy *voordeel* daarmee gemoeid is; *voordeel*", verstaan word (kyk Kritzinger, Labuschagne & Pienaar, 1972:80 - eie beklemtoning).

4.1 **Aanwending van *belang* wanneer die beskermwaardige inhoud van ouerlike gesag en die regte en verpligtinge wat daaruit voortvloei deur eksterne ingrype bedreig of mee ingemeng word: 'n positiefregtelike benadering**

Twee fundamentele reëls lê die Suid-Afrikaanse gemenerereg rakende die verhouding tussen ouer en kind ten grondslag (kyk Spiro, 1983:114). Die eerste reël wat uit die Romeinse reg afkomstig is, duld geen inmenging met ouerlike gesag nie, tensy die ouers dit begeer.<sup>22</sup> Die tweede reël wat in die Romeins-Hollandse reg onder invloed van die Germaanse reg ontwikkel het (kyk Spiro, 1971:239; Van der Vyver & Joubert, 1985:623), erken die hooggeregshof as oppervoog (*parens patriae*) van alle minderjariges.<sup>23</sup> Hierdie twee reëls kan uiteraard bots en daarom word twee uitsonderings op die eerste ten gunste van die tweede reël toegelaat. Die eerste uitsondering is ontwikkel in *Cook v Cook*<sup>24</sup> (en bevestig in die *locus classicus*, *Fletcher v Fletcher*<sup>25</sup>) en bepaal dat die hof in egskedingsaangeleenthede ouerlike gesagsuitoefening kan reël in ooreenstemming met die minderjarige kind se belange.<sup>26</sup>

Die tweede uitsondering is vir hierdie gedeelte van groter belang. Dit handel oor die geval waar daar *de iure* 'n intakte gesinseenheid bestaan. Nadat appèlregter Tindall bevestig het dat "the father's authority is superior to that of the mother",<sup>27</sup> gaan hy voort deur te sê:

---

<sup>22</sup>Kyk *Kramarski v Kramarski and Others* 1906 TS 937 941.

<sup>23</sup>Kyk onder andere *Calitz v Calitz* 1939 en sake aangehaal deur Spiro, 1971:239 vn 2.

<sup>24</sup>1937 AD 154 162 *per* wn ar Feetham. In hierdie saak word die voorkeurposisie van die vader, die onskuldige ouer en die welsyn van die kind op gelyke voet geplaas.

<sup>25</sup>1948 1 SA 130 (A) 143 en 145 *per* ar Schreiner.

<sup>26</sup>Hieroor sal later meer gesê word, kyk *infra*, 17 e.v.

<sup>27</sup>*Calitz v Calitz* 1939 AD 56 61 en 62-63.

### *Beste belange van die kind*

---

In my judgment the Court has no jurisdiction, where no divorce or separation authorising the separate home has been granted, to deprive the father of his custody except under the Court's powers as upper guardian of all minors to interfere with the father's custody on special grounds, such for example as danger to the child's life, health or morals.<sup>28</sup>

Uit die *Fletcher*- en *Calitz*-beslissings blyk die benadering van die appèlafdeling baie verskillend te wees. In eersgenoemde saak word die Engelsregtelike benadering van *die belange van die kind* as deurslaggewend beskou, terwyl in *Calitz* die Romeins-Hollandsregtelike beginsel van die *vader se voorkeurregte* aangehang word. Hoekom sou die kriteria dan so verskillend wees in die twee sake? Nieteenstaande Sornarajah (1973:136-137) se onsuksesvolle poging om op grond van regspraak<sup>29</sup> en wetgewing<sup>30</sup> aan te dui dat die beste belange van die kind ook nou deurslaggewend is in die gevalle van ingrype op die intakte gesinseenheid (die sogenaamde *Calitz*-gevalle), word *Calitz* steeds male sonder tal aangehaal. Spiro verklaar die op-die-oog-af verskillende "toetse" soos volg:

... it is not the test to be applied which is different, but the approach. If matrimonial proceedings are contemplated, pending or concluded, the court need not deal with what may be called the preliminary question whether there is at all any justification for an interference with the parental power of either parent; the fact that the parents are authorized, or about to be authorized, by the court to live apart, enables the court to go immediately into the question of the remedy.

Spiro (1971:241) voer verder aan dat die *Calitz*-reël ook uitgebrei kan word na enkelouergesinne waar 'n minderjarige kind beskerming nodig het teen onredelike oerlike gesagsuitoefening soos in *Calitz* uitgespel.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup>*Id* 63.

<sup>29</sup>In Sornarajah se artikel word verwys na *Ackerman* 1940 CPD 16 en *Wille* 1944 WLD 96. In albei die sake was egskedings hangende en is dus nie met die *Calitz*-situasie vergelykbaar nie. Sornarajah se gesag vir 'n verandering van benadering steun hom nie.

<sup>30</sup>Sornarajah verwys na a 5(1)(a) en (b) van die *Wet op Huweliksaangeleenthede* 37 van 1953 en beweer dat hierdie artikel alle gevalle van bewaring doeltreffend ondervang en dat die belange van die kind nou deurslaggewend is vir beide *de facto*- en *de iure*skedings en egskedings. Volgens Sornarajah word die behoefte aan en gevolg van die artikel bevestig deur ar Schreiner in *Fortune v Fortune* 1955 3 SA 348 (A) 353 F-G. Ar Schreiner het dit egter duidelik gestel dat die betrokke artikel interpretasieprobleme het en dat die beste belange net deurslaggewend sou wees indien die voorsittende beampte in sy diskresie sou beslis dat ander oorwegings nie oorweging verdien nie. *Id* 354A.

<sup>31</sup>'n Moontlike ander ontwikkeling wat die premis van die skrywer verkeerd kan bewys, is die standpunt van ar Centlivres in *Bam v Bhabha* 1947 1 SA 798 (A) 806, naamlik dat die gronde waarop die hooggeregshof op die oerlike gesag kan ingryp net by wyse van voorbeeld genoem is en nie die volledige spektrum dek nie. Dit sou kon beteken dat *die beste belange van die kind* ook tot 'n uitsonderingsgrond kan ontwikkel in die sogenaamde *preliminary question*-gevalle.

Die "reg" van die ouer om te bepaal met wie sy minderjarige kind mag assosieer is nog 'n situasie wat op ander oorwegings berus as bloot "die beste belange van die kind". In *Coetzee v Meintjies*<sup>32</sup> is bevestig dat 'n ouer 'n reg het om te bepaal met wie sy minderjarige kind mag assosieer. Indien 'n derde sodanige wense van 'n ouer verontagsaam, stel dit 'n *injuria* teenoor die ouer daar omdat sy ouerlike gesag geminag word. Sodanige optrede sou die ouer op 'n interdik geregig maak. Die optrede van die derde kan geregverdig word tot die mate wat die ouer afstand gedoen het van die reg deur die kind toe te laat om op sy eie te bly en eie vriende te kies.

'n Soortgelyke situasie doen hom voor waar die ouers op 'n onregmatige wyse ontnem word van hulle reg om hulle minderjarige kinders by hulle te hê deur 'n derde.<sup>33</sup> Dit kan plaasvind deur kinderdiefstal, ontvoering en afrokkeling (kyk Olivier, 1983:102). Die houe het inderdaad die ouers al teen sodanige onregmatige optrede beskerm.<sup>34</sup> Olivier (1983:102) is van mening dat interdikte 'n omvattende genoeg remedie in hierdie omstandighede is. Volgens my word 'n *clear right* vereis alvorens daarop inbreuk gemaak kan word om onregmatigheid daar te stel. Indien dit beklemtoon word, dan is ook hierdie voorbeeld in ooreenstemming met die geopperde benadering rakende subjektiewe regte. Olivier (1983:102) is egter gou om toe te voeg dat die ouers nie outomaties en in alle omstandighede sou slaag in hulle aansoek om 'n interdik nie, want die belange van die kind geniet ook oorweging.<sup>35</sup>

Tot dusver blyk dit dat die houe 'n ander "benadering" (volgens Spiro) volg wanneer ingrype op ouerlike gesag oorweeg word en 'n funksionerende gesinseenheid ter sprake is. Die klem val in hierdie gevalle nie soseer op die aanpassing of vervanging van ouerlike gesag in die ouer-kind-verhouding nie, maar eerder op die beskerming van regte teen inbreukmaking deur derdes (Spiro, 1983:120) of soos Olivier (1983:103) dit noem 'n vertrekpunt "from a delictual point of view". Dit is my oortuiging dat hierdie benadering meer sekerheid en duidelikheid bring wanneer dit vir die hooggeregshof

---

Kyk hieroor *Petersen en 'n Ander v Kruger en 'n Ander* 1975 4 SA 171 (K) 173H.

<sup>32</sup>1976 1 SA 257 (W) 262. Kyk ook *Meyer v Van Niekerk* 1976 1 SA 252 (T).

<sup>33</sup>Kyk *Gordon v Gordon* 1953 2 SA 41 (W).

<sup>34</sup>Kyk *Van Staden v Van Staden* 1949 1 PH B2(O); *Hawthorne v Hawthorne* 1944 CPD 491.

<sup>35</sup>Kyk hieroor *Petersen en 'n Ander v Kruger en 'n Ander* 1975 4 SA 171 (K) 174D.

### *Beste belange van die kind*

---

geregverdig sou wees om op die ouerlike gesag in te gryp ten einde 'n balans te bewerkstellig tussen die instandhouding van 'n gesonde gesin en die sinvolle beskerming van die kind wie se "belange" onredelik bedreig word.

Dit is ook op hierdie basis dat die *Wet op Kindersorg*<sup>36</sup> funksioneer. Hierdie Wet het die beskerming van kinders heelwat uitgebrei. Spesiale kinderhove het die kompetensie om kinders wat geen ouers of voogde het nie of in die bewaring is van 'n persoon wat nie in staat of geskik is om bewaring te hê nie,<sup>37</sup> (na 'n ondersoek)<sup>38</sup> te gelas om na hulle ouers terug te keer of in aanvullende of substituutsorg geplaas te word.<sup>39</sup> Vaste riglyne geld ten einde te bepaal of die kinderhof mag ingryp om die veiligheid en welsyn<sup>40</sup> van 'n kind in sy regsgebied te verseker. Die wetgewer het die klem op die ouer wat "nie in staat of geskik is om die bewaring van die kind te hê nie",<sup>41</sup> laat val. Hierdie gebrek aan vermoë en geskiktheid word aan die hand van 'n tiental riglyne oorweeg, onder andere geestesongesteldheid,<sup>42</sup> aanranding of mishandeling van 'n kind deur 'n ouer (of die toelating daarvan),<sup>43</sup> die daadwerklike verleiding, ontvoering of prostitusie van die kind (of die in die hand werk daarvan - ook onsedelike handeling),<sup>44</sup> swak gewoontes en gedrag,<sup>45</sup> ontoereikende onderhoud,<sup>46</sup> verwaarloosing<sup>47</sup> en verlating<sup>48</sup> van kinders.

---

<sup>36</sup>74 van 1983 (wat hangende die afkondiging van die regulasies op 12 Desember 1986 eers op 1 Februarie 1987 in werking getree het - kyk Prokl 16 en 17 *Staatskoerant* 30.01.1987:10593).

<sup>37</sup>a 14(4)(a) en (b) van Wet 74 van 1983.

<sup>38</sup>aa 11, 12 en 13 van Wet 74 van 1983.

<sup>39</sup>a 15 van Wet 74 van 1983

<sup>40</sup>a 11(2) van Wet 74 van 1983.

<sup>41</sup>a 14(4)(b) van Wet 74 van 1983.

<sup>42</sup>a 14(4)(b)(i) van Wet 74 van 1983.

<sup>43</sup>a 14(4)(b)(ii) van Wet 74 van 1983.

<sup>44</sup>a 14(4)(b)(iii) van Wet 74 van 1983.

<sup>45</sup>a 14(4)(b)(iv) van Wet 74 van 1983.

<sup>46</sup>a 14 (4)(b)(v) van Wet 74 van 1983.

<sup>47</sup>a 14(4)(b)(vii) van Wet 74 van 1983.

<sup>48</sup>a 14(4)(b)(ix) van Wet 74 van 1983.

Na my mening het die wetgewer genoegsame spesifieke oorwegings ingebou om 'n mens daarop bedag te maak dat klakkelose ingrype deur die hof skadelik kan wees en dat sodanige optrede ongeregtig is.

**4.2 Aanwending van die beste belang van die kind-konsep op gevalle waar owerheidsinmenging reeds in die normale gang van sake bestaan, maar waarvoor 'n oplossing (so voordelig as moontlik) gesoek moet word**

Spesifieke gevalle wat hieronder tuisgebring kan word, is onder andere beheer en toesig (voor of met egskedding), aanneming, wysiging van bestaande bevelen en toegang.

Sedert die uitspraak in *Fletcher v Fletcher*<sup>49</sup> gemaak is, het die reël soos geformuleer deur appèlregter Schreiner,<sup>50</sup> naamlik dat "the interest of the children is the main or paramount consideration, or furnishes the guiding principle to be observed by the Court", onveranderd gegeld. Dit is veral in dispuete rondom beheer en toesig (*pendente lite* of tydens die egskeddingsproses) en wysigings van bestaande bevelen (waaroor daar baie meer gerapporteerde sake is) dat die *beste belang*-konsep konsekwent gepropageer word. So het appèlregter Schreiner byvoorbeeld die bepalings van artikel 5(1)(a) en (b) van die *Wet op Huweliksaangeleenthede*<sup>51</sup> in *Fortune v Fortune*<sup>52</sup> geïnterpreteer:

... the section empower(s) the Judge to make a grant of custody in favour of either parent if it is proved to his satisfaction that it would be in the interests of the minor to do so, so that there could be no valid criticism of his treatment of the matter if he declined to pay any regard to other considerations; if, however, he should consider that the case before him is not one in which he should rule out such other factors as have been held to be relevant, he would not be wrong in doing so, although, of course, he would be obliged to observe the established principle that the interests of the minor are paramount.

In hierdie saak is die beheer en toesig aan die moeder toegestaan nieteenstaande die feit dat sy deur haar kwaadwillige verlating aanleiding gegee het tot die ontbinding van die huwelik deur egskedding en dat sy die kind (indien sy bewaring sou kry) uit die hof

---

<sup>49</sup>1948 1 SA 130(A).

<sup>50</sup>*Id* 143 (kyk ook 145).

<sup>51</sup>37 van 1953.

<sup>52</sup>1953 3 SA 348(A) 353H-354A.

### *Beste belange van die kind*

---

se jurisdiksiegebied sou verwyder na Engeland en dat dit die kind uiters ontoeganklik sou maak vir die appèllant. Die hof *a quo* se beslissing is op appèl bekragtig omdat dit in belang van die kind geag is.<sup>53</sup>

Selfs wanneer 'n beheer-en-toesigbevel *gewysig* word, is die kinders se belange "predominant" soos beslis deur appèlregter Rumpff in *Shawzin v Laufer*.<sup>54</sup> In hierdie saak kon die moeder die kinders uit hulle bekende omgewing verwyder na Kanada. Dit sou nie net 'n groot verlies vir die vader wees nie, maar ook vir die kinders wat hom nie voortdurend meer by hulle sou hê nie. Die kinders se lewenstandaard sou ook van "affluence" na "decent" daal. Nogtans glo die hof dat die kinders se opvoeding en "happiness" eerder afkomstig moet wees van die moeder wat hulle reeds van kleintyd grootgemaak het. Om hulle van die moeder te verwyder sou "serious psychological" gevolge teweeggebring het.<sup>55</sup>

In *M v R*<sup>56</sup> het die hooggeregshof van die Oranje-Vrystaat beveel dat 'n moeder haar (teen haar sin) aan die neem van bloedmonsters moes onderwerp. Regter Kotze beaam dat dit 'n gebied van botsende ideale en belange is, maar meen tog

... dat die toets dieselfde moet wees as wat in ouers se bewaringsaansoeke oor kinders toegepas word, te wete dat die minderjarige se belang nie die enigste nie maar wel die deurslaggewende of oorheersende rigsnoc, waarteenoor alle ander oorwegings 'n ondergeskikte rol speel, moet wees .... En so 'n toets beteken dan dat hoe nader die faktore aangaande die kind se belange aan 'n toestand van ewewigtigheid, oor die vraag of die aansoek toegestaan moet word of nie, kom, hoe groter sal die rol van hierdie ander faktore word ....<sup>57</sup>

Ook in wetgewing het *die belang van die kind* pertinent staanplek gekry. Met die *Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede*<sup>58</sup> word 'n verdere poging (naas artikel

---

<sup>53</sup>*Id* 352E-F. Kyk ook *Goodrich v Botha and Others* 1954 2 SA 540 (A) 546 F-G. In *Greenshields v Wyllie* 1989 4 SA 898 (W) het r Flemming die eie voorkure van twee dogters in hulle puberteitsjare verontagsaam in die toekenning van beheer en toesig. *Id.* 899B-G.

<sup>54</sup>1968 4 SA 657 (A) H. Vgl. ook *Stocks v Stock* 1981 3 SA 1280(a) 1290 F-H; *Van Oudenhove v Gruber* 1981 4 SA 857(A) en 868B-D.

<sup>55</sup>Kyk ook *Bailey v Bailey* 1979 3 SA 128 (A). In 'n drie/twee meerderheid het die appèlafdeling beslis dat die moeder die kinders in hulle belang na Engeland kan verwyder.

<sup>56</sup>1989 1 SA 416 (O).

<sup>57</sup>*Id* 421 F-G.

<sup>58</sup>24 van 1987. Hierdie Wet het op die stadium toe die oorspronklike referaat gelewer is nog nie in werking getree nie. Hierdie Wet poog om die bevoegdheid van die hof uit te brei deur a 6(1) van die *Wet op Egskeiding* te wysig. Genoemde Wet het wel op 1 Oktober 1990 in werking getree

6 van die *Wet op Egskeiding*)<sup>59</sup> aangewend om die welsyn van kinders uit verbrokkelde huwelike te behartig deur gebruik te maak van gesinsadvokate en -raadgewers. Ingevolge artikel 18(4) van die *Wet op Kindersorg*<sup>60</sup> moet die voorgenome aanneming in belang van die kind en bevorderlik vir sy welsyn wees alvorens so 'n aannemingsbevel gemaak sal word. Ander wetgewing kom ook ter sprake, maar met die kort verwysing word volstaan.

Kortom, in gevalle waar die hof gekonfronteer word met 'n gegewe situasie waaronder egskeiding, aanneming, wysigingsaansoeke, ensovoorts, moet die hof in die lig van die deurslaggewende belang van die kind en ander ondergeskikte oorwegings tot 'n beslissing raak wat in die betrokke feitelike omstandighede die beste belang van die kind sal dien.

## 5. GEVOLGTREKKING

- \* In 'n veranderde sosiale bestel kom die patriargale gesinstelsel wat die gesag en mag van die vader as hoof van die huis onderskryf, toenemend onder druk. Alhoewel die gesin as sosiale basis van die samelewing beskou word en die ideale omgewing bied waarbinne kinders grootgemaak en opgevoed kan word om hulle volle potensiaal eendag as volwassenes te bereik, is die verbrokkeling van gesinne 'n alledaagsheid of vind aanranding, mishandeling, teistering en ander wandade toenemend in die beskermde sfeer van die woning plaas. Normaalweg is kinders die grootste verloeders in die aftakelingsproses en moet die reg uiteindelik die stukke op die bes moontlike wyse bymekaarmaak. In die proses het die konsep *die beste belange van die kind* wat in die meeste regstelsels as panasee voorgehou word vir die gevalle waar die hof op 'n funksionerende ouer-kind-verhouding ingryp, of in die loop van sake die situasie in 'n verbrokkelde gesin remedieer, 'n deurslaggewende rigsgnoer vir die hof geword.
- \* Met dieselfde mate van sekerheid kan gesê word dat *in die beste belang van die kind* 'n onseker, onbepaalbare begrip met 'n vae inhoud is. Die betekenisinhoud van die begrip ossilleer tussen 'n blote riglyn (faktor) waarvan die voorsittende

---

(kyk Prokl R181 *Staatskoerant* 01.10.1990, vol. 304 (12778)), Regulasies kragtens bogemelde Wet is op 3 Oktober 1990 uitgevaardig (kyk GK R2385 *Staatskoerant* 3.10.90, vol. 304 (12781)).

<sup>59</sup>70 van 1979.

<sup>60</sup>74 van 1983.

beampte (tesame met ander omstandighede) kennis neem en 'n gedragsnorm (maatstaf) wat die belange of regte van die kind, die ouers, die staat of die gemeenskap afgrens.

- \* Die blote onomlyndheid van die frase *in die beste belang van die kind* maak dit nie onbruikbaar in die reg nie. Dit is egter die skrywer se mening dat die aanwending van die frase beperk moet word tot die gevalle waar die hof *reeds ingemeng* het met die ouer-kind-verhouding en nou die situasie so goed as moontlik wil berekder. Weens die feit dat *die beste belange van die kind* in so 'n beperkte sfeer aangewend word en boonop slegs een van 'n veelheid faktore is wat oorweging geniet, sal die onsekere inhoud daarvan nie afbreuk doen aan die hof se remediëringsproses nie.
- \* Daarenteen verg die gevalle waar die hof *daadwerklik moet ingryp* in 'n funksionele gesinsverband meer eksakte oorwegings. In hierdie geval is daar 'n spanning tussen die behoud van die intakte gesinseenheid (wat uiteraard in die beste belang van die kind as gesinslid sou wees) en daardie tydstip waarop dit vir die hof gerade sou wees om deur ingrype 'n kind behoorlik te beskerm. Die konsep *die beste belang van die kind* (soos hierbo beskryf) is in hierdie gevalle ontoereikend. Die skrywer gee ter oorweging dat "belang" hier gesien moet word as regsobjek. Die subjektiewe regsleerkonstruksies kan met groot vrug aangewend word. Teen die agtergrond van die erkenning van regte van kinders (veral teenoor hulle ouers), ontstaan die vraag op watter stadium die ouers tot so 'n mate inbreuk maak op die regte van hulle kinders (of dat die ouers tot so 'n mate hulle verpligtinge teenoor hulle kinders versaak) dat dit ongeoorloof word en dat dit vir die hof geregverdig is om op 'n funksionele gesinseenheid in te gryp ten einde belange vir orderingsdoeleindes af te weeg. Die objektiewe reg het nie spesifiek hierdie grens vasgestel nie (al sou *die beste belang van die kind* die kriterium wees, sou dit in hierdie omstandighede té vaag en té voorafingenome wees) en daarom moet gelet word op onder andere die besondere verhouding tussen die partye, die aard en gewig van botsende belange, die regsbeleid, die gebruike in die samelewing in die verlede, die regsgevoel van die gemeenskap en subjektiewe kennis en motiewe.
- \* So 'n regsteoretiese benadering kan wel die konsep *in die die beste belang van die kind* vereenvoudig en verhelder, maar die vraag is of dit prakties in wetgewing en regspraak vergestaltung gevind het. Die skrywer het 'n beperkte hoeveelheid gesag in genoemde kenbronne ondersoek en kom tot die gevolgtrekking dat in alle omstandighede die konsep *die beste belange van die kind bloot as faktor* (soms wel as die oorwegende faktor) aangewend word om of die hof se ingrype in die ouer-kind-

verhouding te regverdig of om *finaliter* oor die lotgevalle van die kind te beskik.

## 6. BIBLIOGRAFIE

- BESHAROV, D.J. 1983. Protecting abused and neglected children: can law help social work? *Child Abuse & Neglect*, 7(4):421-431.
- BROMLEY, P.M. & LOWE, N.V. 1987. Bromley's family law. London : Butterworths.
- CARNEY, T. 1989. A fresh approach to child protection practice and legislation in Australia. *Child Abuse & Neglect: The International Journal*, 13(1):29-39.
- DENNY, E., POKELA, J., JACKSON, J.R. & MATAVA, M.A. 1989. Influencing child welfare policy: assessing the opinion of legislators. *Child Welfare*, 68(3):275-299.
- DICKENS, B.M. 1981. The modern function and limits of parental rights. *The Law Quarterly Review*, 97(4):462-485.
- EEKELAAR, J.M. 1984. "Trust the judges": how far should family law go? *The Modern Law Review*, 47(5):593-597.
- EEKELAAR, J.M. 1986. The emergence of children's rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 6(2):161-182.
- ELSTER, J. 1987. Solomonic judgments: against the best interest of the child. *The University of Chicago Law Review*, 54(1):1-45.
- FICK, G.H. 1987. Die rol van die "verdediging" in die "beskuldiging" teen die ouer dat hy nie in staat of geskik is nie. Ongepubliseerde referaat gelewer op 1987.05.20 tydens 'n simposium gehou deur die Wes-Transvaalse Tak van die Maatskaplike Werkersvereniging te Potchefstroom, p.1-19.
- FOSTER, H.H. Jr & FREED, D.J. 1972. A bill of rights for children. *Family Law Quarterly*, 6:343.
- GABINET, L. 1983. Child abuse treatment failures reveal need for redefinition of the problem. *Child Abuse & Neglect*, 7(4):395-402.
- GOLDSTEIN, J., FREUD, A. & SOLNIT, A.J. 1979. Before the best interests of the child. New York : Free Press.
- HAHLO, H.R. 1985. The South African law of husband and wife. Kaapstad : Juta.
- HALL, J.G. & MITCHELL, B.H. 1982. The role of law in protecting the child. *Child Abuse & Neglect*, 6(1):63-69.
- HAMMOND, J.C. & HAMMOND, E.J. 1987. Justice and the child witness. *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, 11(1):3-20.
- HEATON, J. 1990. Some general remarks on the concept "best interests of the child". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 53(1):95-99.
- HEATON, J. 1987. Die tugbevoegdheid ten opsigte van kinders. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 50(4):398-412.
- JOUBERT, W.A. 1958. Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis van 'n realistiese begrip daarvan vir die privaatreë. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 21(1):12-15.
- JOUBERT, W.A. 1958. 'n Realistiese benadering van die subjektiewe reg. (Vervolg). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 21(2):98-115.
- KRITZINGER, M.S.B., LABUSCHAGNE, F.J. & PIENAAR, P. DE V. 1972. Verklarende Afrikaanse Woordeboek. Pretoria : Van Schaik.
- LABUSCHAGNE, J.M.T. 1976. Kindermishandeling: 'n juridiese perspektief. *De Jure*, 9(2):189-211.
- MAIDMENT, S. 1984. Child custody and divorce. London : Croom Helm.
- MNOOKIN, R.H. 1975. Child-custody adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy. *Law and Contemporary Problems*, 39:226-293.

### Beste belange van die kind

---

- MUDIE, G. 1989. Custody and access determination in divorce: a family and developmental approach. *De Rebus*: 686-690, Sept.
- MUNNIK, E.E. 1987. Kinderfoltering: 'n aktuele probleem. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreë en Kriminologie*, 11(3):242-249.
- NEETHLING, J. 1990. Die reg op verdienvermoë en die reg op die korrekte inligting as selfstandige subjektiewe regte. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 53(1):101-105.
- NEETHLING, J. 1987. Persoonlike immaterieelgoedereregte: 'n nuwe kategorie subjektiewe regte? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 50(3):316-324.
- NEETHLING, J., POTGIETER, J.M. & VISSER, P.J. 1989. Deliktereg. Durban : Butterworths.
- OLIVIER, P.J.J. 1983. Minority and parental power. (In Bennett, T.W., et al, red. Family law: in the last two decades of the twentieth century. Kaapstad : Juta. p.97-107.)
- RAZ, J. 1984. Legal rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 4(1):1-21.
- ROSEN, R. 1978. Is there any real basis for the preference accorded to mothers as custodial parents? *South African Law Journal*, 95(2):246-248.
- ROSETTENSTEIN, D.S. 1984. The impact of special aspects of life in South Africa on custody and access orders in the United States and England. *South African Law Journal*, 101(3):482-498.
- SORNARAJAH, M. 1973. Parental Custody: the recent trends. *South African Law Journal*, 90(1):131-149.
- SPIRO, E. 1971. Law of parent and child. Kaapstad : Juta.
- SPIRO, E. 1978. The neglected child in the law of South Africa. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 41(1):30-44.
- SPIRO, E. 1983. Custody and guardianship of children *stante matrimonio* and on dissolution of marriage. (In Bennett, T.W., et al, red. Family law: in the last two decades of the twentieth century. Kaapstad : Juta. p. 109-124.)
- SPIRO, E. 1985. Law of parent and child. Kaapstad : Juta.
- VAN DER VYVER, J.D. & JOUBERT, D.J. 1985. Persone- en familereg. Kaapstad : Juta.
- VAN ZYL, F.J. & VAN DER VYVER, J.D. 1982. Inleiding tot die regs wetenskap. Durban : Butterworths.
- WALD, M.S. 1982. State intervention on behalf of endangered children - a proposed legal response. *Child Abuse & Neglect*, 6(1):3-45.
- ZAAL, N. 1988. Child removal procedures under the Child Care Act: some new dangers to contend with. *South African Law Journal*, 105(2):224-238.

### WETTE

- Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede* 24 van 1987  
*Wet op Egskeiding* 70 van 1979  
*Wet op Huweliksaangeleenthede* 37 van 1963  
*Wet op Kindersorg* 74 van 1983

**HOFSAKE**

*Ackerman v Ackerman* 1940 CPD 15  
*Baily v Baily* 1979 3 SA 128 (A)  
*Bam v Bhabha* 1947 1 SA 798 (A)  
*Calitz v Calitz* 1939 AD 56  
*Coetzee v Meintjies* 1976 1 SA 257 (W)  
*Cook v Cook* 1937 AD 164  
*Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A)  
*Fortune v Fortune* 1955 3 SA 348 (A)  
*Goodrich v Botha and Others* 1954 2 SA 540 (A)  
*Gordon v Gordon* 1953 2SA 41 (W)  
*Greenshields v Wyllie* 1989 4 SA 898 (W)  
*Hawthorne v Hawthorne* 1944 CPD 491  
*Kramarski v Kramarski and Others* 1906 TS 937  
*M v R* 1989 1 SA 416 (O)  
*Meyer v Van Niekerk* 1976 1 SA 252 (T)  
*Petersen en 'n Ander v Kruger en 'n Ander* 1975 SA 171 (K)  
*Shawsin v Laufer* 1968 4 SA 657 (A)  
*Stocke v Stocke* 1981 3 SA 1280 (A)  
*Universiteit van Pretoria v Tommie Meyer Films (Edms) Bpk* 1977 4 SA 376 (T)  
*Van Oudenhove v Gruber* 1981 4 SA 857 (A)  
*Van Staden v Van Staden* 1949 1 PH 82 (O)  
*Wille v Wille* 1944 WLD 96

